

# TE Vfgh Erkenntnis 2007/12/13 G16/07

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.12.2007

## Index

21 Handels- und Wertpapierrecht

21/06 Wertpapierrecht

## Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

TelekommunikationsG §101, §104 Abs3

WertpapieraufsichtsG §12 Abs3, §27 Abs2

1. B-VG Art. 7 heute
2. B-VG Art. 7 gültig ab 01.08.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 7 gültig von 01.01.2004 bis 31.07.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 7 gültig von 16.05.1998 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/1998
5. B-VG Art. 7 gültig von 14.08.1997 bis 15.05.1998zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/1997
6. B-VG Art. 7 gültig von 01.07.1988 bis 13.08.1997zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988
7. B-VG Art. 7 gültig von 01.01.1975 bis 30.06.1988zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
8. B-VG Art. 7 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1974zuletzt geändert durch StGBl. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 7 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

## Leitsatz

Keine sachliche Rechtfertigung der niedrigeren Höchststrafe beiÜbertretung des Verbots von an Verbraucher gerichteter Telefonwerbung für Finanzprodukte im Wertpapieraufsichtsgesetz als Spezialregelung in Hinblick auf die generelle Regelung für unerbetene Anrufe im Telekommunikationsgesetz und die korrespondierende Strafbestimmung

## Spruch

Die Folge "Anrufe," in §12 Abs3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes, BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001, war verfassungswidrig. Die Folge "Anrufe," in §12 Abs3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001,, war verfassungswidrig.

Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruchs im Bundesgesetzblatt I verpflichtet. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruchs im Bundesgesetzblatt römisch eins verpflichtet.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine Beschwerde eines ehemaligen Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft

anhängig, mit der sich der Beschwerdeführer gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wendet, mit dem seiner Berufung gegen ein Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) vom 23. März 2003 insoweit Folge gegeben wurde, als die von der FMA gemäß §12 Abs3 iVm §27 Abs2 Wertpapieraufsichtsgesetz, BGBl. 753/1996 (im Folgenden: WAG), verhängte Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt wurden, der Schulterspruch der ersten Instanz hingegen bestätigt wurde. Er habe es zu verantworten, dass Mitarbeiter des Unternehmens, dessen Vorstandsmitglied der Beschwerdeführer war, im Namen und am Sitz dieses Unternehmens im Dezember 2002 telefonische Werbung für die in §1 Abs1 Z7 litb bis f des Bankwesengesetzes, BGBl. 532/1993, genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 WAG gegenüber einem Verbraucher betrieben hätten. römisch eins. 1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine Beschwerde eines ehemaligen Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft anhängig, mit der sich der Beschwerdeführer gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wendet, mit dem seiner Berufung gegen ein Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) vom 23. März 2003 insoweit Folge gegeben wurde, als die von der FMA gemäß §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 Wertpapieraufsichtsgesetz, Bundesgesetzblatt 753 aus 1996, (im Folgenden: WAG), verhängte Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt wurden, der Schulterspruch der ersten Instanz hingegen bestätigt wurde. Er habe es zu verantworten, dass Mitarbeiter des Unternehmens, dessen Vorstandsmitglied der Beschwerdeführer war, im Namen und am Sitz dieses Unternehmens im Dezember 2002 telefonische Werbung für die in §1 Abs1 Z7 litb bis f des Bankwesengesetzes, Bundesgesetzblatt 532 aus 1993, genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 WAG gegenüber einem Verbraucher betrieben hätten.

Aus Anlass dieser Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 30. Jänner 2007, Z A2007/0011, gemäß Art140 Abs1 B-VG folgenden Antrag gestellt:

"I. 1. festzustellen, dass die in §12 Abs3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes (im Folgenden: WAG), BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung dieses Absatzes nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 97/2001, enthaltene Folge 'Anrufe,' verfassungswidrig war;" I. 1. festzustellen, dass die in §12 Abs3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes (im Folgenden: WAG), Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, in der Fassung dieses Absatzes nach dem Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001,, enthaltene Folge 'Anrufe,' verfassungswidrig war;

hilfsweise

2. festzustellen, dass die in der vorzitierten Bestimmung enthaltene Folge 'Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3' verfassungswidrig war;

hilfsweise

3. festzustellen, dass §12 Abs3 WAG in der vorzitierten Fassung zur Gänze verfassungswidrig war;

hilfsweise,

II. 1. die unter I. 1. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben; römisch II. 1. die unter römisch eins. 1. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben;

hilfsweise,

2. die unter I. 2. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben; 2. die unter römisch eins. 2. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben;

hilfsweise,

3. den unter I. 3. genannten Absatz als verfassungswidrig aufzuheben; 3. den unter römisch eins. 3. genannten Absatz als verfassungswidrig aufzuheben;

hilfsweise,

III. 1. festzustellen, dass die in §27 Abs2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2001 enthaltene Folge '§12 bis' verfassungswidrig war; römisch III. 1. festzustellen, dass die in §27 Abs2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, enthaltene Folge '§12 bis' verfassungswidrig war;

hilfsweise

2. festzustellen, dass §27 Abs2 WAG in der vorzitierten Fassung zur Gänze verfassungswidrig war;

hilfsweise

IV. 1. die unter III. 1. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben; römisch IV. 1. die unter römisch III. 1. genannte Folge als verfassungswidrig aufzuheben;

2. den unter III. 2. genannten Absatz als verfassungswidrig aufzuheben." 2. den unter römisch III. 2. genannten Absatz als verfassungswidrig aufzuheben."

2. Der Verwaltungsgerichtshof stellt die für seine Entscheidung maßgebende Rechtslage wie folgt dar (die als verfassungswidrig erkannte Folge ist in der Wiedergabe der Bestimmung hervorgehoben):

"§11 Abs1 Z3 litb WAG in der Stammfassung dieses Gesetzes BGBl. Nr. 753/1996 lautet: "§11 Abs1 Z3 litb WAG in der Stammfassung dieses Gesetzes Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, lautet:

'Wohlverhaltensregeln

§11. (1) Bei der Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder der sonstigen Veranlagung des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, sind die Interessen der Kunden bestmöglich zu wahren, und insbesondere die §§12 bis 18 zu beachten. Als Dienstleistungen in diesem Sinne gelten:

...

3. der Handel mit

...

b) Verträgen über Edelmetalle und Waren gemäß Z2 lite, 4 und 5 der Anlage 2 zu §22 BWG ...'

In der Anlage 2 zu §22 BWG in der Fassung des BGBl. Nr. 753/1996 sind unter Z5 Warenverträge, ausgenommen Edelmetallverträge, angeführt. In der Anlage 2 zu §22 BWG in der Fassung des Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996, sind unter Z5 Warenverträge, ausgenommen Edelmetallverträge, angeführt.

§12 Abs3, §27 Abs2 und §28 Abs1 WAG in ihrer im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe in Kraft gestandenen Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 lauten: §12 Abs3, §27 Abs2 und §28 Abs1 WAG in ihrer im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe in Kraft gestandenen Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, lauten:

'§12. ...

...

1. (3) Absatz 3 Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für eines der in §1 Abs1 Z7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 ist gegenüber Verbrauchern verboten, sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis erklärt hat. Dem Einverständnis des Verbrauchers steht eine Einverständniserklärung jener Person gleich, die vom Verbraucher zur Benützung seines Anschlusses oder Empfangsgerätes ermächtigt wurde. In allen Fällen kann die erteilte Einwilligung jederzeit widerrufen werden.

...

§27. ...

1. (2) Absatz 2 Wer als Anbieter von Wertpapierdienstleistungen gemäß §11 die Bestimmungen der §§12 bis 18 verletzt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 20 000 € zu bestrafen.

...

§28. (1) Für die Verhängung von Verwaltungsstrafen gemäß §§26 Abs1 und 27 Abs1 bis 3b ist in erster Instanz die FMA zuständig.'

Gemäß §34 Abs11 und 12 WAG in der Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 traten die Bestimmung des §27 Abs2 mit 1. Jänner 2002 und die Bestimmungen des §12 Abs3 und §28 Abs1 WAG mit 1. April 2002 in Kraft. Gemäß §34 Abs11 und 12 WAG in der Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, traten die Bestimmung des §27 Abs2 mit 1. Jänner 2002 und die Bestimmungen des §12 Abs3 und §28 Abs1 WAG mit 1. April 2002 in Kraft.

In den Materialien zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, BGBl. I Nr. 97/2001, (AB 714 BlgNR XXI. GP, 6) heißt es zu §12 Abs3 WAG, dessen Fassung auf den Ausschussbericht zurückgeht, auszugsweise: In den Materialien zum

Finanzmarktaufsichtsgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001., (AB 714 BlgNR römisch XXI. GP, 6) heißt es zu §12 Abs3 WAG, dessen Fassung auf den Ausschussbericht zurückgeht, auszugsweise:

'Der derzeitigen Fassung des §12 Abs3 ist auf Grund des §101 TKG materiell derogiert worden (VwGH-Erkenntnis vom 26. Juni 2000, 2000/17/0001). Es erscheint jedoch sinnvoll, dass der Vollzug und die Ahndung von Verstößen gegen die für Finanzdienstleistungen geltenden Vorschriften bei der FMA konzentriert werden. Daher wird durch die Neuerlassung von §12 Abs3 die entsprechende Kompetenz der Aufsichtsbehörde rückübertragen (früher BWA-Kompetenz).

Materiell wurde der Tatbestand des §12 Abs3 dem geltenden §101 TKG angepasst und umfasst daher jetzt auch das Senden von Fernkopien (Fax) sowie elektronische Post (E-Mails). ...'

Vor seiner Novellierung durch das eben zitierte Bundesgesetz hatte §12 Abs3 WAG wie folgt gelautet:

'(3) Die telefonische Werbung für eines der in §1 Abs1 Z7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 ist gegenüber Verbrauchern verboten, sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat oder wenn nicht mit dem Verbraucher bereits eine Geschäftsbeziehung besteht, es sei denn, dass er die telefonische Werbung abgelehnt hat.'

§12 Abs3 WAG wurde - nach Ergehen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - durch das BundesgesetzBGBI. I Nr. 62/2004 neu gefasst. Gemäß §34 Abs14 WAG in der FassungBGBI. I Nr. 62/2004 trat §12 Abs3 WAG wurde - nach Ergehen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 62 aus 2004, neu gefasst. Gemäß §34 Abs14 WAG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 62 aus 2004, trat

§12 Abs3 WAG in der Fassung dieser Novelle am 1. Oktober 2004 in Kraft.

§27 Abs2 WAG wurde durch das BundesgesetzBGBI. I Nr. 48/2006 (unter Erhöhung der Strafdrohung) neu gefasst. §27 Abs2 WAG wurde durch das Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 48 aus 2006, (unter Erhöhung der Strafdrohung) neu gefasst.

§101 Telekommunikationsgesetz - TKG 1997, BGBI. I Nr. 100, in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung BGBI. I Nr. 188/1999 lautet: §101 Telekommunikationsgesetz - TKG 1997, BGBI. römisch eins Nr. 100, in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 188 aus 1999, lautet:

'Unerbetene Anrufe

§101. Anrufe - einschließlich das Senden von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers sind unzulässig. Der Einwilligung des Teilnehmers steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss. Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers.'

§104 Abs3 Z24 und Abs4 TKG 1997 in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung (Abs3 erster Satz in der Fassung BGBI. I Nr. 32/2002, die Z24 des Abs3 in der FassungBGBI. I Nr. 188/1999 [Änderung der Ziffernbezeichnung durch das BGBI. I Nr. 26/2000], Abs4 in der Stammfassung BGBI. I Nr. 100/1997) lauten: §104 Abs3 Z24 und Abs4 TKG 1997 in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung (Abs3 erster Satz in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 32 aus 2002,, die Z24 des Abs3 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 188 aus 1999, [Änderung der Ziffernbezeichnung durch das BGBI. römisch eins Nr. 26/2000], Abs4 in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 1997,) lauten:

'Verwaltungsstrafbestimmungen

§104. ...

...

1. (3)Absatz 3Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 36 336 Euro zu bestrafen, wer

...

24. entgegen §101 unerbetene Anrufe oder die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken tätigt.

- (4) Absatz 4 Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs 1 bis 3 liegt nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist.'

Diese Bestimmungen traten mit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 70, mit Ablauf des 19. August 2003 - also gleichfalls nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides - außer Kraft. Diese Bestimmungen traten mit Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2003, Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 70, mit Ablauf des 19. August 2003 - also gleichfalls nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides - außer Kraft.

Gemäß §1 Abs2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des Bescheides in erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre.

Nach der zuletzt genannten Bestimmung hatte der Verwaltungsgerichtshof §12 Abs3 und §27 Abs2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2001 anzuwenden. Weiters waren die wiedergegebenen Fassungen der Bestimmungen des TKG 1997 anzuwenden. Nach der zuletzt genannten Bestimmung hatte der Verwaltungsgerichtshof §12 Abs3 und §27 Abs2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, anzuwenden. Weiters waren die wiedergegebenen Fassungen der Bestimmungen des TKG 1997 anzuwenden.

Das inkriminierte Verhalten stellt einen Anruf dar, sodass jedenfalls die Folge 'Anrufe,' in §12 Abs3 WAG präjudiziell ist. Geworben wurde für Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 WAG, sodass auch diese Wortfolge in §12 Abs3 leg. cit. präjudiziell ist. Weiters ist jedenfalls §27 Abs2 WAG in der genannten Fassung insofern präjudiziell, als er sich auf Verletzungen des §12 leg. cit. bezieht.

Zur Auslegung der in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen:

Die Strafbestimmung des §12 Abs3 WAG in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 pönalisiert in Verbindung mit §27 Abs2 WAG die telefonische Werbung, das Senden von Fernkopien und die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für eines der in §1 Abs1 Z7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 WAG, zu denen gemäß Z5 der Anlage 2 zu §22 BWG auch Warenverträge zählen, gegenüber Verbrauchern, es sei denn, es liege ein Einverständnis des Verbrauchers vor. Die Norm des §101 TKG 1997 stellt in Verbindung mit §104 Abs3 leg. cit. Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung (Zustimmung) des Teilnehmers unter Strafe. Stets dürfte daher ein gemäß §12 Abs3 WAG strafbares Verhalten auch den Tatbestand des §101 TKG 1997 erfüllen. Demgegenüber geht der Anwendungsbereich des §101 TKG 1997 über jenen des §12 Abs3 WAG beträchtlich hinaus und erfasst Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken für welche Waren oder Dienstleistungen auch immer. Er enthält auch keine Einschränkung auf Werbung gegenüber Verbrauchern. Die Strafbestimmung des §12 Abs3 WAG in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung des Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, pönalisiert in Verbindung mit §27 Abs2 WAG die telefonische Werbung, das Senden von Fernkopien und die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für eines der in §1 Abs1 Z7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß §11 Abs1 Z3 WAG, zu denen gemäß Z5 der Anlage 2 zu §22 BWG auch Warenverträge zählen, gegenüber Verbrauchern, es sei denn, es liege ein Einverständnis des Verbrauchers vor. Die Norm des §101 TKG 1997 stellt in Verbindung mit §104 Abs3 leg. cit. Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung (Zustimmung) des Teilnehmers unter Strafe. Stets dürfte daher ein gemäß §12 Abs3 WAG strafbares Verhalten auch den Tatbestand des §101 TKG 1997 erfüllen. Demgegenüber geht der Anwendungsbereich des §101 TKG 1997 über jenen des §12 Abs3 WAG beträchtlich hinaus und erfasst Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken für welche Waren oder Dienstleistungen auch immer. Er enthält auch keine Einschränkung auf Werbung gegenüber Verbrauchern.

Aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass die Strafbestimmung des §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 WAG in der hier anzuwendenden Fassung gegenüber jener des §101 in Verbindung mit §104 Abs3 TKG 1997 die speziellere Norm darstellen dürfte. Darüber hinaus ist die erstgenannte Strafbestimmung gegenüber der zweitgenannten Strafbestimmung 'lex posterior'. Sowohl nach der Derogationsregel, wonach die speziellere Norm der generellen derogiert, als auch nach jener, wonach die spätere Norm der früheren derogiert, dürfte folgen, dass die in Rede

stehenden Normen solcherart im Verhältnis der Scheinkonkurrenz zueinander stehen, dass die Anwendung der erstgenannten Strafbestimmung jener der zweitgenannten vorgeht (Spezialität). Ein diesbezüglicher gesetzgeberischer Wille ist auch aus den oben wiedergegebenen Materialien zu §12 Abs3 WAG in der hier anzuwendenden Fassung ersichtlich.

Eine Auslegung, wonach (dessen ungeachtet) §101 in Verbindung mit §104 Abs3 TKG 1997 dem §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 WAG vorgehe, lässt sich anscheinend auch nicht auf §104 Abs4 TKG 1997 stützen, zumal dieser Gesetzesbestimmung keine Anordnung zu entnehmen ist, wonach §104 Abs3 TKG auch später erlassenen spezielleren, mit milderer Strafe bedrohter Strafbestimmungen vorgehe."

3. Seine Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der von ihm angefochtenen Bestimmungen legt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt dar:

"Damit dürfte sich aber ergeben, dass §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 WAG die telefonische Werbung für die in der genannten Bestimmung angeführten Instrumente, Verträge und Veranlagungen bei Konsumenten gegenüber jeder Art sonstiger Telefonwerbung (sowohl gegenüber Konsumenten als auch gegenüber Unternehmern) verwaltungsstrafrechtlich privilegiert, weil §27 Abs2 WAG eine mildere (€ 20.000,--) Strafdrohung vorsieht als §104 Abs3 TKG 1997 (€ 36.363,--). Gegen die privilegierte Strafbarkeit des genannten Verhaltens bestehen beim Verwaltungsgerichtshof Bedenken vor dem Hintergrund des in Art7 Abs1 B-VG verankerten Gleichheitssatzes, zumal eine sachliche Rechtfertigung für die Privilegierung gerade der Telefonwerbung für die mit hohen Anlagerisiken verbundenen, in §12 Abs3 WAG genannten Instrumente, Verträge und Veranlagungen und |berdies just gegenüber Verbrauchern nicht bestehen dürfte."

4. Zum Umfang seiner Anfechtung meint der Verwaltungsgerichtshof:

"Der Verwaltungsgerichtshof geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass der unter I. 1. genannte Antrag den geringsten Eingriff darstellt, zumal sich diesfalls ein entsprechendes Verbot auch aus §101 erster Satz TKG 1997 ableiten ließe, also lediglich die privilegierte Strafdrohung für die in §12 Abs3 WAG genannten Anrufe wegfiel. Es ließe sich aber auch die Auffassung vertreten, dass die Anfechtung der unter I. 2. genannten Wortfolge den geringsten Eingriff darstellt. Dabei geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass die Anfechtung die gesamte Wortfolge zu erfassen hat, weil bei Wegfall nur einer der drei dort genannten Anlageformen eine Subsumtion der hier beworbenen Anlage auch unter einer der beiden anderen Begriffe (die entsprechend weit gefasst sind) in Betracht käme. Schließlich ließe sich die Auffassung vertreten, zur Herstellung der Verfassungskonformität sei die Aufhebung des §12 Abs3 WAG insgesamt erforderlich, woraus sich der unter I. 3. genannte Anfechtungsantrag erklärt. "Der Verwaltungsgerichtshof geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass der unter römisch eins. 1. genannte Antrag den geringsten Eingriff darstellt, zumal sich diesfalls ein entsprechendes Verbot auch aus §101 erster Satz TKG 1997 ableiten ließe, also lediglich die privilegierte Strafdrohung für die in §12 Abs3 WAG genannten Anrufe wegfiel. Es ließe sich aber auch die Auffassung vertreten, dass die Anfechtung der unter römisch eins. 2. genannten Wortfolge den geringsten Eingriff darstellt. Dabei geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass die Anfechtung die gesamte Wortfolge zu erfassen hat, weil bei Wegfall nur einer der drei dort genannten Anlageformen eine Subsumtion der hier beworbenen Anlage auch unter einer der beiden anderen Begriffe (die entsprechend weit gefasst sind) in Betracht käme. Schließlich ließe sich die Auffassung vertreten, zur Herstellung der Verfassungskonformität sei die Aufhebung des §12 Abs3 WAG insgesamt erforderlich, woraus sich der unter römisch eins. 3. genannte Anfechtungsantrag erklärt.

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof jedoch die Auffassung vertritt, den geringstmöglichen Eingriff stelle eine Aufhebung der Strafnorm (und nicht des Verbotes) dar, wurde der unter

III. 1. bzw. bei weiterer Auffassung des zutreffenden Anfechtungsumfanges der unter III. 2. enthaltene Antrag gestellt."römisch III. 1. bzw. bei weiterer Auffassung des zutreffenden Anfechtungsumfanges der unter römisch III. 2. enthaltene Antrag gestellt."

II. 1. Die Bundesregierung erstattete hiezu eine Äußerung, in der sie beantragt, römisch II. 1. Die Bundesregierung erstattete hiezu eine Äußerung, in der sie beantragt,

"der Verfassungsgerichtshof wolle aussprechen, dass die angefochtene Folge "Anrufe," in §12 Abs3 Wertpapieraufsichtsgesetz, BGBl. Nr. 753/1996, in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001 nicht verfassungswidrig war bzw. nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird." "der Verfassungsgerichtshof wolle aussprechen, dass die angefochtene

Folge "Anrufe," in §12 Abs3 Wertpapieraufsichtsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 753 aus 1996,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 97 aus 2001, nicht verfassungswidrig war bzw. nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird."

2. Zu den Prozessvoraussetzungen führt die Bundesregierung aus, dass zwar §12 Abs3 iVm §27 Abs2 WAG angewendet wurden, jedoch als geeignete Norm für eine etwaige Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur die Folge "Anrufe," in §12 Abs3 WAG in Frage komme. 2. Zu den Prozessvoraussetzungen führt die Bundesregierung aus, dass zwar §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 WAG angewendet wurden, jedoch als geeignete Norm für eine etwaige Feststellung der Verfassungswidrigkeit nur die Folge "Anrufe," in §12 Abs3 WAG in Frage komme.

3. Die Bundesregierung verweist hinsichtlich der Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes zunächst darauf, dass es - soweit ersichtlich - keinen Präzedenzfall gebe, in dem ein Gericht die Verfassungswidrigkeit einer Strafdrohung in der (vergleichsweise) zu niedrigen Höhe gesehen hat. Auch stehe den Behörden bei der Strafzumessung ein erheblicher Ermessensspielraum zur Verfügung, sodass sie sich nicht gleichsam "mechanisch" nach der Höchststrafe orientieren.

Der "Bank- und Wertpapierdienstleistungsbereich" (zB WAG) und der "Telekommunikationsbereich" seien verschiedene "Ordnungssysteme". Es liege daher im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, innerhalb dieser beiden "Ordnungssysteme" unterschiedliche Strafhöhen festzulegen.

Die Bundesregierung stellt auch in Frage, ob - im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofs - Anrufe gegenüber Unternehmern, bei denen die in §12 Abs3 WAG genannten Finanzprodukte angeboten werden, überhaupt nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, BGBI. I 70 (im Folgenden: TKG), unzulässig seien. Die Bundesregierung stellt auch in Frage, ob - im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofs - Anrufe gegenüber Unternehmern, bei denen die in §12 Abs3 WAG genannten Finanzprodukte angeboten werden, überhaupt nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, Bundesgesetzblatt römisch eins 70 (im Folgenden: TKG), unzulässig seien.

Der Gleichheitssatz sollte nach Ansicht der Bundesregierung auch nicht derart ausgelegt werden, dass die Änderung in einem Ordnungssystem (hier nach dem TKG) zu einem zwingenden gesetzlichen Handlungsbedarf in einem anderen Ordnungssystem (hier dem WAG) führt. Auch eine allfällige spätere Erhöhung der Strafdrohung ändert nichts an der Sachlichkeit früherer Strafdrohungen in einem anderen Ordnungssystem. In diesem Zusammenhang nennt die Bundesregierung die Novellierung des §27 Abs2 WAG durch Art12 des Finanzmarktaufsichtsänderungsgesetzes 2005, BGBI. I 48/2006, mit dem die Höchststrafe von zuletzt € 20.000,-- auf € 50.000,-- hinaufgesetzt wurde, wogegen andererseits in §109 Abs3 TKG 2003 idF BGBI. I 133/2005 die Höchststrafe nur € 37.000,-- betrage, sodass nunmehr die Höchststrafe für unerbetene Werbung nach dem WAG gegenüber Verbrauchern höher als jene nach dem TKG sei. Der Gleichheitssatz sollte nach Ansicht der Bundesregierung auch nicht derart ausgelegt werden, dass die Änderung in einem Ordnungssystem (hier nach dem TKG) zu einem zwingenden gesetzlichen Handlungsbedarf in einem anderen Ordnungssystem (hier dem WAG) führt. Auch eine allfällige spätere Erhöhung der Strafdrohung ändert nichts an der Sachlichkeit früherer Strafdrohungen in einem anderen Ordnungssystem. In diesem Zusammenhang nennt die Bundesregierung die Novellierung des §27 Abs2 WAG durch Art12 des Finanzmarktaufsichtsänderungsgesetzes 2005, Bundesgesetzblatt Teil eins, 48 aus 2006,, mit dem die Höchststrafe von zuletzt € 20.000,-- auf € 50.000,-- hinaufgesetzt wurde, wogegen andererseits in §109 Abs3 TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 133 aus 2005, die Höchststrafe nur € 37.000,-- betrage, sodass nunmehr die Höchststrafe für unerbetene Werbung nach dem WAG gegenüber Verbrauchern höher als jene nach dem TKG sei.

Abschließend wies die Bundesregierung darauf hin, dass der Entfall der speziellen Strafbarkeit nach dem WAG auch den Entfall der Zuständigkeit der FMA zur Folge habe, was dem (historischen) Willen des Gesetzgebers des WAG widerspreche.

III. Der Verfassungsgerichtshof hat über den Antrag des Verwaltungsgerichtshofs erwogen:römisch III. Der Verfassungsgerichtshof hat über den Antrag des Verwaltungsgerichtshofs erwogen:

1. In Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren, die durch Antrag eines dazu ermächtigten Gerichtes eingeleitet werden, ist der Verfassungsgerichtshof nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art140 B-VG bzw. des Art139 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die - angefochtene - generelle Norm eine Voraussetzung der

Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003). 1. In Gesetzes- und Verordnungsprüfungsverfahren, die durch Antrag eines dazu ermächtigten Gerichtes eingeleitet werden, ist der Verfassungsgerichtshof nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art140 B-VG bzw. des Art139 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die - angefochtene - generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet vergleiche etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

Der Umfang der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen ist derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können, ist in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebührt (VfSlg. 7376/1974, 9374/1982, 11.506/1987, 15.599/1999, 16.195/2001).

Dass der Verwaltungsgerichtshof die in seinem Hauptantrag genannten Bestimmungen des WAG anzuwenden hat, steht außer Zweifel. Der Verwaltungsgerichtshof beschränkt seine Anfechtung auch auf die Folge "Anrufe," und grenzt damit seinen Antrag derart ab, dass aus dem Rechtsbestand nicht mehr ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist. Der Hauptantrag ist daher zulässig.

2. Der Verfassungsgerichtshof folgt der Darstellung der Rechtslage durch den Verwaltungsgerichtshof und teilt auch dessen Auslegung, wonach §12 Abs3 iVm §27 Abs2 WAG gegenüber jener des §101 iVm §104 Abs3 TKG 1997 die speziellere Norm ist, sodass für unerbetene Anrufe, die nicht in den Anwendungsbereich des §12 Abs3 WAG fallen, - gemäß der für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof maßgebenden Rechtslage - weiterhin §101 TKG 1997 anzuwenden war. 2. Der Verfassungsgerichtshof folgt der Darstellung der Rechtslage durch den Verwaltungsgerichtshof und teilt auch dessen Auslegung, wonach §12 Abs3 in Verbindung mit §27 Abs2 WAG gegenüber jener des §101 in Verbindung mit §104 Abs3 TKG 1997 die speziellere Norm ist, sodass für unerbetene Anrufe, die nicht in den Anwendungsbereich des §12 Abs3 WAG fallen, - gemäß der für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof maßgebenden Rechtslage - weiterhin §101 TKG 1997 anzuwenden war.

3. Der Spezialtatbestand des §12 Abs3 WAG enthält gegenüber dem umfassenden Anwendungsbereich des §101 TKG 1997 zwei Einschränkungen: Er bezieht sich nur auf die Werbung für bestimmte Finanzprodukte; und er betrifft nur Anrufe, bei denen der Angerufene ein Verbraucher ist.

Entgegen der Meinung der Bundesregierung stehen einander nicht zwei Ordnungssysteme gegenüber, die jeweils innerhalb ihres Systems unterschiedliche in sich geschlossene Strafbestimmungen aufweisen und bei denen es dem Gesetzgeber frei stehe, auch unterschiedliche Strafdrohungen vorzusehen, etwa weil er die Art der Werbung oder die Bedeutung des Verbraucherschutzes verschieden bewertet. Dies läge tatsächlich in seinem rechtspolitischen Ermessen. Vielmehr verbietet er in zwei unterschiedlichen Gesetzen die Telefonwerbung auch für Finanzprodukte, unterscheidet aber hinsichtlich der Sanktionen, ob der Telefonteilnehmer (Adressat der Werbung) Verbraucher oder Unternehmer ist, und sieht für jene Fälle, bei denen in die Interessensphäre von Verbrauchern eingegriffen wird, eine niedrigere Höchststrafe vor.

4. Für diese Differenzierung ist keine sachliche Rechtfertigung zu erkennen. Vielmehr dürfte sie bloß auf den Mangel der Koordination zwischen Ministerien bei der Vorbereitung der Gesetze zurückzuführen sein.

5. Der Bundesregierung ist durchaus zuzustehen, dass Höchststrafen selten verhängt werden und die Behörde bei der Zumessung einer konkreten Strafe einen erheblichen Ermessensspielraum hat. Dennoch ist bei der Zumessung einer Strafe der Strafrahmen von besonderer Bedeutung, da er die Einschätzung des Gesetzgebers über die Verwerflichkeit einer Tat ausdrückt. Daher wird die Behörde bei einem vergleichbaren Verhalten und Grad des Verschuldens die Strafe je nach dem ihr für einen bestimmten Tatbestand zur Verfügung stehenden Strafrahmen unterschiedlich zumessen. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Strafrahmen selbst bei Wiederholungstätern nicht ausgeschöpft wird.

IV. Da §12 Abs3 WAG in der angefochtenen Fassung mit BGBl. I 62/2004 (Inkrafttreten am 1.10.2004) geändert wurde, war dem Hauptantrag des Verwaltungsgerichtshofs statzugeben und nur festzustellen, dass die in §12 Abs3 WAG

enthaltene Folge "Anrufe," verfassungswidrig war. römisch IV. Da §12 Abs3 WAG in der angefochtenen Fassung mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 62 aus 2004, (Inkrafttreten am 1.10.2004) geändert wurde, war dem Hauptantrag des Verwaltungsgerichtshofs statzugeben und nur festzustellen, dass die in §12 Abs3 WAG enthaltene Folge "Anrufe," verfassungswidrig war.

Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung erfließt aus Art140 Abs5 erster Satz B-VG und §64 Abs2 VfGG iVm §3 Z3 BGBIG. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung erfließt aus Art140 Abs5 erster Satz B-VG und §64 Abs2 VfGG in Verbindung mit §3 Z3 BGBIG.

Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

#### **Schlagworte**

Bankwesen, Wertpapierrecht, Fernmelderecht, Werbung, Strafe, Strafbemessung, lex specialis

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2007:G16.2007

#### **Zuletzt aktualisiert am**

30.01.2009

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)