jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2013/6/26 2012/03/0089

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.06.2013

Index

E3L E13206000;
E3L E15201000;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

32002L0058 Datenschutz-RL Art13;
TKG 2003 §107 Abs2;
TKG 2003 §107;
TKG 2003 §109 Abs3 Z20;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):2012/03/0090

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Lehofer und Mag. Nedwed als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, I.) über die zu Zl 2012/03/0089 protokollierte Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien 1. O T und 2. G GmbH, beide in B (Bundesrepublik Deutschland) sowie II.) über die zu Zl 2012/03/0090 protokollierte Beschwerde der beschwerdeführenden Parteien 1. M R und 2. G GmbH, beide in B (Bundesrepublik Deutschland), alle vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Universitätsring 10, gegen die Bescheide des Unabhängigen Verwaltungssenates für die Steiermark jeweils vom 19. April 2012, Zl UVS 30.9-59/2011-13, UVS 35.9- 1/2011-13 (zu I.) und Zl UVS 30.9-60/2011-13, UVS 35.9-2/2011-13 (zu II.), betreffend Übertretungen des Telekommunikationsgesetzes 2003 (weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), zu Recht erkannt:

Spruch

Die angefochtenen Bescheide werden insoweit, als damit im Instanzenzug die zu I. und zu II. jeweils erstbeschwerdeführenden Parteien wegen der unerbetenen Zusendung einer SMS-Nachricht mit dem Inhalt "Entschuldige die kurze Störung. Du hast bis jetzt 42 EUR verbraucht. Viel Spaß weiterhin. Bei Fragen rufe 0820 oder E-Mail: I@mobile-info.cc" an einen näher bezeichneten Teilnehmeranschluss der Übertretung des § 109 Abs 3 Z 20

Telekommunikationsgesetz 2003 für schuldig befunden und bestraft wurden, sowie diesbezüglich jeweils die Haftung der zweitbeschwerdeführenden Partei gemäß § 9 Abs 7 VStG ausgesprochen wurde, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Im Übrigen werden die Beschwerden als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien zu I. und zu II. Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.326,40, insgesamt somit EUR 2.652,80 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit den im Wesentlichen gleich lautenden Straferkenntnissen des Fernmeldebüros für Steiermark und Kärnten vom 21. März 2011 wurde den Erstbeschwerdeführern in den verbundenen Verfahren jeweils zur Last gelegt, sie hätten als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei und somit als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Personen zu verantworten, dass diese entgegen § 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) eine elektronische Post ohne vorherige Einwilligung des Empfängers zu Zwecken der Direktwerbung zugesendet habe, indem an zwei näher bezeichnete Empfänger zu bestimmten Zeitpunkten an deren Mobiltelefonanschlüsse SMS-Nachrichten mit folgenden Inhalten zugesendet worden seien: 1.) "Entschuldige die kurze Störung. Du hast bis jetzt 42 EUR verbraucht. Viel Spaß weiterhin. Bei Fragen rufe 0820 oder E-Mail: I@mobile-info.cc" und 2.) "Passwort: 831651 im Web eingeben. Mehr: http://y.at Hilfe/Ende: 0800-0 (Kostenlos) 3x3 EUR die Woche"

Die Erstbeschwerdeführer hätten dadurch jeweils Verwaltungsübertretungen nach § 109 Abs 3 Z 20 TKG begangen, weshalb über sie für jede Übertretung Geldstrafen in der Höhe von EUR 300,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 3 Tage pro Tatbestand) verhängt und sie zum Kostenersatz verpflichtet wurden.

Überdies wurde ausgesprochen, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängten Strafen und die Kosten gemäß § 9 Abs 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

In den gegen diese Straferkenntnisse eingebrachten Berufungen brachten die beschwerdeführenden Parteien im Wesentlichen vor, die zweitbeschwerdeführende Partei biete auf ihrer Homepage Produkte und Dienstleistungen für Mobiltelefone, wie zum Beispiel Klingeltöne, Wallpaper oder Abo-Dienste, an. Für einen Vertragsabschluss über den Bezug derartiger Dienstleistungen bediene sich die zweitbeschwerdeführende Partei des "Double-Opt-In" Verfahrens. Dabei müsse ein Kunde, der eine Leistung beziehen wolle, auf der Homepage der zweitbeschwerdeführenden Partei seine Mobiltelefonnummer eingeben, worauf ihm das System auf genau diese Nummer ein für die Nutzung des Dienstes notwendiges Passwort zusende. Erst wenn der Kunde das von ihm angeforderte und auf die von ihm angegebene Nummer zugesendete Passwort in das dafür vorgesehene Feld auf der Homepage eingebe, werde der Vertrag zwischen dem Kunden und der zweitbeschwerdeführenden Partei über die ausgewählte Leistung zu den in den AGB angeführten Konditionen abgeschlossen.

In Bezug auf die zu 1.) angeführte SMS-Nachricht führten die beschwerdeführenden Parteien aus, der Empfänger habe seine Handynummer in das vorgesehene Feld auf der Homepage der zweitbeschwerdeführenden Partei eingegeben, ihm sei daraufhin eine Kurznachricht mit einem Passwort übermittelt worden, das von ihm erneut auf der Webseite der zweitbeschwerdeführenden Partei eingegeben worden sei. Damit sei eine näher bezeichnete Leistung der zweitbeschwerdeführenden Partei "aktiviert" worden; unmittelbar danach habe der Teilnehmer eine Auftragsbestätigung per Email erhalten. Bei der zu 1.) angeführten Kurznachricht habe es sich schließlich um eine sogenannte "Bill Warning-SMS" gehandelt, die den Zweck erfülle, auf die Überschreitung bestimmter Entgeltgrenzen aufmerksam zu machen, weshalb sie dem Verbraucherschutz und nicht der Direktwerbung gedient habe.

In Bezug auf die zu 2.) angeführte SMS-Nachricht brachten die beschwerdeführenden Parteien vor, die Empfängerin habe zunächst ihre Rufnummer auf der Homepage der zweitbeschwerdeführenden Partei eingegeben, woraufhin die nun strittige Kurznachricht (beinhaltend das Passwort) an die Teilnehmerin übersandt worden sei. Zu einer Aktivierung von Leistungen sei es in diesem Fall nicht gekommen, weil das Passwort in der Folge nicht eingegeben worden sei. Auch in diesem Fall sei die übermittelte Kurznachricht Ausfluss des von der zweitbeschwerdeführenden Partei eingesetzten "Double-Opt-In" Verfahrens gewesen und könne nicht als Direktwerbung angesehen werden

Mit den angefochtenen Bescheiden wies die belangte Behörde die Berufungen ab.

Begründend führte sie im Wesentlichen aus, es könne festgestellt werden, dass die beiden Teilnehmer sich auf keiner Webseite der zweitbeschwerdeführenden Partei angemeldet und keine Zustimmung zur Zusendung von

elektronischer Post erteilt hätten. Auch hätten sie eine Fremdnutzung ihrer Mobiltelefone ausgeschlossen, sodass eine allfällige missbräuchliche Verwendung durch andere Personen nicht verifizierbar sei. Ausgehend davon hätten die Erstbeschwerdeführer Übertretungen des TKG zu verantworten. Trotz des verwendeten "Double-Opt-In" Verfahrens mangle es an einer Zustimmung der Empfänger zur Zusendung der strittigen Kurznachrichten, die als Direktwerbung anzusehen seien. Die Aufforderung, im Web ein Passwort einzugeben, um mehr darüber unter einer angeführten Email-Adresse zu erfahren, stelle im Sinne einer der Rechtsprechung entsprechenden weiten Interpretation eine Direktwerbung dar, weil eine derartige Aufforderung wohl darauf gerichtet sei, Kunden für die Dienste der zweitbeschwerdeführenden Partei zu gewinnen.

Dagegen richten sich die vorliegenden, wegen des sachlichen und zum Teil persönlichen Zusammenhangs zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Beschwerden, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

1. Gemäß § 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I Nr 70/2003 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I Nr 133/2005, ist die Zusendung einer elektronischen Post - einschließlich SMS - ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn sie zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt ("unerbetene Nachrichten").

Wer entgegen § 107 Abs 2 TKG 2003 elektronische Post zusendet, begeht nach§ 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 37.000,-- zu bestrafen.

2. Die Beschwerden bestreiten, dass die strittigen Kurzmitteilungen als unerbetene Nachrichten iSd § 107 Abs 2 TKG 2003 anzusehen seien. Sowohl das Versenden von SMS-Nachrichten zur Kostenwarnung als auch das "Double-Opt-In" Verfahren seien - aus näher dargestellten Gründen - mit § 107 TKG 2003 vereinbar und könnten daher keine Grundlage für auf § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 basierende Straferkenntnisse sein.

3. Mit diesem Vorbringen sind die Beschwerden nur zum Teil im Recht:

3.1. Strittig ist im Beschwerdeverfahren, ob die beanstandeten Kurznachrichten unter das Verbot "unerbetener Nachrichten" im Sinn des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 fallen, insbesondere, ob sie "zu Zwecken der Direktwerbung" versendet wurden.

Der Begriff der "Direktwerbung", der sich auch in Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), der mit § 107 TKG 2003 umgesetzt wurde, findet, ist weder im TKG 2003 noch in Art 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation näher definiert.

"Direktwerbung" umfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch alle Formen der individuellen werblichen Kommunikation zwischen Anbietern und ausgewählten (potentiellen) Nachfragern, die nicht persönlich, sondern durch ein Medium erfolgt (vgl Brockhaus Enzyklopädie21; Gabler Wirtschaftslexikon17). Der Rechtsbegriff der "Direktwerbung" ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers "im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren. Er erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert" (vgl die Regierungsvorlage zum TKG 2003 128 BlgNR 22. GP, S 20). Dementsprechend wird der Begriff in der Rechtsprechung auch weit interpretiert und umfasst jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann. Dabei hindert insbesondere auch die Gestaltung als Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht (vgl etwa OGH vom 30. September 2009, 7 Ob 168/09w, mwN; zur Auslegung des auf Art 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zurückzuführenden Rechtsbegriffes im deutschen Lauterkeitsrecht etwa BGH vom 17. Juli 2008, I ZR 197/05, MultiMedia und Recht 2006, 662ff).

3.2. Die beschwerdeführenden Parteien vertreten die Auffassung, dass die Zusendung einer Kurznachricht im sogenannten "Double-Opt-In" Verfahren keinen Werbezweck verfolge und daher nicht als "Direktwerbung" angesehen werden könne.

Unter dem "Double-Opt-In" Verfahren wird im Allgemeinen die Einholung der Zustimmungserklärung der Teilnehmers in einem zweistufigen System verstanden, das eine Anmeldung zum Bezug elektronischer Informationen etwa auf der Webseite des Anbieters vorsieht, der in einem ersten Schritt die individuelle Nachricht an die angegebene Mailadresse oder den angegebenen Telefonanschluss folgt, dass für diese Adresse bzw diesen Anschluss eine Anmeldung erfolgt ist. Erst nach einer auf dieses (individuelle) Mail bzw die Kurznachricht gegebenen, die Anmeldung bestätigenden

Antwort oder vergleichbaren Reaktion (zB Anklicken eines Links) erfolgt die Zusendung von Werbenachrichten (vgl erklärend dazu etwa Lehofer, Spamverbot und Informationstätigkeit, in Recht und Finanzen für Gemeinden 2006, 56; weiters BGH vom 10. Februar 2011, I ZR 164/09, MultiMedia und Recht 2011, 662 f).

Es braucht im gegebenen Zusammenhang nicht abschließend beurteilt werden, ob die Zusendung einer Kurznachricht zur Authentifizierung des Teilnehmers im Rahmen des oben geschilderten Systems bereits als "Direktwerbung" anzusehen ist (bejahend etwa OLG München vom 27. September 2012, 20 U 1682/12, MultiMedia und Recht 2013, 38 ff = Wettbewerb in Recht und Praxis 2013, 111 ff, mit allerdings jeweils kritischen literarischen Anmerkungen). Im vorliegenden Fall wurde an die Empfängerin nämlich nicht bloß eine Kurznachricht übersandt, mit der geklärt werden sollte, ob sie sich zuvor - wie von den beschwerdeführenden Parteien behauptet - mit ihrer Telefonnummer auf der Webseite der zweitbeschwerdeführenden Partei angemeldet hatte. An die Empfängerin wurde vielmehr ein Passwort versendet, das es ihr bei Eingabe auf der Webseite der zweitbeschwerdeführenden Partei erlaubt hätte, direkt Leistungen der Anbieterin zu beziehen. Die gegenständliche Kurznachricht ("Passwort: 831651 im Web eingeben.

Mehr: http://y.at Hilfe/Ende: 0800-0 (Kostenlos) 3x3 EUR die Woche") diente daher nicht bloß der Authentifizierung des bekannt gegebenen Anschlusses, sondern sie war unmittelbar auf den Absatz von Leistungen der Anbieterin (zweitbeschwerdeführenden Partei) gerichtet. In dieser Konstellation kann der Werbezweck der strittigen Kurznachricht jedenfalls nicht verneint werden.

3.3. Anders ist hingegen die weitere in Beschwerde gezogene Kurznachricht mit dem Inhalt "Entschuldige die kurze Störung. Du hast bis jetzt 42 EUR verbraucht. Viel Spaß weiterhin. Bei Fragen rufe 0820 oder E-Mail: I@mobile-info.cc" zu beurteilen. Diesbezüglich enthält der angefochtene Bescheid keine Begründung dafür, warum die Nachricht als "zu Zwecken der Direktwerbung" einzustufen wäre. Eine solche Begründung liegt auch nicht auf der Hand. In der Rechtsprechung wurde zwar - wie ausgeführt - erkannt, dass auch die Gestaltung als Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht hindert. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass damit - ungeachtet der Bezeichnung und Gestaltung der Nachricht - Absatzförderung betrieben wird. Derartiges kann bei der oben angeführten SMS-Nachricht, die sich neben der Angabe einer Kontaktmöglichkeit auf die Bekanntgabe des Entgeltbetrages von (nach Ansicht der zweitbeschwerdeführenden Partei) bereits bezogenen Leistungen beschränkte und - nach dem Vorbringen der beschwerdeführenden Parteien - der Warnung des Kunden dienen sollte, nicht erkannt werden.

Da die Nachricht somit ohnedies nicht als eine solche zu Zwecken der Direktwerbung anzusehen ist, erübrigt sich das Eingehen auf das weitere Beschwerdevorbringen, mit dem die Schlüssigkeit und Vollständigkeit der Beweiswürdigung der belangten Behörde betreffend die Feststellungen zu diesem Faktum in Zweifel gezogen werden.

4. Die angefochtenen Bescheide waren daher hinsichtlich der Bestrafung bzw des Haftungsausspruches nach § 9 Abs 7 VStG wegen Zusendung der Kurznachricht "Entschuldige die kurze Störung. Du hast bis jetzt 42 EUR verbraucht. Viel Spaß weiterhin. Bei Fragen rufe 0820 oder E-Mail: I@mobile-info.cc" gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben, im Übrigen aber gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455.

Wien, am 26. Juni 2013

Schlagworte

Besondere RechtsgebieteAuslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4 DirektwerbungAuslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2012030089.X00

Im RIS seit

12.07.2013

Zuletzt aktualisiert am

05.10.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at