

TE UVS Tirol 2008/04/04

2007/26/2113-3

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.04.2008

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Mag. Franz Schett über die Berufung der Frau T. H., St. J., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt Dr. P. F., XY-Straße 8, W., gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 03.07.2007, ZI 80841-JD/05, betreffend Übertretungen nach dem Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) iVm §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung insofern Folge gegeben, als die zu Spruchpunkt 1. verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 500,00 auf Euro 300,00, bei Uneinbringlichkeit 16 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, und die zu Punkt 2. verhängte Geldstrafe in der Höhe von Euro 250,00 auf Euro 200,00, bei Uneinbringlichkeit 16 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, herabgesetzt wird.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG zu Punkt 1. mit Euro 30,00 und zu Punkt 2. mit Euro 20,00 neu festgesetzt.

Bei den verletzten Verwaltungsvorschriften (§ 44a Z 2 VStG) hat es nunmehr wie folgt zu lauten:

?Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

zu 1.) § 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003, idF des Gesetzes BGBl I Nr 178/2004 zu 2.) § 75 Abs 1 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung, kurz KEM-V), kundgemacht durch Auflage zur Einsicht bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (Bekanntmachung der Verordnungserlassung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung am 12.05.2004)?

Text

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 03.07.2007, ZI 80841-JD/05, wurde Frau T. H., St. J., nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

?Sie haben es als Direktorin und damit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma I. O. L. D. XY 14 8UF,

zu verantworten, dass durch diese Gesellschaft

1.) eine elektronische Post (SMS) zu Zwecken der Direktwerbung mit der Mehrwertnummer 0900/XY am 11.04.2005, um 11.06 Uhr mit dem Text: ?Geile Zicken warten hier auf Dich! Bist Du Geil und bis oben hin voll? Wir saugen Dich aus und Du darfst uns auch richtig ficken! Sende treff an 0900 XY? ohne vorherige Einwilligung des Empfängers, Herr M. L., XY 45 in F., welcher Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 Konsumentenschutzgesetz ist, an dessen Telefonnummer XY zugesendet wurde und

2.) die Rufnummer 0900/XY am 11.04.2005, um 11.06 Uhr zur Erbringung von Erotik-Diensten verwendet wurde, wodurch einer aufgrund des Telekommunikationsgesetzes 2003 (BGBI I Nr 70/2003) erlassenen Verordnung, nämlich der Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdiensteverordnung (KEM-V), zuwidergehandelt wurde?

Dadurch habe die Beschuldigte gegen § 107 Abs 2 und 3 iVm§ 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 (Spruchpunkt 1.) und § 75 Abs 1 KEM-V iVm § 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 (Spruchpunkt 2.) verstoßen. Über diese wurde daher gemäß§ 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 zu Punkt 1. eine Geldstrafe von Euro 500,00, Ersatzfreiheitsstrafe 120 Stunden, und gemäß§ 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 zu Punkt 2. eine Geldstrafe von Euro 250,00, Ersatzfreiheitsstrafe 60 Stunden, verhängt. Der von der Beschuldigten zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurde gemäß § 64 VStG mit 10 Prozent der Geldstrafen bestimmt.

Gegen diesen Strafbescheid hat Frau T. H., vertreten durch Herrn Mag. Dr. B. B., Rechtsanwalt in W., fristgerecht Berufung an den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol erhoben und darin begründend ausgeführt wie folgt:

?Seitens der erstinstanzlichen Behörde wurde der Beschuldigten vorgeworfen, sie hätte jeweils eine elektronische Post (SMS) zu Zwecken der Direktwerbung zum Zeitpunkt und mit dem Text, wie in der angeschlossenen Anzeige angegeben, ohne vorherige Einwilligung des Empfängers, Herrn M. L., an dessen Telefonnummer XY zugesendet. Weiters hätte sie die Rufnummern 0900/XY zur Erbringung von Erotik-Diensten verwendet.

Die Beschuldigte hätte dadurch gegen die Bestimmungen des § 107 Abs 2 und 3 iVm § 109 Abs 3 Z 20 Telekommunikationsgesetz sowie dem § 75 Abs 1 der 6. Verordnung der Rundfunk- und Telekom RegulierungsGmbH iVm § 109 Abs 2 Z 9 TKG verstoßen.

Über die Beschuldigte wurde zu Spruch Punkt 1. eine Geldstrafe von Euro 500,00 und zu Spruch Punkt 2. eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 250,00 verhängt. Weiters wurden ihr Verfahrenskosten ist der Höhe von Euro 75,00 auferlegt.

Die erstinstanzliche Entscheidung wird in ihrem gesamten Umfang bekämpft.

Die Aufforderung zur Rechtfertigung erging an die Adresse

Herrn/Frau

H. T.

per Adresse RA Dr. B. B.

XY-Platz 6

W.

Wie der Unabhängige Verwaltungssenat für Tirol mit Bescheid zu UVS-2006/18/2322-2326 vom 24.11.2006 feststellte,

wurde mit der Zustellverfügung als Empfänger nicht der Vertreter der Beschuldigten, sondern die Beschuldigte selbst per Adresse des Rechtsanwaltes Dr. B. B. bezeichnet. Somit wurde der Empfänger unrichtig bezeichnet und lag daher keine korrekte Zustellverfügung der Erstbehörde vor.

In der Aufforderung zur Rechtfertigung zu GZ: 80841-JD/05 vom 23.08.2005 wurde die Adresse wie oben ausgeführt bekannt gegeben.

Es ist daher davon auszugehen, dass auch in diesen beiden Fällen die Zustellverfügung nicht gesetzeskonform erfolgte und somit die ersten Verfolgungshandlungen erst nach Eintritt der Verfolgungsverjährung durchgeführt wurden.

Sollte dies nicht der Fall sein, so geht der Vorwurf der Fernmeldebehörde insofern ins Leere, als seitens der I. O. L. die Mehrwertnummern ausschließlich über Zeitungsinserate beworben werden. Erst wenn ein Kunde über ein solches Zeitungsinserat sich mit der I. O. L. in Verbindung setzt und dadurch mit ihr in Geschäftskontakt tritt, werden weitere Angebote per SMS dem Kunden zugeleitet. Dies wurde auch in den konkreten Fällen so gehandhabt, sodass hier eine Normverletzung nicht erkennbar ist.

Über die Rufnummern 0900/XY wurden keinerlei Erotikdienste erbracht. Bei der dahinterstehenden Dienstleistung handelt es sich ausschließlich um eine ?Flirtline? in welchen seitens der Moderatoren keinerlei erotische Texte verwendet werden. Viel mehr ist es hier so, dass der SMS-Chat überwacht wird und bei einem Verstoß des Kunden gegen das ?Erotikverbot? dieser ermahnt und im Wiederholungsfalle vom Dienst ausgeschlossen wird.

Hinsichtlich der Höhe der ausgesprochenen Strafe ist festzustellen, dass zum Zeitpunkt der im Spruch angegebenen Tatzeiten keine rechtskräftige Verurteilung der Beschuldigten vorliegen, sodass die Höhe der Strafe jedenfalls überzogen ist.?

Die Berufungswerberin hat daher die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. In eventu hat sie die Herabsetzung der verhängten Geldstrafen bzw die Zurückverweisung der Angelegenheit an die Strafbehörde I. Instanz begehrt.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

A) Sachverhalt:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Strafakt sowie durch Einvernahme der Zeugen J. H. und M. L. in den öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlungen am 07.01.2008 und 08.01.2008. Weiters wurde in der öffentlichen mündlichen Berufungsverhandlung am 08.01.2008 mit Einwilligung des Rechtsvertreters der Berufungswerberin die im Berufungsverfahren zu den Geschäftszahlen uvs-2007/12/2901 und 2902 aufgenommene Verhandlungsschrift vom 20.12.2007, beinhaltend ua die Einvernahme des Zeugen G. T. von der Firma D., dargetan.

Sachverhaltsfeststellungen:

Herrn M. L., geb am XY, wohnhaft in XY 45, F., wurde als Inhaber eines Mobiltelefons mit der Nummer 0664/XY am 11.04.2005, um 11.06 Uhr, ein SMS mit folgendem Inhalt zugesendet:

?Geile Zicken warten hier auf Dich! Bist Du Geil und bis oben hin voll? Wir saugen Dich aus und Du darfst uns auch richtig ficken! Sende ?treff? an 0900-XY.?

Herr M. L. hat keine Einwilligung zur Zusendung dieser SMS-Nachricht erteilt.

Die betreffenden SMS-Nachricht wurden durch die Firma I. O. L., D, XY 14 8UF, an Herrn M. L. versendet. Die Versendung ist von Tirol aus erfolgt, wo der Server dieser Gesellschaft seinen Standort hatte bzw hat.

Frau T. H. ist und war auch bereits im Jahr 2005 Direktorin der Firma I. O. L.

Beweiswürdigung:

Dass an das bezeichnete Mobiltelefon des Herrn M. L. die vorangeführte, in dessen Anzeige vom 11.04.2005 angeführte SMS-Nachricht gesendet wurde, steht für die Berufungsbehörde aufgrund der schriftlichen Anzeige von Herrn L. und dessen zeugenschaftlichen Angaben vor der Berufungsbehörde außer Zweifel.

Zunächst ist für die Berufungsbehörde nicht erkennbar, welche Umstände Herrn L. dazu veranlasst haben sollten, zum Nachteil der ihm persönlich nicht bekannten Berufungswerberin in der Anzeige falsche Angaben zu machen. Im Übrigen ist nach Ansicht der Berufungsbehörde auch aufgrund der Vorgehensweise bei der Anzeigenerstattung die Richtigkeit und Vollständigkeit der in der Anzeige enthaltenen Angaben gewährleistet. Wie Herr L. nämlich glaubhaft angegeben hat, hat er den Inhalt der SMS-Nachricht direkt vom Handy abgeschrieben. Dass er dabei eine wortgenaue Wiedergabe vorgenommen hat, zeigt sich auch darin, dass er nicht nur den Text, sondern auch das Versendedatum und die bekannt gegebene Mehrwertnummer vermerkt hat. Die Zusendung des in Rede stehenden SMS an Herrn M. L. hat im Übrigen auch die Berufungswerberin nicht bestritten, bzw ergibt sich aus der von dieser im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Logfile-Liste, dass das in Rede stehende SMS mit dem vom Anzeiger angegebenen Text zu dem ebenfalls bezeichneten Zeitpunkt an dessen Mobiltelefon versendet worden ist.

Aufgrund der vorliegenden Beweisergebnisse steht für die Berufungsbehörde auch fest, dass Herr M. L. keine Einwilligung iSd § 107 Abs 2 TKG 2003 zur Zusendung der betreffenden SMS-Nachricht erteilt hat.

Nach Ansicht der Berufungsbehörde ist unter einer Einwilligung eine gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Konsumenten zu verstehen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall der Verwendung seiner Daten zustimmt (vgl in diesem Zusammenhang etwa die Begriffsbestimmung in § 4 Z 14 DSG 2000). Selbst wenn Herr M. L., wie von der Berufungswerberin behauptet, mehrmals Erotik-Nummern der I. O. L. angerufen hat, ist nach Ansicht der Berufungsbehörde dennoch auszuschließen, dass er dabei in verbindlicher Weise sein Einverständnis zur Zusendung von SMS-Nachrichten erteilt hat. Zunächst lässt die von der Berufungswerberin im Berufungsverfahren vorgelegte Auflistung der Telefonanrufe weder erkennen, welche Mehrwertnummern mit dem Mobiltelefon des Herrn M. L. kontaktiert worden sind, insbesondere ob es sich dabei um der I. O. L. zugewiesene Nummern gehandelt hat, noch ergibt sich daraus, wie lange diese behaupteten Telefonkontakte jeweils gedauert haben. Dieser Liste kommt daher nur ein eingeschränkter Beweiswert zu. Aber auch wenn man von Anrufen mit dem in Rede stehenden Mobiltelefon bei Mehrwertnummern der I. O. L. ausgeht, würde es die konsequente Umsetzung des für die Zusendung von SMS an Konsumenten gesetzlich vorgesehenen ?Opt In-Systems? erfordern, dass die Einwilligung zur Zusendung der SMS unzweifelhaft und ausdrücklich erteilt wird. Es muss dabei zumindest in den wesentlichen Punkten feststehen, wozu der Kunde seine Zustimmung erteilt und wem gegenüber die Erklärung abgegeben wird. Für eine Einverständniserklärung iSd § 107 Abs 2 TKG ist es daher nach Ansicht der Berufungsbehörde jedenfalls erforderlich, dass der Kunde weiß, welche Art von SMS-Nachrichten er künftig erhalten wird und von wem ihm diese zugesendet werden. Vor allem die Kenntnis des tatsächlichen Versenders der SMS ist schon deshalb notwendig, damit der Kunde problemlos die Möglichkeit hat, sich erforderlichenfalls an diesen zu wenden. Wenn nun aber Herrn M. F. bei einer allfälligen Inanspruchnahme der telefonischen Erotik-Dienste der I. O. L., wie für eine wirksame Willensübereinkunft erforderlich, im Verlauf des Gesprächs die genauen Daten der künftig SMS-Zusendungen durchführenden Firma bekannt gegeben worden wären, wäre ihm dies nach Ansicht der Berufungsbehörde jedenfalls erinnerlich geblieben. Das Treffen einer derartigen Übereinkunft im Zuge der Erbringung einer auf die sexuelle Befriedung des Anrufers ausgerichteten Dienstleistung hätte zweifelsfrei eine besondere Auffälligkeits- und Erinnerungswert. Sofern aber, wie dies aufgrund der Aussage des Zeugen H. angenommen werden kann, die Erbringerin bzw der Erbringer des Telefonsexdienstes in das Gespräch bloß die Frage einbaut, ob der Kunde

mit der Zusendung von SMS einverstanden ist, die I. O. L. als Versenderin dieser SMS dabei also offenbar nicht mit genauem Namen und genauer Anschrift, mithin in förmlicher Weise, benannt wird, reicht dies nach Ansicht der Berufungsbehörde selbst bei Bejahung der Frage nicht aus, um von einer Einwilligung iSd § 107 Abs 2 TKG ausgehen zu können. Auch die Tatsache, dass der Anzeiger verschiedene Stellen kontaktiert hat, um die unerwünschten SMS-Zusendungen zu unterbinden, sich also nicht direkt an die I. O. L. gewandt hat, zeigt, dass ihm diese Gesellschaft nicht als Versenderin bekannt war.

Es ist nach Ansicht der Berufungsbehörde auch auszuschließen, dass es sich bei der verfahrensgegenständlichen SMS-Zusendung um die direkte Antwort auf ein zuvor vom Mobiltelefon des Anzeigers an eine Mehrwertnummer der I. O. L. versendetes ?Anforderungs-SMS? gehandelt hat. Es würde nämlich zunächst jeder Lebenserfahrung widersprechen, dass jemand, der ein Erotik-SMS anfordert und dieses in der Folge auch erhält, diese Zusendung zur Anzeige bringt. Aber auch aus der von der Berufungswerberin vorgelegten Logfile-Liste ergibt sich, dass der in Rede stehenden SMS-Nachricht kein ?Anforderungs-SMS? des Anzeigers vorausgegangen ist. In der betreffenden Liste sind die im Zeitraum 18.01.2005 bis 06.08.2005 durch die Internet Options Limited an das Mobiltelefon des Herrn M. L. zugesendeten SMS-Nachrichten und, in geringer Zahl, SMS-Zusendungen vom betreffenden Mobiltelefon an Mehrwertnummern vermerkt, wobei es sich bei Letzteren laut Auflistung überwiegend um ?Stopp-SMS? gehandelt hat. Lediglich am 26.01.2005, sohin deutlich vor der anzeigegegenständlichen SMS-Zusendung, wurden laut der vorgelegten Liste zwei ?Anforderungs-SMS? an eine Mehrwertnummer versendet.

Feststeht ist, dass die im vorbezeichneten SMS angeführte Mehrwertnummer im interessierenden Zeitraum der I. O. L. zur Nutzung überlassen war. Dies ergibt sich aus den durch das Fernmeldebüro für Steiermark und Kärnten durchgeführten Erhebungen, nämlich dem im erstinstanzlichen Strafakt einliegenden E-Mail-Verkehr mit der Firma D.

Damit steht für die Berufungsbehörde auch außer Zweifel, dass die Zusendung des betreffenden SMS an Herrn M. L. durch die I. O. L. erfolgt ist, zumal schon aus wirtschaftlichen Gründen auszuschließen ist, dass ein anderes Unternehmen eine Mehrwertnummer der I. O. L. beworben hat.

Dass die betreffende Anlage, mit der die Versendung der SMS-Nachricht vorgenommen wurde, ihren Standort am Sitz der I. O. L. in Tirol hat und auch bereits im Jahr 2005 hatte, ergibt sich aufgrund der Angaben des Zeugen J. H.

Unstrittig ist, dass Frau T. H. bereits im Jahr 2005 Direktorin und damit das zur Vertretung nach außen berufene Organ der I. O. L. war.

B) Rechtsgrundlagen:

Im gegenständlichen Fall sind die folgenden Bestimmungen beachtlich:

?1. Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I Nr 70/2003, in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 178/2004:

Unerbetene Nachrichten

§ 107

....

(2) Die Zusendung einer elektronischen Post, einschließlich SMS, an Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 Konsumentenschutzgesetz ohne vorherige Einwilligung des Empfängers ist unzulässig, wenn

1.

die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder

2.

an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist.

(3) Eine vorherige Zustimmung für elektronische Post gemäß Abs 2 ist dann nicht notwendig, wenn

1.

der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und

2.

diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und

3.

der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

....

(5) Die Zusendung elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung ist auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der Abs 2, 3 und 4 unzulässig, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

....

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109

....

(2) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu Euro 8.000,00 zu bestrafen, wer

....

9. einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder einem auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid zuwiderhandelt.

(3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu Euro 37.000,00 zu bestrafen, wer

....

20. entgegen § 107 Abs 2 und 4 elektronische Post zusendet;

....

2. 6 Verordnung der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelt- und Mehrwertdienste festgelegt werden (Kommunikationsparameter-, Entgelt- und Mehrwertdienste-Verordnung, KEM-V), kundgemacht durch Auflage zur Einsicht bei der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (Bekanntmachung der Verordnungserlassung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung am 12.05.2004):

Begriffsbestimmungen

§ 3

....

?Erotik-Dienste?: alle Dienste sexualbezogenen Inhalts, unabhängig davon, ob die Inhalte mittelbar durch Tonband, Videoaufzeichnungen, Texte, Bilder oder sonstiger Aufzeichnungen oder unmittelbar durch Sprache, Text, Videoverbindungen oder Kombinationen daraus vermittelt werden, Dienste, die den Zugang zu solchen Diensten

ermöglichen, sowie alle jene Dienste, die zwischen Nutzern die Herstellung erotischer Kontakte ermöglichen;

....

Verhaltensvorschriften

§ 75

(1) In den Bereichen 900 und 901 ist die Erbringung von Erotikdiensten verboten. ?.

3. Konsumentenschutzgesetz, BGBl Nr 140/1979, in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 62/2004:

Geltungsbereich

§ 1

§ 1 (1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen

1.

einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und

2.

andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind.

(2) Unternehmen im Sinn des Abs 1 Z 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten immer als Unternehmer.

....

4. Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl Nr 52/1991, in der Fassung des Gesetzes BGBl I Nr 117/2002:

Schuld

§ 5

(1) Wenn eine Verhaltensvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zu widerhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verhaltensvorschrift kein Verschulden trifft.

(2) Unkenntnis der Verhaltensvorschrift, der der Täter zu widergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verhaltensvorschrift nicht einsehen konnte.

Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 9

(1) Für die Einhaltung der Verhaltensvorschriften durch juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts oder eingetragene Erwerbsgesellschaften ist, sofern die Verhaltensvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

....

Strafbemessung

§ 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

(2) Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen?.

C) Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Schuldspruch:

Herr M. L. ist unzweifelhaft als Verbraucher iSd§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG anzusehen. Die SMS-Zusendung ist an sein privates Handy erfolgt. Er übt offenbar keine unternehmerische Tätigkeit aus. Die betreffende Zusendung kann außerdem schon aufgrund ihres Inhaltes keinesfalls mit einer unternehmerischen Tätigkeit eines Empfängers in Zusammenhang gebracht werden.

Bei dem Herrn M. L. zugegangenen SMS hat es sich auch jedenfalls um eine Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung gehandelt. Entsprechend den Erläuternden Bemerkungen zum Telekommunikationsgesetz 2003 ist der Begriff ?Direktwerbung? weit zu interpretieren und umfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee, einschließlich politischer Inhalte, wirbt oder dafür Argumente liefert. Dieser Begriff beinhaltet damit Werbung jeder Art, die sich direkt an ausgewählte Empfänger richtet. Mit dem in Rede stehenden SMS wurde Herr L. direkt aufgefordert, eine Mehrwertnummer anzurufen und damit einen entgeltlichen Vertrag mit dem Betreiber der bekannt gegebenen Mehrwertnummer abzuschließen. Dies stellt jedenfalls eine Direktwerbung im Sinne vorstehender Ausführungen dar.

Herr M. L. hat keine Einwilligung für die Zusendung derartiger SMS erteilt. Dass es nach Ansicht der Berufungsbehörde im Zuge der von der Berufungswerberin behaupteten Anrufe bei Erotik-Nummern zu keiner derartigen Übereinkunft gekommen ist, wurde bereits oben dargetan. Für die Berufungsbehörde steht aber, wie erwähnt, auch außer Zweifel, dass es sich bei dem angezeigegenständlichen SMS nicht um die Rückantwort auf ein zuvor an die betreffende Mehrwertnummer versendetes SMS gehandelt hat. Wenn aber vom betreffenden Mobiltelefon aus laut der vorgelegten Logfile-Liste deutlich vor dem 11.04.2005 zwei SMS an Mehrwertnummern der Internet Options Limited versendet worden sind, kann dies keinesfalls eine Einwilligung zur Zusendung einer beliebigen Anzahl weiterer SMS durch den betreffenden Diensterbringer zur Bewerbung seiner verschiedenen Mehrwertnummern darstellen (vgl in diesem Zusammenhang auch VwGH 25.02.2004, ZI 2003/03/0284).

Im Ergebnis steht für die Berufungsbehörde sohin fest, dass die in§ 107 Abs 2 TKG 2003 normierte Voraussetzung für die Zusendung des in Rede stehenden SMS nicht vorgelegen hat.

Es war daher weiters zu beurteilen, ob im gegenständlichen Fall allenfalls § 107 Abs 3 leg cit zum Tragen kommen konnte. In dieser Bestimmung sind mehrere Voraussetzungen für die Zusendung von SMS an Verbraucher iSd KSchG ohne vorherige Einwilligung normiert. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Im vorliegenden Fall wurde nun jedenfalls dem § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 nicht entsprochen, wonach der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten muss, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertretung kostenfrei und problemlos abzulehnen. Die verfahrensgegenständlichen SMS-Nachricht hat keinen Hinweis auf eine Abmeldemöglichkeit, also insbesondere keinen ?Stopp-Code?, enthalten. Dies ergibt sich sowohl aus der Anzeige, als auch aus der von der Berufungswerberin selbst vorgelegten Logfile-Liste, in welcher das betreffende SMS vollinhaltlich angeführt ist, wobei der Text keinen Hinweis auf eine Abmeldemöglichkeit enthält.

Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass dem § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 auch dann nicht entsprochen wird, wenn der Kunde nur die Möglichkeit erhält, durch Zusendung einer ?Stopp-SMS? an eine konkrete Mehrwertnummer des Dienstanbieters weitere SMS-Zusendung unter dieser Mehrwertnummer auszuschließen. Nach der zitierten Gesetzesbestimmung hat der Dienstanbieter vielmehr die Möglichkeit zu schaffen, dass der Kunde bei jeder SMS-Zusendung die weitere Verwendung der dem Anbieter im Zusammenhang mit einem Verkauf oder einer erbrachten Dienstleistung zugegangenen Kontaktinformation unterbinden kann. Entsprechend der vorgelegten Logfile-Liste ist dies aber im Unternehmen der I. O. L. offenkundig nicht der Fall. Aus dieser Liste ergibt sich nämlich, dass nach Zusendung einer ?Stopp-SMS? der Kunde lediglich für jene Mehrwertnummer, an die die Zusendung erfolgt ist, ?gesperrt? wird. Für SMS-Zusendungen unter anderen Mehrwertnummern wird die Kontaktinformation offenkundig weiterhin verwendet. Dies stellt, wie erwähnt, kein dem § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 entsprechendes Vorgehen dar.

Im Ergebnis steht für die Berufungsbehörde daher fest, dass auch die in § 107 Abs 3 TKG 2003 normierten Voraussetzungen für die Zusendung der betreffenden SMS-Nachricht nicht vorgelegen haben.

Die Berufungswerberin ist als Direktorin das zur Vertretung nach außen berufene Organ der I. O. L. und damit gemäß § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese Gesellschaft verantwortlich.

Die Berufungswerberin hat sohin tatbildlich im Sinne der ihr in Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses angelasteten Verwaltungsübertretung gehandelt.

Was die innere Tatseite anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der betreffenden Übertretung um ein sog. Ungehorsamsdelikt handelt. Für derartige Delikte sieht § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG vor, dass Fahrlässigkeit dann anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. ?Glaubhaftmachung? bedeutet dabei, dass die Richtigkeit einer Tatsache wahrscheinlich gemacht wird. Der Beschuldigte hat initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Er hat also ein geeignetes Tatsachenvorbringen zu erstatten und die entsprechenden Beweismittel vorzulegen oder konkrete Beweisanträge zu stellen (vgl VwGH 29.03.1990, ZI 89/17/0139 uva).

Diese Glaubhaftmachung ist der Berufungswerberin nicht gelungen. Sie hat kein Vorbringen erstattet, durch das ein fehlendes Verschulden aufgezeigt werden könnte. Nichts zu gewinnen ist für die Berufungswerberin auch mit dem Hinweis auf EDV-Probleme bei der Firma D. Wie sich nämlich aus der Aussage des Zeugen T. ergibt, ist die Systemumstellung, welche angeblich zu Fehlsendungen geführt hat, jedenfalls erst nach Zusendung der in Rede stehenden SMS-Nachricht erfolgt. Ebenfalls nicht zielführend ist der Hinweis des Zeugen H., dass es die Fa D. übernommen habe, die SMS-Zusendungen mit einem ?Stopp-Code? zu versehen. Abgesehen davon, dass der Zeuge T. das Bestehen einer diesbezüglichen vertraglichen Verpflichtung der Fa D. verneint hat, wurde auch in keiner Weise dargetan, wie seitens der für die SMS-Zusendung verantwortlichen Fa I. O. L. überprüft worden ist, dass diese Ergänzungen tatsächlich vorgenommen werden. Sollte sich die Fa I. O. L. zur Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung tatsächlich eines Dritten bedient haben, hätte sie jedenfalls ein entsprechendes Kontrollsyste einrichten müssen, um die ordnungsgemäße Wahrnehmung dieser Aufgabe sicherzustellen. Diesbezüglich wurde aber kein Vorbringen erstattet.

Die Berufungsbehörde geht davon aus, dass das betreffende SMS mit Wollen der Berufungswerberin an den Anzeiger versendet worden ist. Es war daher von Vorsatz auszugehen. Sollte die Berufungswerberin rechtsirrig angenommen haben, dass die in Rede stehende Zusendung den Vorgaben des TKG 2003 entspricht, hat ihr lediglich das

Unrechtsbewusstsein gefehlt, ein Schuldelement, welches von jenem des Vorsatzes zu unterscheiden ist (vgl VwGH 11.9.1997, ZI 96/07/0223).

Wenn die Berufungswerberin schließlich Verfolgungsverjährung einwendet, erweist sich auch dies nach Ansicht der Berufungsbehörde als nicht zielführend.

Die Verfolgungsverjährungsfrist bei Übertretungen nach dem TKG 2003 beträgt 6 Monate. Die betreffende Übertretung wurde am 11.04.2005 begangen. Die Aufforderung zur Rechtfertigung datiert vom 23.08.2005 und wurde laut erstinstanzlichem Akt auch an diesem Tag versendet. Die Aufforderung zur Rechtfertigung hat sohin innerhalb der sechsmonatigen Verfolgungsverjährungsfrist den Behördenbereich verlassen. Dass die Zusendung ?pA? des Herrn Mag. Dr. B. erfolgt ist, schließt nach Ansicht der Berufungsbehörde das Vorliegen einer rechtzeitigen Verfolgungshandlung nicht aus. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltunggerichtshofes ist es für das Vorliegen einer die Verjährungsfrist unterbrechenden Verfolgungshandlung lediglich maßgeblich, dass diese innerhalb dieser Frist nach außen in Erscheinung tritt, also die Sphäre der Behörde verlässt. Nicht entscheidend ist, dass sie dem Täter tatsächlich zur Kenntnis gelangt (vgl VwGH 04.03.1991, ZI 90/19/0183 uva). Auch wenn daher im Zusammenhang mit der Aufforderung zur Rechtfertigung bei der Bestimmung des Zustellortes ein Fehler unterlaufen und diese der Berufungswerberin daher allenfalls nicht zugegangen ist, schließt dies nach Ansicht der Berufungsbehörde das Vorliegen einer rechtzeitigen Verfolgungshandlung nicht aus. Nichts zu gewinnen ist in diesem Zusammenhang auch mit dem Hinweis auf das Berufungserkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 24.11.2006, ZI uvs-2006/18/2322-2326. In diesem Bescheid wurde lediglich das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Zustellung wegen unrichtiger Bezeichnung des Empfängers verneint. Im gegenständlichen Fall wurde aber in der Aufforderung zur Rechtfertigung als Empfänger zutreffend Frau T. H. benannt. Dadurch, dass die Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. B. als Zustellort angegeben wurde, wurde aber im Lichte vorstehender Ausführungen das Vorliegen einer Verfolgungshandlung nicht ausgeschlossen.

Abgesehen davon, stellt aber auch die Einsichtnahme in den Strafakt mit der Aufforderung, sich zu rechtfertigen, eine Verfolgungshandlung dar (vgl VwGH 12.09.1986, ZI 85/18/0072). Wie sich nun aus dem erstinstanzlichen Akt ergibt, hat der Rechtsvertreter innerhalb der 6-monatigen Verfolgungsverjährungsfrist, nämlich am 30.08.2005, beim Fernmeldebüro für Tirol und Vorarlberg den Strafakt eingesehen und hat sich aus der zuvor in seine Hände gelangten Aufforderung zur Rechtfertigung eine von ihm auch eingehaltene Stellungnahmefrist bis 08.09.2005 ergeben. Damit ist auch aus diesem Grund entgegen der Ansicht der Berufungswerberin von einer fristgerechten Verfolgungshandlung auszugehen.

Die Bestrafung zu Punkt 1. ist daher dem Grunde nach zu Recht erfolgt.

Strafbemessung:

Der Unrechtsgehalt der der Berufungswerberin in diesem Punkt angelasteten Verwaltungsübertretung ist durchaus erheblich. Die von ihr übertretene Norm dient insbesondere dem Schutz von Konsumenten gegen unerwünschte und belästigende SMS-Zusendungen. Ein derartiges Schutzregime erweist sich schon deshalb als notwendig, weil die neuen Medien bzw Kommunikationsmittel den Anbietern derartiger Leistungen einen relativ leichten Zugang zu den Konsumenten ermöglichen. Der damit verbundene Eingriff in die Privatsphäre der Menschen soll nun tunlichst hintangehalten werden. Durch die Missachtung der diesem Schutz dienenden Vorschriften wurde sohin ein hochwertiges Rechtsgut verletzt.

Mildernd war neben der durch die Erstinstanz erwähnten Unbescholtenheit die lange Verfahrensdauer zu werten. Erschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Bezüglich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse hat die Berufungswerberin, obwohl für sie dazu im Verfahren mehrfach die Gelegenheit bestanden hätte (Berufung, Berufungsverhandlung), keine Angaben gemacht. Es war daher insofern im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine Einschätzung vorzunehmen, wobei mangels gegenteiliger Anhaltspunkte von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen werden konnte.

Im Zusammenhalt dieser Strafzumessungskriterien ist die Berufungsbehörde zur Ansicht gelangt, dass für die der Berufungswerberin anzulastende Übertretung nach § 107 Abs 2 TKG 2003 eine Geldstrafe von Euro 300,00 zu verhängen ist. Eine Strafherabsetzung war deshalb vorzunehmen, weil die Erstinstanz den Milderungsgrund der langen Verfahrensdauer nicht berücksichtigt hat. In der nunmehr bestimmten Höhe war die Geldstrafe aber jedenfalls geboten, um dem erheblichen Unrechts- und Schuldgehalt der Übertretung Rechnung zu tragen, zumal damit der gesetzliche Strafrahmen nur zu ca 0,8 Prozent ausgeschöpft worden ist. Vor allem haben auch general- und spezialpräventiven Erwägungen eine Geldstrafe in diesem Betrag erfordert. Zum einen soll auch anderen Unternehmen das besondere Gewicht dieser, dem Schutz der Privatsphäre, sohin eines hochrangigen Rechtsgutes, dienenden Gesetzesbestimmungen aufgezeigt und durch Verhängung entsprechend hoher Strafen derartigen Fehlverhalten nachhaltig entgegengewirkt werden, zum anderen soll aber auch die Berufungswerberin künftig von gleichartigen Übertretungen abgehalten werden.

Der Berufung war daher insofern Folge zu geben, als eine Herabsetzung der zu Punkt 1. verhängten Geldstrafe zu erfolgen hatte. Folgerichtig waren auch die Ersatzfreiheitsstrafe und der von der Berufungswerberin zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu bemessen.

Da bei Anführung der verletzten Verwaltungsvorschriften die Zitierung der Strafsanktionsnorm nicht erforderlich ist, wurde diesbezüglich eine Änderung vorgenommen. Die Befugnis der Berufungsbehörde dazu hat sich aus dem gemäß § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren anzuwendenden § 66 Abs 4 AVG ergeben.

Zu Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses:

Schuldspruch

Für die in Spruchpunkt 2. angeführte SMS-Zusendung wurde eine Rufnummer aus dem Bereich 0900 verwendet. Die Verwendung solcher Nummern zur Erbringung von Erotik-Diensten ist gemäß § 75 Abs 1 KEM-V verboten.

Wenn die Berufungswerberin in diesem Zusammenhang nun ausführt, dass unter dieser Nummer lediglich Flirtdienste angeboten worden seien, trifft dies nicht zu. Die SMS-Zusendung vom 11.04.2005 hat eindeutig einen sexuellen Inhalt aufgewiesen und fällt daher unzweifelhaft unter die Begriffsbestimmung in § 3 Z 11 KEM-VO, wonach unter Erotik-Diensten jedenfalls Dienste mit sexualbezogenen Inhalten zu verstehen sind.

Was die innere Tatseite anlangt, handelt es sich auch bei der Berufungswerberin in Spruchpunkt 2. angelasteten Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt. Die Berufungswerberin hat wiederum kein Vorbringen erstattet, durch das ein fehlendes Verschulden dargetan werden könnte.

Für die Berufungsbehörde besteht auch in diesem Zusammenhang kein Zweifel, dass die Nutzung der betreffenden 900-er Nummer für die verfahrensgegenständliche Erbringung eines Erotikdienstes mit Wollen der Berufungswerberin erfolgt ist. Es war daher auch hier von Vorsatz auszugehen.

Dass der Einwand der Verfolgungsverjährung unzutreffend ist, wurde bereits zu Punkt 1. dargetan und wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.

Sohin ist die Bestrafung zu Spruchpunkt 2. dem Grunde nach ebenfalls zu Recht erfolgt.

Strafbemessung:

Der Unrechtsgehalt der Berufungswerberin in diesem Punkt angelasteten Übertretung ist nicht unerheblich. Der

Bereich der Mehrwertdienste bedarf insbesondere zum Schutz der Endnutzer einer Reglementierung, so ua einer Zugangskontrolle. Durch die Verwendung von Mehrwertnummern für Dienste, die unter diesen Nummern nicht erbracht werden dürfen, werden die getroffenen Regulierungsmaßnahmen und damit die dadurch verfolgten Schutzziele unterlaufen. Dass die rechtswidrige Verwendung von Nummern aus dem Bereich 900 für Erotik-Dienste auch zu Wettbewerbsverzerrungen führen kann, wie durch die Erstinstanz ausgeführt, ist ebenfalls nachvollziehbar.

Als Verschuldensform war Vorsatz anzunehmen.

Bezüglich der sonstigen Strafzumessungskriterien wird auf die Ausführungen zu Punkt 1. verwiesen.

Aufgrund dieser für die Strafbemessung relevanten Umstände ist die Berufungsbehörde zur Ansicht gelangt, dass zu Punkt 2. eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 200,00 zu verhängen ist. Eine Strafherabsetzung hatte wiederum deshalb zu erfolgen, weil der Milderungsgrund der langen Verfahrensdauer von der Erstinstanz nicht berücksichtigt worden ist. In der nun festgesetzten Höhe war die Geldstrafe aufgrund des nicht unerheblichen Unrechts- bzw Schuldgehaltes der Übertretung sowie aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen aber jedenfalls gerechtfertigt, wobei zur Vermeidung von Wiederholungen auch hier auf die Ausführungen zu Punkt 1. verwiesen wird.

Es war daher die zu Punkt 2. verhängte Geldstrafe herabzusetzen. Ebenfalls hatte wiederum eine Anpassung der Ersatzfreiheitsstrafe und des Kostenbeitrages für das erstinstanzliche Verfahren zu erfolgen.

Auch in diesem Zusammenhang wurde die Zitierung der verletzten Verwaltungsvorschrift geändert, wozu die Berufungsbehörde, wie erwähnt, gemäß § 66 Abs 4 AVG berechtigt war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Selbst, wenn, Herr, M.L., wie, von, der, Berufungswerberin, behauptet, Erotik-Nummern, der, I.O.L., angerufen, hat, ist, nach, Ansicht, der, Berufungsbehörde, dennoch, auszuschließen, dass, er, dabei, in, verbindlicher, Weise, sein, Einverständnis, zur, Zusendung, von, SMS-Nachrichten, erteilt, hat. Zunächst, lässt, die, von, der, Berufungswerberin, im, Berufungsverfahren, vorgelegte, Auflistung, der, Telefonanrufe, weder, erkennen, welche, Mehrwertnummern, mit, dem, Mobiltelefon, des, M.L., kontaktiert, worden, sind, insbesondere, ob, es, sich, dabei, um, der, I.O.L., zugewiesene, Nummern, gehandelt, hat, noch, ergibt, sich, daraus, wie, lange, diese, behaupteten, Telefonkontakte, jeweils, gedauert, haben. Dieser, Liste, kommt, daher, nur, ein, eingeschränkter, Beweiswert, zu

Zuletzt aktualisiert am

21.10.2008

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/ups/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at