

TE UVS Tirol 2004/06/21 2003/K8/006-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.06.2004

Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch die Kammer 8, bestehend aus dem Kammervorsitzenden Dr. Karl Trenkwalder sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Christoph Lehne und Dr. Felizitas Schiessendorf-Luchner über die Berufung des H. O., vertreten durch B. G. Rechtsanwälte OEG, XY, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 20.11.2003, ZI 80654-JD/03, wie folgt:

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) iVm den §§ 24 und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten spruchgemäß nachfolgender Sachverhalt zur Last gelegt:

"Sie haben es als zur Vertretung der Fa. "A. GmbH" (kurz Audiofon) berufener Geschäftsführer zu verantworten, dass

am 25.02.2003,um 16.20 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 26.02.2003,um 17.06 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 28.02.2003,um 13.35 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 01.03.2003,um 12.34 Uhr,in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck

am 02.03.2003,um 14.54 Uhr,in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck

am 04.03.2003,um 09.52 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 05.03.2003,um 16.33 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 07.03.2003,um 15.04 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 08.03.2003,um 13.51 Uhr,in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck

am 09.03.2003,um 13.33 Uhr,in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck

am 11.03.2003,um 15.08 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 12.03.2003,um 11.33 Uhr,in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck

am 14.03.2003, um 18.53 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 15.03.2003, um 09.15 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck
am 16.03.2003, um 19.25 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck
am 18.03.2003, um 16.18 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 19.03.2003, um 13.03 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 21.03.2003, um 15.04 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 22.03.2003, um 10.40 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck
am 23.03.2003, um 10.40 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck
am 25.03.2003, um 17.19 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 28.03.2003, um 15.51 Uhr, in Meinhardstr. 16, 6020 Innsbruck
am 29.03.2003, um 11.58 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck
am 30.03.2003, um 16.32 Uhr, in Boznerplatz 1, 6020 Innsbruck

jeweils eine elektronische Post zu Werbezwecken, mit dem Inhalt wie in der Anzeige angegeben, ohne vorherige Zustimmung des Empfängers an den Telefonteilnehmer mit der Rufnummer XY zugesendet worden ist."

Dadurch habe er die Rechtsvorschrift des § 101 iVm § 104 Abs 3 Z 24 Telekommunikationsgesetz BGBI. I Nr 100/1997 idgF (TKG) verletzt, weshalb über ihn gemäß § 101 Abs 3 Z 24 TKG eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 4.500,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) sowie ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens I. Instanz verhängt wurde.

Dieses Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber zu Handen seiner Rechtsvertreter am 24.11.2003 zugestellt.

Innerhalb offener Frist wurde vom Rechtsvertreter des Berufungswerbers nachstehender Antrag auf Aussetzung sowie nachfolgende Berufung erhoben:

1. Mit Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 20.11.2003, GZ. 80654-JD/03, wurde über den Berufungswerber wegen der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung gemäß § 101 iVm § 104 Abs 3 Z 24 TKG eine Geldstrafe von EURO 4500,00 verhängt. Begründet wurde dieses Straferkenntnis damit, dass vom Inhaber der Telefonnummer XY gegen die A. GmbH wegen Versendung von 24 Werbe-SMS ohne vorherige Zustimmung des Empfängers Anzeige erstattet wurde. Dem Antrag auf Aussetzung des Berufungswerbers vom 30.04.2003 wurde Folge gegeben. Das angefochtene Straferkenntnis wurde ohne weitere Ermittlungen erlassen. Das Fernmeldebüro kommt zum Schluss, dass die in der Anzeige angeführten SMS-Nachrichten zu den dort angeführten Zeitpunkten von der A. GmbH ohne Zustimmung des Empfängers versendet worden seien. Der Berufungswerber habe als vertretungsbefugter Geschäftsführer der A. GmbH dieses rechtswidrige Verhalten zu verantworten.

2. Der Berufungswerber stellt hiermit den ANTRAG,

das Verfahren bis zur endgültigen Erledigung des Verfahrens zu uvs-2003/14/161-3 durch den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 38 AVG auszusetzen, und führt dazu wie folgt aus:

Die Strafbarkeit der gegenständlichen Versendung von SMS-Nachrichten hängt unter anderem von der Rechtsfrage (Vorfrage) ab, ob SMS-Sendungen unter den Begriff der elektronischen Post gemäß § 101 TKG subsumierbar sind. Zur Klärung dieser Fragen ist derzeit unter anderem das Verfahren zu uvs-2003/14/161-3 beim Verwaltungsgerichtshof anhängig.

Die Klärung dieser Rechtsfrage bildet eine Vorfrage im gegenständlichen Verfahren, die für eine Entscheidung unabdingbar ist. Die rechtliche Klassifizierung von SMS-Sendungen bildet eine notwendige Grundlage zur Klärung der Hauptfrage, ob der Berufungswerber eine Zusendung ohne vorherige Zustimmung gemäß § 101 TKG zu vertreten hat.

Damit liegen die Voraussetzungen vor, das gegenständliche Verfahren bis zur Klärung der Vorfrage auszusetzen.

3. Gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 20.11.2003, GZ 80654-JD/03, zugestellt am 24.11.2003, erhebt der Berufungswerber binnen offener Frist

BERUFUNG an den Unabhängigen Verwaltungssenat des Landes Tirol wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit wegen Verstoßes gegen das Verbot der Doppelbestrafung und stellt den ANTRAG, der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Tirol möge

a)

eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und

b)

das angefochtene Straferkenntnis vom 20.11.2003, GZ 80654-JD/03, ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen;

c) in eventu die Strafhöhe herabsetzen.

4. Diese Anträge werden im Einzelnen wie folgt begründet:

A Zum Aufhebungsgrund der Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften

1. Einrede der Verfolgungsverjährung

Mit dem gegenständlichen Straferkenntnis wird dem Berufungswerber erstmals vorgeworfen, die Tat nicht in Lustenau, Rheinstraße 27, sondern an verschiedenen Orten in Innsbruck begangen zu haben. Das wesentliche Tatbestandsmerkmal des Tatortes wurde dem Berufungswerber mit der Aufforderung zur Rechtfertigung nicht vorgeworfen, sodass die Identität der Tat nicht feststand. Die Verfolgungshandlungen innerhalb der Frist des § 31 Abs 1 VStG bezogen sich damit nicht auf alle die Tat betreffenden Sachverhaltselemente, sodass Verfolgungsverjährung eingetreten ist (vgl VwGH 23.04.1990, 90/19/0059; 19.09.1990, 90/03/0043; 30.04.1992, 92/10/0013; 25.01.1994, 93/04/0200).

2. Mängelhaftigkeit des Verfahrens

Das Fernmeldebüro für Tirol und Vorarlberg (im Folgenden "Fernmeldebüro") hat das Verfahren mit Bescheid ausgesetzt. Der nächste Verfahrensschritt war die Erlassung des gegenständlichen Straferkenntnisses, ohne dass ein Ermittlungsverfahren durchgeführt wurde. Der Berufungswerber wurde von der Fortsetzung des Verfahrens nicht in Kenntnis gesetzt, sodass er nicht in der Lage war, Beweismittel vorzulegen. Der Berufungswerber wurde damit in seinem Recht auf Parteiengehör eklatant verletzt. Das Fernmeldebüro hat eine antizipative Beweiswürdigung vorgenommen, indem es angenommen hat, dass eventuelles Vorbringen und Beweise des Berufungswerbers ohnehin unbeachtlich seien.

Vom Fernmeldebüro selbst wurden hingegen überhaupt keine Beweise aufgenommen. Das Fernmeldebüro stützte sich bei Erlassung des Straferkenntnisses ausschließlich auf die in der Anzeige enthaltenen Behauptungen, ohne selbst weitere Ermittlungen anzustellen. Die Feststellung des Fernmeldebüros, wonach davon ausgegangen wird, dass die in der Anzeige angeführten SMS ohne Zustimmung des Empfängers von der A. GmbH (im Folgenden "A.") versendet wurden, entbehrt jeglicher Beweisgrundlage.

Das Fernmeldebüro hätte von Amts wegen weitere Ermittlungen zum Vorliegen eines Verstoßes gegen § 101 TKG und insbesondere hinsichtlich des Tatorts durchführen müssen. Dem Tatort kommt nämlich entscheidende Bedeutung zu. Liegt dieser nicht auf österreichischem Staatsgebiet, dann wäre eine Bestrafung ausgeschlossen. Waren ein oder mehrere SMS nicht in den Bundesländern Tirol oder Vorarlberg empfangen worden, wäre das erkennende Fernmeldebüro örtlich unzuständig. Es hätte also ermittelt werden müssen, wo der Anzeiger die SMS empfangen hat. Gemäß § 24 VStG iVm § 37 AVG ist Zweck des Ermittlungsverfahrens - neben der Wahrung des Parteiengehörs - die Feststellung des maßgebenden, dh des für die zu treffende Entscheidung aufgrund der anzuwendenden Rechtsvorschrift relevanten Sachverhalts. Die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts erstreckt sich auf die Ermittlung der in Betracht kommenden Tatsachen und deren Erhärtung durch Beweise (vgl VwGH 15.09.1992,

91/08/0188). Der in § 24 VStG iVm § 37 AVG enthaltene Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit bedeutet, dass die Behörde nicht an das tatsächliche Parteienvorbringen bzw an das Vorbringen des Anzeigers gebunden ist, sondern von sich aus den wahren Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise festzustellen hat (vgl VwGH 29.9.1986, 84/08/0131). Im gegenständlichen Fall wäre es im Hinblick auf die im Straferkenntnis getroffenen Feststellungen notwendig gewesen, Ermittlungen dahingehend vorzunehmen,

wo genau die SMS empfangen worden sind und ob dies insbesondere in den Bundesländern Tirol oder Vorarlberg geschehen ist;

ob der Anzeiger eine (konkludente) Zustimmung zum Erhalt der SMS erteilt hat;

ob die Audiofon tatsächlich SMS der gegenständlichen Art ohne Zustimmung verschickt hat; und

welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um überhaupt von der Audiofon SMS der gegenständlichen Art erhalten zu können. Das Straferkenntnis hätte ohne Durchführung der oben bezeichneten Ermittlungen nicht erlassen werden dürfen. Ermittlungsverfahren und konkrete Feststellungen sind nur betreffend solcher Tatsachen entbehrlich, die allgemein bekannt oder offenkundig sind (vgl VwGH 11.06.1992, 92/06/0060). Der vom Fernmeldebüro angenommene Sachverhalt war nicht schon aufgrund der Aktenlage - insbesondere aufgrund der Anzeige - einsichtig, sodass es jedenfalls erforderlich gewesen wäre, weitere Erhebungen durchzuführen bzw Sachverständigengutachten einzuholen.

Das Verfahren erster Instanz leidet mangels Einholung von Beweisen und Durchführung eines ordentlichen Ermittlungsverfahrens an einem wesentlichen Verfahrensmangel, welcher eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der gegenständlichen Angelegenheit verhinderte.

B Zum Aufhebungsgrund der Rechtswidrigkeit des Inhaltes

1. Unrichtige rechtliche Beurteilung

1.1 Das Fernmeldebüro geht in der rechtlichen Begründung des Straferkenntnisses davon aus, dass es sich bei den versendeten SMS um elektronische Post zu Werbezwecken handle. Nach Ansicht des Fernmeldebüros bestehe kein Zweifel, dass sogenannte SMS als elektronische Post zu qualifizieren seien. Für die Versendung der Nachrichten sei kein Trägermaterial (wie etwa Papier) erforderlich, sondern die gesamte Übermittlung erfolge mittels elektronischer Medien.

Bei der Auslegung des Gesetzesbegriffs der elektronischen Post bedient sich das Fernmeldebüro einer rechtswidrigen Interpretationsmethode, indem es jede elektronische Datenübertragung mittels elektronischer Geräte über elektronische Einrichtungen als elektronische Post qualifiziert. Das Fernmeldebüro erweitert damit den Gesetzesbegriff der elektronischen Post auf elektronische Datenübertragung im Allgemeinen.

Die Behörde hat sich bei der Erlassung des Bescheides an das geschriebene Gesetz zu halten. Ein Ausfüllen von Gesetzeslücken durch Analogie oder sonstige Regeln der Interpretation ist rechtswidrig. Nach dem rechtsstaatlichen Prinzip bedeutet eine Lücke im Verwaltungsrecht, dass kein Verhalten vorgeschrieben und schon gar nicht verboten ist. Der VwGH hat im Verwaltungsstrafrecht das Analogieverbot ausdrücklich ausgesprochen (VwSlg 6956 A/1966, 504/74). Die Auffassung des Analogieverbots im Verwaltungsstrafrecht vertritt auch der VfGH (VfSlg 3207/1957, 4280/1962, 4291/1962). Die Frage der Strafbarkeit von SMS aufgrund des Verbots der zustimmungslosen Versendung von elektronischer Post nach § 101 TKG kann also keine Frage der Analogie, sondern nur der Subsumtion sein. Eine Subsumtion von SMS unter den Begriff der elektronischen Post scheitert aber an der im Verwaltungsstrafverfahren allein maßgeblichen Wortlautschanke (VwGH 14.06.1988 Slg 12741a, 18.01.1991, 90/18/0236, 30.04.1992, 92/02/0103).

Bei dem Begriff der elektronischen Post handelt es sich um einen Sachbegriff und nicht um einen Rechtsbegriff oder einen rechtswissenschaftlichen Begriff. Bei der Wortinterpretation ist daher entscheidend, wie der Begriff der elektronischen Post in den einschlägigen Fachkreisen gebraucht wird. Schlägt man in Fachlexika für Informatikfachbegriffe oder Computerfachbegriffe nach, findet sich darin übereinstimmend der Hinweis, dass elektronische Post die Übersetzung des englischen E-Mail ist.

Beweis: Ausdruck aus dem Computerlexikon Babylonia, Informatikfachbegriffe (Beilage./1);

Ausdruck aus dem Computerlexikon von Wolfgang Bergt (Beilage ./2);

Ausdruck aus dem Netlexikon-akademie.de (Beilage ./3). Auch im Duden ist unter E-Mail als alleiniger Begriff im Deutschen "elektronische Post" angeführt.

Der Begriff ist präzise und bezeichnet eine ganz spezielle Form der modernen Kommunikation, nämlich die festschriftliche Verständigung mittels E-Mail. Die deutsche Übersetzung ist zwar weniger gebräuchlich, aber dennoch üblich. Auch in den Funktionsbezeichnungen der entsprechenden Programme finden sich die Begriffe Posteingang oder Postausgang.

In keinem Fachlexikon findet sich eine Beziehung zwischen elektronischer Post und SMS. SMS ist lediglich die Kurzform für Short Messaging System oder Short Message Service, was auf Deutsch Kurznachrichtensystem bedeutet.

Für den österreichischen Gesetzgeber ist es eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, die deutsche Staatsprache zu verwenden (Art 8 B-VG). Deshalb wählte er die weniger gebräuchliche deutsche Bezeichnung der elektronischen Post für E-Mail. Die Wortlautinterpretation ist eine der wesentlichen Grundfesten des Rechtsstaatsprinzips, weil ausschließlich die Organe der Legislative für die Dynamik der Rechtsentwicklung zuständig sind und nicht die Gerichtshöfe öffentlichen Rechts oder die Behörden der Exekutive. Eine interpretative Erweiterung des Gesetzesbegriffes auf elektronische Datenübertragung scheitert bereits an der Wortlautschranke.

Darüber hinaus widerspricht die Auslegung des Fernmeldebüros auch den in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Interpretationsregeln. Maßgeblich ist nämlich nicht eine Sinnermittlung durch Größenschluss, teleologische Interpretation oder sonstige Methoden, sondern der Wille des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Erlassung der Norm.

Im Vorfeld der Erlassung der Norm ging es immer nur um die Pönalisierung der Versendung von E-Mails als Massensendungen oder zu Werbezwecken. Das Verbot der unzulässigen Werbung mittels elektronischer Post erfolgte mit der 4. TKG-Novelle (BGBl. I 1999/188). Aufgrund eines Antrags des Justizausschusses (NR GP XX AEA 2064) wurde im Zuge der Beratungen über die Regierungsvorlage (NR GP XX RV 1998 AB 2062 5.180) für das Fernabsatzgesetz (BGBl. I 1999/185) der Gesetzesänderungsantrag zum TKG eingebracht. Im Fernabsatzgesetz wurde der Begriff der elektronischen Post ganz selbstverständlich als die deutsche Übersetzung von E-Mail verwendet. In § 5a Abs 2 KSchG werden als Fernkommunikationsmittel

u. a öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa die elektronische Post definiert. Aus den erläuternden Bemerkungen geht eindeutig hervor, dass nur beispielhaft die elektronische Post (E-Mail) als individuelles elektronisches Kommunikationsmittel herausgegriffen worden ist. Dieser Bedeutungsgehalt liegt der 4. TKG- Novelle zugrunde.

Dieser Bedeutungsgehalt ist nicht aus der Luft gegriffen, sondern basiert auf der damals geltenden Rechtslage. Insbesondere im E-Commerce-Gesetz - ECG war damals (und ist heute noch) der Begriff der elektronischen Post sowie der individuellen Kommunikationsmittel eindeutig. § 9 Abs 3 ECG normiert etwa, dass Informationspflichten für Verträge nicht gelten, die ausschließlich im Weg der elektronischen Post oder eines damit vergleichbaren individuellen Kommunikationsmittels abgeschlossen werden. Eine analoge Bestimmung sieht § 10 Abs 3 ECG vor. Es wird im ECG also explizit zwischen den Kommunikationsmitteln der elektronischen Post (E-Mail) und vergleichbaren individuellen elektronischen Kommunikationsmitteln (wie etwa SMS) unterschieden. Dies wird noch dadurch erhärtet, dass § 7 Abs 1 ECG ausdrücklich nur für zulässig versendete elektronische Post eine Kennzeichnungsverpflichtung der kommerziellen Kommunikation vorgesehen ist. Diese Differenzierung in elektronische Post und andere Individualkommunikationsdienste im ECG im Sinne der Begriffsbestimmung Dienst der Informationsgesellschaft des § 3 Z 1 ECG entspricht genau dem Unterschied zwischen E-Mail und SMS. Elektronische Post sind jedenfalls E-Mail-Dienste, die in RFC 822 (SMTP) bzw 1725 (POP3) definiert werden. Unter dem Terminus vergleichbare individuelle Kommunikationsmittel fallen hingegen SMS (vgl Blume/Hammerl, Kommentar ECG § 3, RZ 20, FN 98). Der Gesetzgeber erweiterte im Bewusstsein dieses Bedeutungsgehalts des Begriffes der elektronischen Post den Strafrahmen des § 101 TKG in der 4. TKG- Novelle 1999 um die zustimmungslose Versendung von Werbe- E-Mail. Erst mit der TKG- Novelle 2003 wurde auch die Versendung von SMS pönalisiert. In § 107 Abs 2 TKG 2003 wird zusätzlich zur elektronischen Post das Versenden von SMS unter bestimmten Bedingungen verboten. Der legitime Handlungsbedarf lag daran, dass SMS bisher eben nicht bestraft wurden. Angesichts der Tatsache, dass Strafnormen niemals interpretativ erweitert werden dürfen, sah sich der Gesetzgeber nunmehr gezwungen, im TKG 2003 die Pönalisierung von SMS ausdrücklich festzuhalten.

Die Auslegung des Begriffes der elektronischen Post im Sinne des Fernmeldebüros scheitert an der Wortlautschränke und steht darüber hinaus im Widerspruch zur in der österreichischen Rechtsordnung maßgeblichen historischen Interpretation. Bei der Interpretation von Strafnormen im Verwaltungsstrafverfahren ist erhöhte Anforderung an die Rechtmäßigkeit der Interpretation zu stellen (VwGH verstärkter Senat 08.06.1993, 92/02/0263). SMS-Nachrichten sind wohl eine elektronische Datenübertragung, aber sicher kein E-Mail. Das Fernmeldebüro subsumierte den Sachverhalt unter einen nicht anwendbaren Gesetzesbegriff, sodass das Straferkenntnis rechtswidrig ergangen ist.

1.2. Um überhaupt SMS der gegenständlichen Art von der Audiofon erhalten zu können, bedarf es in jedem Fall einer mehrstufigen Einbuchung ("Einloggen") vom Festnetz oder von einem Mobiltelefon aus. Der Einbuchungsablauf stellt sich wie folgt dar:

Anruf unter der "Einlogg"-Nummer, zB 0800/880233;

auf die sodann folgende Frage (vom Band), ob eine Frau oder ein Mann gesucht wird, sind in Folge die Tasten 1 oder 2 zu drücken. Werden diese Tasten nicht gedrückt, folgt eine neuerliche Aufforderung hiezu. Bei Nichtbedienung wird der Ablauf unterbrochen; danach ist auf die Frage, welches Alter der Partner haben soll, eine zweistellige Zahl einzutippen; falls diese Eingabe nicht erfolgt, folgt die neuerliche Aufforderung hiezu; bei Nichtbedienung ist der weitere Ablauf gehemmt;

auf die nächste Frage hin, aus welchem Postleitzahlgebiet der Partner kommen soll, ist eine zweistellige Zahl einzugeben (zB 10 für Wien). Wenn diese Zahl nicht eingegeben wird, folgt die neuerliche Aufforderung hiezu, ansonsten der Ablauf bei Nichteingabe unterbrochen wird;

auf die danach folgende Frage nach den konkreten Wünschen des Anrufers sind die Zahlen 1 bis 3 zu drücken. Werden diese Zahlen nicht eingegeben, folgt wiederum eine neuerliche Aufforderung hiezu, ansonsten der Ablauf bei Nichteingabe unterbrochen wird; erst nach diesem fünften Schritt erfolgt die Aufforderung, die Mobiltelefonnummer für die Zusendung von entsprechenden SMS einzugeben. Die Mobiltelefonnummer muss vollständig - also eine der vergebenen Mobilvorwahlen und eine siebenstellige Rufnummer - eingegeben werden, sonst folgt wiederum eine neuerliche Aufforderung bzw ein Abbruch. Es sind somit insgesamt viermal korrekte Ziffern bzw Zahlen einzutippen, bevor man zur Aufforderung, seine Mobiltelefonnummer anzugeben, gelangt. Nur bei einer gültigen Eingabe der Mobiltelefonnummer erfolgt sodann auch die Bestätigung für die künftige Zusendung von SMS.

Gemäß der obigen Darstellung müssen somit insgesamt in fünf Abschnitten Nummern korrekt eingegeben werden, nur dann erfolgen SMS-Vorschläge mit der Rückrufnummer.

Beweis: A. S., pA A., XY, als Zeuge;

graphische Darstellung des Einbuchungsablaufes für die Übersendung

von SMS durch die Audiofon (Beilage ./4);

Tonbandprotokoll des Einloggvgangs (Beilage./5);

PV.

1.3. Darüber hinaus wurden die gegenständlichen SMS nicht zu Werbezwecken versandt. Werbung dient - wie das Fernmeldebüro richtig ausführt - dazu, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen. Da die gegenständlichen SMS jedoch nicht unverlangt, sondern auf ausdrückliches Verlangen (Einwahl in das oben beschriebene System) versandt wurden und es sich bei den versandten Nachrichten nicht um allgemeine Informationen mit Hinweisen auf allfällige Bedürfnisse (und damit nicht um Werbung), sondern um konkret angeforderte Mitteilungen handelte, wurden mit den versendeten SMS keine Werbezwecke verfolgt. Zudem wurden die SMS, welche entsprechend den angegebenen Wünschen verfasst wurden, individuell an den jeweiligen Empfänger übermittelt. Die Übermittlung der gegenständlichen SMS erfolgte daher auch nicht in Massensendungen und stellt somit kein unzulässiges Eindringen in die Privatsphäre des Anschlussinhabers dar. Die Anwendbarkeit des § 101 TKG auf die Versendung der gegenständlichen SMS wird daher ausdrücklich bestritten.

1.4. Das Fernmeldebüro hält in der rechtlichen Begründung des Straferkenntnisses fest, dass gemäß 101 TKG die Zusendung elektronischer Post zu Werbezwecken der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des

Empfängers bedarf. Laut Fernmeldebüro habe im gegenständlichen Fall keine vorherige Zustimmung des Empfängers vorgelegen.

Nach dem konkreten Wortlaut des § 101 TKG ist die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung/zu Werbezwecken ohne vorherige - jederzeit widerrufliche - Zustimmung des Empfängers verboten. Für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zusendung elektronischer Post zu Werbezwecken ist darauf abzustellen, ob eine ausdrückliche Zustimmung des Empfängers vorliegt oder ob von einer konkludenten Zustimmung auszugehen ist. Der Einwilligung des Teilnehmers eines Telefonanschlusses steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benutzung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich (vgl OGH 27.4.1999, 1 Ob 82/99m).

Im gegenständlichen Fall hat jedenfalls ein Einverständnis zur Übermittlung der SMS vorgelegen, da durch die Ausführung der fünf Bedienungsschritte und das mehrmalige Eintippen von Nummern die konkludente Zustimmung zur Übermittlung von SMS erteilt wurde. Der Anzeiger hat seine Telefonnummer XY der A. zwecks Übermittlung von SMS bekannt gegeben.

Zum Beweis dafür, dass sich der gegenständliche Anzeiger in das System bezüglich der Zusendung der SMS eingebucht hat, legt der Berufungswerber eine von der A. erstellte Liste vor, aus der hervorgeht, welcher Telefonteilnehmer sich in das genannte System "eingeloggt" hat und welche Empfängernummer hiebei bekannt gegeben wurde. Die Audiofon kann anhand ihres technischen Systems genau nachvollziehen, wessen Telefonnummer zwecks Übermittlung von SMS bei der Einbuchung bekannt gegeben wurde. Weiters ist für die Audiofon nachvollziehbar, von welchem Anschluss dieser Anruf stammt, sofern der Anrufer seine Rufnummer nicht unterdrückt oder von einem Analogtelefon aus telefoniert hat.

Es wird beantragt, den gegenständlichen Nummerninhaber/Anzeiger sowie den Inhaber der Telefonnummer XY, von dem die Anmeldung erfolgt ist, zum vorliegenden Sachverhalt einzuvernehmen. Die Nummer gehört der K. GmbH, XY. Ein Vertreter dieses Unternehmens ist zum Einloggvorgang einzuvernehmen. Sollte eine solche Einvernahme zu keinem Ergebnis führen, so wird beantragt, von der Telekom Austria eine Liste mit den vom gegenständlichen Anschluss geführten Telefongesprächen am 11.02.2003 anzufordern, um nachweisen zu können, dass der Anmeldevorgang durchgeführt worden ist.

Beweis:Auszug aus dem Einlogg-Register der A. (Beilage ./6);

Einvernahme des Nummerninhabers/Anzeiger;

Auszug aus dem elektronischen Telefonbuch für die Telefonnummer XY

(Beilage ./7);

Einvernahme eines Vertreters der K. GmbH, XY.

Aufgrund des Einlogg-Registers ist klar nachvollziehbar, dass am 11.02.2003 vom Anschluss mit der Nummer XY aus angerufen wurde und die Rufnummer des Anzeigers zwecks Übermittlung von SMS der gegenständlichen Art eingegeben wurde.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Fernmeldebüro zum Ergebnis kommen müssen, dass die Zustimmung zur Übermittlung der gegenständlichen SMS erteilt wurde.

1.5. Außerdem wäre hinsichtlich der Zustimmung zu beachten, dass dafür entsprechend dem Günstigkeitsprinzip gemäß § 1 Abs 2 VStG das neue Opting out- Erfordernis des § 107 Abs 3 TKG 2003 maßgeblich ist. A. hat aber die Mobiltelefonnummer des Teilnehmers (Kontaktinformation) im Zusammenhang mit den Dienstleistungen von A. erhalten und wäre daher auch ohne Zustimmung zu einer Versendung der SMS berechtigt gewesen.

1.6. Auch kann dem Berufungswerber keine mangelnde Sorgfaltübung vorgeworfen werden. Die mangelnde Sorgfaltübung kann einem Täter nur dann vorgeworfen werden, wenn sie objektiv geboten und subjektiv möglich war sowie weiters - als dritte Komponente - die Sorgfaltübung dem Täter auch unter den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zuzumuten war (vgl VwGH 6.3.1981, 235/80). Der Berufungswerber hat ein fünfstufiges Einbuchungssystem für die Übermittlung von SMS der gegenständlichen Art entwickelt, um zu verhindern, dass SMS ohne Einwilligung des

jeweiligen Empfängers versendet werden. Die A. führt zudem regelmäßig stichprobenartige Überprüfungen des Einbuchungssystems durch. Die angegebenen Empfängernummern werden bereits bei der Eingabe automatisch auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft. Dadurch hat der Berufungswerber auf jeden Fall alle gebotenen und möglichen Sorgfaltmaßnahmen ergriffen.

Das Fernmeldebüro geht offensichtlich von einer Obliegenheit für die A. aus, sich über das Vorliegen der Zustimmung des tatsächlichen Empfängers der SMS-Nachricht zu vergewissern. Durch diesen vom Fernmeldebüro geforderten Sorgfaltmaßstab würde eine Kontaktaufnahme mittels elektronischer Post völlig unmöglich. Denn auch wenn eine Person die Zustimmung zu Werbung erteilt, ist damit noch keineswegs sichergestellt, dass sie tatsächlich auch persönlich erreicht wird.

Bei einem Telefonanruf wird die Sorgfaltspflicht wohl so weit reichen haben, dass der Anrufer sich durch Nachfrage vergewissern muss, ob er tatsächlich mit dem Werbeaddressee spricht, der die Zustimmung erteilt hat. Anders ist das aber zu beurteilen, wenn eine Fax-Nummer oder elektronische Postadresse als Werbeanschrift bekannt gegeben wird. Die Sorgfaltspflicht des Werbenden kann nicht so weit reichen, dass er sich vergewissern muss, ob auch die konkrete Person, die die Adresse als Werbeanschrift angegeben hat, das Fax oder die elektronische Post tatsächlich behebt. Der Werber muss sich darauf verlassen können, dass die Zustimmung durch Angabe einer Nummer oder Adresse den Zustimmenden erreicht und/oder dieser zur Angabe der Empfängeradresse ermächtigt war.

Die Zustimmung muss im Falle der Werbung mittels elektronischer Post vor Absenden der Nachricht vorliegen. Die Sorgfaltspflicht des Werbenden kann nur darin liegen, die Werbenachricht nur mit jener Adresse zu versehen, die ihm im Zuge der Zustimmung angegeben worden ist. Dabei muss er auf die Angaben des Zustimmenden vertrauen. Eine Sorgfaltspflicht kann nicht so weit reichen, die tatsächliche Identität des Gesprächspartners nach Absendung der Werbebotschaft festzustellen, wie das Fernmeldebüro dies offensichtlich für notwendig erachtet.

Sollte es sich bei den tatsächlich stattgefundenen Anmeldevorgängen um absichtliche falsche Anrufe oder um einen Anruf, um dem Anzeigerstatter einen Streich zu spielen, handeln, wäre dies in jedem Fall eine Verwaltungsübertretung nach § 75 TKG, die der jeweilige böswillige Anrufer zu verantworten hätte. Die Sorgfaltspflicht eines umsichtigen Telekommunikationsbetreibers kann nicht so weit reichen, gesetzeswidrige Handlungen Dritter zu unterbinden.

Das Fernmeldebüro statuiert einen Sorgfaltmaßstab, der eine Erweiterung des Strafumfangs der Norm zur Folge hat. Damit werden auf interpretativem Wege Sachverhalte von der Behörde pönalisiert, ohne Deckung im Gesetz zu finden. Es liegt damit ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vor.

1.7. Bei den Ausführungen zur Strafbemessung begründet das Fernmeldebüro das Vorliegen von zumindest bedingtem Vorsatz damit, dass über den Berufungswerber schon mehrmals rechtskräftig Strafen wegen gleicher Delikte verhängt worden seien. Zu diesem Zeitpunkt war die Audiofon noch nicht rechtsfreundlich beraten. Bei Erhalt der Straferkenntnisse wurde eine Kosten-Nutzen-Analyse aus wirtschaftlicher Sicht für die Aufwendungen für eine Rechtsdurchsetzung durch Anfechtung der Straferkenntnisse aufgestellt. Oftmals wird in Verwaltungssachen auf eine Rechtsverfolgung verzichtet, weil die dafür anfallenden Kosten in keinem Verhältnis zur Strafe stehen. Damit war jedoch keinesfalls ein Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit verbunden.

Wie bereits dargestellt ist das Versenden von SMS-Nachrichten mit erheblichen Kosten verbunden. Aus diesem Grund ist die A. bedacht, dass tatsächlich nur solche Empfänger SMS-Nachrichten erhalten, die dies auch wünschen, die also eine Zustimmung zum Erhalt erteilt haben. Von einem bedingten Vorsatz, dass also A. es für möglich hält, dass SMS-Sendungen an Empfänger gesendet werden, die das nicht wünschen, und sich damit abfindet, kann schon aus diesem Grund keine Rede sein. Die A. ist schon aus wirtschaftlichen Überlegungen in höchstem Maße bestrebt, die Möglichkeit von Fehlsendungen auszuschalten.

2. Strafhöhe

2.1. Sollte der UVS des Landes Tirol tatsächlich ein strafbares Handeln des Berufungswerbers feststellen, wird hinsichtlich der Strafhöhe ausgeführt, dass der Berufungswerber keinesfalls vorsätzlich gehandelt hat, da ihm selbstverständlich als Geschäftsführer die für sein Unternehmen einschlägigen Verwaltungsvorschriften - so auch die

Bestimmung des § 101 TKG - und deren Rechtsfolgen bekannt sind. Dem Berufungswerber kann - wenn überhaupt - nur leicht fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden.

2.2. Die mit den gegenständlichen SMS-Sendungen verbundene Schädigung der Interessen, die durch§ 101 TKG geschützt werden sollen, ist als sehr gering einzustufen. Richtig hat das Fernmeldebüro festgestellt, dass der Schutzzweck der Norm in der Abschirmung des Einzelnen vor der durch moderne Kommunikationsmittel unkontrollierbaren Werbeflut liegt. Der Eingriff in diesen Schutzbereich durch eine SMS-Nachricht ist in Relation zu den im Gesetz verpönten anderen Methoden geradezu zu vernachlässigen. Der Aufwand, den die betroffene Person tätigen muss, um die Folgen des Eingriffs durch eine SMS-Sendung zu beseitigen, besteht lediglich im Löschen der Nachricht. Es entstehen keine zusätzlichen Kosten, wie etwa bei ungewollten FAX- Nachrichten, es besteht keine Gefahr der Beschädigung, wie etwa bei durch Viren infizierte E-Mailsendungen, es kommt zu keiner ungewollten Belästigung oder zeitlichen Inanspruchnahme durch einen unerbetenen Telefonanruf. Auch der Aspekt des Schutzzwecks der Norm untermauert die Tatsache, dass der Gesetzgeber SMS-Sendungen durch den § 101 TKG nicht pönalisieren wollte. Keineswegs stellt der Schutzzweck auf den Inhalt der Nachrichten ab, wie das Fernmeldebüro im gegenständlichen Fall immer wieder andeutet. Es kommt allein auf die Stärke des zeitlich und örtlich unkontrollierbaren Eingriffs in die schützenswerte Privatsphäre des einzelnen und die für diesen damit verbundenen Aufwendungen und Gefahren an. Im Falle einer unerwünscht oder irrtümlich erhaltenen SMS-Nachricht besteht der Aufwand für den Betroffenen im Drücken der "Löschen"-Taste auf seinem Mobiltelefon. Die Nachricht ist mit keinen Kosten und Gefahren verbunden. Das Abrufen der Nachricht ist sowohl in örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht vom Betroffenen voll kontrollierbar. Ein etwaiger tatbildmäßiger Eingriff ist als äußerst gering zu beurteilen und kann keinesfalls als Erschwerungsgrund gewertet werden.

2.3. Auch hat die Zusendung der SMS-Nachricht keine nachteiligen Folgen nach sich gezogen, die im Verhältnis zur verhängten Strafe stehen. Vom Fernmeldebüro wird die "grobe Belästigung" des Anzeigers durch unerwünschte SMS-Nachrichten als erschwerend angeführt, weil in die Privatsphäre des Anzeigers eingedrungen worden sei. Das ist aber bereits vom Schutzzweck der Norm umfasst und kann nicht unter dem Titel der nachteiligen Folge noch einmal erschwerend verwertet werden. Es liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung vor.

2.4. Weiters führt aufgrund der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Berufungswerbers die Bezahlung der im angefochtenen Straferkenntnis verhängten Geldstrafe zu einer hohen finanziellen Belastung des Berufungswerbers und ist unverhältnismäßig. Das Fernmeldebüro stellt bei der Strafbemessung als erschwerend fest, dass der Berufungswerber mit zumindest bedingtem Vorsatz gehandelt habe. Der bedingte Vorsatz wird damit begründet, dass über den Berufungswerber bereits mehrmals rechtskräftige Strafen (ebenfalls wegen § 101 TKG) verhängt worden seien. Als weiterer Erschwerungsgrund wird festgestellt, dass der Berufungswerber wiederholt gegen die Bestimmungen des § 101 TKG verstoßen habe. Jeder Tatbestand kann nur einmal zulasten des Berufungswerbers als Erschwerungsgrund herangezogen werden. Das Fernmeldebüro verstößt mit der zweimaligen Berufung auf die bereits erfolgten Straferkenntnisse gegen das Doppelverwertungsverbot. Der Berufungswerber wusste von den SMS-Nachrichten gar nicht. In Anbetracht der zahlreichen anhängigen Verfahren, die allesamt noch nicht entschieden sind bzw beim Verwaltungsgerichtshof angefochten worden sind, erteilte der Berufungswerber strikte Weisung, dass ein Versenden von SMS ohne Anmeldung ausgeschlossen werden muss. Die Verhaltensregeln werden allen Mitarbeitern zur Kenntnis gebracht und überwacht.

2.6. Die Höhe der Strafe steht in keiner Relation zu in ähnlichen Fällen verhängten Strafen. In der vom UVS Steiermark am 29.03.2002 entschiedenen Rechtsache zu 30.2-153/2001 (MR 2002, 420) wurde wegen Verstoß gegen § 101 TKG eine Geldstrafe von Euro 254,35 verhängt. Dabei ist der zugrunde liegende Sachverhalt bezüglich Intensität und Umfang des Verstoßes keinesfalls vergleichbar. Der Betreiber eines Call- Center sendete SMS-Nachrichten wahllos an Telefonteilnehmer, deren Nummern er aus dem Telefonbuch entnahm. Jedes Monat versorgte er etwa 5.000 Personen mit Informationen, ohne dass von diesen in irgendeiner Form ein erster Schritt der Kontaktaufnahme ausgegangen war. Für diese als Einheit gewertete Tathandlung wurde der Betreiber des Call- Center mit Euro 254,35 wegen Verstoß gegen § 101 TKG bestraft.

Im gegenständlichen Fall soll der Berufungswerber nicht wegen der Einrichtung eines Systems der Versendung von SMS-Nachrichten nach entsprechender konkreter Anforderung als Tateinheit bestraft werden, sondern für das Versenden von 24 SMS-Nachrichten an einen Empfänger. Die Höhe der verhängten Strafe (Euro 4.500,00) steht in keiner Relation zu vergleichbaren Strafen.

Aus all diesen Gründen wäre mangels Strafwürdigkeit der Tat von einer Strafe gemäß § 21 VStG abzusehen.

C Zum Aufhebungsgrund der Rechtswidrigkeit wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Doppelbestrafung

Sollte die Audiofon durch die verfahrensgegenständlichen Versendungen von SMS-Nachrichten eine Verwaltungsübertretung mit bedingtem Vorsatz begangen haben -

was hier ausdrücklich noch einmal bestritten wird - handelt es sich dabei um ein fortgesetztes Delikt.

Unter einem fortgesetzten Delikt versteht man im Verwaltungs- und Verwaltungsstrafrecht eine Reihe von Einzelhandlungen, die vermöge der Gleichartigkeit ihrer Begehungsform und der Ähnlichkeit der äußeren Begleitumstände verbunden mit der zeitlichen Kontinuität zu einer Einheit zusammentreten (VwGH 18.03.1998, 96/09/0313). Die einzelnen Akte müssen sich als Teilhandlungen eines Gesamtkonzepts darstellen (VwGH 25.06.1998 96/15/0167, 27.06.2002 99/10/0124). Die durch diese Kriterien zu einer einzigen Delikteinheit verbundenen Einzelhandlungen erfahren sohin eine rechtliche Gleichstellung mit einem einfachen Begehungsdelikt, sind nur als eine Verwaltungsübertretung anzusehen und dementsprechend mit einer einmaligen Strafe zu belegen.

Die entsprechenden Tatbestandsmerkmale sind durch die dem Berufungswerber vorgeworfenen Handlungen erfüllt. Die A. hat durch das einmalige Einrichten eines technischen Systems die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass in Zukunft immer nach denselben technischen Abläufen SMS an jene Mobiltelefonnummern abgesandt werden, die in das System als Empfängernummern eingegeben werden. Das einmal errichtete System arbeitet kontinuierlich nach dem gleichen Schema.

Auch das Fernmeldebüro behandelt alle Fälle im Zusammenhang mit dem von der Audiofon errichteten System des SMS-Angebots als Einheit. Der ehemalige Angestellte der A., Herr M.-T., wurde nur zum Strafverfahren GZ 80796-JD/02 als Zeuge einvernommen. Die Beweisergebnisse werden aber für alle, derzeit noch unter getrennten Geschäftszahlen geführte Einzelfälle verwertet.

Im derzeit noch als Einzelverfahren geführten Strafverfahren zu GZ 80764-JD/02 rügte der Berufungswerber die Verletzung des Gebots auf rechtliches Gehör, weil ihm keine Gelegenheit gegeben wurde, sich zur Einvernahme der Anzeigerin durch das Fernmeldebüros zu äußern. Wie selbstverständlich stellte daraufhin das Fernmeldebüro mit Aufforderungsschreiben zur Äußerung vom 07.11.2002 und vom 08.01.2003 zwei Konvolute von standardisierten Einvernahmen zu einigen mit dem eben beschriebenen System der A. erfolgten Anzeigen zu. Auch aus der Vorgehensweise des Fernmeldebüros ist indiziert, dass jedenfalls ein fortgesetztes Delikt vorliegt.

Auch in der bereits zitierten Entscheidung des UVS Steiermark vom 29.03.2002 zu 30.2-153/2001 wurde von einem fortgesetzten Delikt ausgegangen und ein einmal eingerichtetes System im Sinne einer Tateinheit bestraft. Der Betreiber eines Call-Center sendete SMS-Nachrichten wahllos an Telefonteilnehmer, deren Nummern er aus dem Telefonbuch entnahm. Jedes Monat versorgte er etwa 5.000 Personen mit Informationen, ohne dass von diesen in irgendeiner Form ein erster Schritt der Kontaktaufnahme ausgegangen war. Auch die A. hat durch einen einmaligen Vorgang ein einheitliches System - das freilich ein Zustimmungserfordernis umfasst - eingerichtet. Im Hinblick auf das Bestehen eines einheitlichen (fortgesetzten) Delikts bestehen keine Unterschiede zwischen den beiden Sachverhalten. Auch im gegenständlichen Fall hätte das Fernmeldebüro das von der Audiofon einmal eingerichtete System im Hinblick auf die Konformität mit § 101 TKG beurteilen müssen, und nicht jedes einzelne versendete SMS. Das Fernmeldebüro hätte einen einheitlichen Bescheid erlassen müssen.

Harald Otto"

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat über die gegenständliche Berufung wie folgt erwogen:

Aus dem erstinstanzlichen Verwaltungsstrafakt lässt sich entnehmen, dass Herr C. M. zu den angeführten Zeitpunkten jeweils nachfolgende SMS erhalten hat:

25.02.2003, 16.20 Uhr:

Sarah, 29, blond und vollbusig, sucht einen Mann, der nicht nur die Langeweile vertreibt, sondern auch Interesse an geilem Treff hat! Ruf sie gleich an!

26.02.2003, 17.06 Uhr:

Eva, 23, brünett und vollbusig, bietet große Spielwiese, auf der man(n) sich richtig austoben kann. Ruf Eva gleich an!

28.02.2003, 13.35 Uhr:

Julia ist junge Journalistin und reist viel umher. Für tabulose Übernachtungen in Deiner Gegend sucht sie einen aufregenden Mann wie Dich! Ruf sie an!

01.03.2003, 12.34 Uhr:

Tanja, 23, dauer geil und sehr erfahren, will einen flotten STECHER wie Dich auf ihre einmalige Art verführen! Auch Oral- und Po-Spiele sind willkommen! Ruf an!

02.03.2003, 14.54 Uhr:

Habe heute den ganzen Tag allein verbracht. Hätte aber Lust, heute noch einen schönen Schwanz zu verwöhnen und in mir zu spüren! Deinen! Ruf mich an! Sonja

04.03.2003, 09.52 Uhr:

Kathi ist ein blonder Twen und gerade 23 geworden. Sie ist aber schon eine echte Meisterin im Blasen. Ruf sie an und gib ihr DEINEN für ihre geilen Lippen!

05.03.2003, 16.33 Uhr:

Was ist los mit Dir? Warum rufst Du nicht an, wenn eine geile Frau
wie ich dringend f... möchte? Ach so: ich bin die Jenny, 27! Ruf
mich
endlich an!

07.03.2003, 15.04 Uhr:

Auf was stehst du? Ich, Eva, 23, brünett mit schönem Busen, mag und
mache ALLES! Hauptsache fi... ohne Ende! Magst Du auch? Ruf mich an!
Kuss Eva.

08.03.2003, 13.51 Uhr:

Hi, willst Du mit mir französisch lernen? Ich bin Janine, 25, blond mit geiler Figur. Meinem Kussmund hält auch Dein Ständer nicht stand! Ruf an, Kuss Janine

09.03.2003, 13.33 Uhr:

Sonntags-Angebot: ich verwöhne einen Schwanz auf jeden Wunsch! Deinen? Na, wäre das was? Klar, Blasen incl.! Ruf mich an - Dunja, 29, brünett, vollbusig!

11.03.2003, 15.08 Uhr:

Hi, Anita hier. Bin 27, schlank, vb. Na, geil drauf bei dem Wetter heute? Soll ich Dir helfen, damit ER schön hart wird? Absch(l)uss garantiert! Bussi Anita

12.03.2003, 11.33 Uhr:

Hallo, Tatjana hier. Wenn du auf eine 35jährige, tabulose Blondine stehst und fickgeil bist wie ich, bist du genau der Richtige! Bin SEHR erfahren! Melde Dich!

14.03.2003, 18.53 Uhr:

Was machst du heute abend? Ich, Selina, 32, blond, griffige Figur, bin allein + könnte (nicht nur) eine starke Männerhand gebrauchen. Hilfst du mir? Bussi

15.03.2003, 09.15 Uhr:

Hallo, ich bin Susi, 26, schlank + fickgeil. Stehst Du auf Blasen? Ich bin Expertin, blase bis zum Anschlag! Schlucke auch gerne! Na, wäre das was? Melde Dich!

16.03.2003, 19.25 Uhr:

Toller Sonntag! Ich, Sonja, 29, habe im Wintergarten nackt gesonnt. Bin noch total erhitzt + feucht! Brauche JETZT einen Fick, mache alles dafür! Bitte, ruf an!

18.03.2003, 16.18 Uhr:

Was ist jetzt? Ich bin Jenny, 27, f...geil, blond + vollbusig, aber solo. Ich WILL SOFORT gef... werden!! Brauchst Du und Den Schwanz es auch? Ich warte! Jenny

19.03.2003, 13.03 Uhr:

Erinnerst Du Dich noch an mich? Selina 32- ich bin immer noch blond + griffig. Ich warte heute sehnstüchtig auf Dich + einen geilen F...! Bitte ruf mich an!

21.03.2003, 15.04 Uhr:

Ich, Pia, 29, blond, ofl, liebe es, im kurzen Rock + ohne Slip loszuziehen. Und ich würde gern was Hartes zwischen meinen Schenkeln spüren! Lust? Ruf an! Pia

22.03.2003, 10.40 Uhr:

Bist du der Mann, der weiß, wie man mit Händen, Zunge + seinem Steifen eine Frau irre macht? Dann melde dich bitte sofort bei mir! Barbara, 23 - bin sehr geil!

23.03.2003, 10.40 Uhr:

Hi, Jasmin, 26, hier. Bin aus sehr gutem Haus + habe nur ein Problem: wer hat Interesse, eine (schwanz-)geile Blondine wie mich zu f...? Diskret + ofl - Du??

25.03.2003, 17.19 Uhr:

Was ist los? Letzte Chance: melde dich heute noch bei mir, sonst verwöhne ich eben einen anderen geilen Kerl!
Tatjana, 35, tabulos. Ich warte auf Dich- JETZT!

26.03.2003, 14.31 Uhr:

Na, geiles Wetter, geile Gefühle? Mir geht's so + ich bräuchte Deinen Steifen zwecks heftigen GV. Rufst Du gleich an?
Anita, 27,schlank, vb + irre spitz!

28.03.2003, 15.51 Uhr:

Jasmin hier. Vergessen? Bin 26, blond, dauernd schwanzgeil. Habe das ganze Wochenende Zeit + suche Fickpartner für heiße Sexspiele! Na, wie wärs? Kuss Jasmin

29.03.2003, 11.58 Uhr:

Du stehst auf ältere, erfahrene Frauen wie mich? Mit ordentlich Holz vor der Hütte und Spaß am Ficken? Na, dann ruf mich an, Süßer - Susi, 37

30.03.2003, 16.32 Uhr:

Warum meldest Du Dich nicht? Liege nackt auf dem Bett und bin geil auf eine heiße Nummer. Ich brauche es jetzt! Ruf mich bitte an - Kuss Selina

Diese SMS ergingen jeweils an die Telefon Nr XY.

Dem Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol ist bekannt, dass C. M. in der Zeit vom 01.04.2003 bis 15.04.2003 SMS mit ähnlichen Inhalten an seine Handy Nr XY zugesendet erhalten hat.

Wegen der vorgenannten SMS wurde der Berufungswerber mit Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 03.10.2003, ZI 80753-JD/03, wegen Übertretungen nach § 101 iVm § 104 Abs 3 Z 24 Telekommunikationsgesetz BGBI. I Nr 100/1997 idgF (TKG) zu 11 Geldstrafen a Euro 300,00 (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 3 Tage), insgesamt sohin zu Euro 3.300,00 verurteilt.

Dieses Straferkenntnis wurde dem Rechtsvertreter des Berufungswerbers am 13.10.2003 zugestellt.

Mit Berufungserkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 30.09.2003, ZI uvs-2002/14/162, hat der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol die Rechtsauffassung vertreten, dass es sich bei der Übertretung nach § 101 iVm § 104 Abs 3 Z 24 des Telekommunikationsgesetzes um ein fortgesetztes Delikt im weiteren Sinne handelt, wobei die tatbestandsmäßigen Einzelhandlungen deshalb bis zur Erlassung des Straferkenntnisses I. Instanz solange als Einheit und damit nur als eine Verwaltungsübertretung anzusehen und dementsprechend auch nur mit einer Strafe zu bedenken sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat die gegen dieses Berufungserkenntnis erhobene Beschwerde mit Erkenntnis vom 25.02.2004, ZI 2003/13/03/290-7, als unbegründet abgewiesen.

Dies hat zur Folge, dass im Gegenstandsfall eine Doppelbestrafung vorliegt, weil das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis ergangen ist, obwohl gegen den Berufungswerber mit Straferkenntnis vom 03.10.2003, ZI 80753-JD/03, für den Zeitraum 01.04.2003 bis 15.04.2003 durch Zusendung von SMS 11 Geldstrafen wegen Übertretung nach § 101

iVm § 104 Abs 3 Z 24 TKG von jeweils Euro 300,00 (Ersatzarrest jeweils 3 Tage), insgesamt sohin Euro 3.300,00, verhängt wurden.

Auch wenn die SMS in der Zeit vom 25.02.2003 bis 30.03.2003 nicht explizit im Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Tirol und Vorarlberg vom 03.10.2003 (Zl 80753-JD/03) angeführt sind, bedeutet dies doch, dass die im gegenständlichen Verwaltungsstrafakt erhobenen Schuldvorwürfe von vorgenanntem Straferkenntnis mitumfasst sind, weil bei einem fortgesetzten Delikt durch die Bescheiderlassung alle bis dorthin erfolgten Einzelakte abgegolten sind, mögen sie auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gewesen sein. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses durch die Behörde I. Instanz. Das Straferkenntnis mit der Zl 80753-JD/03 betreffend die Zusendung von SMS an Herrn C. M., XY, Handy Nr XY wurde am 13.10.2003 zugestellt und hätte daher das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis vom 20.11.2003, Zl 80654-JD/03, nicht erlassen werden dürfen.

Der Berufung ist deshalb Folge zu geben und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

fortgesetzten, Delikt, eingestellt

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at