



VfGH Erkenntnis vom 13.12.2007, G 16/07 – *Unsachlich niedrige Strafe für Cold Calling*

Es besteht keine sachliche Rechtfertigung der niedrigeren Höchststrafe bei Übertretung des Verbots von an Verbraucher gerichteter Telefonwerbung für Finanzprodukte nach § 12 WAG im Vergleich zum Cold Calling Verbot des § 107 TKG 2003.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Im Namen der Republik!

Die Folge „Anrufe,“ in § 12 Abs 3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes, BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001, war verfassungswidrig. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruchs im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine Beschwerde eines ehemaligen Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft anhängig, mit der sich der Beschwerdeführer gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wendet, mit dem seiner Berufung gegen ein Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) vom 23. März 2003 insoweit Folge gegeben wurde, als die von der FMA gemäß § 12 Abs 3 iVm § 27 Abs 2 Wertpapieraufsichtsgesetz, BGBl. 753/1996 (im Folgenden: WAG), verhängte Geldstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt wurden, der Schuldspruch der ersten Instanz hingegen bestätigt wurde. Er habe es zu verantworten, dass Mitarbeiter des Unternehmens, dessen Vorstandsmitglied der Beschwerdeführer war, im Namen und am Sitz dieses Unternehmens im Dezember 2002 telefonische Werbung für die in § 1 Abs 1 Z 7 litb bis f des Bankwesengesetzes, BGBl. 532/1993, genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 WAG gegenüber einem Verbraucher betrieben hätten.

Aus Anlass dieser Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 30. Jänner 2007, Z A2007/0011, gemäß Art 140 Abs 1 B-VG folgenden Antrag gestellt:

"I. 1. festzustellen, dass die in § 12 Abs 3 des Wertpapieraufsichtsgesetzes (im Folgenden: WAG), BGBl. Nr. 753/1996 in der Fassung dieses Absatzes nach dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 97/2001, enthaltene Folge 'Anrufe,' verfassungswidrig war;

hilfsweise

2. festzustellen, dass die in der vorzitierten Bestimmung enthaltene Folge 'Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3' verfassungswidrig war;

hilfsweise

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

hilfsweise,

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

hilfsweise,

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

hilfsweise,

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

hilfsweise,

III. 1. festzustellen, dass die in § 27 Abs 2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2001 enthaltene Folge '§ 12 bis' verfassungswidrig war;

hilfsweise

2. festzustellen, dass § 27 Abs 2 WAG in der vorzitierten Fassung zur Gänze verfassungswidrig

war;

hilfsweise

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

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

2. Der Verwaltungsgerichtshof stellt die für seine Entscheidung maßgebende Rechtslage wie folgt dar (die als verfassungswidrig erkannte Folge ist in der Wiedergabe der Bestimmung hervorgehoben): "§ 11 Abs 1 Z 3 litb WAG in der Stammfassung dieses Gesetzes BGBl. Nr. 753/1996 lautet:

'Wohlverhaltensregeln

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

3. der Handel mit ...

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

In der Anlage 2 zu § 22 BWG in der Fassung des BGBl. Nr. 753/1996 sind unter Z 5 Warenverträge, ausgenommen Edelmetallverträge, angeführt.

§ 12 Abs 3, § 27 Abs 2 und § 28 Abs 1 WAG in ihrer im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe in Kraft gestandenen Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 lauten: '§ 12.(3) Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für eines der in § 1 Abs 1 Z 7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 ist gegenüber Verbrauchern verboten, sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis erklärt hat.

Dem Einverständnis des Verbrauchers steht eine Einverständniserklärung jener Person gleich, die vom Verbraucher zur Benützung seines Anschlusses oder Empfangsgerätes ermächtigt wurde.

In allen Fällen kann die erteilte Einwilligung jederzeit widerrufen werden....

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

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

Gemäß § 34 Abs 11 und 12 WAG in der Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 traten die Bestimmungen des § 27 Abs 2 mit 1. Jänner 2002 und die Bestimmungen des § 12 Abs 3 und § 28 Abs 1 WAG mit 1. April 2002 in Kraft.

In den Materialien zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, BGBl. I Nr. 97/2001, (AB 714 BlgNR XXI. GP, 6) heißt es zu § 12 Abs 3 WAG, dessen Fassung auf den Ausschussbericht zurückgeht, auszugsweise: 'Der derzeitigen Fassung des § 12 Abs 3 ist auf Grund des § 101 TKG materiell derogiert worden (VwGH-Erkenntnis vom 26. Juni 2000, 2000/17/0001). Es erscheint jedoch sinnvoll, dass der Vollzug und die Ahndung von Verstößen gegen die für Finanzdienstleistungen geltenden Vorschriften bei der FMA konzentriert werden. Daher wird durch die Neuerlassung von § 12 Abs 3 die entsprechende Kompetenz der Aufsichtsbehörde'rück'übertragen (früher BWA-Kompetenz). Materiell wurde der Tatbestand des § 12 Abs 3 dem geltenden § 101 TKG angepasst und umfasst daher jetzt auch das Senden von Fernkopien (Fax) sowie elektronische Post (E-Mails). ...'

Vor seiner Novellierung durch das eben zitierte Bundesgesetz hatte § 12 Abs 3 WAG wie folgt gelautet: '(3) Die telephonische Werbung für eines der in § 1 Abs 1 Z 7 litb bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 ist gegenüber Verbrauchern verboten, sofern der Verbraucher nicht zuvor sein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt hat oder wenn nicht mit dem Verbraucher bereits eine Geschäftsbeziehung besteht, es sei denn, dass er die telephonische Werbung abgelehnt hat.'

§ 12 Abs 3 WAG wurde - nach Ergehen des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 62/2004 neu gefasst. Gemäß § 34 Abs 14 WAG in der Fassung BGBl. I

Nr. 62/2004 trat § 12 Abs 3 WAG in der Fassung dieser Novelle am 1. Oktober 2004 in Kraft.

§ 27 Abs 2 WAG wurde durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 48/2006 (unter Erhöhung der Strafdrohung) neu gefasst.

§ 101 Telekommunikationsgesetz - TKG 1997, BGBl. I Nr. 100, in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung BGBl. I Nr. 188/1999 lautet: 'Unerbetene Anrufe § 101. Anrufe - einschließlich das Senden von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers sind unzulässig. Der Einwilligung des Teilnehmers steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss. Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers.'

§ 104 Abs 3 Z 24 und Abs 4 TKG 1997 in der im Zeitpunkt der inkriminierten Anrufe gültigen Fassung (Abs 3 erster Satz in der Fassung BGBl. I Nr. 32/2002, die Z 24 des Abs 3 in der Fassung BGBl. I Nr. 188/1999 [Änderung der Ziffernbezeichnung durch das BGBl. I Nr. 26/2000], Abs 4 in der Stammfassung BGBl. I Nr. 100/1997) lauten: 'Verwaltungsstrafbestimmungen § 104. ... (3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 36 336 Euro zu bestrafen, wer ... 24. entgegen § 101 unerbetene Anrufe oder die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken tätigt. (4) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs 1 bis 3 liegt nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist.'

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

Gemäß § 1 Abs 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Fällung des Bescheides in erster Instanz geltende Recht für den Täter günstiger wäre.

Nach der zuletzt genannten Bestimmung hatte der Verwaltungsgerichtshof § 12 Abs 3 und § 27 Abs 2 WAG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 97/2001 anzuwenden. Weiters waren die wiedergegebenen Fassungen der Bestimmungen des TKG 1997 anzuwenden.

Das inkriminierte Verhalten stellt einen Anruf dar, sodass jedenfalls die Folge 'Anrufe,' in § 12 Abs 3 WAG präjudiziell ist.

Geworben wurde für Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 WAG, sodass auch diese Wortfolge in § 12 Abs 3 leg. cit. präjudiziell ist.

Weiters ist jedenfalls § 27 Abs 2 WAG in der genannten Fassung insofern präjudiziell, als er sich auf Verletzungen des § 12 leg. cit. bezieht.

Zur Auslegung der in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen:

Die Strafbestimmung des § 12 Abs 3 WAG in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung des BGBl. I Nr. 97/2001 pönalisiert in Verbindung mit § 27 Abs 2 WAG die telefonische Werbung, das Senden von Fernkopien und die Zusendung von elektronischer Post zur Werbung für eines der in § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 WAG, zu denen gemäß Z 5 der Anlage 2 zu § 22 BWG auch Warenverträge zählen, gegenüber Verbrauchern, es sei denn, es liege ein Einverständnis des Verbrauchers vor. Die Norm des § 101 TKG 1997 stellt in Verbindung mit § 104 Abs 3 leg. cit. Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung (Zustimmung) des Teilnehmers unter Strafe. Stets dürfte daher ein gemäß § 12 Abs 3 WAG strafbares Verhalten auch den Tatbestand des § 101 TKG 1997 erfüllen. Demgegenüber geht der Anwendungsbereich des § 101 TKG 1997 über jenen des § 12 Abs 3 WAG beträchtlich hinaus und erfasst Anrufe, das Senden von Fernkopien und die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken für welche Waren oder Dienstleistungen auch immer. Er enthält auch keine

Einschränkung auf Werbung gegenüber Verbrauchern.

Aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass die Strafbestimmung des § 12 Abs 3 in Verbindung mit § 27 Abs 2 WAG in der hier anzuwendenden Fassung gegenüber jener des § 101 in Verbindung mit § 104 Abs 3 TKG 1997 die speziellere Norm darstellen dürfte. Darüber hinaus ist die erstgenannte Strafbestimmung gegenüber der zweitgenannten Strafbestimmung 'lex posterior'. Sowohl nach der Derogationsregel, wonach die speziellere Norm der generellen derogiert, als auch nach jener, wonach die spätere Norm der früheren derogiert, dürfte folgen, dass die in Rede stehenden Normen solcherart im Verhältnis der Scheinkonkurrenz zueinander stehen, dass die Anwendung der erstgenannten Strafbestimmung jener der zweitgenannten vorgeht (Spezialität). Ein diesbezüglicher gesetzgeberischer Wille ist auch aus den oben wiedergegebenen Materialien zu § 12 Abs 3 WAG in der hier anzuwendenden Fassung ersichtlich.

Eine Auslegung, wonach (dessen ungeachtet) § 101 in Verbindung mit § 104 Abs 3 TKG 1997 dem § 12 Abs 3 in Verbindung mit § 27 Abs 2 WAG vorgehe, lässt sich anscheinend auch nicht auf § 104 Abs 4 TKG 1997 stützen, zumal dieser Gesetzesbestimmung keine Anordnung zu entnehmen ist, wonach § 104 Abs 3 TKG auch später erlassenen spezielleren, mit milderer Strafe bedrohter Strafbestimmungen vorgehe."

3. Seine Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der von ihm angefochtenen Bestimmungen legt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt dar: "Damit dürfte sich aber ergeben, dass § 12 Abs 3 in Verbindung mit § 27 Abs 2 WAG die telefonische Werbung für die in der genannten Bestimmung angeführten Instrumente, Verträge und Veranlagungen bei Konsumenten gegenüber jeder Art sonstiger Telefonwerbung (sowohl gegenüber Konsumenten als auch gegenüber Unternehmern) verwaltungsstrafrechtlich privilegiert, weil § 27 Abs 2 WAG eine mildere (Euro 20.000,--) Strafdrohung vorsieht als § 104 Abs 3 TKG 1997 (Euro 36.363,--). Gegen die privilegierte Strafbarkeit des genannten Verhaltens bestehen beim Verwaltungsgerichtshof Bedenken vor dem Hintergrund des in Art 7 Abs 1 B-VG verankerten Gleichheitssatzes, zumal eine sachliche Rechtfertigung für die Privilegierung gerade der Telefonwerbung für die mit hohen Anlagerisiken verbundenen, in § 12 Abs 3 WAG genannten Instrumente, Verträge und Veranlagungen und überdies just gegenüber Verbrauchern nicht bestehen dürfte."

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

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof jedoch die Auffassung vertritt, den geringstmöglichen Eingriff stelle eine Aufhebung der Strafnorm (und nicht des Verbotes) dar, wurde der unter III. 1. bzw. bei weiterer Auffassung des zutreffenden Anfechtungsumfanges der unter III. 2. enthaltene Antrag gestellt."

II.

1. Die Bundesregierung erstattete hiezu eine Äußerung, in der sie beantragt, "der Verfassungsgerichtshof wolle aussprechen, dass die angefochtene Folge "Anrufe," in § 12 Abs 3 Wertpapieraufsichtsgesetz, BGBl. Nr. 753/1996, in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001 nicht verfassungswidrig war bzw. nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird."

2. Zu den Prozessvoraussetzungen führt die Bundesregierung aus, dass zwar § 12 Abs 3 iVm § 27 Abs 2 WAG angewendet wurden, jedoch als geeignete Norm für eine etwaige Feststellung der

Verfassungswidrigkeit nur die Folge "Anrufe," in § 12 Abs 3 WAG in Frage komme.

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

Der "Bank- und Wertpapierdienstleistungsbereich" (zB WAG) und der "Telekommunikationsbereich" seien verschiedene "Ordnungssysteme".

Es liege daher im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, innerhalb dieser beiden "Ordnungssysteme" unterschiedliche Strafhöhen festzulegen.

Die Bundesregierung stellt auch in Frage, ob – im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Verwaltungsgerichtshofes - Anrufe gegenüber Unternehmern, bei denen die in § 12 Abs 3 WAG genannten Finanzprodukte angeboten werden, überhaupt nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl. I 70 (im Folgenden: TKG), unzulässig seien.

Der Gleichheitssatz sollte nach Ansicht der Bundesregierung auch nicht derart ausgelegt werden, dass die Änderung in einem Ordnungssystem (hier nach dem TKG) zu einem zwingenden gesetzlichen Handlungsbedarf in einem anderen Ordnungssystem (hier dem WAG) führt.

Auch eine allfällige spätere Erhöhung der Strafdrohung ändere nichts an der Sachlichkeit früherer Strafdrohungen in einem anderen Ordnungssystem. In diesem Zusammenhang nennt die Bundesregierung die Novellierung des § 27 Abs 2 WAG durch Art 12 des Finanzmarktaufsichtsänderungsgesetzes 2005, BGBl. I 48/2006, mit dem die Höchststrafe von zuletzt Euro 20.000,- auf Euro 50.000,- hinaufgesetzt wurde, wogegen andererseits in § 109 Abs 3 TKG 2003 idF BGBl. I 133/2005 die Höchststrafe nur Euro 37.000,- betrage, sodass nunmehr die Höchststrafe für unerbetene Werbung nach dem WAG gegenüber Verbrauchern höher als jene nach dem TKG sei.

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

III.

Der Verfassungsgerichtshof hat über den Antrag des Verwaltungsgerichtshofes erwogen:

1. In Gesetzes- und Verwaltungsprüfungsverfahren, die durch Antrag eines dazu ermächtigten Gerichtes eingeleitet werden, ist der Verfassungsgerichtshof nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art 140 B-VG bzw. des Art 139 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die - angefochtene - generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

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

Dass der Verwaltungsgerichtshof die in seinem Hauptantrag genannten Bestimmungen des WAG anzuwenden hat, steht außer Zweifel.

Der Verwaltungsgerichtshof beschränkt seine Anfechtung auch auf die Folge "Anrufe," und grenzt damit seinen Antrag derart ab, dass aus dem Rechtsbestand nicht mehr ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist. Der Hauptantrag ist daher zulässig.

2. Der Verfassungsgerichtshof folgt der Darstellung der Rechtslage durch den Verwaltungsgerichtshof und teilt auch dessen Auslegung, wonach § 12 Abs 3 iVm § 27 Abs 2 WAG gegenüber jener des § 101 iVm § 104 Abs 3 TKG 1997 die speziellere Norm ist, sodass für unerbetene Anrufe, die nicht in den Anwendungsbereich des § 12 Abs 3 WAG fallen, - gemäß der für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof maßgebenden Rechtslage - weiterhin § 101 TKG 1997 anzuwenden war.

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

Entgegen der Meinung der Bundesregierung stehen einander nicht zwei Ordnungssysteme gegenüber, die jeweils innerhalb ihres Systems unterschiedliche in sich geschlossene Strafbestimmungen aufweisen und bei denen es dem Gesetzgeber frei stehe, auch unterschiedliche Strafdrohungen vorzusehen, etwa weil er die Art der Werbung oder die Bedeutung des Verbraucherschutzes verschieden bewertet. Dies läge tatsächlich in seinem rechtspolitischen Ermessen.

Vielmehr verbietet er in zwei unterschiedlichen Gesetzen die Telefonwerbung auch für Finanzprodukte, unterscheidet aber hinsichtlich der Sanktionen, ob der Telefonteilnehmer (Adressat der Werbung) Verbraucher oder Unternehmer ist, und sieht für jene Fälle, bei denen in die Interessenssphäre von Verbrauchern eingegriffen wird, eine niedrigere Höchststrafe vor.

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

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

IV.

Da § 12 Abs 3 WAG in der angefochtenen Fassung mit BGBl. I 62/2004 (Inkrafttreten am 1.10.2004) geändert wurde, war dem Hauptantrag des Verwaltungsgerichtshofs stattzugeben und nur festzustellen, dass die in § 12 Abs 3 WAG enthaltene Folge "Anrufe," verfassungswidrig war.

Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung erfließt aus Art 140 Abs 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGGIG.

Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im verwaltungsstrafrechtlichen Ausgangsfall beschwerte sich ein ehemaliger Vorstand der I*** AG gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wendet, mit dem seiner Berufung gegen ein Straferkenntnis der Finanzmarktaufsicht (im Folgenden: FMA) lediglich insoweit Folge gegeben wurde, als die von der FMA gemäß § 12 Abs 3 iVm § 27 Abs 2

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M: Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Wertpapieraufsichtsgesetz, BGBl 753/1996 (im Folgenden: WAG), verhängte Geldstrafe von EUR 3.000,- auf EUR 2.500,- und die Ersatzfreiheitsstrafe von 132 Stunden auf 80 Stunden herabgesetzt wurden, der Schuldspruch der ersten Instanz im Übrigen hingegen bestätigt worden war. Er hätte demzufolge es zu verantworten, dass Mitarbeiter des Unternehmens im Namen und am Sitz dieses Unternehmens im Dezember 2002 telefonische Werbung für die in § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f des Bankwesengesetzes genannten Instrumente und für Instrumente, Verträge und Veranlagungen gemäß § 11 Abs 1 Z 3 WAG gegenüber einem Verbraucher betrieben hätten. Der VfGH unterbrach sein Verfahren, da er Bedenken an der Verfassungsgemäßheit des § 12 Abs 3 WAG für sog. „Cold Calling“ im Finanzdienstleistungsbereich hegte, war doch die unerbetene Telefonwerbung im Allgemeinen nach § 101 TKG 1997 (nunmehr: § 107 TKG 2003) mit einer weitaus höheren Verwaltungsstrafe zu ahnden.

Der VfGH hatte zu klären, ob es sachlich gerechtfertigt wäre, dass die Höchststrafe bei Übertretung des Verbots von an Verbraucher gerichteter Telefonwerbung für Finanzprodukte im Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) niedriger ist als jene der korrespondierenden Strafbestimmung für unerbetene Anrufe nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG)?

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der VfGH stellte die Verfassungswidrigkeit der Wortfolge „Anrufe,“ in § 12 Abs 3 WAG, BGBl 753/1996 idF BGBl I 97/2001, fest. Die Höchststrafe sprach aus, dass der § 12 Abs 3 leg cit vertypte Spezialtatbestand für an Verbraucher gerichtete Telefonwerbung mit Finanzprodukten gegenüber dem umfassenden Verbot unerbetener Anrufe in § 101 TKG 1997 vorginge. § 101 TKG 1997 wäre (bloß) auf nicht in den Anwendungsbereich des § 12 Abs 3 WAG fallende Anrufe anzuwenden.

Allerdings betonten die Verfassungshüter, dass gegenständlich einander nicht zwei Ordnungssysteme gegenüber stünden, die jeweils innerhalb ihres Systems unterschiedliche in sich geschlossene Strafbestimmungen aufwiesen und bei denen es dem Gesetzgeber frei stünde, auch unterschiedliche Strafdrohungen vorzusehen, z.B. weil er die Art der Werbung oder die Bedeutung des Verbraucherschutzes verschieden bewertet hätte. Dies läge tatsächlich in seinem rechtspolitischen Ermessen. Vielmehr verbote die legistische Konstruktion in zwei unterschiedlichen Gesetzen die Telefonwerbung auch für Finanzprodukte, unterschied aber hinsichtlich der Sanktionen, ob der Telefonteilnehmer, d.h. der Adressat der Werbung, bloß (allgemeiner) Verbraucher oder Unternehmer ist, und sah für jene Fälle, bei denen in die Interessenssphäre von Verbrauchern eingegriffen wird, eine niedrigere Höchststrafe vor.

Für diese Differenzierung war nach Ansicht der Verfassungsrichter keine sachliche Rechtfertigung zu erkennen. Vielmehr dürfte sie bloß auf den Mangel der Koordination zwischen Ministerien bei der Vorbereitung der Gesetze zurückzuführen sein. Das Außer-Kraft-Treten der angefochtenen Fassung des § 12 Abs 3 WAG wurde unverzüglich im Kundmachungsweg verfügt.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Erkenntnis erscheint insoweit bemerkenswert, als zum einen das nicht friktionsfreie Verhältnis zwischen der unterschiedlichen Behandlung des Cold Calling – je nach Adressat der unerbetenen Werbung – thematisiert wird; zum anderen eine Strafnorm wegen ihres verhältnismäßig niedrigen Strafrahmens als verfassungswidrig aufgehoben wurde.

Das Verfassungsgericht folgt inhaltlich zunächst der Darstellung der Rechtslage durch das Verwaltungsgericht und teilt auch dessen Auslegung, wonach § 12 Abs 3 iVm § 27 Abs 2 WAG gegenüber jener des § 101 iVm § 104 Abs 3 TKG 1997 die speziellere Norm ist, sodass für unerbetene Anrufe, die nicht in den Anwendungsbereich des § 12 Abs 3 WAG fallen, – gemäß der für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof maßgebenden Rechtslage – weiterhin § 101 TKG 1997 anzuwenden sei.

Der **Spezialtatbestand des § 12 Abs 3 WAG** enthält gegenüber dem umfassenden

Anwendungsbereich des § 101 TKG 1997 zwei Einschränkungen:

- er bezieht sich nur auf die Werbung für bestimmte Finanzprodukte und
- betrifft nur Anrufe, bei denen der Angerufene ein Verbraucher ist.

Nach Ansicht des VfGH bestehen – entgegen der Auffassung der Bundesregierung im Verfahren – mit den **wertpapieraufsichtsrechtlichen und den telekommunikationsrechtlichen Verboten** zur unerbetenen Telefonwerbung nicht zwei (autarke) **Ordnungssysteme** gegenüber, die jeweils innerhalb ihres Kompetenzbereichs unterschiedliche in sich geschlossene Strafbestimmungen aufweisen und bei denen es dem Gesetzgeber frei stehe, auch unterschiedliche Strafdrohungen vorzusehen, z.B. weil er die Art der Werbung oder die Bedeutung des Verbraucherschutzes verschieden bewerte.¹ Der VfGH macht demgegenüber deutlich, dass der Gesetzgeber in zwei unterschiedlichen Gesetzen die Telefonwerbung auch für Finanzprodukte verbotete, aber für die Sanktionen danach unterscheidet, ob der Telefonteilnehmer, d.h. der Werbungsadressat, Verbraucher oder Unternehmer ist, und sieht in jenen Fälle, bei denen in die Interessensphäre von Verbrauchern eingegriffen wird, eine niedrigere Höchststrafe vor. Für diese Differenzierung vermögen die Verfassungshüter zutreffend **keine sachliche Rechtfertigung** erkennen. Die privilegierte Strafbarkeit verstößt gegen den Gleichheitssatz, da sie nicht auf grundlegenden rechtlichen Wertungsgesichtspunkten beruht, die eine gewisse Ungleichbehandlung sachlich erscheinen lassen könnte.² Vielmehr dürfte die etwas verworrene, unabgestimmte Gesetzeslage auf den Mangel der Koordination zwischen den einzelnen beteiligten Ministerien bei der Vorbereitung der Gesetze zurückzuführen sein, argumentieren die Verfassungsrichter durchaus realitätsnah.

Abschließend führt der VfGH aus, dass der Bundesregierung durchaus darin beizupflichten ist, dass Höchststrafen in der Verwaltungspraxis selten verhängt werden und die Behörde bei der Zumessung einer konkreten Strafe einen erheblichen Ermessensspielraum hat. Dennoch ist bei der Zumessung einer Strafe der Strafraumen von besonderer Bedeutung, da er die Einschätzung des Gesetzgebers über die Verwerflichkeit einer Tat ausdrückt. Demzufolge misst die Verwaltungsstrafbehörde bei einem vergleichbaren Verhalten und vergleichbarem Grad des Verschuldens die Strafe je nach dem ihr für einen bestimmten Tatbestand zur Verfügung stehenden Strafraumen unterschiedlich zu. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Strafraumen selbst bei Wiederholungstätern nicht ausgeschöpft werde. Der VfGH stellte daher die Verfassungswidrigkeit der Wortfolge des § 12 Abs 3 WAG fest, aus der sich die niedrigere Höchststrafe ergab.

Ausblick: Mit seinem Erkenntnis vom 22.8.2008 hat nunmehr der VwGH den angefochtenen Bescheid im Anlassfall aufgehoben,³ da nach Feststellung der Verfassungswidrigkeit die in Rede stehenden Anrufe keinesfalls dem Straftatbestand nach § 12 Abs 3 in Verbindung mit § 27 Abs 2 WAG (in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2001) unterstellt und nach diesem sanktioniert werden dürfen. Damit bestand aber auch gemäß § 28 Abs 1 WAG keine Zuständigkeit der erstinstanzlichen Strafbehörde (FMA) zur strafrechtlichen Beurteilung des dem Beschwerdeführer angelasteten Fehlverhaltens. Die Prüfung einer – auf Grund der bereinigten Rechtslage allenfalls in Betracht kommenden – Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers nach § 101 in Verbindung mit § 104 Abs 3 Z 24 TKG 1997 fällt nicht in die Zuständigkeit der FMA. Auf Grund der bereinigten Rechtslage ist daher davon auszugehen, dass die belangte Behörde als zuständige Berufungsbehörde den erstinstanzlichen Bescheid der FMA wegen Unzuständigkeit aufzuheben gehabt hätte. Der Beschwerdeführer wurde durch den angefochtenen Bescheid daher jedenfalls in seinem Recht auf Einhaltung der Zuständigkeitsordnung verletzt, das nach stRsp⁴ auch ohne ausdrückliche Geltendmachung als Beschwerdepunkt wahrzunehmen ist.

¹ Diese gesetzgeberische Motivation bzw. unterschiedliche Ausgestaltung liegt mE nach tatsächlich in seinem rechtspolitischen Ermessen.

² Vgl. VfGH 27.6.1984, G 75/83, VfSlg 10.084; 19.6.1998, G 454/97, JUS Vf/1758 = wbl 1998/397 = ZfVB 1998/1789/1806/1808/1816/1863/1876 = VfSlg 15.201.

³ VwGH 22.2.2008, 2007/17/0237, nv.

⁴ VwGH 26.6.2000, 2000/17/0001, 2000/17/0003, ARD 5159/31/2000 = SWK 2001, R 18 = SWK 2001, 128 = ZUV 2000 H 3, 23 = JUS A/3473 = wbl 2001/128, 190; 24.2.2005, 2003/07/0171, RdU-LSK 2006/13, 30 = ZfVB 2006/564.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht des VfGH besteht keine sachliche Rechtfertigung der niedrigeren Höchststrafe bei Übertretung des Verbots von an Verbraucher gerichteter Telefonwerbung für Finanzprodukte im Wertpapieraufsichtsgesetz als Spezialregelung in Hinblick auf die generelle Regelung für unerbetene Anrufe im Telekommunikationsgesetz und die dort enthaltenen Strafbestimmungen.