4/SN - 228/ME

REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

Museumstraße 7
A-1070 Wien

Briefanschrift
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon 0222/52 1 52-0*
Telefax 0222/52 1 52/727

Fernschreiber 131264 jusmi a
Teletex 3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe (DW)

GZ 20.473/2-I 2/92

An das
Präsidium des Nationalrats

W i e n

Betrifft GESETZENTWURF
Zl. 114 /GE/19 92
Datum: 24. NOV. 1992
Verteilt 1. Dez. 1992

Betrifft: Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz zum Entwurf eines Bundesgesetzes mit dem das Fernmeldewesen geändert wird;
Begutachtungsverfahren

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, mit Beziehung auf die Entschließung des Nationalrats vom 6.7.1961 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zu dem oben angeführten Gesetzesentwurf zu übermitteln.

18. November 1992
Für den Bundesminister:
BYDLINSKI

Für die Richtigkeit der Ausfertigung:

F.d.R.d.A.:

REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

Museumstraße 7
A-1070 Wien

Briefanschrift
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon 0222/52 1 52-0*
Telefax 0222/52 1 52/727

Fernschreiber 131264 jusmi a
Teletex 3222548 = bmjust

Sachbearbeiter

Klappe (DW)

GZ 20.473/2-I 2/92

An das
Bundesministerium für öffentliche Wirtschaft und Verkehr

W i e n

Betrifft: Bundesgesetz betreffend das Fernmeldewesen.

zu GZ 122960/III-25/92

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, mit Beziehung auf das Schreiben vom 25.9.1992 zu dem oben angeführten Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen:

Zu den privatrechtlichen Bestimmungen des 7. und 8. Abschnitts muß das Bundesministerium für Justiz vorausschicken, daß darin die Rechtsbeziehungen zwischen der PTV und ihren Kunden dermaßen einseitig zugunsten der PTV ausgestaltet sind, daß dies einen verfassungswidrigen Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip bedeuten würde. Wenn der Bund im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung seine Rechtsbeziehung privatrechtlich gestaltet, darf er sich nicht über das sachlich unbedingt gebotene Maß hinaus privilegieren. Auf der Ebene eines Vertrags würde der vorgeschlagene Haftungsausschluß in § 37 eindeutig gegen die guten Sitten (§ 879 ABGB) und das Konsumentschutzgesetz verstoßen. Vertragsbestimmungen, die der Gesetzgeber privaten Unternehmen als grob anstößig verbietet, sollte sich nicht der Staat selbst gesetzlich einräumen.

In diesem Zusammenhang verwundert es, wenn es in § 35 Abs. 2 des Entwurfs heißt, daß die Geschäftsbedingungen auf objektiven Maßstäben beruhen sollen. Angesichts des vorgeschlagenen gesetzlichen Hintergrundes können auch noch so ausgewogene, die Interessen beider Parteien berücksichtigende Geschäftsbedingungen nicht mehr viel retten.

Zu § 1:

Daß die in der Z 3 verwendete Abkürzung "PTV" "Post- und Telegraphenverwaltung" bedeutet, ist möglicherweise nicht allen Normadressaten bekannt. Da diese Abkürzung auch im folgenden nicht näher erläutert wird, schiene es nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz zweckmäßig, zumindest bei der ersten Erwähnung die ungekürzte Bezeichnung zu verwenden und die Abkürzung als Klammerausdruck dieser Bezeichnung nachzustellen.

Zu §§ 4 Abs. 1 und 5 Abs. 1:

Das Wort "ist" wäre jeweils durch "sind" zu ersetzen.

Zu § 17 Abs. 2:

Daß die Aufnahme oder Änderung des Betriebes schon dann untersagt werden können soll, wenn Störungen oder Beeinträchtigungen anderer Fernmeldedienste "nicht auszuschließen sind", ist nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz zu weitgehend. Derartige folgenschwere Eingriffe sollten nur bei einer konkreten Gefährdung der Interessen anderer Fernmeldedienste möglich sein. Es ist aber auch fraglich, ob in einem solchen Fall mit einer "Kann-Bestimmung" das Auslangen gefunden werden kann; zweckmäßiger schiene folgende Fassung:

"Die Fernmeldebehörde hat ... zu untersagen, wenn die Gefahr besteht, daß andere Fernmeldedienste gestört oder beeinträchtigt werden."

Zu den §§ 30, 31:

1. Grundsätzlich wäre die Erforderlichkeit der gerichtlichen Strafbestimmungen zu überprüfen. Die Gerichtliche Kriminalstatistik der Jahre 1990 und 1991 weist keine Verurteilung nach den §§ 24 und 25 des Fernmeldegesetzes, BGBl.Nr. 170/1949, auf. Angesichts der Regelungen der §§ 119 (Verletzung des Fernmeldegeheimnisses) und 120 (Mißbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten) des Strafgesetzbuches, durch die die schwerstwiegenden Fälle des Geheimnismißbrauchs erfaßt sind, erscheint es zweifelhaft, ob die Verhängung von Freiheitsstrafen als unbedingt erforderlich angesehen werden muß, und wären nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz daher grundsätzlich Verwaltungsstrafbestimmungen vorzuziehen.

2. Die Regelung, wonach derjenige zu bestrafen ist, der "entgegen § 3 Abs. 2 Nachrichten für irgendwelche Zwecke verwertet", ist unbestimmt und widerspricht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot einer Strafbestimmung. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, dem Normadressaten den Unrechtsgehalt seines Handelns oder Unterlassens zweifelsfrei ersichtlich zu machen. Zur Eingrenzung dieser Bestimmungen, aber auch zur Betonung ihres Zweckes wird in Anlehnung an § 119 StGB die Einführung eines Absichtsdelikts vorgeschlagen.

3. Es erscheint nicht ganz einsichtig, warum ausschließlich der Inhaber der Fernmeldeanlage, von der die aufgezeichnete, mitgeteilte oder verwertete Nachricht übermittelt worden ist, zur Erhebung des Verfolgungsantrages berechtigt ist. Kann doch von einer Tathandlung nach § 30 Abs. 1 auch derjenige betroffen sein, der sich mit dem Inhaber der Fernmeldeanlage über diese in Verbindung setzt bzw. diese befugtermaßen benützt.

Die Formulierung des § 30 könnte daher wie folgt lauten:

"§ 30. (1) Wer entgegen § 3 Abs. 2 Nachrichten in der Absicht, sich oder einem anderen Unberufenen Kenntnis vom Inhalt dieser Nachrichten zu verschaffen, aufzeichnet oder einem Unberufenen mitteilt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Der Täter ist nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen."

4. Die Regelung im § 31 Abs. 1 Z 4, wonach eine im § 3 Abs. 1 bezeichnete Person zu bestrafen ist, die einem Unbefugten eine der in den Z 2 und 3 bezeichneten Handlungen gestattet oder erleichtert, erscheint angesichts des § 12 StGB entbehrlich. Danach begeht nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung, sondern auch jeder, "der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt".

Zu den §§ 32, 33:

1. Nach den §§ 32 Abs. 1 Z 1 bis 3 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer unbefugt eine Fernmeldeanlage errichtet etc., Funkanlagen einführt etc. oder nicht zugelassene oder nicht entsprechend gekennzeichnete Endgeräte anbietet oder vertreibt. Soweit damit ein Verstoß gegen die korrespondierenden Bewilligungspflichten (§§ 5 bis 7) unter Strafsanktion gestellt wird, wäre dies eindeutig klarzustellen, da nach dem vorgeschlagenen Wortlaut die "Unbefugtheit" nicht ausreichend determiniert erscheint. Zweifelhaft bliebe nämlich z.B. danach, ob ein Verstoß gegen § 11 bereits ein unbefugtes Betreiben einer Fernmeldeanlage bedeutet.

2. Auch die Regelung des § 32 Abs. 1 Z 5 gibt Anlaß zu verfassungsrechtlichen Bedenken. Durch die Wendung "oder sonst widerrechtlich Fernmeldedienste erbringt" wird dem Normadressaten der Unrechtsgehalt seines Handelns oder

Unterlassens nicht eindeutig vor Augen geführt und damit das Bestimmtsheitsgebot einer Strafnorm verletzt. Schließlich würde durch die vorgeschlagene Regelung auch die Nichtbefolgung von Verfügungen, die in (künftigen) Bescheiden getroffen werden, unter Strafe gestellt.

Im übrigen könnte die Befolgung eines Untersagungsbescheides wohl auch mit den im VVG vorgesehenen Mitteln durchgesetzt werden und wären somit keine besonderen verwaltungsrechtlichen Sanktionen erforderlich. Es wird daher zur Erwägung gestellt, die Z 5 des § 32 Abs. 1 gänzlich entfallen zu lassen.

3. Nach § 32 Abs. 1 Z 6 begeht eine Verwaltungsübertretung, wer einen reservierten Fernmeldedienst entgegen den §§ 19 oder 20 erbringt. Damit würde auch derjenige unter Strafsanktion gestellt, der die in der Konzession enthaltenen Auflagen nicht erfüllt (§ 20 Abs. 1). Einer Verletzung der Pflichten des Konzessionsinhabers kann jedoch ausreichend durch die Bestimmung des § 21 Abs. 2 begegnet werden, wonach die Konzession dann widerrufen werden kann, wenn der Konzessionsinhaber seine Pflichten gröblich oder wiederholt verletzt. Es wird daher zur Erwägung gestellt, die Strafdrohung auf den Verstoß gegen die Konzessionspflicht gemäß § 19 einzuschränken.

4. Auch auf § 32 Abs. 1 Z 7 treffen die oben unter 2. angeführten Bedenken zu. Dies vor allem unter dem Gesichtspunkt, daß das in § 24 Abs. 1 normierte Erfordernis der "öffentlichen Rücksichten" einer näheren Bestimmung nicht zugänglich ist und der Behörde einen äußerst weiten Spielraum in Ausübung ihres Ermessens zuweist. Es wird daher zur Erwägung gestellt zu prüfen, ob tatsächlich in diesem Fall ein Strafbedürfnis besteht oder ob nicht mit der Bestimmung über die Aufsichtsmaßnahmen (§ 23) das Auslangen gefunden werden kann.

5. Im § 32 Abs. 1 Z 8 bleibt unklar, was unter mißbräuchlicher Verwendung einer Fernmeldeanlage zu verstehen

ist. Soll damit auf die Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 2 verwiesen werden, so wäre dies durch ein Klammerzitat auszudrücken; aber selbst dann widerspräche die Regelung dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot einer Strafbestimmung, da damit jede Nachrichtenübermittelung, die gegen die Gesetze verstößt, unter Strafsanktion gestellt werden würde. Die widerrechtliche Erbringung von Fernmeldediensten (§ 2 Abs. 2 Z 4), sowie die Verletzung der nach den Bestimmungen dieses Gesetzes bestehenden Geheimhaltungspflicht (§ 2 Abs. 2 Z 2) wird zum einem bereits durch § 32 Abs. 1 Z 5, zum anderen durch die gerichtlichen Strafbestimmungen der §§ 30 und 31 erfaßt. Es wird daher zur Erwägung gestellt zu prüfen, ob diese Strafbestimmung tatsächlich erforderlich ist oder ob nicht mit den Bestimmungen über das Erlöschen der Bewilligung (§ 15) bzw. über die Aufsichtsmaßnahmen (§ 23) das Auslangen gefunden werden könnte.

6. Die Formulierung, wonach die Verletzung der Bestimmung nur zu bestrafen ist, "sofern nicht der Tatbestand einer strengeren strafbaren Handlung begründet wird", stellt angesichts der Schwierigkeit eines Vergleiches zwischen verwaltungsbehördlicher und gerichtlicher Strafdrohung nicht sicher, daß jede gerichtliche Strafdrohung die Anwendbarkeit des § 32 des Entwurfes ausschließt.

§ 32 Abs. 1 sollte deshalb besser wie folgt formuliert werden:

"§ 32. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, begeht eine Verwaltungsübertretung, wer ..."

7. im Hinblick auf die Rechtsprechung des VfGH (VfSlg. 7758/1976) sollte deutlich gemacht werden, daß solche

Gegenstände nicht erfaßt sind, an denen Dritte dinglich berechtigt sind, es sei denn, der Verfügungsberechtigte hätte erkennen müssen, daß die Überlassung des Gegenstandes der Begehung einer mit Verfall bedrohten Verwaltungsübertretung dienen werde (vgl. § 17 Abs. 1 VStG).

8. Die Formulierung, wonach Haus- und Personendurchsuchungen wegen einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung von den Sicherheitsbehörden angeordnet werden können, begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken. Es erscheint nämlich durchaus zweifelhaft, ob dies eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung oder zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Art. 8 Abs. 2 EMRK). Gerade deshalb wurde auch zum Beispiel im Sicherheitspolizeigesetz ausdrücklich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug genommen (§ 39 Abs. 5 SPG).

Darüber hinaus dürfen gemäß § 5 des Gesetzes vom 27. Oktober 1862, RGBl. Nr. 88, zum Schutze des Hausrechtes Hausdurchsuchungen zum Behufe der polizeilichen Aufsicht nur nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung vorgenommen werden. Gemäß § 139 Abs. 1 StPO ist jedoch Voraussetzung für eine Hausdurchsuchung, daß (bereits vor ihrer Durchführung) ein konkreter Verdacht einer bestimmten strafbaren Handlung besteht. Die Wendung "wegen einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung" vermag - im Gegensatz zur geltenden Regelung des § 28 Abs. 3 - diesem Erfordernis nicht zu genügen.

Da das durch Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz nach Art. 11 Abs. 2 B-VG erlassene VStG keine Bestimmung über eine Hausdurchsuchung kennt, könnte die Formulierung des § 32 Abs. 3 des Entwurfes auch Art. 11 Abs. 2 B-VG wider-

sprechen. Durch die Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz durch den Bundesgesetzgeber wird nämlich die Adhäsionskompetenz von Bund und Ländern eingeschränkt. Von einem Bedarfsgesetz abweichende Regelungen durch Bundesgesetz sind daher nur zulässig, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind, wobei der VfGH "erforderlich" als "unerläßlich" versteht (VfSlg. 89/45).

Zu § 33:

Auch wenn die Vereinheitlichung der Obergrenze der vorzuschreibenden Gebühren auf das Zehnfache der hinterzogenen Gebühren teilweise eine "Milderung" gegenüber der geltenden Gesetzeslage darstellt, scheint die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit der Bemessung immer noch sehr exzessiv. Bedenkt man, daß im § 33 FinStrG für Abgabenhinterziehungen (lediglich) eine Geldstrafe "bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages" angedroht ist, so erscheint die im § 33 des Entwurfes vorgesehene Vorschreibungsmöglichkeit bis zum Zehnfachen nicht sachgerecht, zumal wenn man bedenkt, daß diese Vorschreibung neben die vom Gericht oder der Fernmeldebehörde verhängten Strafe tritt. Eine deutliche Herabsetzung der vorgesehenen Gebührenvorschreibungsmöglichkeit, etwa auf das Zweifache, scheint nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz in hohem Maße angezeigt.

Zu § 35 Abs. 2 und 4:

Die Regelung, daß die Geschäftsbedingungen in geeigneter Form kundzumachen sind, ist zu unbestimmt. In der zukünftigen privatrechtlichen Beziehung zwischen PTV und Kunden ist die Kenntnis - oder zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme - für den Kunden als Vertragspartner ein wesentlicher Punkt.

Zu § 36 Abs. 2:

Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung ist der in der Rechnung vorgeschriebene Betrag jedenfalls fällig. Im öffentlichen Recht wäre diese Regelung damit zu vergleichen, daß ein Rechtsmittel gegen staatliche Leistungsbefehle stets sofort vollstreckbar wäre. Derartige Bestimmungen in § 254 BAO und § 61 ASGG hat der Verfassungsgerichtshof als verfassungswidrig aufgehoben. Das zentrale Argument seiner Entscheidungen war, daß es unter dem Aspekt des rechtsstaatlichen Prinzips nicht angeht, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist.

Ebenso unvertretbar ist es im privatrechtlichen Bereich, wenn die PTV einen von ihr vorgeschriebenen Betrag ohne weiteres - durch Gesetz - für fällig erklärt.

Unbillig ist für die Kunden die weitere Konsequenz dieser Regelung, die sie stets in die Klägerrolle drängt, wobei nach dem Entwurf die PTV daraus auch noch finanzielle Vorteile (Vorfinanzierung) zieht, da offenbar nicht vorgesehen ist, daß sie die Zinsen für den zu Unrecht eingehobenen Betrag (zumindest in der gesetzlichen Höhe von 4 %) zurückzuzahlen bzw. gutzuschreiben hat.

Zu § 37:

Zu dem hier vorgesehenen Gewährleistungsausschluß wird auf die Ausführungen am Anfang der Stellungnahme hingewiesen. Ein Gewährleistungsausschluß wäre nach dem Konsumentenschutzgesetz unzulässig, die Einräumung eines derartigen Privilegs zugunsten der PTV ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Wie ebenfalls schon einleitend erwähnt, ist der generelle Haftungsausschluß in § 37 des Entwurfs in keiner Weise gerechtfertigt. Begründet wird er mit der geltenden

- hoheitlich ausgestalteten - Rechtslage und mit dem Bemühen, niedrige Entgelte festlegen zu können.

Gerade das Preisargument wurde vom Gesetzgeber des Konsumentenschutzgesetzes als Rechtfertigung für unfaire Vertragsbedingungen ausdrücklich verworfen.

Zu überlegen ist allerdings, ob nicht ein Haftungsausschluß für entgangenen Gewinn in jenen Fällen sachlich gerechtfertigt wäre, in denen der Benützer eines Fernmeldedienstes diesen nicht rechtzeitig in Anspruch nehmen konnte.

Im übrigen bleibt unklar, was mit den auch in § 38 verwendeten Worten "hinsichtlich der Besorgung der .... Fernmeldedienste" gemeint ist.

Zu § 38:

Andere Erbringer von Fernmeldediensten sollten nach dieser Bestimmung bei Verschulden für den positiven Schaden haften, die Haftung für entgangenen Gewinn soll ausgeschlossen sein. Weiters sind Haftungshöchstgrenzen, wie sonst bei Gefährdungshaftungstatbeständen vorgesehen. Die Erbringung von Fernmeldediensten ist nun keine besonders gefährliche Tätigkeit, sodaß diese Sonderbestimmungen vollkommen systemwidrig sind.

Zusammenfassend ist zu den §§ 37 und 38 zu sagen, daß die totale Haftungsfreiheit der PTV für die ihr vorbehaltenen Fernmeldedienste und die privilegierte Haftungsregelung für die sonstigen Dienstleistungen nach § 38 sachlich nicht gerechtfertigt sind. Nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz liegt auch in Art. 21 des internationalen Fernmeldevertrags von Nairobi keinerlei Rechtfertigung für die vorgeschlagenen Sonderhaftungsnormen.

18. November 1992
Für den Bundesminister:
BYDLINSKI

F.d.R.d.A.: