



Herrn
 MR Dr. Alfred Stratil
 Bundesministerium für Verkehr,
 Innovation und Technologie
 Sektion III, Abteilung PT2
 Ghegastraße 1
 1030 Wien
JD@bmvit.gv.at

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195

1045 Wien

T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-233

E rp@wko.at

W <http://wko.at>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen/Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMVIT-630.333/0002-III/PT2/2010	Rp 447.0002/2010/WP/VR	4002	27.8.2010
	Dr. Winfried Pöcherstorfer		

Entwurf eines Bundesgesetzes über Maßnahmen gegen unerbetene Werbeanrufe, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 geändert wird - Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Ministerialrat,

Die Wirtschaftskammer Österreich bedankt sich für die Übermittlung des Entwurfes eines Bundesgesetzes über Maßnahmen gegen unerbetene Werbeanrufe, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 geändert wird (fortan: Entwurf), und nimmt hiezu wie folgt Stellung:

I. Allgemeines

Wiewohl Verständnis dafür besteht, dass im Sinne der Wahrung von Nutzerinteressen der Schutz vor unerbetenen Werbeanrufen (Cold Calling) wie auch gegenüber unseriösen Anbietern verstärkt werden soll, sei doch bereits an dieser Stelle festgehalten, dass eine ganze Reihe der im Rahmen des vorliegenden Entwurfes vorgeschlagenen Regelungen weit über dieses angestrebte - dem Grunde nach von uns mitgetragene - Ziel hinausgehen. Vereinzelt sind diese Regelungen sogar geeignet, für Unternehmen erhebliche Erschwernisse und Nachteile bei ihren wirtschaftlichen Aktivitäten zu schaffen, und zwar auch dann, wenn sie - wie in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle - redlich und sorgfältig handeln. Vor diesem Hintergrund stehen wir dem vorliegenden Entwurf inhaltlich in mehrfacher Hinsicht äußerst kritisch gegenüber. Ehe wir auf die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen eingehen, erscheint es uns geboten, auf die folgenden allgemeinen Überlegungen hinzuweisen:

a) Mangelndes Zusammenspiel mit dem Entwurf des BMJ für eine Novelle des KSchG

Hinsichtlich der Erarbeitung des vorliegenden Entwurfes zum Thema Cold Calling fällt auf, dass seitens des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (fortan: BMVIT) ein anderer Weg gewählt wurde als seitens des gleichfalls mit der Cold Calling-Thematik befassten Bundesministeriums für Justiz (fortan: BMJ). Während der Erstellung des Entwurfes der zivilrechtlichen Bestimmungen für den Regelungsbereich und dessen Aussendung mehrere Sitzungen von repräsentativ zusammengesetzten Arbeitsgruppen im BMJ vorausgegangen waren,

die eine eingehende inhaltliche Diskussion zwischen den betroffenen Kreisen im Vorfeld ermöglichten, wurde seitens des BMVIT ein solcher hilfreicher fachlicher Austausch unter Einbeziehung der Wirtschaft bedauerlicherweise nicht für nötig gehalten. Hinzu kommt, dass die zeitlich nicht mit dem Versendungsdatum des Entwurfes einer KSchG-Novelle abgestimmte Aussendung zur Begutachtung des gegenständlichen Entwurfes für eine TKG-Novelle den internen Begutachtungsprozess für diese zweifellos miteinander in engem Zusammenhang stehenden Materien doch erschwert hat.

Mit Blick auf den letztgenannten Gesichtspunkt wäre ferner auch ein einheitliches Datum des Inkrafttretens für die im KSchG und im TKG vorgeschlagenen Neuerungen wünschenswert, da die Regelungen des neuen § 107 TKG 2003 jenen des KSchG als Basis dienen.

b) Mangelnde Erforderlichkeit einer strengeren Regelung im TKG

Allerdings stellt sich gerade in dieser Hinsicht die Frage, inwiefern der vorliegende Entwurf überhaupt von den Zielsetzungen des Regierungsprogramms für die XXIV. Gesetzgebungsperiode erfasst ist. Letzteres enthält Ausführungen betreffend die Erforderlichkeit einer Klärstellung von Rechtsfolgen hinsichtlich Verträgen, die im Wege unerbetener Werbeanrufe geschlossen werden. Dieser Vorgabe trägt der Entwurf des BMJ für eine Novelle des KSchG, dessen Regelungen Fragen der rechtlichen Bindung und Möglichkeiten eines Rücktrittes eingehend behandeln, umfassend und abschließend Rechnung.

Weder das Regierungsprogramm noch die Natur des Problems machen indes eine Adaptierung der Regelung der Verwaltungsvorschrift des § 107 TKG erforderlich. Werbeanrufe ohne vorherige Zustimmung des Teilnehmers sind ohnedies bereits nach geltender Rechtslage verboten. Der gezwungene Versuch, diese Vorschrift mit Verschärfungen zu versehen, führt in der Praxis für korrekt und seriös agierende Unternehmen zu weitaus mehr Problemen, als sich daraus (wohl auch bestenfalls in hypothetischer Hinsicht) Vorteile ergeben könnten.

c) Mangelnde Eignung der vorgeschlagenen Regelungen zur Beseitigung aktueller Probleme

Es wurde bereits angedeutet, dass mit dem Entwurf aus unserer Sicht ein für die Beseitigung aktueller Probleme ungeeigneter Ansatz verfolgt wird. Mit den geplanten Änderungen werden denjenigen Unternehmen, die sich bisher an die gesetzlichen Regeln gehalten haben und dies auch künftig wollen, erhebliche wirtschaftliche Lasten und ein bedeutender Mehraufwand aufgelegt. Ob Aktivitäten unseriöser Unternehmen aber mit diesen neuen Regelungen tatsächlich unterbunden werden können, ist mehr als fraglich, da sie wohl auch in Zukunft über ausreichend Spielraum verfügen werden, diese neuen Regelungen zu umgehen.

Das zentrale Problem ist aus unserer Sicht jedoch nicht in einer Mangelhaftigkeit der geltenden Regelung an sich zu erblicken, sondern darin, dass unseriöse Unternehmer absichtlich gegen die bestehende Regelung verstößen und der Verstoß nicht oder nur unzureichend geahndet wird (Stichwort: Verwaltungsvollzugsdefizit). Daher wäre aus unserer Sicht vorrangig darüber nachzudenken, welche Maßnahmen im Zusammenhang mit den geltenden Regelungen getroffen werden können bzw von welchen Behörden die geltenden Regelungen sinnvollerweise vollzogen werden sollten.

Bedauerlicherweise findet sich in dem Entwurf für eine TKG-Novelle keine Differenzierung zwischen Konsumenten und Unternehmen, obwohl die der Initiative zugrunde liegenden Missstände fast ausschließlich Konsumenten betreffen. Dabei wird seitens der Wirtschaft seit langem darauf hingewiesen, dass das Fehlen praxisnaher Ausnahmeregelungen für den elektronischen und telefonischen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen aktuell das größte

Defizit der undifferenziert ausgestalteten Regelung des § 107 TKG darstellt. In diesem Bereich wäre der Novellierungsbedarf aus unserer Sicht dringender als hinsichtlich der im Entwurf dargestellten Ausgangslage, zumal Regelungen wie die im Entwurf vorgeschlagenen die Nutzung des Telefons zu Geschäftszwecken in vielerlei Hinsicht nahezu unmöglich machen und damit in höchst bedenklicher Weise die Obsoleszenz dieses Kommunikationsweges im unternehmerischen Kontext einläuten.

Vor diesem Hintergrund erscheint es uns dringend geboten, dass seitens des BMVIT fachliche Gespräche mit den betroffenen Kreisen in ähnlicher Weise aufgenommen werden, wie dies im Frühsommer seitens des BMJ geschehen ist, um insbesondere auch diesen Gesichtspunkt vertiefend zu erörtern.

d) Mehrbelastungen; mangelhafter Hinweis auf Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort

Schließlich würden die vorgeschlagenen Regelungen, wie bereits erwähnt, zu einem wesentlichen Verwaltungsmehraufwand für Unternehmen führen. Dabei ist anzumerken, dass der vorliegende Entwurf hinsichtlich der möglichen Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort unter der entsprechenden Überschrift nur lapidar „keine“ ausführt, was in Anbetracht der flächen-deckenden Verwendung des Telefons als Kommunikationsmittel im Wirtschaftsleben allerdings in jedem Falle verfehlt erscheint. Das Fehlen einer entsprechenden Bewertung und Erläuterung wiegt besonders schwer, weil die zu erwartenden Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort durch das gegenständliche Rechtsetzungsvorhaben - wie im Einzelnen unten noch dargestellt werden wird - erheblich sind, ohne dass durch die vorgeschlagenen Regelungen ein adäquater Mehrwert zu erwarten wäre.

II. Zu den Bestimmungen im Detail

§ 107 Abs 1

Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung gilt es zunächst zu bedenken, dass das europäische Recht - außer mit Blick auf automatische Anrufsysteme - derzeit weder eine Vorgabe dafür enthält, unerbetene Telefonanrufe einem konkreten rechtlichen Regelungsregime zu unterwerfen noch ein solches selbst aufweist. Absolute Verbote von Telefonanrufen zu Werbezwecken, von denen es - anders als beispielsweise im Bereich der E-Mail-Werbung - keinerlei Ausnahmen gibt, stellen daher bereits nach geltendem Recht eine Form von gold plating dar.

Aus unserer Sicht ist es bereits mit Blick auf die geltende Regelung problematisch, dass die Regelung in § 107 Abs 1 TKG ohne Unterschied auf den Geschäftsverkehr mit Konsumenten (B2C) wie auch zwischen Unternehmen (B2B) ihre Wirkung entfaltet. Nun wird auch in der vorgeschlagenen Neufassung dieser Bestimmung weder hinsichtlich des einen noch hinsichtlich des anderen Bereiches klar Bezug auf die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre des jeweils Angerufenen genommen. Die Erläuterungen sprechen vielmehr pauschal von einem Eingriff in die Privatsphäre. Die Praxis zeigt demgegenüber jedoch, dass in vielen Fällen eine aktive Kontaktaufnahme mit einem potentiellen Kunden als Kundenorientierung gerne akzeptiert und nicht als Eingriff in die Privatsphäre empfunden wird. Dies bringt auch die Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG sowie die zu deren Änderung ergangene RL 2009/136/EG) zum Ausdruck, der zufolge eben nur die egriffsintensiven automatischen Anruf- und Kommunikationssysteme gemeinschaftsrechtlich geregt sind. Vor diesem Hintergrund erschien es denn auch angemessen, in der Regelung auf die Intensität der Wirkung von Werbeanrufen in deren jeweiligen Rezeptionsumfeld abzustellen.

Mit Blick auf den Regelungsgehalt der Bestimmung erweist sich das vorgesehne Formerfordernis der „ausdrücklichen und schriftlichen“ Einwilligung in mehrfacher Hinsicht als überschließend und dabei teilweise auch als nicht hinreichend klar umrissen.

Bisher wird bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit dem Kunden in der Regel geklärt, auf welcher Basis die weitere Geschäftsbeziehung bestehen soll und ob der Kunde auch daran interessiert ist, über Angebote bzw. andere Produkte telefonisch oder per E-Mail informiert zu werden. Sofern der Kunde einen entsprechenden Wunsch äußert, ist bislang vom Vorliegen der in § 107 TKG geltende Fassung geforderten Zustimmung auszugehen, ohne dass es der Einhaltung weiter gehender formaler Erfordernisse bedarf.

Ähnliches gilt auch im Zusammenhang mit der Praxis sog. „Begrüßungs-Calls“. Zu diesen kann es im Gefolge einer verbraucherseitigen Anforderung von Informationsmaterial unter Angabe der eigenen Telefonnummer bei Versandhändlern kommen, wenn ein Versandhändler - noch vor Entstehen eines Vertragsverhältnisses - telefonisch mit dem Verbraucher in Kontakt tritt, um allfällige Unklarheiten auszuräumen. Dabei besteht in der Praxis auch die Möglichkeit, dass - entgegen der primären Intention des anrufenden Versandhändlers - der Verbraucher die Gelegenheit ergreift, bei diesem Gespräch aus eigenem Antrieb gleich eine Ware zu bestellen.

Der vorgeschlagenen Neufassung von § 107 Abs 1 TKG zufolge soll nunmehr eine einfache (mündliche) Einwilligung des Teilnehmers nicht mehr ausreichend sein, sondern vielmehr eine ausdrückliche schriftliche Einwilligung erforderlich sein, wenn telefonische Kontaktaufnahmen in Aussicht genommen werden. Dies erscheint in mehrfacher Hinsicht problematisch:

Zunächst gilt zu beachten, dass die Formfreiheit beim Abschluss von Verträgen einen elementaren Grundsatz im österreichischen Privatrecht darstellt (vgl § 883 ABGB) und die Schriftform lediglich dort gefordert wird, wo Rechtshandlungen (zumindest) potentiell schwerwiegende Rechtswirkungen zeitigen können oder erhöhter Publizitätsbedarf gegeben ist. Bereits vor diesem Hintergrund ist das im Entwurf vorgeschlagene Formerfordernis für die - in der Regel mit vergleichsweise weit geringeren Rechtsfolgen verbundene - bloße Einwilligung, Nachrichten zu Werbezwecken zu erhalten, als systemwidrige, unverhältnismäßig strenge Anforderung und Belastung anzusehen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass für den vorliegenden Entwurf auch die Frage der Möglichkeit des Vertragsabschlusses über das Telefon (im Wege des Cold Calling) eine wesentliche Rolle gespielt hat. Denn bei dieser Frage vermag das geforderte Formerfordernis keinen wesentlichen Mehrwert zu schaffen. So ist es eine - rein nach (bereits geltendem) Zivilrecht zu lösende (und lösbare) - Beweisfrage, ob eine Einwilligung vorliegt oder nicht. Die gegenständlich vorgeschlagenen Anforderungen an zivilrechtliche Einwilligungen erscheinen bereits durch den bestehenden zivilrechtlichen und insbesondere konsumentenschutzrechtlichen Rechtsrahmen sowie auch durch die Judikatur ausreichend geregelt. Sie bedürfen daher keiner zusätzlichen Regelungen im Verwaltungsrecht. Schon aus diesem Grund sollte auf die vorgeschlagene Neuregelung verzichtet werden.

Darüber hinaus wirft aber auch der Begriff der Ausdrücklichkeit, wie er im Entwurf und dort insbesondere in der Erl enthalten ist, unterschiedliche Fragen auf:

„Ausdrücklich“ ist nach österreichischem Recht jede Erklärung, bei der die verwendeten Worte oder anderen allgemein angenommenen Zeichen einen eigenen Erklärungssinn haben, sodass ihre Bedeutung (anders als bei der konkludenten Erklärung) nicht erst aus den konkreten Umständen der Erklärung ermittelt werden muss. In diesem Sinne wäre die Anforderung des § 107 TKG nachvollziehbar. Allerdings legen die Erl dem Begriff einen anderen Bedeutungsgehalt

zugrunde und fordern vielmehr, dass die Zustimmung nicht nur explizit formuliert werden, sondern darüber hinaus auch in einem gesonderten Schriftstück ("getrennt von etwaigen sonstigen vertraglichen Vereinbarungen") enthalten sein muss.

Dies würde weit über den Sinn des Wortes "ausdrücklich" hinausgehen. Hinweise darauf finden sich beispielsweise auch in der Judikatur des OGH zu den Fällen der Datenübermittlung. Das Höchstgericht verlangt dabei, dass aus der Erklärung klar erkennbar wird, wer die Daten zu welchem Zweck erhält. Aus Gründen des Bankgeheimnisses hat er darüber hinaus verlangt, dass der Text der Zustimmungserklärung direkt in jenem Schriftstück enthalten sein muss, das der Kunde unterfertigt. Eine gesonderte Zustimmungserklärung war indes nie vorhergesehen. Dem sollte jedenfalls Rechnung getragen werden.

Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf den Verweis auf § 9 Z 6 DSG und das bezughabende Rundschreiben des BKA-Verfassungsdienstes, der im vorliegenden Kontext nicht passend erscheint. Hier wird nämlich zum einen übersehen, dass die Bestimmung des § 9 Z 6 DSG ausschließlich die Zustimmung zur Verwendung von sensiblen(!) Daten regelt und nur hier Ausdrücklichkeit verlangt wird (nicht hingegen Schriftlichkeit), zum anderen, dass sich das genannte Rundschreiben auf die Rechtslage zum DSG 1978 bezieht.

Während unbestritten ist, dass aus Gründen der Transparenz in AGB bestimmte datenschutzrechtlich relevante Erklärungen nicht versteckt sein dürfen, sondern entsprechend klar gestaltet sein müssen (dies wird auch im genannten Rundschreiben sinngemäß angemerkt), kann aus dem Rundschreiben jedoch nicht abgeleitet werden, dass eine Verwendung datenschutzrechtlicher Erklärungen in AGB jedenfalls unzulässig wäre bzw entsprechende Zustimmungserklärungen im Rahmen von AGB nicht wirksam erteilt werden könnten. Berücksichtigt man ferner, dass eine angerufene Telefonnummer per se kein sensibles Datum im Sinne des § 9 Z 6 DSG darstellt, so erscheint das vorgeschlagene Formerfordernis auch im Lichte der Gewichtung bei den datenschutzrechtlichen Einwilligungsbestimmungen systemwidrig. All dies sollte bei der Überarbeitung des Entwurfes (einschließlich Erl) berücksichtigt werden.

Betrachtet man weiters die vorgesehene Anforderung, die Einwilligung habe sich "auf genau bezeichnete Begünstigte zu beziehen", so ist auch diese nicht nachvollziehbar. Wegen des Erfordernisses der namentlichen Anführung werden durch sie Marketingaktivitäten schon innerhalb eines Konzerns erschwert. Es sollte vielmehr ausreichen, wenn aus der Erklärung feststellbar ist, auf welche "Begünstigten" sie sich bezieht (auch wenn diese zB nur gruppenweise und nicht individuell angeführt werden).

Der Satz „Die Einwilligung des Teilnehmers hat sich auf genau bezeichnete Begünstigte zu beziehen“ kann überhaupt entfallen, weil schon de lege lata eine Einwilligung nur dann wirksam ist, wenn sie in Kenntnis der Sachlage, also auch in Kenntnis der Begünstigten abgegeben wird. Es wird daher insgesamt angeregt, von Formerfordernissen in dieser Bestimmung gänzlich abzusehen.

Dies gilt speziell auch mit Blick auf die Vorgaben für elektronische Formen der Einwilligung, bei denen keinesfalls davon ausgegangen werden darf, dass Erklärungen unter Verwendung elektronischer Signaturen nach dem SigG abzugeben sind.

Die praktischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Regelungen wären jedenfalls ohne Zweifel beträchtlich, die Belastungen für Unternehmen durch den vorgesehenen bürokratischen Mehraufwand im Zusammenhang mit den vorgesehenen Formerfordernissen erheblich. Ein Blick auf die Telekommunikationsbranche verdeutlicht dies:

Sollte für Anrufe oder Faxe zu Werbezwecken eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung, oder im Falle einer elektronischen Einwilligung ein aktiver Schritt verlangt werden, so würde

dies neben dem erheblichen Aufwand der Speicherung und Archivierung der Erklärungen in jedem Unternehmen (hiezu näher unten im Abschnitt zu § 107 Abs 4) in jedem Fall zu Einschränkungen bei Serviceleistungen führen, die Bestandskunden (auch im Prepaid-Segment) derzeit angeboten werden. Ausdrückliche schriftliche Einwilligungen, wie im Entwurf vorgesehen, wurden von den Telekom-Unternehmen bisher nicht eingeholt (weil dies, wie dargestellt, nach der geltenden Rechtslage nicht erforderlich ist) und sind nachträglich von den Kunden de facto nicht zu bekommen, da Bestandskunden erfahrungsgemäß bei nachträglichen Vertragsanpassungen und Einwilligungen äußerst zurückhaltend sind. Bei anonymen Prepaid-Kunden ist der Entwurf überhaupt nicht umsetzbar: Der Kunde ist gegenüber dem Diensteanbieter anonym und möchte dies in der Regel auch bleiben und es gibt neben den AGB keine weiteren Vereinbarungen, denen der Kunde ausdrücklich zustimmen könnte.

Soweit ferner im Gefolge der vorgeschlagenen Formerfordernisse nützliche, jedoch nicht verpflichtend zu erteilende Informationen (zB über Wartungsarbeiten im Netz) aus Vorsichtsgründen nicht mehr übermittelt würden, käme es zweifellos zu einem Absinken der Service-Qualität, wobei dies letztlich klar auf die neue gesetzliche Vorgabe rückführbar wäre.

Daneben könnten auch die genannten „Begrüßungs-Calls“, bei denen der Nutzer seine Telefonnummer ja gerade mit Blick auf eine gewünschte spätere Kontaktaufnahme bekanntgibt, im Lichte des vorgeschlagenen Formerfordernisses auch erschwert werden. Auch die Praxis, (Unternehmens-)kontakte aufgrund von - beispielsweise auf Messen - erhaltenen Visitenkarten telefonisch zu vertiefen, wäre durch die neue Regelung gleichsam ausgeschlossen.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen sprechen wir uns in aller Deutlichkeit gegen die vorgeschlagenen Maßnahmen aus, da sie die Nutzung des Telefons im unternehmerischen Kontext letztlich obsolet machen würden, und fordern im Sinne der Möglichkeit, den geschäftlichen Verkehr auf zeitgemäßen Kommunikationswegen zu gestatten, einen Verzicht auf die vorgeschlagenen Formerfordernisse. Gleichzeitig sollten allerdings Überlegungen angestellt werden, wie der Einsatz des Telefons im unternehmerischen Kontext (B2B-Bereich) erleichtert werden könnte.

Zu § 107 Abs 1a

Während gegen das in § 107 Abs 1a vorgesehene Verbot der Unterdrückung und Verfälschung der Rufnummernanzeige bei Telefonanrufen zu Werbezwecken grundsätzlich keine Einwände bestehen, so stellt sich angesichts deren als kaum nennenswert zu erwartenden Auswirkung auf diejenigen, die in betrügerischer Absicht handeln, doch die Frage nach der Erforderlichkeit dieser Regelung.

Erfolgen Verfälschungen der Rufnummer, so kann im Einzelnen nämlich durchaus fraglich sein, ob von der verfälschten Rufnummer überhaupt Rückschlüsse auf den Anrufer gezogen werden können. Auch ist es vorstellbar, dass Telefonwerbung auf professionelle Dienstleister im Ausland ausgelagert wird und selbst bei einer korrekten Angabe der Telefonnummer ein Unterbinden betrügerischer Machenschaften im Ausland kaum möglich sein wird. Schließlich gilt auch zu bedenken, dass es bei Internettelefonie keine Rufnummern gibt und daher auch keine angezeigt werden können.

Da die Regelung mithin nicht geeignet ist, die Praxis des Cold Calling tatsächlich einzudämmen, und zur Erreichung dieses Ziels als nicht erforderlich angesehen werden kann, sollte auf sie verzichtet werden.

Zu § 107 Abs 1b

Wie bereits oben ausgeführt, wird das Formerfordernis der Schriftlichkeit als überzogen gewertet und kritisch gesehen. Zwar ist verständlich, dass der Angerufene wissen möchte, wann er seine Einwilligung gegeben hat. Dafür ist aber auch eine mündliche Auskunftserteilung ausreichend.

Überdies kann eine unverzügliche Auskunftserteilung oft aus praktischen Gründen nicht erfolgen (dies wird grundsätzlich in den Erl anerkannt, wenn in diesem Zusammenhang eine zweiwöchige Frist eingeräumt wird). Inwiefern diese in den Erl angeführte Frist im Einzelfall praktikabel ist, muss indes offen bleiben und sollte einer Einzelfallbeurteilung zugänglich sein. Um die (allzu) kurze Frist einhalten zu können, müssten die Anbieter ihre Customer Relations Management-Systeme umgestalten (die auf die geltende Rechtslage ausgerichtet sind), was mit hohen Kosten verbunden wäre, ohne dass für die Kunden damit ein besonderer Vorteil verbunden wäre. Darüber hinaus stellt sich das Problem zu beweisen, ob überhaupt bzw wann die Kopie übermittelt wurde, was durch die erhebliche Sanktion verschärft wird, dass im Fall des Verstoßes gegen Abs 1b die Zustimmung als nicht erklärt gilt. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit würde unsere seriös arbeitenden Unternehmen hart treffen.

Auch hinsichtlich der rechtlichen Folgewirkungen betreffend das vorgesehene Formerfordernis besteht eine erhebliche Unsicherheit: So soll als Konsequenz für das Unterlassen der Übermittlung der Zustimmungserklärung, diese ihre Gültigkeit verlieren. Praktisch würde dies bedeuten, dass ein Anruf, der auf Basis einer gültigen Zustimmungserklärung des Angerufenen erfolgt ist, durch das Unterlassen der Zusendung einer Zustimmungserklärung rückwirkend zu einem verbotenen Anruf wird. Durch ein gegenwärtiges Ereignis würde somit eine in der Vergangenheit gesetzte und zum damaligen Zeitpunkt gesetzeskonforme Handlung rückwirkend zu einer Verwaltungsübertretung werden. Dies widerspricht dem Rückwirkungsverbot für strafbare Tatbestände. Darüber hinaus erscheinen Sanktionen entbehrlich, zumal das Unterlassen der Zusendung der Zustimmungserklärung ohnehin gemäß § 109 Abs 3 Z19b unter Strafe gestellt wird.

Aus diesem Grund plädieren wir für eine angemessene Frist zur Auskunftserteilung bei gleichzeitigem Entfall der Rechtsfolge der Nichtigkeit und des Formerfordernisses der Schriftlichkeit.

Zu § 107 Abs 2

Betreffend die im Entwurf vorgesehene ausdrückliche Einwilligung wird auf die Ausführungen zu § 107 Abs 1 verwiesen.

Da auch die einschlägigen EU-rechtlichen Vorgaben keinerlei Formerfordernisse für die Einwilligung vorsehen und gold plating vermieden werden sollte, sprechen wir uns in diesem Zusammenhang für eine flexible Lösung aus und regen an, vom Formerfordernis der ausdrücklichen Einwilligung abzusehen.

Zu § 107 Abs 4

Wir stehen der vorgesehenen Befristung der Gültigkeit der erteilten Zustimmungserklärung auf drei Jahre aus unterschiedlichen Gründen ablehnend gegenüber.

Der Vorschlag würde bedeuten, dass in Branchen, in denen Geschäftsbeziehungen von längerer Dauer sind, jeweils nach dem Ablauf von drei Jahren immer wieder neue Zustimmungserklärungen einzuholen wären. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen kann ein automatisches Erlö-

schen, wie es im Entwurf vorgesehen ist, nicht im Sinne der Kunden sein, die ihre bereits erteilten Zustimmungen erneuern müssten, um weiterhin das gewohnte Service oder Informationen über neue (für sie vorteilhafte) Produkte und Dienstleistungen zu erhalten. Da der Kunde zum einen von Beginn an seine Zustimmung zur kommerziellen Kommunikation erteilen muss und zum anderen ohnedies jederzeit die Möglichkeit hat, kostenfrei und problemlos seine Zustimmung zu widerrufen, erscheint die vorgesehene Befristung in keiner Weise geboten. Vielmehr wäre sogar damit zu rechnen, dass Kunden ihrerseits kaum Verständnis dafür aufbringen würden, wenn sie alle drei Jahre aufs Neue eine Zustimmungserklärung im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung abgeben müssten.

Darüber hinaus würde sich aus der vorgesehenen Bestimmung ein erheblicher technischer Umsetzungsbedarf ergeben, der mit enormen Kosten verbunden wäre. Betroffene Unternehmen müssten sämtliche Kundendaten um die Information erweitern, von welchem Kunden noch wie lange eine Zustimmung aufrecht ist, was speziell bei der großen Zahl an Kunden, über die Unternehmen wie jene aus der Bank- und Versicherungs-Branche oder aus dem Telekommunikationsbereich regelmäßig verfügen, einen erheblichen Aufwand bedeuten würde (Unternehmen aus diesen Bereichen schließen an unterschiedlichen Tagen im Jahr ihre Verträge ab und hätten vor diesem Hintergrund täglich mehrere Tausend Verträge hinsichtlich des Auslaufens von Zustimmungszeiträumen zu kontrollieren).

Zudem besteht in vielen Fällen, etwa für Leasingunternehmen und Wertpapierfirmen eine Verpflichtung, ihre Kunden aktiv über bestimmte Entwicklungen zu informieren. In diesem Kontext wäre eine Verfallsbestimmung betreffend etwaige Zustimmungen kontraproduktiv und würde den Schutzinteressen der Kunden diametral entgegenlaufen. Es entspricht auch nicht dem Kundenwunsch, Informationen, die diese drei Jahre lang regelmäßig und ohne Widerspruch erhalten haben, plötzlich nicht mehr zu bekommen.

Schließlich gilt zu bedenken, dass in Fällen von Bestandskundenpflege die der Novelle zugrunde liegende Problematik des Cold Calling nicht gegeben ist. Diese besteht zumeist darin, dass über Gewinnspielteilnahmen Kontaktdaten und Zustimmungen generiert werden, die dann (teils über mehrere Stufen) weiterverkauft werden bis sie schließlich von un seriösen Unternehmen genutzt werden. Diese sind in aller Regel nur am schnellen Geld, aber nicht an langjährigen, auf Vertrauen basierenden Kundenbeziehungen interessiert. Insofern wären hier zwei völlig unterschiedliche Sachlagen gleichermaßen intensiv betroffen, was wiederum eine gleichheitswidrige Gleichbehandlung von Ungleichem bedeutet.

Zu § 107 Abs 7

Wir stehen dieser Bestimmung, welche die Fernmeldebüros ermächtigt, bereits bei begründetem Verdacht eines unerbetenen Werbeanrufes ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren die Rufnummer zu sperren, ablehnend gegenüber. Der „begründete Verdacht“ kann in diesem Zusammenhang (bereits) aufgrund einer (unüberprüfbaren) Behauptung eines angeblich Ange rufenen entstehen. Die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens hält der vorliegende Entwurf für nicht notwendig, wodurch dem beschuldigten Unternehmen die Möglichkeit genommen wird, sich aufgrund von Telefonprotokollen öä frei zu beweisen.

Die vorgesehene Sanktion ist nicht nachvollziehbar, weil sie im Extremfall bedeuten würde, dass einem Unternehmen sein Telefonanschlussnetz nicht mehr zur Verfügung steht. Die Tragweite der Sanktion steht - selbst wenn man unterstellt, dass tatsächlich illegale Anrufe getätigt wurden - in keiner Relation zur Schwere des Rechtsverstoßes.

Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die potentiellen Auswirkungen, die eine solche Sperre bei Ein-Personen-Unternehmen (EPU), die ihren Anschluss nicht nur geschäftlich nutzen, auch auf den Privatbereich haben kann. Wird der Anschluss in solchen Fällen gesperrt, bedeutet dies einerseits einen massiven Eingriff in die Erwerbsfreiheit, ist ein Anschluss für das berufliche Fortkommen doch essentiell, und andererseits - in privater Hinsicht - ein soziales Abschneiden, ist der Teilnehmer doch für sein soziales Umfeld nicht mehr erreichbar.

Der Umstand, dass der Entwurf kaum Verteidigungsmöglichkeiten für Unternehmen vorsieht, bewirkt, dass praktisch jeder - somit beispielsweise auch ein Konkurrent - durch die gezielte Behauptung unerbetener Werbeanrufe in der Lage wäre, die Telefonanlage eines Unternehmens auszuschalten, dies unabhängig davon, ob der gegen das Unternehmen erhobene Vorwurf sich im Nachhinein nun als berechtigt herausstellt oder nicht. Die Begrenzung der vorläufigen Sperre der Rufnummer auf zwei Wochen ändert daran wenig. Für ein Unternehmen kann der Umstand, längere Zeit telefonisch nicht erreichbar zu sein, jedenfalls erhebliche wirtschaftliche Folgen haben. Im Falle der Sperre einer falschen Nummer wären wohl zumeist weitreichende Schadenersatzforderungen die Konsequenz. Umgekehrt besteht für unredliche Unternehmen die Möglichkeit, nach Sperre ihres Anschlusses nahezu ohne Verzögerung einen neuen Anschluss zu erhalten. Dies stellt die Sinnhaftigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme in Frage.

Das betroffene Unternehmen müsste, da es die Möglichkeit erhalten muss, die Folgen des § 107 Abs 7 abzuwenden, verpflichtend im Vorfeld von der Behörde zu kontaktieren sein. Dem Unternehmen muss auch die Möglichkeit eingeräumt werden - etwa mittels schriftlicher Erklärung - seine Bereitschaft zu dokumentieren, bei sonstiger Strafe weitere Anrufe dieser Art zu unterlassen.

Schließlich sollten auch die Zuständigkeiten nochmals überdacht werden. Dabei könnte beispielsweise erwogen werden, ob nicht die RTR GmbH die im Zusammenhang mit Cold Calling anfallenden Aufgaben besser erledigen kann. Auch ist zu überlegen, wie diese Behörden mit den richtigen, geeigneten und nachhaltig wirkenden Sanktionsmechanismen (zB Entzug von Konzessionen, Berechtigung etc) ausgestattet werden können, um das Problem der „Cold Calls“ in den Griff zu bekommen. Die Regelungen müssten flexibel genug gestaltet sein, um mit den laufenden Entwicklungen und neuen Tricks unseriöser Anrufer mitzuhalten. Außerdem müssten die gesetzlichen Grundlagen nicht laufend novelliert werden, um sie an unseriöse Entwicklungen anzupassen, was aufgrund der Dynamik der Entwicklungen im E-Commerce ohnehin zu einem ständigen Nachhinken der Regeln führt.

Zu § 109 Abs 3

Hier wäre, korrespondierend zu den Bedenken zu § 107 Abs 1b, eine Anpassung erforderlich.

Zu § 133 Abs 12

Im Sinne unserer Anmerkungen zu Absatz 4 sollte diese Übergangsbestimmung ersatzlos entfallen. In jedem Falle bedarf es aber einer Klarstellung, dass Zustimmungserklärungen im Falle von Dauerschuldverhältnissen nicht nach Ablauf von drei Jahren ab In-Kraft-Treten erlöschen und bereits vor In-Kraft-Treten erteilte Zustimmungserklärungen nicht versandt werden müssen, weil die CRM-Systeme unserer Unternehmen auf dieses Erfordernis nicht ausgerichtet sind (bisher bestand eine derartige Verpflichtung nicht). Schließlich ist klar zu stellen, dass Bestandskunden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle ihre Zustimmung wirksam erteilt haben, nicht nochmals zustimmen müssen. Das hätte entweder zur Folge, dass Kunden plötzlich massenhaft Einwilligungsschreiben zugesandt bekommen müssten, um ihre Einwilli-

gungen wirksam zu erteilen, oder Kunden würden nicht mehr - wie ursprünglich vereinbart - informiert werden. Beides ist weder für Kunden noch für Dienstleister von Vorteil.

Ein Eingriff in die Vertragsautonomie ist sachlich nicht gerechtfertigt. Ein Regelungsbedarf besteht nicht: Wenn jemand eine Zustimmungserklärung abgegeben hat und eine Mailzusendung oder einen Anruf erhält, kann er jederzeit seine Einwilligungserklärung widerrufen. Im Rahmen von aufrechten Vertragsverhältnissen ist eine aufrechte Kontaktmöglichkeit unter Umständen sogar geboten. Aber selbst nach Ablauf eines Vertragsverhältnisses kann es sogar noch notwendig und sinnvoll sein, ehemalige Kunden kontaktieren zu können. Man denke hier etwa an Fälle der Produktsicherheit. Sollte ein automatisches Ablaufdatum eingeführt werden, stellt dies lediglich eine neuerliche bürokratische Hürde dar, die keinen Mehrwert bringt.

Der vorliegende Entwurf erscheint insgesamt unausgewogen und nicht geeignet, die im Vorblatt proklamierten Zielsetzungen zu erreichen. Die vorgeschlagenen Regelungen würden die Wirtschaft übermäßig belasten und könnten auch auf Verbraucherseite keine nennenswerten Verbesserungen herbeiführen. Wir würden es vor diesem Hintergrund ausdrücklich begrüßen, wenn unter Einbindung aller betroffenen Kreise eine zukunftsgerichtete Ausgestaltung der Bestimmung des § 107 TKG in Angriff genommen würde, die speziell auch eine zeitgemäße Nutzung moderner Kommunikationskanäle im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmen ermöglichen soll. Für weiterführende Gespräche in diesem Sinne stehen wir gerne zur Verfügung.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme, die per E-Mail auch dem Präsidium des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at) übermittelt wird, und verbleiben

mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin