



BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
T 01 501 65 0

www.arbeiterkammer.at

Bundesministerium für Verkehr,
Innovation und Technologie
III/PT2 (Recht)
Postfach 205
1000 Wien

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	Fax	Datum
BMVIT- 630.333/0002- III/PT2/2010	KS/WP-GSt-Zi- Gr/Lm	Daniela Zimmer Mathias Grandosek	501 65 DW 2722	501 65 DW 42722	26.8.2010

Bundesgesetz über Maßnahmen gegen Unerbetene Werbeanrufe, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003 geändert wird – Stellungnahme

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung des Entwurfs zu einer Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und nimmt hierzu wie folgt Stellung:

Allgemeines

Angesichts der zahlreichen und massiv steigenden Beschwerden zu unerbetenen Werbeanrufen, die von der BAK, dem Verein für Konsumenteninformation und dem Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz seit längerem registriert werden, zeigt sich deutlich, dass der gegenwärtige Rechtsrahmen bei weitem nicht ausreicht, den Missbrauch von Rufnummern zu Werbezwecken in Grenzen zu halten. Man sieht das auch daran, dass diesbezügliche Verfahren vor den zuständigen Fernmeldebehörden nur zu einem geringen Anteil von 7% zu rechtskräftigen Verurteilungen führen. Die Gründe dafür sind unter anderem, dass die Initiatoren der Anrufe nicht ohne weiteres ausforschbar sind und grenzüberschreitendes Telefonmarketing ausgehend von Anbietern mit Sitz in anderen EU- oder Drittländern die Ermittlungsarbeit erschwert.

Der vorliegende Entwurf enthält dringend benötigte Verbesserungen der Rechtsposition der VerbraucherInnen, die von belastenden Werbeanrufen betroffen sind. Die formalen Anforderungen an die Zustimmung zu Werbeanrufen werden verschärft und dem Problem fehlender faktischer Widerrufsmöglichkeiten durch eine maximale Gültigkeitsdauer für Zustimmungserklärungen begegnet.

Wir betonen jedoch ausdrücklich, dass diese Änderungen im TKG von Maßnahmen zivilrechtlicher Art, wie sie das Koalitionsübereinkommen vorsieht (Nichtigkeit bzw. schwebende Unwirksamkeit von Verträgen, die durch Werbeanrufe zustande gekommen sind), begleitet werden

müssen, denn nur so kann (unseriösen) Unternehmen der Anreiz genommen werden, derartige Praktiken anzuwenden.

Die BAK bedankt sich deshalb im Dienste der vielen betroffenen VerbraucherInnen dafür, dass unseren Änderungsanliegen in Bezug auf § 107 TKG im Wesentlichen Rechnung getragen worden ist und begrüßt, dass der vorliegende Entwurf Mailwerbung einbezieht und die Geltung von Zustimmungserklärungen zeitlich beschränkt. Diesbezüglich bleibt angesichts bereits vernehmbarer Bedenken der Wirtschaftsseite sehr zu hoffen, dass an diesem hohen Schutzniveau jedenfalls festgehalten wird. Der zu erwartende, geringfügige Zusatzaufwand für die Anbieterseite (namentlich hinsichtlich der Vorgabe, künftig nach Ablauf von 3 Jahren Zustimmungserklärungen zu Werbeanrufen erneuern zu müssen) ist angesichts des steten Zuwachs an Konsumentenbeschwerden durchaus vertretbar.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung folgender ergänzender Verbraucheranliegen bezüglich

- eines Koppelungsverbot bei Einholen der Zustimmung
- eines weitergehenden Verbotes der Rufnummernunterdrückung und
- einer Betreiberpflicht, VerbraucherInnen die Rufnummernanzeige unentgeltlich anzubieten.

Zu den Details des Entwurfs

Zu den Änderungen in § 107 Absatz 1 Zustimmungsvoraussetzungen

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass die formalen Anforderungen an eine wirksame Zustimmung strenger werden und im Gesetzestext rechtsprechungskonform daran erinnert wird, dass genau zu bezeichnen ist, wer die Rufnummer für Werbezwecke nutzen darf. Demzufolge sind Zustimmungen von TeilnehmerInnen nur wirksam, wenn sie „ausdrücklich schriftlich“ erteilt werden bzw. auf elektronischem Weg durch einen „aktiven Schritt“ nachvollziehbar werden.

Angeregt wird, in den Erläuterungen näher darauf einzugehen,

1. dass diese Änderung im Wesentlichen nur eine Klarstellung der durch die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. Nr. L 201 vom 31. Juli 2002 S. 37; Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) vorgegebenen Anforderungen an eine wirksame Zustimmung darstellt. Wegweisend ist diesbezüglich die Entscheidung des BGH vom 16.07.2008 (Az.: VIII ZR 348/06 - Payback-Entscheidung): *„Allgemein ist es nicht erforderlich, dass der Verbraucher seine Einwilligungserklärung gesondert erklärt, indem er eine zusätzliche Unterschrift leistet oder ein dafür vorgesehenes Kästchen zur positiven Abgabe der Einwilligungserklärung ankreuzt. Vielmehr kann die Willenserklärung auch mit anderen Erklärungen zusammen erteilt werden, sofern sie in diesem Fall besonders hervorgehoben wird. **Abweichend hiervon bedarf es jedoch ausnahmsweise einer ausdrücklichen Einwilligung (Opt-In), wenn dem Verbraucher per Telefon, SMS, Fax oder E-Mail Werbung zugesandt werden soll.... Die geforderte spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Er-***

klärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes ("Opt-in"-Erklärung)".

Auch das 3. Telekom-Richtlinienpaket führt diesbezüglich zu keiner Änderung der Rechtslage.

2. was (beispielhaft) unter einem „aktiven Schritt“ bei elektronischer Kommunikation zu verstehen ist, nämlich im Wesentlichen das Anhaken einer entsprechenden Klausel durch den Verbraucher. Voreinstellungen auf Webseiten, durch die eine Zustimmung automatisch erteilt wird und die vom Verbraucher entfernt werden müssen, will er einer Verwendung seiner Mail- oder Telefondaten zu Werbezwecken widersprechen, reichen aus Verbrauchersicht nicht aus. Derartige Voreinstellungen können auf unübersichtlich gestalteten Webseiten vom Verbraucher nur allzu leicht übersehen werden und stellen daher keine zweifelsfreien Willenserklärungen im Sinn des DSGVO dar.

Ein wichtiges BAK-Anliegen wurde nicht aufgegriffen: Vorgeschlagen wurde die Formulierung **„Die Anbieter dürfen die Bereitstellung ihrer Dienste nicht von einer solchen Zustimmung abhängig machen (Koppelungsverbot)“**.

Das TKG enthält zwar in § 96 Absatz 2 ein entsprechendes Verbot, es richtet sich allerdings nur an Kommunikationsdiensteanbieter. Eine Erweiterung des Adressatenkreises in § 107 auch auf sonstige Unternehmen, die Telefonmarketing durchführen wollen, wäre zweckmäßig. Die Freiwilligkeit der Erteilung einer Zustimmung wäre andernfalls leicht zu unterlaufen, wenn Anbieter (vor allem von Internetabrufdiensten) die Nutzung ihrer Dienste generell von einer Einwilligung zur Telefonwerbung abhängig machen können.

Der Plan, die neuen Zustimmungsanforderungen auch auf Mailwerbung in Absatz 2 zu erstrecken, wird sehr begrüßt. Mit der bloßen Einfügung des Wortes „ausdrücklich“ wird dieses Ziel jedoch nicht optimal erreicht. Da unterschiedliche Anforderungen an Mail- und Telefonwerbung auch in Hinblick auf die RL 2002/58/EG nicht sachgerecht wären, empfehlen wir folgende Formulierung in Absatz 2:

*„Die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers, die **den Anforderungen des Absatz 1 entsprechen muss, unzulässig,...**“*

Zu § 107 Absatz 1a Verbot der Rufnummernunterdrückung

Anonymes Auftreten ist ein häufiger unseriöser Aspekt von Telefonmarketing. Betroffene TeilnehmerInnen können keine verwertbaren Strafanzeigen erstatten, die Initiatoren der Anrufe entziehen sich erfolgreich der Rechtsverfolgung. Eine Offenlegung des Firmennamens, der Anschrift und einer Kontakt-Rufnummer des telefonisch Werbenden ist zwar schon nach den Bestimmungen des Fernabsatzrechtes zwingend und ein Zuwiderhandeln mit Verwaltungsstrafe bedroht, Verstöße sind jedoch an der Tagesordnung. Die Unterdrückung (oder Verfälschung) der Rufnummernanzeigen im Falle von Werbeanrufen durch den Anrufer zu verbieten und Verstöße unter Strafe zu stellen, wird deshalb ausdrücklich begrüßt.

Es wird allerdings darauf hingewiesen, dass seitens der BAK der Wunsch nach einer weitergehenden Offenlegungspflicht der Rufnummer an das Ressort herangetragen wurde, nämlich ein generelles Verbot des anonymisierten Anrufs durch Unternehmen und allen Institutionen. Nur Private sollen anonymisieren dürfen. Unternehmen (auch abseits von Anrufen zum Zwecke des Telefonmarketings) und Organisationen bzw. Behörden sollen ihre Telefonnummer anzeigen müssen, wenn sie anrufen, um dem Angerufenen einen Rückruf zu ermöglichen.

Besonders wichtig erscheint uns in Hinblick auf die derzeitigen Tarifierungspraktiken aber folgender Zusatz: „Telekomunternehmen dürfen für die Rufnummernanzeige kein zusätzliches Entgelt verlangen.“

Der Nutzen der vorliegenden Bestimmung hängt nicht zuletzt von den technischen Möglichkeiten auf Netzbetreiberseite ab. Klärungsbedürftig ist, inwieweit Netzbetreiber in der Lage (und folglich in die Pflicht zu nehmen) sind, im Falle der Unterdrückung oder Fälschung der Rufnummer die richtige Nummer auszuforschen. Die mitgesendete Rufnummer ist relativ leicht manipulierbar, sodass die Rufnummernanzeige bei den VerbraucherInnen nur allzu leicht eine falsche Rufnummer ausweisen kann. Nach Ersteinschätzung der RTR lässt sich eine unterdrückte oder verfälschte Nummer zumindest nicht zuverlässig an ihren Ursprung zurückverfolgen: In der Praxis kommt sowohl die network- als auch userprovided Calling Line Identification zum Einsatz. Die netzwerkseitige Mitversendung der Rufnummer ist etwas schwieriger manipulierbar als die nutzerseitige Eingabe der mitversendeten Rufnummerninformation. Letztlich können unseriöse Anbieter die gesetzliche Vorgabe bei beiden Varianten leicht unterlaufen. Soweit technisch möglich bedarf es daher auch der Anordnung, dass Netzbetreiber behördliche Ermittlungen bezüglich der Quelle eines Anrufes zu unterstützen haben.

Zu § 107 Absatz 1b Übermittlung einer Kopie der Zustimmungserklärung

Die Bestimmung wird überaus begrüßt. Sie erleichtert die bislang schwierige Beweissituation für die betroffenen VerbraucherInnen.

Länger zurückliegende Zustimmungserklärungen sind nicht immer erinnerlich, das Vorliegen einer wirksamen Zustimmung oft sogar mehr als zweifelhaft. Die Zustimmung zu Werbeanrufen wird außerdem nicht immer dem Auftraggeber des Anrufes direkt erteilt, sondern sehr häufig einem „Partnerunternehmen“. Um den Widerruf zur Datennutzung gezielt an der „Zustimmungsquelle“ anbringen zu können, bedarf es der im vorliegenden Entwurf vorgesehenen Informationen.

Positiv hervorzuheben ist auch, dass sich an eine Verletzung der Übermittlungspflicht Konsequenzen knüpfen: Die Zustimmung gilt erstens als nicht erteilt. Zweitens knüpfen sich an Verstöße Verwaltungsstrafen.

Angeregt wird lediglich zu überdenken, ob die Formulierung „unverzüglich ab Anruf eine Kopie einer Zustimmungserklärung ... zu übermitteln“ den Fällen der Praxis gerecht wird. Es kann durchaus vorkommen, dass den Betroffenen die angeblich erteilte Zustimmungserklärung nicht unmittelbar nach dem Werbeanruf (zwecks Verwaltungsstrafanzeige), sondern erst dann interessiert, wenn ihm beispielsweise eine Zahlungsaufforderung wegen eines im Zuge des Anrufes

geschlossenen Vertrages zugeht. Die Frage, ob der Vertrag auf einem Werbeanruf basiert, der zulässiger- oder unzulässiger Weise durchgeführt wurde, kann künftig auch zivilrechtlich äußerst bedeutsam sein. Sobald - der Koalitionsübereinkunft entsprechend - Verbraucherverträge, die durch Cold Calling zustande kommen, nichtig oder schwebend unwirksam sind, ist die Vorlage der angeblichen Zustimmungserklärung für die VerbraucherInnen auch ohne engen zeitlichen Zusammenhang zum belästigenden Anruf von Interesse - etwa dann, wenn der Anbieter wegen der Vertragserfüllung bzw. Zahlung mit ihm Kontakt aufnimmt.

Zu § 107 Absatz 4 Geltungsdauer einer Zustimmung

Die Maßnahme nimmt sich des Problems an, dass Zustimmungen von den VerbraucherInnen erteilt werden (zum Beispiel im Zuge der Registrierung auf unterschiedlichsten Internetseiten) und ihm irgendwann der Überblick darüber verloren geht. Verbraucher können mit zumutbaren Mitteln nicht mehr nachvollziehen, auf welchen Seiten bzw. unter welchen Anschriften ein Widerruf deponiert werden kann. Noch dringlicher wird das Problem, das Widerrufsrecht in der Praxis auch erfolgreich auszuüben, wenn die Tätigkeit des Anbieters kurzlebig ist: Webseiten verschwinden von heute auf morgen, Anbieter sind unter den angegebenen Kontaktadressen nicht mehr erreichbar. Kundendaten können dabei aber bereits an anderen Unternehmen weitergegeben worden sein. Ein erfolgreiches Eindämmen von Werbeanrufen durch Widerruf ist in dieser Situation fast unmöglich.

Eine dreijährige Geltungsdauer von erteilten Zustimmungen versucht das beschriebene Problem erfassen, dass VerbraucherInnen eine einmal erteilte Zustimmungserklärung nicht „verwalten“, sondern aus dem Auge verlieren. Dem Vorhaben ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Unklar ist allerdings, was passieren soll, wenn eine Zustimmung (vor Ablauf von drei Jahren) in der Praxis nicht mehr entsprechend dem TKG bzw. DSGVO widerrufen werden kann, weil der Klauselverwender nicht mehr (leicht) auffindig zu machen ist.

Eine mögliche Formulierung diesem Problem zu begegnen, wäre etwa

„Ist der Widerruf nicht ohne besonderen Aufwand möglich, gelten die bisherigen Einwilligungen als widerrufen (Erläuternde Bemerkungen: Zum Beispiel, wenn der Anbieter bzw. dessen Webseite nicht mehr existiert oder seine neue Adresse nicht mit vertretbarem Aufwand zu eruieren ist.).“

Von Seiten der Wirtschaft wurde bereits Widerstand gegen eine befristete Gültigkeit von Zustimmungen signalisiert. Dazu ist anzumerken, dass aus Verbrauchersicht das Problem virulent ist und jedenfalls Handlungsbedarf besteht. VerbraucherInnen ist weder zumutbar vor allem übers Internet erteilte Zustimmungen in Evidenz zu halten oder den Aufenthalt von Anbietern, die über keine dauerhaften, leichten Kontaktmöglichkeiten (mehr) verfügen, zu recherchieren. Umgekehrt ist auch Anbietern von Dauerschuldverhältnissen (Versicherungen, Banken, Telekom-Anbietern) eine Erneuerung der Zustimmung zur Telefon- oder Mailwerbung in Dreijahresintervallen zumutbar, da in diesem Zeitraum jedenfalls eine Kontaktaufnahme mit den VerbraucherInnen (Rechnungslegung, Vertragsverlängerung etc.) anzunehmen ist. Ein Großteil der telefonischen oder elektronischen Kundenkommunikation von etablierten Großunternehmen

über Angelegenheiten des laufenden Geschäftsverhältnisses wird überdies durch § 107 TKG nicht tangiert. Soweit damit Abgrenzungsprobleme einhergehen sollten, sollten klärende Auslegungshilfen in die Erläuterungen aufgenommen werden.

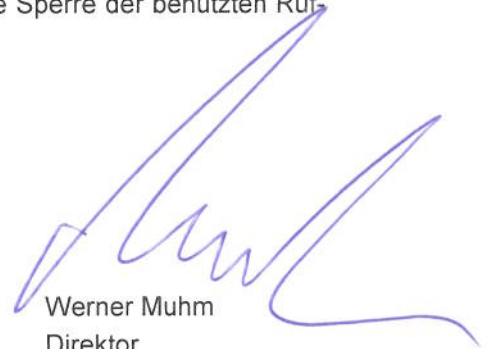
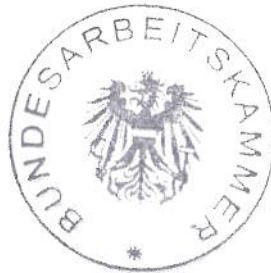
Zu § 107 Absatz 7 neu vorläufige Rufnummernsperre

Begrüßt wird, dass auch dieses Verbraucheranliegen aufgegriffen wurde. Bis ein Verwaltungsstrafverfahren - oft über mehrere Instanzen geführt - abgeschlossen ist, können Jahre vergehen. Ein solches Verfahren schützt VerbraucherInnen naturgemäß nicht vor fortgesetzten Verstößen. Unseriöse Anrufer können ihre Werbe- und Vertriebspraxis inzwischen weitgehend ungestört fortsetzen. Langen gleichlautende Beschwerden bei den Fernmeldebüros ein, haben diese künftig die Möglichkeit, mittels Mandatsbescheid die vorläufige Sperre der benutzten Rufnummer wegen Gefahr in Verzug anzuordnen.

Mit freundlichen Grüßen



Herbert Tumpel
Präsident



Werner Muhm
Direktor