

Bundesministerium für
Verkehr, Innovation und Technologie
III/PT2 (Recht)
Ghegastraße 1
1030 Wien

per E-Mail: JD@bmvit.gv.at

ZI. 13/1 11/47

BMVIT-630.333/0003-III/PT2/2011

**BG, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003, das KommAustria-Gesetz
sowie das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz geändert werden**

Referent: Dr. Günther Leissler, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung
des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Allgemein:

Der ÖRAK begrüßt es grundsätzlich, dass mit der vorgeschlagenen Novelle des
Telekommunikationsgesetzes das "Telekomreformpaket" in Österreich umgesetzt
werden soll. Gleichwohl der Schwerpunkt der Novelle im Wesentlichen auf der
Verwirklichung einer Konzentration des Marktdefinitionsverfahrens und den dafür
erforderlichen behördlichen Umstrukturierungen liegt, soll die vorgeschlagene
Novelle auch den Schutz der Verbraucher stärken. Im Bereich des
Verbraucherschutzes begegnet der Gesetzesentwurf aus der Sicht des ÖRAK jedoch
Bedenken:

- Zu § 71

Es fällt auf, dass auch der neu vorgeschlagene § 71 Abs 3 TKG die bisher geltende
Rechtslage fortführen will, wonach einem Verbraucher Verzugszinsen in Rechnung
gestellt werden können, wenn im Streitbeilegungs- bzw Überprüfungsverfahren keine
Unrichtigkeit der in Rechnung gestellten Entgelte festgestellt werden konnte. Es ist
jedoch und bliebe auch nach der vorgeschlagenen Regelung befremdlich, dass ein
Verbraucher nach (wenn auch erfolglosem) Ergreifen eines ihm legitimer Weise zur
Verfügung stehenden Rechtsbehelfs durch die Verrechnung von Verzugszinsen

"bestraft" werden kann. Unerwünschten Stundungseffekten könnte wohl zweckmäßiger begegnet werden, indem der Regulierungsbehörde die Möglichkeit der Feststellung einer rechtsmissbräuchlichen Einwendungserhebung eingeräumt wird. An eine solche Feststellung könnte schließlich die angesprochene Verzugsregelung geknüpft werden.

Zum neu vorgeschlagenen § 71 Abs 4 TKG ist festzuhalten, dass sich die Intention des Entwurfs, wonach die Durchschnittsberechnung nicht zu gröblich benachteiligenden Resultaten führen dürfe und daher zB Roamingkosten nicht mit einberechnet werden sollen, im vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut nicht ausreichend widerspiegelt. So stellt dieser wie auch schon die geltende Rechtslage auf das "durchschnittliche Ausmaß der Inanspruchnahme des Kommunikationsdienstes" ab. Neu ist lediglich, dass der Betreiber diesen Verbrauch glaubhaft zu machen hat, was ihm im Fall tatsächlich angefallener Roaminggebühren wohl auch möglich sein wird. Zweckmäßiger erschiene es daher, die für die Durchschnittsberechnung heranzuziehenden Parameter gesetzlich zu definieren, um so eine objektive und transparente Berechnung der Pauschalabgeltung zu gewährleisten.

- Zu § 95a

Der neu vorgeschlagene § 95a TKG enthält Regelungen für den Fall der Verletzung des Schutzes von personenbezogenen Daten und behandelt somit ein in der Praxis hoch sensibles Thema. Mit dieser Bestimmung soll Art 4 Abs 3 und 4 der Richtlinie 2009/136/EG umgesetzt werden. In diesem Sinn gibt der neu vorgeschlagene § 95a TKG nahezu wortgleich den Richtlinien text wieder. Unter anderem wird darin bei Datenschutzverletzungen die Pflicht zur Benachrichtigung der Datenschutzkommission statuiert. Diese wurde sogar als eine primäre Verständigungspflicht statuiert, dh sie greift unabhängig vom Grad der Verletzung. Die Pflicht zur Verständigung des Betroffenen trifft den Betreiber hingegen nur dann, wenn der Betroffene durch die Verletzung in seiner Privatsphäre beeinträchtigt wird oder wenn durch die Verletzung die betroffenen Daten selbst beeinträchtigt werden (gleichwohl dies regelmäßig der Fall sein wird, sodass im Regelfall sowohl die Datenschutzkommission als auch der Betroffene zu verständigen sein werden).

Im Gegensatz dazu hat man sich bei der Implementierung der datenschutzrechtlichen "data breach notification duty" im Zuge der DSGVO Novelle 2010 bewusst gegen eine Verständigungspflicht der Behörde entschieden. Stattdessen sieht das Datenschutzgesetz nur eine Verständigung der Betroffenen vor, und dies auch nur dann, wenn die Datenschutzverletzung einen gewissen Schweregrad übersteigt.¹ Im Unterschied etwa zum deutschen BDSG, welches in § 42a BDSG auch die Verständigung der zuständigen Aufsichtsbehörde normiert, ist dem österreichischen Recht eine solche behördliche Verständigung bis dato fremd. Dementsprechend enthält es auch keine Regelungen darüber, welche Schritte die Behörde nach erfolgter Verständigung zu setzen hat bzw welche Befugnisse ihr in Verfolg dieser Schritte zukommen.

¹ Vgl § 24 Abs 2a DSGVO.

Die Richtlinie 2009/136/EG enthält dazu keine Vorschriften. Dies ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass sie kein "data breach" Verfahren ieS regeln will sondern an ein solches vielmehr inhaltlich anschließt. Es wäre daher Sache des österreichischen Gesetzgebers, für eine entsprechende Harmonisierung des DSGVO und des TKG in diesem Bereich zu sorgen. Dies ist allerdings unterblieben. Als Folge dessen würden im Fall des Inkrafttretens der vorgeschlagenen Novelle in Österreich zwei – aufeinander nicht abgestimmte – "data breach" Verfahren existieren. Während die (gemessen an einer Gesamtbetrachtung) relativ kleine Gruppe der Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste einer Pflicht zur behördlichen Verständigung unterliegen würde, träfe dies auf die sonstigen datenverarbeitenden Unternehmen in Österreich nicht zu. Mangels entsprechender gesetzlicher Vorgaben wäre unklar, wie die Datenschutzkommission im Fall einer Verständigung durch einen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsdienstes im Weiteren vorzugehen hätte. Die im vorliegenden Entwurf im Wesentlichen inhaltsgleich von der Richtlinie übernommenen Vorschriften zur Anordnungsbefugnis oder zu den Informationspflichten der Datenschutzkommission (vgl § 95a Abs 3, 5, 7) können dieses Manko nicht beseitigen, da die Richtlinie diesen Bereich nicht abschließend regelt. Die in den zit Absätzen erfolgte bloße Wiedergabe der Richtlinie ist daher schon dem Grunde nach nicht geeignet das aufgezeigte Regelungsdefizit auszugleichen.

Kurzum: Sollte das in § 95a TKG für den Telekommunikationsbereich vorgeschlagene "data breach" Verfahren in Gesetzeskraft erwachsen, so erscheint eine entsprechende Harmonisierung der zur "data breach notification duty" bereits bestehenden Normen des DSGVO unumgänglich.

- Zu § 107

Im Zuge der durch die Novelle intendierten Verbraucherschutzstärkung soll durch den vorgeschlagenen § 107 Abs 1 TKG das Verbot des "cold callings" insoweit ausgeweitet werden, als hinkünftig jede Person vorab ihre Einwilligung erteilen muss, die den Anschluss tatsächlich nutzt. Das Ziel, das damit verfolgt wird, ist begrüßenswert. Dessen Umsetzung im vorliegenden Entwurf erscheint jedoch nicht ausreichend durchdacht.

So sieht die bestehende Rechtslage vor, dass der Anschluss Teilnehmer seine Einwilligung erteilen muss. Zudem kann auch der vom Teilnehmer zur Anschlussnutzung ermächtigte Benutzer seine Einwilligung erteilen. Damit ist schon jetzt sichergestellt, dass derjenige, der von unerwünschtem "cold calling" tatsächlich betroffen ist, seine Einwilligung dazu erteilen muss.

Der nun neu vorgeschlagene § 107 Abs 1 TKG lässt diesbezüglich keinen erkennbaren Mehrwert erkennen. Er erscheint sogar kontraproduktiv, da er im gesetzlichen Wortlaut nur noch zwischen dem "Teilnehmer oder Benutzer" unterscheidet. Damit lässt der vorgeschlagene Gesetzeswortlaut eine vollständige Substitution der fehlenden Teilnehmereinwilligung durch jeden (potentiellen?) Benutzer zu. Die bisher verlangte Ermächtigung durch den Teilnehmer soll offenbar entfallen. Es soll zudem auch nicht mehr genügen, dass nur der Teilnehmer oder der ermächtigte Benutzer einwilligen. Gemäß den Erläuterungen soll vielmehr "jede Person, die den Anschluss tatsächlich benutzt" erfasst sein. Abseits der damit

einhergehenden Problematik der Einwilligung durch Minderjährige birgt diese Neuerung im Ergebnis ein für beide Seiten unbefriedigendes Ergebnis. So ist es für das telefonwerbende Unternehmen de facto unmöglich, vorab valide Zustimmungen einzuholen. Mangels Kenntnis der personellen Zusammensetzung des Haushalts des Angerufenen wird es dem Unternehmen nämlich regelmäßig kaum möglich sein vorab abzuschätzen, wer aller in dem angerufenen Haushalt den Anschluss tatsächlich nutzt und von wem folglich eine Einwilligung einzuholen ist. Umgekehrt sieht sich der Anschluss Teilnehmer damit konfrontiert, dass sich das werbende Unternehmen im Zweifel auf die Einwilligung irgendeines Benutzers des Haushalts berufen kann. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Aussage wird im Einzelfall nur schwer nachvollziehbar sein.

In Summe zeigt sich daher, dass mit dem vorgeschlagenen § 107 Abs 1 TKG das offenbar vom Entwurfsverfasser verfolgte Ziel nur schwer erreicht werden kann. Ganz im Gegenteil droht die vorgeschlagene Regelung eine bisher nicht bestehende Rechtsunsicherheit zu erzeugen. Von der vorgeschlagenen Neuregelung sollte daher Abstand genommen werden.

Wien, am 27. April 2011

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident