

Mag. Stephan Buschina LL.M.<sup>1</sup>

**Datenschutz und die Vermarktung von  
Kommunikationsdienstleistungen**

---

<sup>1</sup> Dieser Artikel stellt lediglich die persönliche Meinung des Autors dar und steht in keinem Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit.

1 Allgemeines, Ausgangslage.....	3
2 Allgemeine Datenschutzrechtliche Grundsätze.....	3
3 Stammdaten – Verkehrsdaten, die Legaldefinitionen.....	4
4 Die Einschränkungen des TKG 2003.....	6
4.1 Stammdaten.....	6
4.2 Verkehrsdaten.....	7
5 Die Zustimmung des Kunden als Heilmittel.....	7
5.1 Wie hat die Zustimmung zu erfolgen.....	7
6 Gemeinsame Kooperationen.....	8
7 Rechnungsdaten.....	9
8 Zusammenfassung.....	9

## **1 Allgemeines, Ausgangslage**

Auf dem Telekommunikationsmarkt in Österreich herrscht ein reger Wettbewerb. Die Unternehmen der Branche buhlen einerseits um die Kundschaft der Mitbewerber und andererseits wird versucht, die eigenen Kunden mit Mitteln der Vermarktung zu halten.

Hierbei besteht in der Telekommunikationsbranche ein entscheidender Unterschied zu anderen Branchen: Konsumenten von Kommunikationsdienstleistungen müssen in der Regel Dauerschuldverhältnisse eingehen müssen, um die gewünschte Leistung zu erhalten. Zur Abwicklung dieses Dauerschuldverhältnisses sind, mit Ausnahme von Leistungen, die im Vorhinein bezahlt werden (z.B. Prepaid-Mobilkommunikation), die Kontaktdaten des Kunden notwendig. Hinzu kommt nun, dass durch die Kommunikation selbst noch eine Menge an personenbezogenen Daten, wie beispielsweise Verkehrsdaten, anfallen, die Rückschlüsse über die Person zulassen.

Diese Menge an Daten stellt gerade für Zwecke der Vermarktung eines Kommunikationsdienstes einen großen Informationspool dar, der einerseits Chancen, andererseits jedoch auch Gefahren in sich birgt.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, wurden daher neben den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000, die subsidiär Geltung haben, datenschutzrechtliche Bestimmungen in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen und im Rahmen des TKG 2003 noch weiter spezifiziert.

In weiterer Folge soll insbesondere die Verwendung von Verkehrsdaten und deren Verknüpfung mit den Stammdaten zu Marketingzwecken betrachtet werden.

## **2 Allgemeine Datenschutzrechtliche Grundsätze**

Vorerst sollen noch ein paar allgemeine datenschutzrechtliche Grundsätze dargelegt werden.

Das Grundrecht auf Datenschutz ist eigentlich ein Grundrecht auf Geheimhaltung von Daten.

Prinzipiell geht man im Datenschutz immer von personenbezogenen Daten aus. Es muss somit ein Bezug von Daten zu einer Person gegeben sein, sei es direkt, indem demjenigen, der die Verarbeitung durchführt, die Person bekannt ist, oder sei es indirekt, dass eine Verknüpfung durch einen Schlüssel möglich ist, den zwar der verarbeitende nicht hat, der jedoch einem Dritten bekannt ist. Als anonymisiert gelten Daten nur, wenn die Rückführbarkeit auf eine Person für niemanden mehr möglich ist.

Weiters muss an den Daten ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse bestehen. Dies ist gemäß § 1 DSGVO 2000 insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Daten allgemein zugänglich sind.

Aus dem Datenschutz an sich kann keine Verpflichtung zu einer Verarbeitung oder Übermittlung – etwa im Rahmen der Strafrechtspflege – abgeleitet werden. Datenschutz stellt immer nur die Bedingungen für die Ermächtigung zur Verarbeitung dar, die Verpflichtungen lassen sich aus diversen Gesetzen wie beispielsweise der Strafprozessordnung oder dem Sicherheitspolizeigesetz ableiten.

Wenn Verarbeitungen durchgeführt werden, so sind jedenfalls Datensicherheitsmaßnahmen nach § 14 DSGVO 2000 einzuhalten und im Rahmen dieser in der Regel Zugriffe auf Daten zu protokollieren, wobei diese Protokolldaten, soweit nichts anderes bestimmt ist, 3 Jahre aufzubewahren sind.

### **3 Stammdaten – Verkehrsdaten, die Legaldefinitionen**

Das TKG 2003 widmet sich in seinem 12. Abschnitt dem Datenschutz. Hierbei kommt es vorerst einmal zu einer Reihe von Begriffsdefinitionen. Dabei ergeben sich im § 92 TKG 2003 schon diverse Widersprüche in Bezug auf die Person des Betroffenen. Grundsätzlich wird gemäß § 3 Z 19 TKG 2003 die Person, die mit einem Kommunikationsunternehmen einen Vertrag über die Bereitstellung der Dienste eingeht, als „Teilnehmer“ bezeichnet. Davon unterschieden wir gemäß § 3 Z. 14 TKG 2003 der Nutzer als Person, die dann tatsächlich Dienste in Anspruch nimmt sowie über eine Negativdefinition in § 3 Z 5 leg. cit. der Endnutzer, der diese Dienste in Anspruch nimmt, ohne sie jedoch seinerseits anzubieten. Die letzte Bestimmung bewirkt eine Unterscheidung zwischen

Kommunikationsunternehmen, die ja ihrerseits Dienste, etwa in Form von Mietleitungen, auch in Anspruch nehmen und deren Kunden, die ausschließlich Kommunikation konsumieren.

Kehrt man nun zu den zusätzlichen Definitionen des § 92 TKG 2003 zurück, kommt plötzlich der Begriff des Benutzers als natürliche Person, die einen öffentlichen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst zwangsläufig abonniert zu haben. Es stellt sich hier nun die Frage, inwieweit dieser zusätzliche Begriff unter Berücksichtigung des § 3 TKG 2003 notwendig ist. Die Definitionen des Benutzers und des Nutzers unterscheiden sich selbst im Wortlaut kaum.

Tatsächlich verwirrend wird es jedoch, wenn man nun die Definition von „Stammdaten“ in § 92 TKG 2003 betrachtet. Darunter werden nämlich [...alle personenbezogenen Daten, die für die Begründung, die Abwicklung, Änderung oder Beendigung der Rechtsbeziehungen zwischen dem **Benutzer** und dem Anbieter oder zur Erstellung und Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen erforderlich sind...] verstanden. Faktum ist jedoch, dass den Kommunikationsunternehmen viel mehr die Daten der Teilnehmer vorliegen, weswegen nicht zuletzt ja auch von Teilnehmerverzeichnissen die Rede ist. Die Daten der Person, die dann tatsächlich die Leistungen in Anspruch nimmt und daher den Status des Benutzers einnimmt, sind im Großteil der Fälle unbekannt, weswegen man bei Auslegung dieser Bestimmung, um zu einem in der Praxis brauchbaren Ergebnis zu kommen, hier von den Daten des Teilnehmers ausgehen sollte.

Weitere Besonderheit der Stammdatendefinition ist, dass zwar einerseits am Anfang eine weite Definition steht, in weiterer Folge jedoch eine taxative Aufzählung jener Daten erfolgt, die als Stammdaten zu werten sind. Daten, die hier nicht aufgezählt sind, jedoch zur Abwicklung des Vertragsverhältnisses in der Regel notwendig sind (wie etwa das Geburtsdatum), sind somit nicht als Stammdaten zu werten, wodurch die für Stammdaten spezifischen Regelungen auf diese Daten nicht zur Anwendung kommt und daher das subsidiär geltende Datenschutzgesetz 2000 anzuwenden ist.

Betreffend Verkehrsdaten erspart sich das Gesetz eine taxative Aufzählung und bestimmt, dass darunter [...Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer

Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden...] verstanden werden.

Eine Sonderstellung nimmt hier die Teilnehmernummer ein: Diese ist einerseits unter der taxativen Aufzählung der Stammdaten zu finden, andererseits stellt sie auch einen wesentlichen Bestandteil der Verkehrsdaten dar. Es muss somit immer betrachtet werden, in welchem Zusammenhang die Teilnehmernummer verwendet wird.

#### **4 Die Einschränkungen des TKG 2003**

Die §§ 96 ff TKG 2003 legen nun fest, welche Daten nun in welcher Form verarbeitet werden dürfen. Hierbei legt § 96 Abs. 1 TKG 2003 gleich einmal fest, dass eine Ermittlung und Verarbeitung der Stammdaten, Verkehrsdaten, Standortdaten und Inhaltsdaten nur zu Zwecken der Besorgung des Telekommunikationsdienstes erfolgen darf. Diese Einschränkung wird weiters in Hinblick auf die einzelnen Verarbeitungsarten wie Übermittlung und Speicherung präzisiert. Für Zwecke der Vermarktung des eigenen Kommunikationsdienstes sind hier vor Allem die personenbezogene Speicherung und die Abfrage von Daten von Interesse. Die Übermittlung von Daten wird im Rahmen dieses Artikels lediglich kurz in Zusammenhang mit kombinierten Marketingaktionen verschiedener Kommunikationsunternehmen betrachtet.

##### **4.1 Stammdaten**

Die Verwendungszwecke von Stammdaten werden in § 97 TKG 2003 festgelegt. Zum Thema Vermarktung von Kommunikationsdiensten muss man betreffend Stammdaten jedoch § 96 Abs. 2 TKG 2003 beachten, in dem manifestiert wird, dass die Verwendung der Daten zum Zwecke der Vermarktung von Kommunikationsdiensten nur auf Grund einer jederzeit widerruflichen Zustimmung des Betroffenen erfolgen kann. Anzumerken ist auch, dass die Zuverfügungstellung der Dienste nicht von einer Zustimmung abhängig gemacht werden darf.

Diese Bestimmung ermöglicht nun, entgegen den Löschungspflichten und Einschränkungen des § 97 TKG 2003, mit Zustimmung des Betroffenen, der in

der Regel wie bereits erläutert der Teilnehmer sein wird, die Daten für Vermarktungszwecke zu verarbeiten.

#### 4.2 Verkehrsdaten

Verkehrsdaten werden in § 99 TKG 2003 genauer geregelt. Eine Speicherung von Verkehrsdaten ist grundsätzlich nicht zulässig. Ausgenommen hiervon sind Zwecke der Verrechnung. Verrechnung ist hierbei jedoch nicht nur im Sinne der Verrechnung an den Endnutzer zu sehen, sondern auch im Sinne von betreiberübergreifenden Verrechnungen wie etwa im Rahmen der Interconnection. Aber auch hier legt das Gesetz Fristen fest. Eine Löschung hat dann zu erfolgen, wenn die Verrechnungszwecke nicht mehr gegeben sind, weil die Rechnung rechtlich nicht mehr angefochten werden kann.

Gerade für das Marketing ist es jedoch in der Regel interessant, die Verkehrsdaten in Bezug auf das Telefonieverhalten der Kunden auszuwerten, etwa um Werbungen nur den Endnutzern zukommen zu lassen, die auch ein tatsächliches Interesse an dieser Maßnahme haben.

Einen Ausweg aus dieser für Marketingzwecke unbefriedigenden Situation in Bezug auf die Verwendung von Verkehrsdaten bietet jedoch wieder um der 4. Absatz des § 99 TKG 2003. Dieser manifestiert, dass eine Verwendung der Daten über die Verrechnungszwecke hinaus zur Vermarktung des eigenen Kommunikationsdienstes mit Zustimmung des Teilnehmers zulässig ist. Auffällig an dieser Bestimmung ist, dass hier wieder auf den Teilnehmer abgestellt wird, das TKG 2003 also in seiner Terminologie teilweise etwas undurchsichtig zwischen Betroffenen, Benutzer und Teilnehmer wechselt.

### **5 Die Zustimmung des Kunden als Heilmittel**

Betrachtet man nun die Möglichkeiten des TKG 2003 kommt man unweigerlich zum Schluss, dass eine Verarbeitung von Stamm- und Vermittlungsdaten zu eigenen Marketingzwecken mit der Zustimmung des Kunden möglich ist.

#### 5.1 Wie hat die Zustimmung zu erfolgen

Bei der Einholung dieser Zustimmung sind jedoch einige Dinge zu beachten.

Zuerst einmal sei festgehalten, dass der Gedanke der Zustimmung als Heilmittel aus dem Datenschutzgesetz 2000 durchaus bekannt ist. Dieses legt in seinem § 7 DSG fest, dass eine Verarbeitung nur erfolgen darf, wenn schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden. § 8 Abs. 1 Z 2 DSG 2000 legt fest, dass diese Interessen dann nicht verletzt hat, wenn der Betroffene zugestimmt hat.

Aber auch die Zustimmung selbst ist Regeln unterworfen.

Zu beachten sind hier insbesondere die Regelungen des § 864 ABGB sowie die Bestimmungen des Konsumentenschutzgesetzes.

Für den Fall, dass eine Zustimmung im Rahmen von Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern eingeholt wird, muss der Kunde damit rechnen können, dass eine derartige Bestimmung in diesen Formblättern auch enthalten ist. Dies ist jedenfalls zu beachten, widrigenfalls die Bestimmung nicht gültig ist und die Zustimmung als nicht erteilt gilt.

Weiters ist die Formulierung klar und verständlich zu fassen. Dies geht nicht so weit, dass jegliche technischen Abläufe dem Kunden mitgeteilt werden müssen. Dem Kunden muss jedoch klar sein, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet werden.

## **6 Gemeinsame Kooperationen**

In der Praxis kommt es auch durchaus vor, dass von Kommunikationsunternehmen gemeinsam Angebote gemacht werden und Kombinationstarife angeboten werden.

Es ist somit auch oft der Fall, dass ein Kunde, um gewisse Rabatte zu bekommen, bei beiden Unternehmen Kunde sein muss. Um die Voraussetzungen für einen Anspruch auf diese Rabatte zu überprüfen, ist oftmals ein Datenabgleich und somit eine Übermittlung der Kundendaten notwendig.

Hier ist jedoch davon auszugehen, dass der Kunde einer Übermittlung der Daten zum Zwecke dieser Überprüfung durch den Vertragsabschluss und der Inanspruchnahme der Rabatte implizit zugestimmt hat. Zu beachten ist hier jedoch jedenfalls, dass die Übermittlung und darauf basierende Verarbeitung in



Form eines Abgleiches nur zu genau diesem Zweck erfolgen darf und nicht weitere Zwecke damit verfolgt werden dürfen.

## **7\_ Rechnungsdaten**

Rechnungen und die darauf enthaltenen Daten nehmen eine gewisse Sonderstellung dar.

Betrachtet man die Fakturierung und die Definition der Verkehrsdaten, so sind die Verkehrsdaten die Grundlage, die mittels Fakturierung zur Rechnung verarbeitet wird. Die Rechnung ist unter diesem Gesichtspunkt somit nicht mehr als Verkehrsdatum zu qualifizieren. Da sie aber auch nicht unter die Aufzählung der Stammdaten fällt, sind somit die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 anwendbar. Demnach ist eine personenbezogene Verarbeitung zu Marketingzwecken in der Regel jedoch auch nur mit Zustimmung des Kunden möglich.

Eine Ausnahme stellt jedoch der Einzelentgeltnachweis dar. Dieser darf seit dem TKG 2003 nun unter bestimmten Voraussetzungen unverkürzt ausgewiesen werden. In dieser Form enthält er jedoch die wesentlichen Eckdaten der Verkehrsdaten und müsste somit konsequenter Weise ebenso nach den Bestimmungen betreffend Verkehrsdaten in Bezug auf Auswertungen behandelt werden.

## **8\_ Zusammenfassung**

Die Möglichkeiten der Datenverarbeitung in der Telekommunikation zu Marketingzwecken sind vielfältig, sowohl in technischer Hinsicht als auch in Hinsicht auf die Kreativität von Marketing-Abteilungen.

Hierbei sind jedoch vom TKG 2003 enge Grenzen gesetzt, die nur mit der Einholung von Zustimmungen des Betroffenen zu erweitern sind. Dies spiegelt einen der Grundgedanken des Datenschutzes, dass der Betroffene selbst entscheiden können soll, was mit seinen Daten passiert, wieder.

Die Einholung und Verwaltung von Zustimmungen stellt zwar in der Praxis einen mühsamen Prozess dar, eröffnet aber neue Aspekte der Vermarktung des eigenen Kommunikationsdienstes.