

öJZ

[Österreichische Juristen-Zeitung]

Leitsatzkartei **Nr 92 – 103**

- Beiträge** **321** **Geringfügige Beschäftigung,
Dienstgeberabgabe und Finanzverfassung**
Stefan Leo Frank
- 336** **Spamming, Cookies, Logfiles und Location
Based Services im TKG 2003**
Dietmar Jahnel

- Evidenzblatt** **341** Klagebefugnis des Jagdausübungsberechtigten
Nr 74 – 80
- 343** Funktion der Feuerversicherung;
Begriff des Schadenfeuers
- 344** Voraussetzung für die Zustimmung des
Markeninhabers zum Inverkehrbringen der Ware
- 350** Tötung eines Kindes bei der Geburt
- 351** Haftverhandlung vor Ablauf der Haftfrist

- MRK** **353** Parlamentarische Immunität und
Zugang zum Gericht

Redaktion

Herbert Steininger (Chefredakteur)
Robert Fucik
Herbert Zeizinger

Evidenzblatt

Helmut Gamerith
Gerhard Hager
Erich Kodek

MRK-Entscheidungen

Wolf Okressek

Mai 2004

09

MANZ 

Spamming, Cookies, Logfiles und Location Based Services im TKG 2003

ÖJZ 2004/21
 RL 2002/58/EG;
 § 96 Abs 3, §§ 99,
 102, 107 TKG
 2003

Datenschutzricht-
 linie,
 Spamming,
 Cookies,
 Logfiles,
 Location Based
 Services

Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹⁾ dient der Anpassung an die Entwicklung der Märkte und Technologien für elektronische Kommunikationsdienste. Sie enthält ua Neuregelungen hinsichtlich Spamming, Cookies, Logfiles und Location Based Services. Diese Richtlinie wurde nun durch das TKG 2003²⁾ in österr Recht umgesetzt. In diesem Beitrag werden die neuen Regelungen der genannten Themenbereiche im TKG 2003 vorgestellt und mit den Vorgaben der DSRL-eK verglichen.

Von **Dietmar Jahnel**

Inhaltsübersicht:

- A. Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen
- B. Spamming
 - 1. Regelung der DSRL-eK
 - 2. Neuregelung des § 107 TKG 2003
 - a) E-Mail an Verbraucher
 - b) E-Mail an Unternehmer
 - c) Einwilligung/Zustimmung
 - d) Verschleierung der Identität
 - e) Verwaltungsrechtliche Strafbarkeit
- C. Cookies
 - 1. Regelung der DSRL-eK
 - 2. Neuregelung des § 96 Abs 3 TKG 2003
- D. Logfiles
 - 1. Regelung der DSRL-eK
 - 2. Neuregelung des § 99 TKG 2003

- E. LBS – Location Based Services
 - 1. Regelung der DSRL-eK
 - 2. Neuregelung des § 102 TKG 2003

A. Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen

Die Anwendbarkeit der in diesem Beitrag behandelten Bestimmungen des TKG 2003 ist an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft: Teilweise sind die Bestimmungen an „jedermann“ gerichtet, wie das Verbot un-

1) RL 2002/58/EG v 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl 2002 L 201/37, im Folgenden DSRL-eK.
 2) BG, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (TKG 2003) BGBl I 2003/70.

erbetener Nachrichten nach § 107, teilweise richten sie sich aber an den „Betreiber“, wie die Bestimmungen betreffend Verkehrsdaten nach § 99, bzw an den „Anbieter“, wie die Informationspflicht im § 96 Abs 3. Es ist daher zunächst auf einige der Begriffsbestimmungen des TKG 2003 einzugehen.

Nach § 3 Z 1 ist „**Betreiber**“ ein Unternehmen, das ein öff Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt oder zur Bereitstellung hiervon befugt ist.

Ein „**Kommunikationsdienst**“ ist nach § 3 Z 9 eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft iSd § 1 Abs 1 Z 2 des NotifikationsG,³⁾ die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen.

Für den 3. Abschnitt des TKG 2003, der das Kommunikationsgeheimnis und den Datenschutz regelt, werden weitere Begriffsbestimmungen eingeführt, wie der „**Anbieter**“ nach § 92 Abs 3 Z 1, unter dem der Betreiber von öff Kommunikationsdiensten⁴⁾ verstanden wird. Allerdings werden im 3. Abschnitt des TKG 2003 sowohl der Begriff des Anbieters als auch der Begriff des Betreibers verwendet, ohne dass ein Unterschied in der Bedeutung erkennbar wäre.⁵⁾

B. Spamming

1. Regelung der DSRL-eK

In Art 13 der DSRL-eK wird bestimmt, dass die Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder E-Mail (einschließlich SMS)⁶⁾ für Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung des Teilnehmers gestattet ist. Nach längeren Hin und Her hat sich der europäische Gesetzgeber damit für die sog „Opt-in“-Lösung in Form eines prinzipiellen Zustimmungserfordernisses entschieden. Im Gegensatz dazu sind bei einer „Opt-out“-Lösung Werbemails grundsätzlich zulässig. Der Teilnehmer (Empfänger) kann sich jedoch in ein Opt-out-Register eintragen lassen oder sonst erklären, dass er keine Werbemails zugesandt bekommen möchte. Die frühere österr Regelung des § 101 TKG (1997) ging mit den Vorgaben der RL im Wesentlichen konform.⁷⁾

Allerdings sieht die Bestimmung der DSRL-eK eine Ausnahme für den Fall vor, dass eine natürliche oder juristische Person von ihren eigenen Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung deren E-Mail-Adresse erhalten hat. In diesem Fall darf diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwendet werden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, die Nutzung der E-Mail-Adresse bei ihrer Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat.

Weiters ist E-Mail-Werbung auf jeden Fall verboten, wenn die Identität des Absenders verschleiert oder verheimlicht wird oder wenn keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

Die Verbote nach Art 13 Abs 1 und 3 gelten für Teilnehmer, die natürliche Personen sind. Hinsichtlich juristischer Personen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass deren berechnete Interessen in Bezug auf unerbetene Nachrichten ausreichend geschützt werden.

2. Neuregelung des § 107 TKG 2003⁸⁾

Die Neuregelung des § 107 sieht zunächst in Abs 1 ein allgemeines Verbot von Telefonanrufen und Telefaxen zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers vor. Die Bestimmungen über „Spamming“ sind in den Abs 2 bis 5 geregelt.

a) E-Mail an Verbraucher

Nach § 107 Abs 2 ist die Zusendung elektronischer Post (einschließlich SMS) an **Verbraucher** iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist. Diese vorherige Zustimmung ist allerdings dann nicht notwendig,

- wenn der Absender die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und
- diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt
- und der Kunde die Möglichkeit erhalten hat, die Nachricht von vornherein bei der Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

Im Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher (B2C) und Verbraucher zu Verbraucher (C2C) ist das „Opt-in“-Modell der DSRL-eK mit den dort vorgesehenen Ausnahmebestimmungen damit richtlinienkonform umgesetzt worden. Allerdings geht die österr Regelung insoweit über den Schutzbereich der RL hinaus,

3) BGBl I 1999/183: „das ist jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.

4) Zur Vorgängerbestimmung des § 87 Abs 1 Z 1 TKG 1997 wurde klargestellt, dass der Arbeitgeber als Internet-Service-Provider für seine Arbeitgeber nicht unter den Begriff des Anbieters von öffentlichen Telekommunikationsdiensten fällt und damit auch nicht die Sonderdatenschutzbestimmungen des TKG anzuwenden sind: OGH 13. 6. 2002, 8 Ob A 288/01 p mit Anm von Thiele, wbl 2002, 518. Vgl dazu auch Jahnelt, Das Versenden von e-Mails aus datenschutzrechtlicher Sicht, in IT-LAW.AT (Hrsg), e-Mail. Elektronische Post im Recht (2003) 89 (91 f).

5) In § 96 Abs 2 etwa ist in der Regelung über die Zulässigkeit der Übermittlung von Stammdaten, Verkehrsdaten, Standortdaten und Inhaltsdaten im ersten Satz vom Betreiber, im vierten Satz vom Anbieter die Rede.

6) Vgl Erwägungsgrund 40 der DSRL-eK.

7) Siehe dazu Horak, Neues zur E-Mail-Werbung, RdW 2002/585, 642, Habeler/Kerschischinig, Werbe- und Massenmails: (K)eine Änderung der Rechtslage?, wbl 2002, 533 und Stomper, Das neue Spam-Verbot, SWK 2002, W 92 mit zahlreichen Hinweisen zur österr Literatur zu § 101 TKG und der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung.

8) Vgl zur neuen Rechtslage Mosing/Otto, Spamming neu!, MR 2003, 267.

als auch Massensendungen an mehr als 50 Empfänger verboten sind.⁹⁾

b) E-Mail an Unternehmer

Anders sieht es aber im Verhältnis Unternehmer zu Unternehmer (B2B) aus: Nach § 107 Abs 4 ist die Zusendung einer E-Mail an Unternehmer iS des KSchG **ohne vorherige Einwilligung** des Empfängers **zulässig**, wenn dieser ausdrücklich in der Nachricht die Möglichkeit erhält, den Empfang weiterer Nachrichten abzulehnen. Damit wird im Verhältnis zwischen Unternehmern eine „Opt-out“-Lösung eingeführt und der Schutzzumfang damit im Widerspruch zur DSRL-eK auf Verbraucher einschränkt. Zwar ist es den Mitgliedstaaten nach Art 13 Abs 5 DSRL-eK überlassen, in welcher Form sie juristische Personen gegen Spam schützen, für alle Teilnehmer, die natürliche Personen sind, gilt aber die „Opt-in“-Lösung der RL. „Teilnehmer“ ist nach Art 2 lit k der RahmenRL,¹⁰⁾ deren Begriffsbestimmungen nach Art 2 DSRL-eK auch für diese RL gelten, „jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag über die Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat“. Unternehmer, die natürliche Personen sind und in einer Vertragsbeziehung zu einem Diensteanbieter stehen, fallen daher nach der DSRL-eK in das strenge „Opt-in“-Regime, nicht aber nach dem TKG 2003.¹¹⁾

Die Unterscheidung in Verbraucher und Nicht-Verbraucher führt außerdem zu praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten, weil die Einordnung in diese Kategorien bei jeder einzelnen Werbemaßnahme erfolgen muss. Dieselbe natürliche Person als Empfänger kann je nach Produkt Unternehmer oder Verbraucher sein.¹²⁾

In diesem Zusammenhang ist auch noch § 7 Abs 2 ECG¹³⁾ zu beachten, wonach die RTR-GmbH¹⁴⁾ eine Liste zu führen hat, in die sich diejenigen Personen und Unternehmen kostenlos eintragen können, die für sich die Zusendung kommerzieller Kommunikation im Wege der elektronischen Post ausschließen. Auch wenn Diensteanbieter diese Liste zu beachten haben, ist § 7 Abs 2 ECG eine *lex imperfecta*, weil in § 26 ECG eine Verwaltungsstrafsanktion bei einer Übertretung fehlt. Da es sich bei § 7 Abs 2 ECG um ein Schutzgesetz handelt, kann das „Register-opt out-System“ jedoch in zivil- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht eine Rolle spielen.¹⁵⁾

Das TKG 2003 führt durch § 107 Abs 4 jedenfalls verwaltungsstrafrechtlich im Verhältnis Unternehmer zu Unternehmer ein echtes „Opt-out“-System ein: Spamming an Nicht-Verbraucher ist (verwaltungsstrafrechtlich) nicht strafbar, solange der Empfänger nicht individuell den Empfang ablehnt.

c) Einwilligung/Zustimmung

In § 107 werden die Begriffe „Einwilligung“ und „Zustimmung“ synonym verwendet. Dies stellt der Legistik nicht gerade das beste Zeugnis aus.¹⁶⁾ Weil der Begriff der „Einwilligung/Zustimmung“ auch nicht in den Begriffsbestimmungen des TKG 2003 definiert wird, gelangt man erst über den Umweg der DSRL-eK, die

auf den Begriff der Einwilligung iS der allgemeinen Datenschutzrichtlinie¹⁷⁾ verweist, zu einer Begriffsbestimmung. Die allgemeine DatenschutzRL wiederum wurde in Österreich durch das DSG 2000¹⁸⁾ umgesetzt, das die Zustimmung in § 4 Z 14 DSG definiert. Es muss sich dabei also um eine gültige, insb ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen handeln, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Eine konkludente Erteilung der Einwilligung ist damit zwar nicht ausgeschlossen, aber an diese strengen Voraussetzungen gebunden.

d) Verschleierung der Identität

Jedenfalls verboten ist die Zusendung elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung nach § 107 Abs 5, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

e) Verwaltungsrechtliche Strafbarkeit

Wer gegen die Bestimmungen des § 107 verstößt, ist nach § 109 Abs 2 Z 19 bis 21 mit einer Geldstrafe bis zu 8.000,- Euro zu bestrafen.¹⁹⁾ Für ausländische Spammer gilt, dass mit Zugehen der unerwünschten Nachricht im Inland der Erfolg beim österr Empfänger eingetreten ist und damit – ungeachtet allfälliger Schwierigkeiten bei der Verfolgbarkeit – eine Zuständigkeit der österr FernmeldeBeh nach § 2 Abs 1 VStG iVm § 113 TKG 2003 gegeben ist.²⁰⁾

9) Horak (FN 7) 585, 642 (645) hält ein Verbot von Massensendungen mit guten Gründen für entbehrlich. Diesen Argumenten ist der österr Gesetzgeber nicht gefolgt.
 10) RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABI 2002 L 108/33.
 11) Darauf wurde in der Literatur mehrfach hingewiesen: Vgl Jahnelt, Spamming, Cookies, Web-Logs, LBS und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, wbl 2003, 108 (109), Horak (FN 7) 585, 642 (645) und Stomper (FN 7) W 92. Der Schutz des § 107 TKG 2003 ist allerdings insofern weiter als der nach der DSRL-eK, als er weder beim Verbraucher noch vom Unternehmer eine Vertragsbeziehung zu einem Diensteanbieter voraussetzt.
 12) Siehe die Beispiele bei Stomper (FN 7) W 92 und bei Mosing/Otto (FN 8) 268. So kann die E-Mail-Werbung eines Buchhändlers an einen Rechtsanwalt eine Unternehmerwerbung (juristisches Fachbuch) oder eine Verbraucherwerbung (Kochbuch, Roman) sein.
 13) E-Commerce-Gesetz BGBl I 2001/152. Vgl Mosing/Otto (FN 8) 267 (268).
 14) Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, www.rtr.at.
 15) Vgl dazu Mosing, Spamming: Werbung bzw Massensendungen per elektronischer Post, in IT-LAW.AT (Hrsg), e-Mail – elektronische Post im Recht (2003) 101 (109), Brenn (Hrsg), ECG (2002) 221.
 16) Vgl die Kritik bei Mosing/Otto (FN 8) 269.
 17) RL 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABI 1995 L 281/31.
 18) BG über den Schutz personenbezogener Daten (DatenschutzG 2000) BGBl I 1999/165 idF I 2001/136.
 19) In den bisher dokumentierten Straferkenntnissen zu § 101 TKG 1997 wurden Strafen in Höhe von ca 100,- bzw 250,- Euro ausgesprochen: UVS Tir, 18. 9. 2002, GZ 2002/14/099-1, ZUV 2003 H 1 UVS 32-T und UVS Stmk, 29. 3. 2002, GZ 30.2–153/2001, MR 2002, 420 mit Anm von Kilches.
 20) § 109 Abs 3 Z 20 u 21 stellt das „Zusenden“ (und nicht das Versenden) unter Strafe. Damit umfasst der Tatbestand das Empfangen der E-Mail und die damit verbundene Störung des Empfängers und ist als Erfolgsdelikt zu qualifizieren. Eine verbotene E-Mail, die zwar versendet wird, aber (aus welchen Gründen auch immer) niemals

C. Cookies

1. Regelung der DSRL-eK

Die Bestimmung der DSRL-eK, die ua auch Cookies²¹⁾ betrifft, ist in Art 5 Abs 3 zu finden. Danach ist die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die „Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“, nur unter der Bedingung gestattet, dass der Teilnehmer **über die Zwecke der Verarbeitung informiert** und auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern. Diese Bestimmung betrifft neben Cookies²²⁾ auch noch die Abspeicherung von Informationen durch weitere Techniken wie „Webbugs“ oder „Spyware“.²³⁾

Auch wenn diese Formulierung einigermaßen unklar ist, wird sie doch nur auf Cookies mit Personenbezug anzuwenden sein.²⁴⁾ Die DSRL-eK sieht eine Ausnahme von der Informationspflicht vor, wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.

2. Neuregelung des § 96 Abs 3 TKG 2003

Der einzige Ansatz einer Umsetzung dieser Bestimmung ist in § 96 Abs 3 TKG 2003 zu finden. An dieser Stelle hat bereits dessen Vorgängerbestimmung des § 91 Abs 3 TKG (1997) die Informationspflicht des Betreibers geregelt. Danach ist nunmehr der Anbieter verpflichtet, den Teilnehmer oder Benutzer darüber zu informieren, welche personenbezogenen Daten er ermitteln, verarbeiten und übermitteln wird, auf welcher Rechtsgrundlage und für welche Zwecke dies erfolgt und für wie lange die Daten gespeichert werden. Diese Information hat auch auf das Recht hinzuweisen, die Verarbeitung zu verweigern. An diese fast wortgleiche Regelung der Informationspflicht wurde nun wörtlich der Satz über die Ausnahme von dieser Informationspflicht aus der DSRL-eK angefügt: „Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen“.

Der augenfällige Unterschied der österr Regelung zur DSRL-eK besteht darin, dass die Informationspflicht **auf den Anbieter**, also den Betreiber eines öff Kommunikationsdienstes²⁵⁾ **beschränkt** ist. Damit sind von dieser Pflicht nach österr Recht nur die öff Internet-Service-Provider betroffen, weil ja die Anbieter von Inhalten nicht unter den Begriff des Anwenders fallen und damit auch von dieser Verpflichtung nicht erfasst sind. Cookies werden aber regelmäßig gerade nicht vom Access-Provider oder Host-Provider, sondern von Content-Providern gesetzt. So löst zB ein Cookie, das während eines Einkaufsvorgangs in einem Internet-Shop den Warenkorb speichert, keine Infor-

mationspflicht nach österr Recht aus. Damit geht die Bestimmung ins Leere, weil es ja regelmäßig die Diensteanbieter sind, die die Cookies setzen und nicht die Access-Provider oder Host-Provider.

Dies widerspricht den Vorgaben der DSRL-eK, in der keine derartige Beschränkung zu finden ist. Nach Erwägungsgrund 25 sollte der Einsatz von Cookies gerade nur unter der Bedingung zugelassen werden, dass der Nutzer klare und genaue Informationen über den Zweck der Cookies erhält. Der Nutzer muss wissen, dass bestimmte Informationen auf dem von ihm benutzten Endgerät platziert werden und die Gelegenheit haben, die Speicherung der Cookies abzulehnen. Dies ist durch die Einschränkung der Informationspflicht auf den „Anbieter“ iSd TKG 2003 gerade nicht gewährleistet.

Die Einschränkung der Informationspflicht auf personenbezogene Daten ist dann richtlinienkonform, wenn die oben²⁶⁾ beschriebene Auslegung der entsprechenden Richtlinienbestimmungen geteilt wird.

Die Unterlassung der Information der Teilnehmer ist verwaltungsstrafrechtlich mit einer Geldstrafe bis 37.000,- Euro sanktioniert.²⁷⁾

D. Logfiles

1. Regelung der DSRL-eK

Unter dem Begriff „Logfiles“ oder auch „Web-Logs“ werden Daten verstanden, die im Rahmen von elektronischen Kommunikationsvorgängen im Internet in Form von Transaktionsdaten generiert und gespeichert werden.²⁸⁾ In der Terminologie der DSRL-eK sind Logfiles unter **Verkehrsdaten** einzureihen. Darunter werden nach Art 6 Daten verstanden, die zum Zweck der Weiterleitung einer Nachricht an ein elektronisches Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden. Diese Daten sind, wenn sie sich auf Teilnehmer beziehen und vom Betreiber eines öff Kommunikationsdienstes gespeichert werden, grundsätzlich zu **löschen** oder zu **anonymisieren**, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden.

Eine **Ausnahme** besteht für Verkehrsdaten, die zum Zweck der Gebührenabrechnung und der Bezahlung von Zusammenschaltungen erforderlich sind. Sie dürfen bis zum Ablauf der Frist verarbeitet werden, innerhalb deren die Rechnung rechtlich angefochten oder

empfangen wird, ist auch nicht strafbar. Vgl die ganz ähnliche Argumentation bei *Mosing* (FN 15) 115.

21) Unter „Cookies“ versteht man Informationsstücke, die ein Informationsanbieter im World-Wide-Web (WWW) erstellt und die am Computer des Anwenders gespeichert werden, bereit für spätere Zugriffe durch diesen Informationsanbieter. Näheres dazu bei *Jahnel*, Datenschutz im Internet. Rechtsgrundlage, Cookies und Web-Logs, *ecollex* 2001, 84.

22) Vgl dazu insb *Jahnel* (FN 21) 84 und *Brandl*, Datenschutz im Internet, in *WiR*, Internet und Recht (2002) 111 (129 ff).

23) Vgl dazu *Sonntag*, Webbugs – Wanzen im Internet, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002) 355; *Hofer*, datenschutz@internet (2002) 33.

24) Vgl dazu *Jahnel* (FN 11), 109f.

25) Vgl die Begriffsbestimmungen unter A.

26) Siehe C.1.

27) § 109 Abs 3 Z 16.

28) Vgl dazu *Jahnel* (FN 21) 88; *Brandl* (FN 22) 128.

der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann.²⁹⁾

Weiters darf der Betreiber eines öff zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes nach Art 6 Abs 3 die Verkehrsdaten zum Zweck der Vermarktung elektronischer Kommunikationsdienste oder zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und innerhalb des dazu erforderlichen Zeitraums verarbeiten, wenn der Teilnehmer oder Nutzer seine **Einwilligung** gegeben hat. Diese Einwilligung kann jederzeit zurückgezogen werden.

Weiters ist in der DSRL-eK eine **Mitteilungspflicht** des Diensteanbieters darüber vorgesehen, welche Arten von Verkehrsdaten für die Gebührenabrechnung verarbeitet werden und wie lange dies geschieht.

2. Neuregelung des § 99 TKG 2003

Im Rahmen der Richtlinienumsetzung wurden die Begriffsbestimmungen im TKG 2003 neu formuliert.³⁰⁾ Nach § 92 Abs 3 Z 3 sind „**Verkehrsdaten**“ Daten, die zum Zweck der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zweck der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden.

Nach § 99 dürfen Verkehrsdaten außer in den ges regelten Fällen nicht gespeichert werden und sind vom Betreiber nach Beendigung der Verbindung unverzüglich **zu löschen oder zu anonymisieren**. Eine Ausnahme davon besteht allerdings für Zwecke der Verrechnung von Entgelten, einschließlich der Entgelte für Zusammenschaltungen: Wenn die Speicherung dafür erforderlich ist, hat der Betreiber Verkehrsdaten bis zum Ablauf jener Frist zu speichern, innerhalb deren die Rechnung rechtlich angefochten werden oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann. Wird ein Verfahren über die Höhe der Entgelte eingeleitet, dürfen die Daten bis zur endgültigen Entscheidung über die Höhe der Entgelte nicht gelöscht werden. Der Umfang der gespeicherten Verkehrsdaten ist auf das unbedingt notwendige Minimum zu beschränken.

Mit Zustimmung des Teilnehmers darf der Betreiber nach § 99 Abs 4 „die Daten“ (gemeint sind wohl die Verkehrsdaten) zur Vermarktung der eigenen Telekommunikationsdienste oder für die Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen verwenden.

Die in der DSRL-eK vorgesehene Mitteilungspflicht für den Anbieter ist nun in § 96 Abs 3 geregelt.³¹⁾ Damit gehen die – im Wesentlichen fast wortgleich übernommen – österr Regelungen mit der RL konform.

E. LBS – Location Based Services

1. Regelung der DSRL-eK

Unter **Location Based Service** wird ein Dienst der Informationsgesellschaft verstanden, dessen wesentliche Eigenschaft darin besteht, Informationen abhängig von der Position des Benutzers zu liefern. Bekannteste Beispiele sind Notfalldienste, Funktionen zum Lokalisieren von Freunden und ortsbezogene Informationen.³²⁾

Nach Art 2 lit c DSRL-eK sind „**Standortdaten**“ Daten, die in einem elektronischen Kommunikations-

netz verarbeitet werden und die den geografischen Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öff zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes angeben. Nach Art 9 dürfen diese Daten nur im zur Bereithaltung von Diensten mit Zusatznutzen erforderlichen Maß und innerhalb des dafür erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden. Zusätzlich müssen sie entweder **anonymisiert** worden sein oder der Teilnehmer muss seine **Einwilligung** abgegeben haben. Vor Einholung dieser Einwilligung muss **mitgeteilt** werden, welche Arten anderer Standortdaten als Verkehrsdaten verarbeitet werden, für welche Zwecke und wie lange das geschieht und ob die Daten für die Bereitstellung des Dienstes mit Zusatznutzen an einen Dritten weitergegeben werden. Selbst wenn diese Einwilligung gegeben wurde, muss weiterhin die Möglichkeit bestehen, die Datenverarbeitung zeitweise einfach und gebührenfrei zu untersagen. Eine Ausnahmebestimmung ist für Notfalldienste vorgesehen.

2. Neuregelung des § 102 TKG 2003

In die Begriffsbestimmungen des TKG 2003 wurden die „**Standortdaten**“ neu aufgenommen: § 92 Abs 3 Z 6 versteht darunter Daten, die in einem Kommunikationsnetz verarbeitet werden und die den geografischen Standort der Telekommunikationseinrichtung eines Nutzers eines öff Kommunikationsdienstes angeben.

Nach § 102 dürfen andere Standortdaten als Verkehrsdaten unbeschadet des § 98 nur verarbeitet werden, wenn sie **anonymisiert** werden oder wenn die Benutzer oder Teilnehmer eine jederzeit widerrufbare **Einwilligung**³³⁾ abgegeben haben. Selbst im Fall einer Einwilligung müssen die Benutzer oder Teilnehmer die Möglichkeit haben, diese Verarbeitung von Daten für jede Übertragung einfach und kostenlos zeitweise zu untersagen. Weiters muss die Verarbeitung auf das für die Bereitstellung des Dienstes mit Zusatznutzen erforderliche Maß sowie auf Personen beschränkt werden, die im Auftrag des Betreibers oder des Dritten, der den Dienst mit Zusatznutzen anbietet, handeln.

§ 98 sieht eine Ausnahme für Betreiber von **Notrufdiensten** vor. Diesen sind auf Verlangen Auskünfte über Stammdaten und Standortdaten zu erteilen, wenn ein Notfall vorliegt, der nur durch Bekanntgabe dieser Informationen abgewehrt werden kann. Die Notwendigkeit der Informationsübermittlung ist vom Betreiber des Notrufdienstes zu dokumentieren und dem Betreiber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 24 Stunden nachzureichen. Der Betreiber darf die Übermittlung nicht von der vorherigen Darlegung der Notwendigkeit abhängig machen. Den Be-

29) Diese Frist beträgt nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten regelmäßig 6 Monate.

30) Vgl zur Problematik des Begriffs „Vermittlungsdaten“ im TKG 1997: *Jahnel* (FN 11) 110f.

31) Siehe dazu C.2.

32) Zu Beispielen s *Jahnel* (FN 11) 111 und *Lechner*, Location Based Services, in *Schweighofer/Menzel/Kreuzbauer* (Hrsg), IT in Recht und Staat (2002) 347 und *Fallenböck*, Der Einsatz von Location Based Services – eine erste Analyse rechtlicher Problemfelder, MR 2002, 182.

33) Vgl dazu *Fallenböck* (FN 32) 183.

treiber des Notrufdienstes trifft die Verantwortung für die rechtliche Zulässigkeit des Auskunftsbegehens. Damit gehen die – im Wesentlichen fast wortgleich übernommenen – österr Regelungen mit der Richtlinie konform.

Die Nichterteilung der Auskünfte ist verwaltungsstrafrechtlich mit einer Geldstrafe bis 37.000,- Euro sanktioniert.³⁴⁾

34) § 109 Abs 3 Z 17.

→ In Kürze

Dieser Beitrag stellt die neuen Regelungen des TKG 2003 hinsichtlich unerbetener E-Mails (Spamming), Cookies, Logfiles und Location Based Services (LBS) vor und vergleicht sie mit den europarechtlichen Vorgaben der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Dabei zeigt sich, dass die Umsetzung hinsichtlich Spamming und Cookies teilweise richtlinienwidrig erfolgt ist.

→ Literatur-Tipp



Stratil/Singer/Weissenburger/Polster/Steinmaurer, TKG 2003, MANZ (2004)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100, Fax: (01) 531 61-455, E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Dietmar Jähnel ist ao Univ.-Prof. am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg, Kapitelgasse 5–7, A-5020 Salzburg.
E-Mail: Dietmar.Jaehnel@sbg.ac.at.

Vom selben Autor erschienen:

Das Versenden von e-Mails aus datenschutzrechtlicher Sicht, in *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail. Elektronische Post im Recht (2003) 89; Spamming, Cookies, Web-Logs, LBS und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, wbl 2003, 108; Datenschutz im Internet. Rechtsgrundlage, Cookies und Web-Logs, *ecolex* 2001, 84.

Literatur:

Mosing/Otto, Spamming neu!, MR 2003, 267; *Horak*, Neues zur E-Mail-Werbung, RdW 2002/585, 642; *Stomper*, Das neue Spam-Verbot, SWK 2002, W 92; Der Einsatz von Location Based Services – eine erste Analyse rechtlicher Problemfelder, MR 2002, 182; *IT-LAW.AT* (Hrsg), e-Mail – elektronische Post im Recht (2003).

