

EINSCHREIBEN
PER FAX IM VORAUS

An die
Telekom-Control-Kommission
Mariahilfer Straße 77 – 79
1060 Wien

Mobilkom Austria AG & Co KG

Obere Donaustraße 29
A-1020 Wien

Telefon:
Nat. (01) 33161-2020
Int. +43 1 33161-2020
A1 (GSM) +43 664 3312020
Telefax: +43 1 33161-2069

Ihr Zeichen	Ihre	Nachricht	Unser Zeichen	Datum
T 1/05	vom			31.1.2006

**Stellungnahme zum Entwurf einer
Vollziehungshandlung im Verfahren T 1/05**

mobikom austria erlaubt sich, nachfolgend zum Entwurf einer Vollziehungshandlung hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs zu Teilnehmerdaten der mobikom Stellung zu nehmen. Ausdrücklich hingewiesen wird darauf, dass sämtliche im Verfahren vorgebrachten Ausführungen und gestellten Anträge unverändert aufrecht bleiben, obgleich nachfolgend nur auf einzelne Punkte des Entwurfs näher eingegangen wird.

1 Nichtberücksichtigung von Dummy-Datensätzen

Die TKK bezeichnet in der Begründung das Einfügen von Dummy-Datensätzen für den Fall der missbräuchlichen Datenweitergabe zwar als „im weitesten Sinne von der entsprechenden Nachfrage verursacht“, und notwendig zur Feststellung des rechtswidrig handelnden Betreibers, behandelt die durch diese Maßnahme verursachten Kosten jedoch trotzdem als nicht von vornherein ersatzfähig. Begründet wird dies unter anderem damit, dass seitens des Übermittlungspflichtigen keine Verpflichtung zur Einfügung solcher Datensätze bestünde, und dies jedenfalls nicht im Interesse des Datenempfängers geschehen würde. Außerdem könnten im Missbrauchsfall die betreffenden Kosten ja ohnehin im Wege des Schadenersatzes eingefordert werden. Keines dieser Argumente stellt jedoch eine taugliche Begründung dar.

Es handelt sich bei Teilnehmerdaten um Stammdaten im Sinne von § 92 Abs. 3 Z 3 TKG, und daher besonders sensible Daten, die ausschließlich unter den besonderen Beschränkungen des § 96 TKG, zu den dort genannten Zwecken, verwendet werden dürfen. Aus diesem Grund besteht seitens mobikom ohne Zweifel eine Verpflichtung, die Daten seiner Teilnehmer bestmöglich zu schützen. Die einzige Möglichkeit, dieser Verpflichtung – und der Verpflichtung zur Zuverfügungstellung von Teilnehmerdaten gemäß § 18 TKG – nachzukommen, ist die Integration von Dummy-Datensätzen, da andernfalls bei Missbrauch der schuldige Datenempfänger nicht ermittelt und der Missbrauch nicht abgestellt werden könnte. Dies wird von der TKK auch nicht in Zweifel gestellt. In dieser Hinsicht geschieht diese Maßnahme natürlich auch im Interesse des Datenempfängers, da anders eine Zurverfügungstellung der Daten in Übereinstimmung mit den relevanten telekommunikations- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen gar nicht möglich wäre. Der Hinweis, die für die Dummy-Datensätze anfallenden Kosten könnten bei tatsächlichem Missbrauch im Wege des Schadenersatzes eingefordert werden, würde zum kuriosen Ergebnis führen, dass der Datenbereitsteller geradezu darauf hoffen müsste, dass der Datenempfänger die Daten missbräuchlich weitergibt, nur um seine Kosten ersetzt zu bekommen. Da im Voraus ja nicht ersichtlich ist, ob sich ein Datenempfänger redlich verhalten wird, fallen die Aufwände für die Integration der Dummy-Daten in jedem Fall notwendiger Weise an – nur im Ausnahmefall, nämlich bei unrechtmäßiger Weitergabe,

würden die Aufwände jedoch ersetzt. Es ist nicht einzusehen, dass Kosten für eine notwendige Schutzmassnahme vom Datenbereinsteller getragen werden sollen, und nicht vom Datenempfänger, der auch als einziger den Nutzen aus der Übermittlung der Daten zieht. Ohne Übermittlung an den Datenempfänger würden die Aufwände nicht anfallen – sie werden also auch allein dadurch verursacht. Das Interesse von mobilkom, einer unerlaubten Datenweitergabe durch den Empfänger vorzubeugen, wird etwa auch bei der Begründung des Pönales von der TTK anerkannt – die Einfügung von Dummy-Daten sind dafür eine zwingende Voraussetzung. mobilkom möchte daher noch einmal ausdrücklich festhalten, dass die betreffenden Aufwände jedenfalls als nicht teilbare Kosten zu berücksichtigen sind.

2 Pönalen

mobilkom spricht sich gegen die Höhe des Pönales für den Fall der unerlaubten Datenweitergabe durch den Datenempfänger aus, und verweist auf die mit Schriftsatz vom 29.9.2005 beantragte Regelung, die sich an der potentiellen Schadenshöhe orientiert. Es fehlt im Bescheidentwurf jegliche Begründung, warum diesem Antrag nicht gefolgt wurde, und statt dessen ein Betrag von € 40.000,- angenommen wurde.

Völlig unverständlich, und zudem weit überhöht, ist die Anordnung eines Pönales für die verspätete Übermittlung der Offline-Daten. Die Bestimmung sorgt insbesondere deshalb für Verwunderung, zumal sie von keiner Partei im Verfahren beantragt wurde! Trotz einer Vielzahl von Äußerungen seitens der Antragsgegnerin, insbesondere auch zum Thema Pönalen, hielt es diese als Betroffene offensichtlich nicht für notwendig, die Verpflichtung von mobilkom zur Datenbereitstellung in einer solchen Weise abzusichern. Es kann auch nicht gesagt werden, eine solche Regelung wäre in irgendeiner Weise unverzichtbar für die Durchführbarkeit der Bescheidbestimmungen. Allein aus diesem Grund ist die Anordnung daher unzulässig.

Hinzu kommt jedoch auch noch die unzumutbar kurze Frist zur Störungsbehebung, sowie die exorbitante Höhe der Vertragsstrafe. Für den erstmaligen Verstoß würde ein Pönale in Höhe von € 5.000,- fällig, für jeden weiteren Verstoß ein Pönale von € 10.000,-. Für den Fall eines größeren technischen Gebrechens, das beispielsweise eine Übermittlung der Daten für fünf Tage unmöglich macht, hätte dies ein Pönale in der Höhe von € 45.000,- zur Folge! Das Pönale wäre also höher als jenes, das vom Datenempfänger zu zahlen wäre, wenn er den Gesamtdatenbestand unerlaubt weitergeben würde. Demgegenüber steht ein vom Datenempfänger zu bezahlendes, kostenorientiertes, laufendes Entgelt von rund € 5.300,- pro Jahr. Eine einmalige derartige Störung würde also eine Pönalverpflichtung auslösen,

deren Höhe dem Gegenwert des laufenden Entgeltes von sieben Jahren entspricht! Umso absurder erscheint die Bestimmung, wenn man den potentiellen finanziellen Schaden betrachtet, der sich aus einer um verspäteten Übermittlung der täglichen Deltalisten ergibt – dieser beträgt nämlich praktisch Null! Ein Schaden läge einzig darin, dass an den Tagen, wo keine neuen Deltafiles geliefert wurden, die wenigen geänderten Nummern unrichtig beauskunftet werden (wobei es schon äußerst unwahrscheinlich ist, dass gerade dann eine tatsächlich betroffene Nummer überhaupt abgefragt wird). Ein direkter finanzieller Schaden ist also nicht ersichtlich. Aus diesem Grund ist die getroffene Anordnung in jedem Fall auch unverhältnismäßig, weil sie in keinem wie immer gearteten Verhältnis zur tatsächlichen Schadenshöhe steht. Es fehlt zudem jegliche Begründung der TKK, sowohl was die Notwendigkeit eines Pönales für diesen Fall überhaupt, als auch was die Höhe betrifft.

Die Pönalestimmung hinsichtlich der verspäteten Übermittlung von Datenlieferungen ist daher aus der Anordnung zu streichen.

3 Weitergabe der Daten an Dritte

Nur in der Begründung – nicht aber im Spruch – festgehalten wird, dass ein Recht zur Weitergabe der Teilnehmerdaten an Dritte privatrechtlichen Vereinbarungen mit dem Telefondienstbetreiber oder der Zustimmung durch die betroffenen Teilnehmer vorbehalten bleiben. Zu einer näheren Definition von Nutzungsbeschränkungen bzw. –befugnissen wäre die TKK nicht berufen. Nicht nachvollziehbar erscheinen dann jedoch die weiteren Ausführungen, damit würde keine Aussage getroffen, wie die Rechtslage im Fall der Weitergabe an Dritte zu beurteilen wäre, die dieselben dann zu den erlaubten Zwecken der Herausgabe eines Telefonbuches bzw. der Gewährung von Auskünften an Endkunden eines betreiberübergreifenden Auskunftsdienstes verwenden würden. Diese dürften wohl die Daten dann wiederum weitergeben (wie auch der nächste Empfänger), womit jegliche Kontrolle über die rechtmäßige Verwendung unmöglich würde.

Es besteht - vor allem für die Teilnehmer – die massive Gefahr, das österreichische Rechtsbestimmungen, beabsichtigt oder unbeabsichtigt, umgangen werden, wenn Daten (einzelne Datensätze oder der Gesamtbestand), wie von der Antragstellerin beabsichtigt, ins Ausland verkauft werden. Jede Weitergabe ist daher unzulässig. Eine derartige Klarstellung wäre nach Ansicht von mobilkom auch in den Bescheidspruch aufzunehmen.

mobilkom möchte jedenfalls an dieser Stelle ausdrücklich festhalten, dass eine Weitergabe durch die Verfahrensgegnerin – an wen und zu welchem Zweck auch immer – als

schwerwiegender Verstoß gegen die Bedingungen der Anordnung beurteilt, und sowohl vom Recht der außerordentlichen Kündigung, als auch von jenem zur Forderung des Pönales und darüber hinausgehenden Schadenersatzes Gebrauch gemacht werden würde.

4 Weitere Bestimmungen

4.1 Belegexemplar

Es wurde von der Verfahrensgegnerin nicht beantragt, dass Gefahr und Kosten für die Übermittlung eines Belegexemplars von mobilkom zu tragen wären. Die TKK unterlässt hierfür auch jede Begründung. Es ist vielmehr im Wirtschaftsleben üblich, dass Belegexemplare ohne Kostenersatz bereitgestellt werden. Der betreffende Satz ist daher zu streichen. Zur Klarstellung wäre hinsichtlich eines allfälligen Internet-Verzeichnisses zu ergänzen:

„Sollte von den Nutzern des übers Internet veröffentlichte Teilnehmerverzeichnis ein Entgelt oder eine Registrierung verlangt werden, stellt die 11880 telegate GmbH sicher, dass alle notwendigen Zugangscodes der mobilkom austria AG & Co KG kostenlos zur Verfügung gestellt werden.“

4.2 Geheimhaltungsklausel

Die sehr allgemein gehaltene Formulierung der Geheimhaltungsklausel, wie sie auch von mobilkom ursprünglich beantragt wurde, erscheint für den hier gegenständlichen Anordnungszweck nicht ideal, zumal sie nicht angemessen die Geheimhaltungsverpflichtung nach DSG und TKG berücksichtigt. Da insbesondere die Betreiber besonderen Sicherungspflichten unterliegen, ist schwer einzusehen, warum dies nicht auch für andere gelten sollte, welche ebenso Zugang zu Teilnehmerdaten haben.

Textierungsvorschlag (analog den Musterverträgen der Datenschutzkommission):

- 1. Der Anbieter von Auskunftsdiensten verpflichtet sich, Daten und Verarbeitungsergebnisse ausschließlich im Rahmen des Bescheides verwenden und ausschließlich mobilkom zurückzugeben oder nur nach dessen schriftlichem Auftrag zu übermitteln. Desgleichen bedarf eine Verwendung der überlassenen Daten für andere Zwecke als des Anbieters von eigenen Auskunftsdiensten eines derartigen schriftlichen Auftrages.*
- 2. Der Anbieter von Auskunftsdiensten erklärt rechtsverbindlich, dass er alle mit der Datenverarbeitung beauftragten Personen vor Aufnahme der Tätigkeit zur Wahrung des Datengeheimnisses im Sinne des § 15 DSG 2000 verpflichtet hat. Insbesondere*

bleibt die Verschwiegenheitsverpflichtung der mit dem Datenverkehr beauftragten Personen auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit und Ausscheiden beim Dienstleister aufrecht. Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit ist auch für Daten von juristischen Personen und handelsrechtlichen Personengesellschaften einzuhalten.

3. Der Anbieter von Auskunftsdiensten erklärt rechtsverbindlich, dass er ausreichende Sicherheitsmaßnahmen im Sinne des § 14 DSG 2000 ergriffen hat, um zu verhindern, dass Daten ordnungswidrig verwendet oder Dritten unbefugt zugänglich werden.

4. Der Anbieter von Auskunftsdiensten ist nicht berechtigt, einen Subverarbeiter heranzuziehen bzw. hat hierfür die vorherige Genehmigung durch mobilkom einzuholen.

4.3 Zahlungsverzug

Mit Inkrafttreten des Zinsrechtsänderungsgesetzes 2002 können gem. § 1333 Abs. 2 ABGB für Ansprüche zwischen Unternehmern aus beidseitigen Unternehmensgeschäften Zinsen in Höhe von 8 % über dem jeweiligen Basiszinssatz begehrt werden. Irrtümlich wurde im Textvorschlag von mobilkom, Pkt. 18, 5 Prozent beantragt. Es gibt jedoch keinen sachlich gerechtfertigten Grund, warum ein niedrigeres als das „marktübliche“ (nämlich ein für den säumigen Schuldner günstigeres) Zinsenregime vereinbart werden sollte, weshalb der Entwurf insoweit zu berichtigen ist.

Dies kann durch folgenden Textierungsvorschlag geschehen:

Im Falle von Zahlungsverzug durch eine der Parteien sind die ausständigen Ansprüche mit den gem. § 1333 Abs. 2 ABGB geltenden Unternehmenszinsen zu verzinsen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Alexander Zuser

Handlungsbevollmächtigter