



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Aktuelle Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes im  
Telekommunikationsrecht“

Verfasserin

Mag.iur. Ana Stahov

*Gefördert durch das Forschungsstipendium 2010 der Universität Wien*

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101  
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften  
Betreuer: ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl



*Für meine Eltern*



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	8
1. Einleitung .....	13
2. Allgemeine Aspekte des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht.....	17
2.1. Unionsrechtlicher Rahmen .....	17
2.1.1. Rahmen-RL .....	18
2.1.2. Zugangs-RL.....	21
2.1.3. Genehmigungs-RL .....	23
2.1.4. Universaldienst-RL .....	24
2.1.5. TK-Datenschutz-RL.....	26
2.2. Nationales Recht .....	28
2.2.1. Rechtliche Qualifikation des Vertrages über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten.....	29
2.2.2. Kontrahierungszwang.....	31
2.2.3. Informationspflichten des Providers im Zusammenhang mit der Anbahnung eines Vertragsverhältnisses.....	32
2.2.4. Anzeige- und Kundmachung von AGB und Entgeltbestimmungen .....	36
2.2.5. Die Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis.....	38
2.2.6. Geltungskontrolle von AGB (§ 864a ABGB).....	41
2.2.7. Inhaltskontrolle von AGB .....	43
2.2.7.1. Allgemeines Zivilrecht (§ 879 Abs 3 ABGB).....	43
2.2.7.2. Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde .....	44
2.2.7.3. Doppelte Kontrolle von AGB .....	46
2.2.8. Unerlaubtheit (§ 879 Abs 1 ABGB).....	48
2.2.9. Transparenzgebot .....	50
2.2.10. (Einseitige) Änderungen von AGB und Entgeltbestimmungen.....	51
2.2.10.1. Allgemeines Zivilrecht.....	51
2.2.10.2. TKG 2003.....	54
2.2.11. Streitschlichtung.....	60
3. Aktuelle Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht	65
3.1. Sperre des Internetzuganges bei mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen.....	65

3.1.1.	Einleitung .....	65
3.1.2.	Eine unionsrechtliche Betrachtung.....	69
3.1.2.1.	Rahmen-RL („Neue Schutzklausel zur Internetfreiheit“) .....	70
3.1.2.2.	Universaldienst-RL .....	73
3.1.3.	Internetsperren nach österreichischem Recht.....	75
3.1.3.1.	Internetsperren ohne ausdrückliche vertragliche Regelung .....	75
3.1.3.2.	Regelung von Internetsperren im Access-Provider-Vertrag .....	80
3.1.4.	Fazit: Internetsperren und Verbraucherrechte.....	86
3.2.	Informationspflichten des Providers bei Auskunftsbegehren .....	87
3.2.1.	Einleitung .....	87
3.2.2.	Begründung und Umfang der Informationspflicht bei Auskunftsbegehren.....	90
3.2.3.	Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht bei Auskunftsbegehren.....	93
3.2.4.	Fazit: Informationspflicht des Providers bei Auskunftsbegehren und Verbraucherschutz.....	95
3.3.	Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung .....	95
3.3.1.	Einleitung .....	95
3.3.2.	Technischer Hintergrund.....	99
3.3.3.	Unionsrechtliche Betrachtung.....	101
3.3.3.1.	Das Kommunikationsgeheimnis .....	102
3.3.3.2.	Einwilligung in den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis.....	103
3.3.3.3.	Der Fall Phorm .....	105
3.3.4.	Beurteilung nach österreichischem Recht .....	107
3.3.4.1.	Das Kommunikationsgeheimnis .....	107
3.3.4.2.	Einwilligung in den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis.....	110
3.3.4.3.	Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung.....	113
3.3.4.4.	Vertragliche Einwilligung des Verbrauchers .....	117
3.3.5.	Fazit: Personalisierte Werbung und Verbraucherschutz .....	119
3.4.	Data Breach Notification.....	120
3.4.1.	Data Breach Notification in der EU .....	121

3.4.1.1.	Persönlicher Anwendungsbereich .....	123
3.4.1.2.	Sachlicher Anwendungsbereich .....	124
3.4.1.3.	Beeinträchtigung der Privatsphäre des Betroffenen als Voraussetzung für das Entstehen der Informationspflicht .....	126
3.4.1.4.	Vorgehensweise bei Benachrichtigungen .....	128
3.4.2.	Data Breach Notification in Österreich .....	131
3.4.2.1.	Persönlicher Anwendungsbereich .....	131
3.4.2.2.	Sachlicher Anwendungsbereich .....	132
3.4.2.3.	Adressaten der Benachrichtigung.....	134
3.4.2.4.	Vorgehensweise bei der Benachrichtigung .....	135
3.4.2.5.	Inhalt der Benachrichtigung .....	136
3.4.2.6.	Über § 24 Abs 2a DSG 2000 hinausgehende nebenvertragliche Informationspflichten des Providers .....	136
3.4.2.7.	Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht des Providers.....	138
3.4.3.	Fazit: Data Breach Notification und Verbraucherschutz .....	140
4.	Zusammenfassung .....	141
	Literaturverzeichnis .....	143
	Anhang .....	151
	Abstract der Arbeit .....	151
	Lebenslauf .....	153

## **Abkürzungsverzeichnis**

aA	andere Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
ACM	Association for Computing Machinery
ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BDSG	(deutsches) Bundesdatenschutzgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BKA-VD	Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesministerium
BR-RL	Better Regulation-Richtlinie
bzw	beziehungsweise

CETS	Council of Europe Treaty Series
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CR-RL	Citizens' Rights-Richtlinie
dh	das heißt
DSG	Datenschutzgesetz
DSK	Datenschutzkommission
dt	deutsch, -e, -er, -es
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ECG	E-Commerce-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaften
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl	englisch, -e, -er, -es
Erl	Erläuterung
EU	Europäische Union
f, ff	folgende, fortfolgende
FCC	Federal Communications Commission
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht

HADOPI	Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur l'Internet
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HTML	HyperText Markup Language
HTTP	Hypertext Transfer Protocol
HTTPS	Hypertext Transfer Protocol Secure
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idZ	in dem Zusammenhang
inkl	inklusive
IP	Internet Protocol
IRMA	Irish Recorded Music Association
iSd	im Sinn des, - der
ISO	International Organization for Standardization
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
K & R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)

lit	litera
mE	meines Erachtens
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MR	Medien und Recht (Zeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung (Zeitschrift)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
OSI	Open Systems Interconnection
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RFC	Request for Comments
RL	Richtlinie
Rsp	Rechtsprechung
RTR-GmbH	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
S	Seite
SMS	Short Message Service
SMTP	Simple Mail Transfer Protocol
SPG	Sicherheitspolizeigesetz
SSL	Secure Sockets Layer
st	ständig, -e

TCP	Transmission Control Protocol
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKK	Telekom-Control-Kommission
TLS	Transport Layer Security
ua	a) und andere, -s; b) unter anderem
UCLA	University of California, Los Angeles
UrhG	Urheberrechtsgesetz
URL	Uniform Resource Locator
uU	unter Umständen
VDS-RL	Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VoIP	Voice over IP
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter (Zeitschrift)
WLAN	Wide Area Local Network
WWW	World Wide Web
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
zT	zum Teil

## 1. Einleitung

Das Telekommunikationsrecht ist aufgrund der rasch fortschreitenden technischen Entwicklungen ein dynamisches Rechtsgebiet, in dem kontinuierlich neue Rechtsprobleme entstehen. Klassische Telefondienste, Mobilfunk und Internetkommunikationsdienste erfahren eine zunehmende Verschmelzung. Moderne Endgeräte wie das iPhone sind in besonderem Maße Ausdruck dieser Entwicklung. Viele Menschen setzen heute moderne Kommunikationsdienste in nahezu allen Lebensbereichen ein:

Über das Internet ist es möglich, Einkäufe zur Deckung aller Bedürfnisse – von Nahrungsmitteln und Kosmetik, über Kleidung, Bücher und Konzertkarten bis hin zu neuesten technischen Produkten wie iPads – zu tätigen. Die effiziente Pflege sozialer Kontakte ist in den entwickelten Ländern für einen Teil der Bevölkerung ohne YouTube, Twitter, Facebook und/oder Gmail kaum denkbar, insbesondere da diese Dienste nicht nur über PCs und Laptops, sondern jederzeit und von jedem Ort über Mobiltelefone zugänglich sind. Über Blogs, Online-Foren und Online-Zeitungen aber auch über kontroverse Websites<sup>1</sup> wie WikiLeaks.org erfolgt politische Meinungsbildung und Äußerung politischer Kritik. Unbekannte Begriffe werden „gegoogelt“ und in der weltweit größten und in Bezug auf Fehlerfreiheit mit der Encyclopædia Britannica vergleichbaren<sup>2</sup> Enzyklopädie Wikipedia nachgeschlagen. In naher Zukunft wird die Verwendung des Internets für die Teilnahme am gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Leben unerlässlich sein.

Die erhebliche gesellschaftliche Bedeutung des Internets erkennend, hat beispielsweise Finnland ein Grundrecht auf einen Breitbandinternetanschluss eingeführt.<sup>3</sup> Seit 1. Juli 2010

---

<sup>1</sup> Der Begriff Website (engl für „Webort“) bezeichnet grundsätzlich die Summe aller Web-Pages unter einer bestimmten Domain und ist vom hier nicht verwendeten Begriff Webseite zu unterscheiden, der mit Web-Page gleichbedeutend ist.

<sup>2</sup> Siehe *Giles*, Internet encyclopaedias go head to head, Nature 2005, 900.

<sup>3</sup> Siehe Kommunikationsministeriets förordning om minimihastigheten för en ändamålsenlig internetförbindelse i anslutning till samhällsomfattande tjänster, given i Helsingfors den 7 oktober 2009 (Dekret des Ministeriums für Transport und Kommunikationen über die minimale Übertragungsgeschwindigkeit eines Internetzugangs als Universaldienst vom 7.10.2009). Vgl weiters *Marwan*, Breitbandzugang ist in Finnland jetzt ein Grundrecht [http://www.zdnet.de/news/wirtschaft\\_unternehmen\\_business\\_breitbandzugang\\_ist\\_in\\_finnland\\_jetzt\\_ein\\_grundr](http://www.zdnet.de/news/wirtschaft_unternehmen_business_breitbandzugang_ist_in_finnland_jetzt_ein_grundr)

hat jeder Bürger das Recht, gegen angemessenes Entgelt einen Breitbandinternetzugang mit mindestens 1 MBit/s Downstream zu erhalten.<sup>4</sup>

Die fortschreitende technische Entwicklung im Bereich der Telekommunikation ist insbesondere daran ersichtlich, dass traditionell separate Dienste wie Festnetztelefonie und Kabelfernsehen auf eine Internet-basierte Infrastruktur migriert werden (idZ ist auch der Begriff Next Generation Networks<sup>5</sup> gebräuchlich). Daher gewinnt das Internet zunehmend an Komplexität. Während früher an leitungsvermittelnde Netze angeschlossene Telefone relativ einfache Technik verwendeten, verfügen moderne Telefone über vollwertige Betriebssysteme und werden über Voice Over IP (VoIP) mit dem traditionellen Telefonnetz verbunden. Die Fehlerquellen eines modernen Telefons reichen daher von Softwarefehlern des Endgerätes über Fehlkonfigurationen des IP-Routing-Protokolls bis hin zu Viren, trojanischen Pferden und anderer Malware.

Während sich Provider die erforderlichen Sachkenntnisse über komplexen Technologien in der Regel leicht zukaufen können, ist es für Verbraucher meist unmöglich, sich auch nur ein laienhaftes Verständnis zu verschaffen. Dies führt zu einer krassen Informations-Asymmetrie zum Nachteil des Verbrauchers.

Gleichzeitig steigt die Bedeutung des Internets für das tägliche Leben des Verbrauchers. Die im allgemeinen Konsumentenschutzrecht als ein Umstand für die Annahme der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers anerkannte wirtschaftliche Überlegenheit des Unternehmers kommt in der Telekommunikationsbranche in besonderem Maße zum Ausdruck. Denn dem Verbraucher stehen in der Regel einige wenige große Konzerne

---

echt\_story-39001020-41534233-1.htm (24.7.2010); *Johnson*, Finland makes broadband access a legal right <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/oct/14/finland-broadband> (24.7.2010).

<sup>4</sup> Siehe Kommunikationsministeriets förordning om minimihastigheten för en ändamålsenlig internetförbindelse i anslutning till samhällsomfattande tjänster, given i Helsingfors den 7 oktober 2009 (Dekret des Ministeriums für Transport und Kommunikationen über die minimale Übertragungsgeschwindigkeit eines Internetzugangs als Universaldienst vom 7.10.2009).

<sup>5</sup> Vgl *Netwon*, *Newton's Telecom Dictionary*<sup>23</sup> (2007) 646.

gegenüber.<sup>6</sup> Dem Konsumentenschutz im Telekommunikationsrecht kommt daher eine besondere Bedeutung zu.

In jüngster Vergangenheit wurde eine Reihe von Rechtsproblemen evident, die in besonderem Maße für den Schutz der Rechte der Konsumenten im Internet relevant sind. Obwohl diese Rechtsprobleme teilweise Gegenstand ausführlicher medialen Diskussionen waren, fand eine juristisch-wissenschaftliche Auseinandersetzung kaum statt. In dieser Arbeit werden daher, nach einer Erörterung allgemeiner Aspekte des Konsumentenschutzes in Kapitel 2, folgende Rechtsprobleme behandelt: Internetsperren wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen, Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung, Informationspflichten des Providers bei Auskunftsbeglehen sowie Data Breach Notification.

Vorab ist jedoch die Klärung der zentralen Begriffe des Verbrauchers, des Providers sowie des Telekommunikationsrechts erforderlich.

Gem § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist jemand in Bezug auf ein Geschäft Verbraucher, für den das Geschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens (§ 1 Abs 2 KSchG) gehört. Nach der Rsp des OGH ergibt sich die Qualifikation des Verbrauchers iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG nur daraus, dass er nicht Unternehmer<sup>7</sup> ist.<sup>8</sup> Nach österreichischem Recht können auch juristische Personen Verbraucher sein, wenn sie nicht als Unternehmer auftreten.<sup>9</sup> Gem Art 2 lit i Rahmen-RL<sup>10</sup> ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen

---

<sup>6</sup> Allgemein zur Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer siehe zB *Mayrhofer/Nemeth* in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 1 Rz 26; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 1 Rz 11.

<sup>7</sup> Als Unternehmer wird gem § 1 Abs 1 Z 1 KSchG jemand verstanden, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Ausführlich zum Begriff des Unternehmers siehe zB *Mayrhofer/Nemeth*, in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 1 Rz 31 ff; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 1 Rz 5 ff.

<sup>8</sup> Siehe OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b; 11.2.2002, 7 Ob 315/01a ua.

<sup>9</sup> *Mayrhofer/Nemeth*, in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 1 Rz 3 und die Rsp des OGH: 26.1.2005, 7 Ob 22/04t; 21.10.1999, 8 Ob 205/99a ua.

<sup>10</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl L 2002/108, 33.

elektronischen Kommunikationsdienst zu anderen als gewerblichen oder beruflichen Zwecken nutzt oder beantragt. Demnach können nur natürliche Personen Verbraucher iSd EU-Telekommunikationsrechts sein. In dieser Arbeit wird dem Begriff des Verbrauchers nach dem österreichischen KSchG gefolgt.

Als Provider wird für die Zwecke dieser Arbeit ein Unternehmen verstanden, das einen Kommunikationsdienst und/oder ein Kommunikationsnetz betreibt (iSd § 3 Z 3 und Z 4 TKG 2003).<sup>11</sup> § 3 Z 9 TKG 2003 definiert hierbei den Kommunikationsdienst als 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. Kommunikationsnetze sind gem § 3 Z 11 TKG 2003 Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die elektronische Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen.

Telekommunikationsrecht wird für den Zweck der Arbeit als die Summe jener Rechtsnormen definiert, die Rechte oder Pflichten für Provider regeln.

---

<sup>11</sup> Das Betreiben eines Kommunikationsdienstes ist in § 3 Z 3 TKG 2003 definiert als das Ausüben der rechtlichen Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig sind. Das Betreiben eines Kommunikationsnetzes ist gem § 3 Z 4 TKG 2003 als die Ausübung der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle über die Gesamtheit der Netzfunktionen zu verstehen. Gem leg cit liegt das Betreiben eines Kommunikationsnetzes iSd TKG 2003 nicht vor, wenn die Verbindung zu anderen öffentlichen Kommunikationsnetzen ausschließlich über jene Schnittstellen erfolgt, die allgemein für den Teilnehmeranschluss Anwendung finden.

## **2. Allgemeine Aspekte des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht**

### **2.1. Unionsrechtlicher Rahmen**

In diesem Kapitel wird der unionsrechtliche<sup>12</sup> Rahmen der Telekommunikation dargestellt. Er besteht in seinem Kern aus folgenden Richtlinien: Rahmen-RL, Zugangs-RL,<sup>13</sup> Genehmigungs-RL,<sup>14</sup> Universaldienst-RL<sup>15</sup> und TK-Datenschutz-RL<sup>16</sup>. Dieser Rechtsrahmen wurde mit der im November 2009 verabschiedeten EU-Telekom-Reform modifiziert.<sup>17</sup> Das Reformpaket enthält drei Rechtsakte: die Better Regulation Directive (Richtlinie über bessere Rechtssetzung - im Folgenden BR-RL),<sup>18</sup> die Citizens' Rights Directive (Richtlinie über

---

<sup>12</sup> Durch den am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon (ABl C 2007/306, 1) hat die Europäische Union Rechtspersönlichkeit erhalten. Gem Art 1 Vertrag über die Europäische Union (ABl C 2010/83, 13) tritt die Europäische Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist.

<sup>13</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl L 2002/108, 7.

<sup>14</sup> Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 Europäischen Parlaments und des Rates (Genehmigungsrichtlinie), ABl L 2002/108, 21.

<sup>15</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl L 2002/108, 51.

<sup>16</sup> 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 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 2002/201, 37.

<sup>17</sup> Vgl Presseausendung der EU-Kommission vom 18.12.2009, EU-Telekom-Reform: 12 Reformen ebnen den Weg für Stärkung der Verbraucherrechte, ein offenes Internet, einen Telekom-Binnenmarkt und schnelle Internetanschlüsse für alle Bürger, MEMO/09/568 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/568&format=HTML&aged=0&language=DE> (24.7.2010).

<sup>18</sup> Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 2009/337, 37.

Rechte der Bürger - im Folgenden CR-RL)<sup>19</sup> und die Verordnung zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros<sup>20</sup>.

Das Reformpaket bezweckt insbesondere die Stärkung der Verbraucherrechte, die Verbreitung von Breitband-Internetanschlüssen sowie die Förderung eines Binnenmarkts für die Telekommunikation.<sup>21</sup> Die EU-Telekom-Reform ist mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union am 18.12.2009 in Kraft getreten, die Umsetzung der Richtlinien durch die Mitgliedstaaten hat bis zum 25.5.2011 zu erfolgen. Im Folgenden beziehen sich nicht näher bezeichnete Verweise auf die Rahmen-RL, Zugangs-RL, Genehmigungs-RL, Universaldienst-RL und TK-Datenschutz-RL stets auf die neue Fassung.

### **2.1.1. Rahmen-RL**

Mit der Rahmen-RL wird nach deren Art 1 Abs 1 ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste,<sup>22</sup> elektronischer Kommunikationsnetze,<sup>23</sup> zugehöriger Einrichtungen<sup>24</sup> und zugehöriger Dienste<sup>25</sup> sowie

---

<sup>19</sup> Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABI L 2009/337, 11.

<sup>20</sup> Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABI L 2009/337, 1.

<sup>21</sup> Siehe Erwägungsgründe 3 und 9 BR-RL und Erwägungsgründe 32 und 47 CR-RL.

<sup>22</sup> Elektronische Kommunikationsdienste sind in Art 2 lit c Rahmen-RL als gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste definiert, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft iSd Art 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen.

<sup>23</sup> Art 2 lit a Rahmen-RL definiert elektronische Kommunikationsnetze als Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen – einschließlich der

bestimmter Aspekte der Endeinrichtungen zur Erleichterung des Zugangs behinderter Nutzer errichtet. Die Richtlinie legt die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden sowie eine Reihe von Verfahren fest, die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten. Sie gilt jedoch ausschließlich für die Übertragung von Inhalten über elektronische Kommunikationsnetze, während die Dienste, die mit Hilfe elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste erbracht werden, davon unberührt bleiben (Art 1 Abs 2).

In der Rahmen-RL befindet sich die wesentliche Regelung der nationalen Regulierungsbehörden<sup>26</sup> für den gesamten EU-Rechtsrahmen des Telekommunikationsbereichs. Die nationalen Regulierungsbehörden haben unabhängig zu sein und ihnen übertragene Aufgaben unparteiisch, transparent und innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu erfüllen (Art 3).

---

nicht aktiven Netzbestandteile – die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobile terrestrische Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hör- und Fernsehfunks sowie Kabelfernsehnetze, unabhängig von der Art der übertragenen Informationen.

<sup>24</sup> Gem Art 2 lit e Rahmen-RL sind als zugehörige Einrichtungen diejenigen mit einem elektronischen Kommunikationsnetz und/oder einem elektronischen Kommunikationsdienst verbundenen zugehörigen Dienste, physischen Infrastrukturen oder sonstige Einrichtungen oder Komponenten zu verstehen, welche die Bereitstellung von Diensten über dieses Netz und/oder diesen Dienst ermöglichen und/oder unterstützen bzw dazu in der Lage sind; hierzu gehören unter anderem Gebäude oder Gebäudezugänge, Verkabelungen in Gebäuden, Antennen, Türme und andere Trägerstrukturen, Leitungsrohre, Leerrohre, Masten, Einstiegsschächte und Verteilerkästen.

<sup>25</sup> Dies sind gem Art 2 lit ea Rahmen-RL diejenigen mit einem elektronischen Kommunikationsnetz und/oder einem elektronischen Kommunikationsdienst verbundenen Dienste, welche die Bereitstellung von Diensten über dieses Netz und/oder diesen Dienst ermöglichen und/oder unterstützen bzw. dazu in der Lage sind; hierzu gehören unter anderem Systeme zur Nummernumsetzung oder Systeme, die eine gleichwertige Funktion bieten, Zugangsberechtigungssysteme und elektronische Programmführer sowie andere Dienste wie Dienste im Zusammenhang mit Identität, Standort und Präsenz des Nutzers.

<sup>26</sup> Unter nationalen Regulierungsbehörden sind gem Art 2 lit g Rahmen-RL (eine oder mehrere) Stellen zu verstehen, die von einem Mitgliedstaat mit einer der in Rahmen-RL oder den Einzelrichtlinien (Genehmigungs-RL, Zugangs-RL, Universaldienst-RL und die TK-Datenschutz-RL) festgelegten Regulierungsaufgaben beauftragt werden.

Die Mitgliedstaaten haben darüber hinaus gem Art 4 Abs 1 sicherzustellen, dass alle von den Entscheidungen der Regulierungsbehörden betroffenen Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste bei einer unabhängigen Beschwerdestelle einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde ergreifen können.<sup>27</sup> Um in allen Mitgliedstaaten eine kohärente Anwendung der Bestimmungen der Rahmen-RL und der Einzelrichtlinien<sup>28</sup> zu gewährleisten, haben die nationalen Regulierungsbehörden gem Art 7 Abs 2 miteinander und mit der Europäischen Kommission (im Folgenden EU-Kommission) sowie dem GEREK zusammenzuarbeiten.

Die von der Rahmen-RL verfolgten politischen Ziele sind in Art 8 aufgelistet und in drei Gruppen eingeteilt: Förderung des Wettbewerbs (Abs 2), Entwicklung des Binnenmarkts (Abs 3) sowie Förderung der Interessen der Bürger der EU (Abs 4). Interessen der Bürger der EU werden gem Abs 4 beispielsweise gefördert, indem sichergestellt wird, dass alle Bürger Zugang zum Universaldienst haben, ihnen ein weitgehender Verbraucherschutz (insbesondere durch einfache, kostengünstige Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten) sowie ein hohes Datenschutzniveau gewährleistet wird und die Endnutzer in die Lage versetzt werden, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen.

Einen wichtigen Teil der Richtlinie machen die Bestimmungen betreffend Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Art 14 ff) aus. Darüber hinaus regelt die Richtlinie beispielsweise auch die Verwaltung der Frequenzen für elektronische Kommunikationsdienste (Art 9), die Überprüfung von Beschränkungen der Frequenznutzungsrechte (Art 9a), die Übertragung oder Vermietung der Frequenznutzungsrechte (Art 9b), die gemeinsame Unterbringung und gemeinsame Nutzung von Netzbestandteilen und dazugehörigen Einrichtungen durch

---

<sup>27</sup> Diese Stelle muss gem Art 4 Abs 1 Satz 2 Rahmen-RL über angemessenen Sachverstand verfügen, um ihrer Aufgaben wirksam gerecht zu werden. Hat die Beschwerdestelle keinen gerichtlichen Charakter, sind gem Art 4 Abs 2 leg cit ihre Entscheidungen immer schriftlich zu begründen und können von einem Gericht überprüft werden.

<sup>28</sup> Dies sind gem Art 2 lit 1 die Genehmigungs-RL, die Zugangs-RL, die Universaldienst-RL und die TK-Datenschutz-RL.

Provider (Art 12) sowie die Sicherheit und Integrität von Netzen und Diensten (Art 13a und Art 13b).

### **2.1.2. Zugangs-RL**

Die Zugangs-RL harmonisiert die Regulierung des Zugangs<sup>29</sup> zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung<sup>30</sup> durch die Mitgliedstaaten (Art 1 Abs 1). Das Ziel der Richtlinie ist nach deren Art 1 Abs 1 die Schaffung eines Rechtsrahmens für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern<sup>31</sup> und Diensteanbietern, der einen nachhaltigen Wettbewerb und die Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsnetze gewährleistet und die Verbraucherinteressen fördert. Daher legt sie Rechte und Pflichten für Betreiber und Unternehmen fest, die eine

---

<sup>29</sup> Als Zugang gilt gem Art 2 lit a Zugangs-RL die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen zur Erbringung von elektronischen Kommunikationsdiensten, auch bei deren Verwendung zur Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft oder Rundfunkinhaltsdiensten. Dies umfasst unter anderem Folgendes: Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen, wozu auch der feste oder nicht feste Anschluss von Geräten gehören kann (dies beinhaltet insbesondere den Zugang zum Teilnehmeranschluss sowie zu Einrichtungen und Diensten, die erforderlich sind, um Dienste über den Teilnehmeranschluss zu erbringen); Zugang zu physischen Infrastrukturen wie Gebäuden, Leitungsrohren und Masten; Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen, einschließlich Systemen für die Betriebsunterstützung; Zugang zu informationstechnischen Systemen oder Datenbanken für Vorbestellung, Bereitstellung, Auftragserteilung, Anforderung von Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten sowie Abrechnung; Zugang zur Nummernumsetzung oder zu Systemen, die eine gleichwertige Funktion bieten; Zugang zu Fest- und Mobilfunknetzen, insbesondere, um Roaming zu ermöglichen; Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehdienste und Zugang zu Diensten für virtuelle Netze.

<sup>30</sup> Zusammenschaltung ist gem Art 2 lit b Zugangs-RL die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen. Dienste können von den beteiligten Parteien erbracht werden oder von anderen Parteien, die Zugang zum Netz haben. Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen Providern öffentlicher Netze hergestellt.

<sup>31</sup> Ein Betreiber ist gem Art 2 lit c Zugangs-RL als ein Unternehmen zu verstehen, das ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellt oder zur Bereitstellung hiervor befugt ist.

Zusammenschaltung ihrer Netze und zugehöriger Einrichtungen und/oder Zugang hierzu wünschen (Art 1 Abs 2).

Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass für Unternehmen keine Einschränkungen bestehen, die sie daran hindern, in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht untereinander Vereinbarungen über technische oder geschäftliche Zugangs- und/oder Zusammenschaltungsregelungen auszuhandeln (Art 3 Abs 1). Darüber hinaus sind gem Art 4 Abs 1 Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze berechtigt und auf Antrag von Unternehmen, die über eine Allgemeingenehmigung für elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste verfügen,<sup>32</sup> sogar verpflichtet, über die Zusammenschaltung zwecks Erbringung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste zu verhandeln, um die gemeinschaftsweite Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Sofern es zwischen Unternehmen zu keinen privatrechtlichen Vereinbarungen kommt, können nationale Regulierungsbehörden gem Art 5 Abs 1 lit a und lit ab in begründeten Fällen, Unternehmen verpflichten, ihre Netze zusammenzuschalten bzw interoperabel zu machen.

Die nationalen Regulierungsbehörden können Betreibern in Bezug auf die Zusammenschaltung bzw den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen weiters folgende Verpflichtungen auferlegen: Transparenzverpflichtung (Art 9), Gleichbehandlungsverpflichtung (Art 10), Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Art 11), Verpflichtungen in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art 12) und Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Art 13) sowie (als außerordentliche Maßnahme) die Verpflichtung zur funktionellen Trennung (Art 13a)<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Siehe Art 2 Abs 2, 3 und 4 Genehmigungs-RL.

<sup>33</sup> Dabei werden betroffene Unternehmen verpflichtet, ihre Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung der betreffenden Zugangsprodukte auf Vorleistungsebene in einem unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich unterzubringen.

### 2.1.3. Genehmigungs-RL

Ziel der Genehmigungs-RL ist es, durch die Harmonisierung und Vereinfachung der Genehmigungsvorschriften und -bedingungen einen Binnenmarkt für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zu errichten, damit deren Bereitstellung in der ganzen Gemeinschaft erleichtert wird (Art 1 Abs 1). Die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen bzw Kommunikationsdiensten darf gem Art 3 Abs 2 nur von einer Allgemeingenehmigung<sup>34</sup> abhängig gemacht werden.

Der Erwerb der Allgemeingenehmigung kann dabei jedoch nicht an eine ausdrückliche Entscheidung oder einen anderen Verwaltungsakt der nationalen Regulierungsbehörde geknüpft werden, sondern von Unternehmen kann lediglich eine Meldung verlangt werden (Art 3 Abs 2). Neben der Berechtigung zur Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Art 4 Abs 1) erfasst die Allgemeingenehmigung gem Art 4 Abs 2 lit a auch die Berechtigung zur Zusammenschaltung.

Bezüglich der Rechte zur Nutzung von Funkfrequenzen und Nummern können gem Art 5 neben Allgemeingenehmigungen uU auch individuelle Nutzungsrechte erteilt werden (zB zur Sicherstellung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen). Gem Art 6 Abs 1 können Allgemeingenehmigungen ebenso wie individuelle Nutzungsrechte nur von jenen Bedingungen abhängig gemacht werden, die im Anhang der Richtlinie genannt sind.<sup>35</sup>

Diese Bedingungen müssen gem Art 6 Abs 1 nicht-diskriminierend, verhältnismäßig und transparent sein. Erfüllen die Unternehmen die Bedingungen der Allgemeingenehmigung oder individueller Nutzungsrechte nicht, können gem Art 10 Abs 3 angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen getroffen werden, um die Einhaltung sicherzustellen. Im Fall schwerer oder wiederholter Nichterfüllung, wenn die Maßnahmen nach Abs 3 erfolglos

---

<sup>34</sup> Gem Art 2 Abs 2 Genehmigungs-RL ist eine Allgemeingenehmigung der in einem Mitgliedstaat festgelegte rechtliche Rahmen, mit dem gemäß dieser Richtlinie Rechte für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste gewährleistet werden und in dem sektorspezifische Verpflichtungen festgelegt werden, die für alle oder für bestimmte Arten von elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten gelten können.

<sup>35</sup> Die im Anhang genannte Bedingungen sind überaus zahlreich und werden hier daher nicht im Einzelnen dargestellt.

geblieben sind, können nationale Regulierungsbehörden gem Art 10 Abs 5 Unternehmen an weiterer Bereitstellung von Kommunikationsnetzen bzw -diensten hindern oder die Nutzungsrechte aussetzen oder entziehen.

#### **2.1.4. Universaldienst-RL**

Die Universaldienst-RL betrifft die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste für Endnutzer (Art 1 Abs 1). Ihr Ziel ist die Gewährleistung der Verfügbarkeit gemeinschaftsweiter hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste durch wirksamen Wettbewerb und Angebotsvielfalt und die Regelung der Fälle, in denen die Bedürfnisse der Endnutzer durch den Markt nicht ausreichend befriedigt werden können (Art 1 Abs 1). Die Richtlinie begründet die Rechte der Endnutzer und die entsprechenden Pflichten von Unternehmen, die öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitstellen (Art 1 Abs 2). In Bezug auf die Gewährleistung eines Universaldienstes legt sie das Mindestangebot an Diensten mit definierter Qualität fest, zu denen alle Endnutzer (unter Berücksichtigung der spezifischen nationalen Gegebenheiten) zu einem erschwinglichen Preis und unter Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen Zugang haben (Art 1 Abs 2).

Gem Art 3 Abs 1 haben die Mitgliedstaaten die Verfügbarkeit des Universaldienstes zu einem erschwinglichen Preis sicherzustellen. Universaldienst umfasst folgende Leistungen: Bereitstellung des Zugangs zu einem festen Standort und Erbringung von Telefondiensten (Art 4),<sup>36</sup> Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse (Art 5), öffentliche Münz- und Kartentelefone und andere Zugangspunkte für den öffentlichen Sprachtelefondienst (Art 6) sowie Maßnahmen für behinderte Endnutzer (Art 7). Art 8 enthält Regelungen über die Benennung von Unternehmen, die die Erbringung des Universaldienstes gewährleisten.

Um sicherzustellen, dass Universaldienste zu erschwinglichen Preisen angeboten werden, überwachen die nationalen Regulierungsbehörden die Entwicklung und Höhe der Endnutzertarife für Universaldienste (Art 9). Darüber hinaus stellen die nationalen

---

<sup>36</sup> Zu betonen ist, dass gem Art 4 Abs 2 der dem Endnutzer bereitzustellende Anschluss „Gespräche, Telefaxübertragungen und die Datenkommunikation mit Übertragungsraten ermöglichen [muss], die für einen funktionalen Internetzugang ausreichen.“ Ein Anspruch auf einen Breitband-Internetzugang kann jedoch aus der Universaldienst-RL nicht gewonnen werden.

Regulierungsbehörden gem Art 11 Abs 1 sicher, dass Unternehmen, die Universaldienst anbieten, angemessene und aktuelle Informationen über ihre Leistungen bei der Bereitstellung des Universaldienstes veröffentlichen. Diese Informationen sind auch den nationalen Behörden vorzulegen, die insbesondere zusätzliche Qualitätsstandards festlegen können, um die Leistung der Unternehmen bei der Erbringung von Diensten für behinderte Nutzer und Verbraucher zu bewerten (Art 11 Abs 1 und Abs 2).

Art 17 legt einen Rahmen für Regulierungsmaßnahmen fest, die in Bezug auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf bestimmten Endkundenmärkten zu setzen sind.

Kapitel IV der Richtlinie ist den Interessen und Rechten der Endnutzer gewidmet. Art 20 Abs 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die Verbraucher und andere Endnutzer, die dies verlangen, bei der Anmeldung zu Diensten, die die Verbindung mit einem öffentlichen Kommunikationsnetz und/oder öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten bereitstellen, Anspruch auf einen Vertrag mit dem Unternehmen oder den Unternehmen haben, die derartige Dienste und/oder Verbindungen bereitstellen. Darüber hinaus legt Art 20 Abs 1 jene Informationen fest, die im Vertrag jedenfalls enthalten sein müssen.<sup>37</sup> Gem Art 20 Abs 2 haben die Mitgliedstaaten das Recht der Teilnehmer<sup>38</sup> sicherzustellen, bei der Bekanntgabe von Änderungen der Vertragsbedingungen, die von den Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, vorgeschlagen werden, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen. Art 21 enthält Regelungen betreffend Transparenz und Veröffentlichung von Informationen durch Unternehmen und nennt in Abs 3 demonstrativ Informationen, die Unternehmen den Teilnehmern bereitzustellen haben.

---

<sup>37</sup> Darunter fallen zB die Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen, soweit sie im Einklang mit nationalem Recht und Unionsrecht sind, Einzelheiten über Preise und Tarife sowie die Arten von Maßnahmen, mit denen das Unternehmen auf Sicherheits- oder Integritätsverletzungen oder auf Bedrohungen und Schwachstellen reagieren kann.

<sup>38</sup> Teilnehmer ist gem Art 2 lit k Rahmen-RL jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste einen Vertrag über die Bereitstellung derartiger Dienste geschlossen hat.

In Bezug auf die Dienstqualität können die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen, die öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, zur Veröffentlichung vergleichbarer, angemessener und aktueller Endnutzerinformationen über die Qualität ihrer Dienste sowie über die zur Gewährleistung der Gleichwertigkeit beim Zugang für behinderte Endnutzer getroffenen Maßnahmen verpflichten (Art 22 Abs 1). Um eine Verschlechterung der Dienste und eine Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen zu verhindern, haben die Mitgliedstaaten gem Art 22 Abs 3 sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden in der Lage sind, Mindestanforderungen an die Dienstqualität festzulegen. Gem Art 23 ist die möglichst vollständige Verfügbarkeit von Diensten sicherzustellen. Art 23a regelt die Gewährung der Gleichwertigkeit hinsichtlich des Zugangs und der Wahlmöglichkeiten für behinderte Endnutzer.

Weitere in der Richtlinie festgelegte Maßnahmen zum Schutz von Interessen und Rechten der Endnutzer erfassen beispielsweise das Recht der Teilnehmer auf die Eintragung in das öffentlich verfügbare Teilnehmerverzeichnis (Art 25), Erreichbarkeit der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 (Art 26) sowie Erleichterung des Anbieterwechsels und die höchste Mindestdauer der Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen (Art 30).<sup>39</sup>

### **2.1.5. TK-Datenschutz-RL**

Die TK-Datenschutz-RL sieht gem deren Art 1 Abs 1 die Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und

---

<sup>39</sup> Gem Art 30 Abs 4 hat die Übertragung von Rufnummern und deren anschließende Aktivierung so schnell wie möglich zu erfolgen. Für Teilnehmer, die eine Vereinbarung über eine Rufnummernübertragung auf ein anderes Unternehmen geschlossen haben, wird die Rufnummer in jedem Fall innerhalb eines Arbeitstags aktiviert. Art 30 Abs 5 verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste erbringen, keine anfängliche Mindestvertragslaufzeit beinhalten, die 24 Monate überschreitet. Die Mitgliedstaaten stellen gem leg cit ferner sicher, dass die Unternehmen den Nutzern die Möglichkeit anbieten, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von 12 Monaten abzuschließen.

Vertraulichkeit, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>40</sup> im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der Gemeinschaft zu gewährleisten. Sie stellt eine Ergänzung der allgemeinen Datenschutz-RL dar und regelt auch den Schutz der berechtigten Interessen der juristischen Personen (Art 1 Abs 2). Die Richtlinie gilt gem Art 3 für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen, einschließlich jener öffentlichen Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen.

Eine der wichtigsten Bestimmungen der Richtlinie ist Art 5.<sup>41</sup> Die Mitgliedstaaten haben demnach die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten sicherzustellen. Insbesondere ist das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer zu untersagen, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt, es sei denn, dass diese Personen gem Art 15 Abs 1 gesetzlich dazu ermächtigt sind (Art 5 Abs 1).

In Bezug auf Verkehrsdaten<sup>42</sup> sieht die Richtlinie vor, dass sie zu löschen oder zu anonymisieren sind,<sup>43</sup> sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt

---

<sup>40</sup> Personenbezogene Daten sind gem Art 2 lit a Datenschutz-RL alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person ("betroffene Person"); als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind. Gem Art 2 TK-Datenschutz-RL gelten die Begriffsbestimmungen der Datenschutz-RL (Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. ABl L 1995/281, 31) auch für diese Richtlinie.

<sup>41</sup> Ausführlich zu Art 5 siehe Kapitel 3.3.3.1. im Rahmen der Erörterung von Eingriffen in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung.

<sup>42</sup> Verkehrsdaten sind gem Art 2 lit b TK-Datenschutz-RL Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein elektronisches Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden.

werden.<sup>44</sup> Andere Standortdaten<sup>45</sup> als Verkehrsdaten dürfen gem Art 9 Abs 1 nur im zur Bereitstellung von Diensten erforderlichen Maß und innerhalb des dafür erforderlichen Zeitraums verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn die Nutzer oder Teilnehmer ihre Einwilligung gegeben haben. Darüber hinaus enthält die Richtlinie Regelungen über Einzelgebühreennachweis (Art 7), Rufnummernanzeige (Art 8), automatische Anrufweitschaltung (Art 11), Teilnehmerverzeichnisse (Art 12) sowie unerbetene Nachrichten (Art 13).

## 2.2. Nationales Recht

Die Verträge zwischen Providern und Verbrauchern sind als privatrechtliche Verträge primär vor dem Hintergrund des ABGB<sup>46</sup> und des KSchG,<sup>47</sup> ergänzt um die für den Verbraucherschutz relevanten Bestimmungen des TKG 2003,<sup>48</sup> zu betrachten.

In diesem Kapitel wird zunächst die rechtliche Qualifikation des Vertrages über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten erörtert. Darauf folgend werden der telekommunikationsrechtliche Kontrahierungszwang, Anzeige- und Kundmachungspflichten, Rechtsfragen der Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis, Fragen der Geltungs- und Inhaltskontrolle von AGB, die Zulässigkeit einseitiger Vertragsänderungen sowie Informationen, die dem Verbraucher iZm der Anbahnung des

---

<sup>43</sup> Zur technischen Schwierigkeit, personenbezogene Daten zu anonymisieren siehe *Schneier*, Anonymity and the Netflix Dataset, in *Schneier*, *Schneier on Security* (2008) 90.

<sup>44</sup> Verkehrsdaten, die zum Zwecke der Gebührenabrechnung und der Bezahlung von Zusammenschaltungen erforderlich sind, dürfen gem Art 6 Abs 2 verarbeitet werden. Diese Verarbeitung ist nur bis zum Ablauf der Frist zulässig, innerhalb deren die Rechnung rechtlich angefochten oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann.

<sup>45</sup> Standortdaten sind gem Art 2 lit c Daten, die in einem elektronischen Kommunikationsnetz oder von einem elektronischen Kommunikationsdienst verarbeitet werden und die den geographischen Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes angeben.

<sup>46</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946 idF BGBl I 28/2010.

<sup>47</sup> Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG) idF BGBl I 28/2010.

<sup>48</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003) idF BGBl I 50/2010.

Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellt werden müssen, behandelt. Schließlich wird das Streitbeilegungsverfahren nach dem TKG 2003 wegen seiner praktischen Bedeutung dargestellt.<sup>49</sup>

Da sich dieses Kapitel gezielt mit allgemeinen Fragen des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht auseinandersetzt, werden spezifische Rechte der Verbraucher sowie spezifische Pflichten der Provider, die das TKG 2003 in Bezug auf das Vertragsverhältnis normiert, nicht erörtert (zB betreffend Teilnehmerverzeichnisse, Zahlungsverzug des Verbrauchers und Mindestinhalte von AGB).

### **2.2.1. Rechtliche Qualifikation des Vertrages über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten**

Verträge über die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten (im Folgenden Verträge über Telekommunikationsdienste) werden für die Zwecke dieser Arbeit als Verträge definiert, die eine entgeltliche Zurverfügungstellung eines Zugangs zu Telekommunikationsnetzen zwecks Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten durch den Vertragspartner zum Gegenstand haben. Auf Grund der in Kapitel 3. erörterten aktuellen Probleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht liegt der Schwerpunkt dieser Arbeit bei Access-Provider-Verträgen, bei denen dem Verbraucher entgeltlich der Zugang zum Internet gewährt wird.

In Bezug auf die rechtliche Natur des Vertrages über Telekommunikationsdienste findet man in der österreichischen Literatur nur wenige Äußerungen.<sup>50</sup> Der OGH hat sich bisher nur mit der rechtlichen Qualifikation des Mobilfunkvertrages beschäftigt.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Im Jahr 2009 wurden bei der Schlichtungsstelle 4.258 Streitfälle eingebracht, 2008 waren es 5.226. Siehe *RTR-GmbH*, Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle 2009 [http://www.rtr.at/de/komp/STR\\_Bericht2009/STR-Bericht2009.pdf](http://www.rtr.at/de/komp/STR_Bericht2009/STR-Bericht2009.pdf) S 8 (24.7.2010).

<sup>50</sup> Siehe *Philapitsch*, Rechtsnatur des Access-Providervertrages und Verrechnung von Traffic-Limit-Überschreitungen, RdW 2006, 206 (207), wonach die systematische Einordnung des Access-Provider-Vertrages von den jeweiligen konkreten vertraglichen Vereinbarungen abhängt; *Zankl*, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, *ecolex* 2005, 29, der von einer mietvertraglichen Qualifikation des Mobilfunkvertrages

Der Mobilfunkvertrag ist nach der Ansicht des OGH ein Vertrag sui generis mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen.<sup>52</sup> Dazu führte der OGH aus: „Der Netzbetreiber schuldet keinen Erfolg, der in einer erfolgreichen Gesprächsverbindung (oder erfolgreichen SMS-Übermittlung) besteht. Er stellt kein Werk her, weil das vollautomatisierte Netz mit allen technischen Einrichtungen (Funknetz mit Sende- und Empfangsanlagen samt technischen Einrichtungen) schon besteht.“<sup>53</sup> „Die unstrittige [Vollautomation] der bestehenden Netzinfrastruktur erfordert keine Leistungsakte des Betreibers [...]“ und „[d]er wesentliche Leistungsinhalt des Betreibers besteht darin, dass er dem Kunden das gesamte Funknetz samt technischen Einrichtungen, das als unverbrauchbare Gesamtsache iSd § 1090 ABGB zu qualifizieren ist, zum Gebrauch zur Verfügung stellt.“<sup>54</sup> In der Einräumung der Nutzungsrechte dem Verbraucher gegen Entgelt auf Vertragsdauer liegt nach der Auffassung des OGH das prägende Leistungselement iSd Überwiegens eines Elements bei Mischverträgen.<sup>55</sup>

Diese Ausführungen des OGH zur Rechtsnatur des Mobilfunkvertrages gelten mE allgemein für alle Verträge über Telekommunikationsdienste, da in allen Fällen die Hauptleistungspflicht des Providers in der entgeltlichen Überlassung von Infrastruktur zum Gebrauch besteht. Ebenso wie beim Mobilfunkvertrag ist beim Access-Provider-Vertrag das vollautomatisierte Netzwerk bereits gegeben, das der Verbraucher zur Übertragung seiner Daten verwendet. Daher sind alle Verträge über Telekommunikationsdienste iSd Rsp des OGH zu Mobilfunkverträgen als Verträge sui generis mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen anzusehen.

---

ausgeht; *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, *Konsumentenschutzgesetz*<sup>2</sup> (2004) § 15 Rz 5, der die Anwendung des § 15 auf Verträge über Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen und -diensten verneint.

<sup>51</sup> Siehe OGH 21.4.2005, 6 Ob 69/05y.

<sup>52</sup> AaO.

<sup>53</sup> AaO.

<sup>54</sup> AaO verweisend auf *Zankl*, *Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen*, *ecolex* 2005, 29.

<sup>55</sup> OGH 21.4.2005, 6 Ob 69/05y.

### 2.2.2. Kontrahierungszwang

In § 69 Abs 1 TKG 2003 wird festgelegt, dass jedermann berechtigt ist, öffentliche Kommunikationsdienste einschließlich den Universaldienst unter den Bedingungen der veröffentlichten AGB und Entgelte in Anspruch zu nehmen. Provider können daher nur dann einen Vertragsabschluss verweigern, wenn einer der in den AGB genannten Gründe vorliegt. Dieser telekommunikationsrechtliche Kontrahierungszwang des Providers ist daher nicht absolut, sondern besteht nur im Rahmen der veröffentlichten AGB.<sup>56</sup>

Der Provider kann in seinen AGB festlegen, unter welchen Bedingungen er zum Vertragsabschluss bereit ist, wodurch ihm (im Rahmen des gesetzlich Erlaubten) ein nicht zu vernachlässigender Gestaltungsspielraum überlassen wird.<sup>57</sup> Österreichische Provider behalten sich in ihren AGB beispielsweise die Ablehnung des Vertragsabschlusses in Fällen vor, in denen ein begründeter Verdacht des künftigen Missbrauchs von Kommunikationsdiensten gegeben ist,<sup>58</sup> „technische oder wirtschaftliche“ Gründe gegen den Vertragsabschluss sprechen<sup>59</sup> oder wenn Zweifel betreffend die Identität des Kunden bestehen.<sup>60</sup>

§ 69 Abs 1 TKG 2003 normiert zwar einen spezifischen telekommunikationsrechtlichen Kontrahierungszwang, lässt jedoch den Kontrahierungszwang nach allgemeinem Zivilrecht

---

<sup>56</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 207; *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 513; *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> (2004) § 69 Rz 30.

<sup>57</sup> AaO.

<sup>58</sup> Siehe zB Pkt 7.2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für Kommunikationslösungen <http://business.telekom.at/agbs/agb-kommunikationsloesungen.pdf> (24.7.2010); § 2.5.d. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“) für Telekommunikationsdienstleistungen der T-Mobile Austria GmbH [http://t-mobile.at/\\_PDF/AGB/100531\\_AGB\\_T-Mobile.pdf](http://t-mobile.at/_PDF/AGB/100531_AGB_T-Mobile.pdf) (24.7.2010).

<sup>59</sup> Siehe zB § 2.5.d. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“) für Telekommunikationsdienstleistungen der T-Mobile Austria GmbH [http://t-mobile.at/\\_PDF/AGB/100531\\_AGB\\_T-Mobile.pdf](http://t-mobile.at/_PDF/AGB/100531_AGB_T-Mobile.pdf) (24.7.2010).

<sup>60</sup> Siehe zB Pkt 7.2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Telekom Austria für Kommunikationslösungen <http://business.telekom.at/agbs/agb-kommunikationsloesungen.pdf>; Pkt 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH [https://www.orange.at/Content.Node/agbs/Orange\\_AGBs\\_200809.pdf](https://www.orange.at/Content.Node/agbs/Orange_AGBs_200809.pdf) (24.7.2010).

unberührt.<sup>61</sup> Der Kontrahierungszwang nach allgemeinem Zivilrecht greift dann ein, wenn der Provider der einzige für den Verbraucher in Betracht kommende Anbieter von Telekommunikationsdiensten ist und er somit auf ihn angewiesen ist.<sup>62</sup>

### **2.2.3. Informationspflichten des Providers im Zusammenhang mit der Anbahnung eines Vertragsverhältnisses**

Da Verträge über Telekommunikationsdienste typischerweise auch über die Website eines Providers abgeschlossen werden können, werden im Folgenden jene Informationspflichten kurz dargestellt, die mit Vertragsabschlüssen über das Internet verbunden sind. Verträge über Telekommunikationsdienste, die über das Internet abgeschlossen werden, stellen Fernabsatzverträge iSd § 5a KSchG<sup>63</sup> und gleichzeitig auch Verträge über Dienste der Informationsgesellschaft iSd § 3 ECG<sup>64,65</sup> dar. Die Informationspflichten nach beiden

---

<sup>61</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 207 verweisend auf OGH 14.10.1992, 2 Ob 555/92.

<sup>62</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 207 verweisend auf *F. Bydlinski*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in *Adamovich/Pernthaler* (Hrsg), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit: Festschrift für Hans R. Klecatsky, dargeboten zum 60. Lebensjahr (1980) 129 (130 f).

<sup>63</sup> Gem § 5a Abs 1 KSchG sind Vertragsabschlüsse im Fernabsatz solche Vertragsabschlüsse, die unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel geschlossen werden, sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems bedient. Fernkommunikationsmittel sind gem Abs 2 leg cit Kommunikationsmittel, die zum Abschluss eines Vertrages ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien verwendet werden können, insbesondere Drucksachen mit oder ohne Anschrift, Kataloge, Pressewerbungen mit Bestellschein, vorgefertigte Standardbriefe, Ferngespräche mit Personen oder Automaten als Gesprächspartnern, Hörfunk, Bildtelefon, Telekopie, Teleshopping sowie öffentlich zugängliche elektronische Medien, die eine individuelle Kommunikation ermöglichen, wie etwa die elektronische Post.

<sup>64</sup> Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz - ECG) idF BGBl I 152/2001.

<sup>65</sup> Ein Dienst der Informationsgesellschaft ist gem § 3 Z 1 ECG ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst, insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern. Die

Gesetzen sind zu erfüllen, da gem § 9 Abs 4 ECG die Informationspflichten bei Vertragsabschlüssen iSd § 9 Abs 1 und Abs 2 sonstige Informationspflichten unberührt lassen.<sup>66</sup>

Gem § 5c Abs 1 KSchG hat der Provider den Verbraucher *vor*<sup>67</sup> Abgabe seiner Vertragserklärung über grundlegende Informationen zu seiner Person sowie über die zentralen Elemente des Vertrages zu informieren.<sup>68</sup> Gem § 5c Abs 2 KSchG müssen die Informationen iSd Abs 1 leg cit dem Verbraucher klar und verständlich in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise erteilt werden.

Gem § 5d Abs 1 KSchG hat der Verbraucher rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrages eine Bestätigung der Informationen iSd § 5c Abs 1 Z 1 bis 6 leg cit zu erhalten, wenn ihm

---

Übertragungen von Signalen über elektronische Netze sind daher sowohl Dienste der Informationsgesellschaft iSd § 3 Z 1 ECG als auch Telekommunikationsdienste iSd § 3 Z 21 TKG 2003.

<sup>66</sup> Unter sonstigen Informationspflichten iSd § 9 Abs 4 ECG fallen nicht nur zB die Informationspflichten gem §§ 5c und 5d KSchG, sondern auch Informationspflichten aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis. Siehe *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 9 Rz 144.

<sup>67</sup> Diese Informationen sind nach Materialien dem Verbraucher vor dem Vertragsabschluss zur Verfügung zu stellen, damit er sich, bevor er seine Bestellung aufgibt, einen umfassenden Überblick über seinen Vertragspartner, über die Einzelheiten der Leistung und insbesondere über den Preis und die Kosten verschaffen kann. Sie erleichtern dem Verbraucher auch den Vergleich mit anderen Angeboten. Siehe EBRV 1998 BlgNR 20. GP 22.

<sup>68</sup> Folgende Informationen sind gem § 5c Abs 1 KSchG dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen:

1. Name (Firma) und ladungsfähige Anschrift des Unternehmers,
2. die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung,
3. den Preis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern,
4. allfällige Lieferkosten,
5. die Einzelheiten der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung,
6. das Bestehen eines Rücktrittsrechts, außer in den Fällen des § 5f,
7. die Kosten für den Einsatz des Fernkommunikationsmittels, sofern sie nicht nach dem Grundtarif berechnet werden,
8. die Gültigkeitsdauer des Angebots oder des Preises sowie
9. die Mindestlaufzeit des Vertrages, wenn dieser eine dauernde oder wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat.

diese nicht bereits vor Vertragsabschluss übermittelt wurden.<sup>69</sup> Zudem sind dem Verbraucher gem § 5d Abs 2 KSchG Informationen über die Einzelheiten seines Rücktritts- und Kündigungsrechts sowie Informationen, die zur Beseitigung von Leistungsstörungen erforderlich sind, zu übermitteln.<sup>70</sup>

Der Provider hat bei Vertragsabschlüssen den Verbraucher gem § 9 Abs 1 und Abs 2 ECG vor Abgabe seiner Vertragserklärung über die technischen Einzelheiten der Vertragserklärung, über die Möglichkeit den Vertragstext zu speichern, über die möglichen Vertragssprachen sowie über für ihn verbindliche Verhaltenskodizes zu informieren.<sup>71</sup> Die Informationen iSd § 9 Abs 1 und Abs 2 ECG können gem § 9 Abs 3 leg cit nicht zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden. Für Verträge, die ausschließlich mittels eines

---

<sup>69</sup> Die Bestätigung ist schriftlich oder auf einem dem Verbraucher verfügbaren dauerhaften Datenträger zu übermitteln. Ein dauerhafter Datenträger ist beispielsweise eine DVD, aber auch eine E-Mail, wenn der Verbraucher die gesendeten Informationen ohne besonderen Aufwand lesen, speichern und ausdrucken kann. Siehe EBRV 1998 BlgNR 20. GP 24; Mayer in *Kosesnik-Wehrle* ua, *Konsumentenschutzgesetz*<sup>2</sup> (2004) § 5d Rz 1.

<sup>70</sup> Dem Verbraucher sind gem § 5d Abs 2 KSchG folgende Angaben mitzuteilen:

1. Informationen über die Bedingungen und die Einzelheiten der Ausübung des Rücktrittsrechts nach § 5e, einschließlich der in § 5f Z 1 genannten Fälle,
2. die geographische Anschrift der Niederlassung des Unternehmers, bei der der Verbraucher allfällige Beanstandungen vorbringen kann,
3. Informationen über den Kundendienst und die geltenden Garantiebedingungen sowie,
4. bei unbestimmter oder mehr als einjähriger Vertragsdauer die Kündigungsbedingungen.

Die Informationen sind schriftlich oder auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln. Zu dauerhaften Datenträger siehe die vorangegangene FN.

<sup>71</sup> Der Verbraucher ist gem § 9 Abs 1 ECG über Folgendes klar, verständlich und eindeutig zu informieren:

1. die einzelnen technischen Schritte, die zu seiner Vertragserklärung und zum Vertragsabschluss führen,
2. den Umstand, ob der Vertragstext nach Vertragsabschluss vom Diensteanbieter gespeichert wird sowie gegebenenfalls den Zugang zu einem solchen Vertragstext,
3. die technischen Mittel zur Erkennung und Berichtigung von Eingabefehlern vor Abgabe der Vertragserklärung sowie,
4. die Sprachen, in denen der Vertrag abgeschlossen werden kann.

Gem Abs 2 leg cit hat der Diensteanbieter die freiwilligen Verhaltenskodizes, denen er sich unterwirft, und den elektronischen Zugang zu diesen Kodizes anzugeben.

E-Mails oder eines vergleichbaren individuellen Kommunikationsmittels abgeschlossen werden, gelten diese Informationspflichten jedoch nicht (§ 9 Abs 3 ECG).<sup>72</sup>

Darüber hinaus ist der Provider gem § 5 Abs 1 ECG verpflichtet, zumindest Informationen über seine Person sowie seine Kontaktdaten *ständig* leicht und unmittelbar zugänglich<sup>73</sup> zur Verfügung zu stellen (§ 5 Abs 1 ECG).<sup>74</sup> Gibt der Provider Preise an, hat er sie gem § 5 Abs 2 ECG so anzuführen, dass sie leicht gelesen und zugeordnet werden können.

Sowohl ein Verstoß gegen die allgemeinen Informationspflichten nach § 5 Abs 1 ECG als auch ein Verstoß gegen die Informationspflichten gem § 9 Abs 1 leg cit bzw gegen die Pflicht zur Angabe des Zugangs zu den freiwilligen Verhaltenskodizes iSd § 9 Abs 2 leg cit stellt eine Verwaltungsübertretung dar, die mit Geldstrafe bis zu EUR 3.000 zu ahnden ist (§ 26 Abs 1 Z 1 bzw 3 ECG).

---

<sup>72</sup> Die Ausnahme von der Informationspflicht wird vorgesehen, da sich solche Vertragsabschlüsse nicht wesentlich von Vertragsabschlüssen per Post unterscheiden. Informationen über die technischen Schritte des Vertragsabschlusses sind mangels Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers nicht erforderlich, wenn sich der Verbraucher beim Vertragsabschluss eines E-Mail-Clients bedient, mit dem er vertraut ist. Siehe *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 9 Rz 14.

<sup>73</sup> Leicht und unmittelbar zugänglich sind Informationen, wenn sie auf der Website leicht auffindbar platziert sind und technisch unkompliziert abgerufen werden können. Siehe EBRV 817 BlgNR 21. GP 23; *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 5 Rz 6; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 5 Rz 98.

<sup>74</sup> Gem § 5 Abs 1 ECG hat der Provider folgende Informationen verfügbar zu machen:

1. seinen Namen oder seine Firma,
2. die geografische Anschrift, unter der er niedergelassen ist,
3. Angaben, auf Grund deren die Nutzer mit ihm rasch und unmittelbar in Verbindung treten können, einschließlich seiner elektronischen Postadresse,
4. sofern vorhanden, die Firmenbuchnummer und das Firmenbuchgericht,
5. soweit die Tätigkeit einer behördlichen Aufsicht unterliegt, die für ihn zuständige Aufsichtsbehörde,
6. bei einem Diensteanbieter, der gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften unterliegt, die Kammer, den Berufsverband oder eine ähnliche Einrichtung, der er angehört, die Berufsbezeichnung und den Mitgliedstaat, in dem diese verliehen worden ist, sowie einen Hinweis auf die anwendbaren gewerbe- oder berufsrechtlichen Vorschriften und den Zugang zu diesen,
7. sofern vorhanden, die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer.

#### 2.2.4. Anzeige- und Kundmachung von AGB und Entgeltbestimmungen

Der österreichische Gesetzgeber hat eine Definition der AGB nicht vorgenommen. In der Lehre und der Rsp des OGH wird jedoch die im deutschen BGB enthaltene Definition allgemein akzeptiert.<sup>75</sup> Danach sind AGB „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“<sup>76</sup>

Die Provider haben gem § 25 Abs 1 TKG 2003 AGB zu erlassen, in welchen auch die angebotenen Dienste beschrieben werden (Leistungsbeschreibungen)<sup>77</sup>, sowie die dafür vorgesehenen Entgeltbestimmungen festzulegen. Leistungsbeschreibungen sind zwar ein Teil der AGB, jedoch müssen sie sich nicht im selben Dokument wie der Rest der AGB

---

<sup>75</sup> Siehe OGH 23.4.2008, 7 Ob 89/08a; 17.11.2004, 7 Ob 207/04y; *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>2</sup> (2006) § 864a Rz 1; *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 4; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 1; *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (1986) § 864a ABGB Rz 25 ff.

<sup>76</sup> § 305 BGB.

<sup>77</sup> Zu erläutern sind in den Leistungsbeschreibungen mindestens der angebotene Dienst und seine Qualität, die Frist bis zum erstmaligen Anschluss bzw zur erstmaligen Freischaltung und die Arten der angebotenen Wartungsdienste (§ 25 Abs 4 Z 2 TKG 2003). Die Dienstqualität wird bei Telefondiensten oft durch prozentuelle Verfügbarkeit beschrieben. Siehe zB Pkt B.1. der Leistungsbeschreibung für aonMobil der Telekom Austria <http://business.telekom.at/agbs/lb-aonmobil.pdf> (24.7.2010); Pkt 10.2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Hutchison 3G Austria GmbH für Telekommunikationsdienste und damit in Zusammenhang stehende Leistungen [http://www.drei.at/portal/media/960/metadanavigation/agbs/AGBII\\_Sept2008\\_layouted.pdf](http://www.drei.at/portal/media/960/metadanavigation/agbs/AGBII_Sept2008_layouted.pdf) (24.7.2010). Bei Internetdiensten kann zur Qualitätsbeschreibung auch das „Best-Effort-Prinzip“ herangezogen. Siehe zB UPC Internet Entgeltbestimmungen und Leistungsbeschreibungen der UPC Telekom Wien GmbH [http://www.upc.at/pdf/EB\\_LB\\_FiberPower\\_chello.pdf](http://www.upc.at/pdf/EB_LB_FiberPower_chello.pdf) (24.7.2010).

befinden.<sup>78</sup> Obwohl der Wortlaut der Bestimmung des § 25 Abs 1 TKG 2003 vom „Erlassen“ von AGB spricht, stellt dies keine Abweichung vom allgemeinen Grundsatz des Zivilrechts dar, wonach Geltung von AGB einer Vereinbarung der Vertragsparteien bedarf.<sup>79</sup>

Gem § 25 Abs 1 TKG 2003 sind AGB und Entgeltbestimmungen vor der Aufnahme des Dienstes der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Provider haben der Regulierungsbehörde die AGB und die Entgeltbestimmungen gem Abs 7 leg cit in der von ihr vorgegebenen elektronischen Form zu übermitteln.<sup>80</sup>

Im TKG 2003 wird die geeignete Form der Kundmachung iSd § 25 Abs 1 nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Nach der Ansicht der Regulierungsbehörde reicht die Veröffentlichung von AGB auf der Website des Providers als geeignete Kundmachungsform aus.<sup>81</sup> Die AGB müssen den Kunden während der gesamten Vertragsdauer zugänglich sein.<sup>82</sup> Ebenso wenig wie das „Erlassen“ von AGB und Entgeltbestimmungen ersetzen ihre Anzeige und

---

<sup>78</sup> Siehe zB *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (140) verweisend auf *Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“ (Teil I), MR 2003, 273 (278). Manche österreichische Provider stellen ihre Leistungsbeschreibungen nicht in einem als AGB, sondern als „LB“ (Leistungsbeschreibung) bezeichneten Dokument zur Verfügung. Siehe zB Geschäftsbedingungen der Telekom Austria, <http://business.telekom.at/agbs/geschaeftsbedingungen.php> und Geschäftsbedingungen der UPC Telekabel Wien GmbH, [http://www.upc.at/ueber\\_upc/agb/](http://www.upc.at/ueber_upc/agb/) (24.7.2010). Bei anderen Providern sind die Leistungsbeschreibungen ein Teil des als AGB bezeichneten Dokuments. Siehe zB Allgemeine Geschäftsbedingungen für Telekommunikationsdienstleistungen der T-Mobile Austria GmbH, [http://t-mobile.at/\\_PDF/AGB/100531\\_AGB\\_T-Mobile.pdf](http://t-mobile.at/_PDF/AGB/100531_AGB_T-Mobile.pdf) (24.7.2010).

<sup>79</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 214. Zur Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis des Providers und des Verbrauchers siehe Kapitel 2.2.5.

<sup>80</sup> Dies ist in der Praxis E-Mail. Siehe [http://www.rtr.at/de/tk/AGB\\_EB](http://www.rtr.at/de/tk/AGB_EB) (24.7.2010). Die RTR veröffentlicht gem § 25 Abs 7 TKG 2003 auf ihrer Website ihr angezeigte AGB und Entgeltbestimmungen. Siehe <http://www.rtr.at/de/tk/AGB> (24.7.2010).

<sup>81</sup> Siehe zB *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 215; *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 93.

<sup>82</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 215; *Vartian*, Telekommunikationsrecht (2004) § 25 FN 111.

Kundmachung gem § 25 Abs 1 TKG 2003 das Erfordernis der Vereinbarung der Geltung von AGB nach allgemeinem Zivilrecht.<sup>83</sup>

Unterlässt der Provider die Anzeige seiner AGB und Entgeltbestimmungen, begeht er gem § 109 Abs 4 Z 3 TKG 2003 eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Geldstrafe bis zu EUR 58.000,- zu ahnden ist.

Änderungen der AGB und der Entgeltbestimmungen unterliegen gem § 25 Abs 2 TKG 2003 ebenso einer Anzeige- und Kundmachungspflicht. Diese Pflicht sowie Rechtsfragen iZm Änderungen von AGB werden wegen ihrer großen praktischen Bedeutung gesondert in Kapitel 2.2.10. ausführlich erörtert.

### **2.2.5. Die Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis**

Wie bereits erörtert, normiert § 25 Abs 1 TKG 2003 keine Ausnahme von Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts, wonach Verwendung von AGB zwischen Providern und ihren Kunden vereinbart werden muss damit diese Vertragsbestandteil werden.<sup>84</sup> Die Vereinbarung der Geltung von AGB für ein Vertragsverhältnis kann ausdrücklich oder schlüssig erfolgen.<sup>85</sup>

Zur schlüssigen Vereinbarung genügt es nach der stRsp des OGH, wenn der Unternehmer vor dem Abschluss des Vertrages erklärt, nur zu seinen AGB kontrahieren zu wollen, und sich der Geschäftspartner daraufhin mit ihm einlässt; andernfalls darf eine stillschweigende Unterwerfung des Kunden nur dann angenommen werden, wenn ihm deutlich erkennbar ist, dass der Unternehmer nur zu seinen AGB abschließen will, und er überdies wenigstens die Möglichkeit hat, vom Inhalt dieser Bedingungen Kenntnis zu nehmen.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> *Damjanovic*, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 215; *Parschalk*, Telekommunikationsrecht (2006) 94; *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 504.

<sup>84</sup> Siehe Kapitel 2.2.4.

<sup>85</sup> StRsp des OGH. Siehe OGH 16.4.2004, 1 Ob 30/04z; 8.5.2003, 2 Ob 86/03s; 27.3.2003, 2 Ob 43/03t ua. Siehe auch zB *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>2</sup> (2006) § 864a Rz 1; *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 23; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 2a.

<sup>86</sup> OGH 22.1.2009, 2 Ob 159/08h; 23.10.2006, 7 Ob 231/06f; 16.4.2004, 1 Ob 30/04z ua.

Für die Vereinbarung reicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB aus, während tatsächliche Kenntnis nicht erforderlich ist.<sup>87</sup> Damit das Erfordernis der Möglichkeit der Kenntnisnahme erfüllt wird, müssen die AGB für den Verbraucher sowohl vor als auch nach dem Vertragsabschluss kostenlos verfügbar sein.<sup>88</sup> Weiters muss der Verbraucher die für ihn geltenden AGB „identifizieren“ können.<sup>89</sup> Die Veröffentlichung von AGB durch die Regulierungsbehörde auf ihrer Website<sup>90</sup> befreit den Provider nicht von seiner Pflicht, Verbrauchern seine AGB selbst zur Verfügung zu stellen und ihnen die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu geben.<sup>91</sup>

Bei Abschlüssen von Verträgen über Telekommunikationsdienste über das Internet, ist für einen Hinweis des Providers auf die Verwendung seiner AGB nach hA erforderlich, dass die AGB auf der Website des Providers deutlich sichtbar platziert werden und dass sie der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung abrufen kann.<sup>92</sup> Wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung erst nach manuellem Markieren einer „Checkbox“, die auf die AGB des Providers verweist, abgeben kann,<sup>93</sup> liegt mE jedenfalls ein ausreichender Hinweis auf die AGB vor. Dadurch wird dem Verbraucher deutlich zur Kenntnis gebracht, dass der Provider nur unter Verwendung eigener AGB zum Vertragsabschluss bereit ist. Hingegen ist es nicht

---

<sup>87</sup> StRsp des OGH. Siehe OGH 27.3.2003, 2 Ob 43/03t; 18.9.2002, 9 Ob 212/02w; 22.10.1999, 1 Ob 145/99a ua. Kritisch zur Voraussetzung der Möglichkeit der Kenntnisnahme bei ausdrücklicher oder hinreichend deutlicher Unterwerfung des Vertragspartners unter die AGB *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 2a.

<sup>88</sup> *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 31.

<sup>89</sup> Hierbei ist insbesondere an Fälle zu denken, in denen für unterschiedliche Verbraucher abhängig vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unterschiedliche AGB gelten. Siehe *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 30.

<sup>90</sup> Vgl § 25 Abs 7 TKG 2003.

<sup>91</sup> Auch so *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 214 in FN 1102.

<sup>92</sup> Siehe *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 11 Rz 5; *Fallenböck*, Internet und Internationales Privatrecht (2001) 87f; *Zankl*, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, NZ 2001, 288 (290); *Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505 (507); *Schauer*, Electronic Commerce in der EU (1999) 114.

<sup>93</sup> Wie zB bei der Bestellung des Internetanschlusses „Super FIT“ von UPC Telekabel Wien GmbH auf <http://www.upc.at/produktpakete/lps/sommerfit/?camp=sem-sommerfit&size=hpanim&site=hp> (24.7.2010).

erforderlich, dass der Provider seine Website so gestaltet, dass die Durchführung einer Bestellung erst nach dem tatsächlichen Einblick in die AGB möglich ist.<sup>94</sup>

Für die Einbeziehung der AGB bei Vertragsabschlüssen über das Internet wird in österreichischer Literatur neben dem Hinweis auf die Verwendung der AGB zusätzlich auch die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von deren Inhalt verlangt.<sup>95</sup> Für die Beurteilung der Zumutbarkeit sind demnach vor allem die Gestaltung und der Umfang der AGB maßgebend.<sup>96</sup> Die AGB sind daher in einer leicht lesbaren Schriftgröße abzufassen.<sup>97</sup> Hinsichtlich des zumutbaren Umfangs von AGB ist es hA, dass Online-AGB generell nicht lang sein sollten.<sup>98</sup> Das Erfordernis der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB ist mE abzulehnen, da im Zeitalter von e-Books, Online-Zeitungen und Blogs kein Grund besteht, Online-AGB anders zu behandeln, als AGB in Papierform.

Von der Einbeziehung von AGB bei Vertragsabschlüssen über das Internet ist deren Speicherbarkeit und Reproduzierbarkeit gem § 11 ECG<sup>99</sup> zu trennen. Denn die Frage, ob

---

<sup>94</sup> Wie vorgeschlagen in *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg), *Privatrechtsfragen des e-commerce* (2003) 30; *Blume/Hammerl*, *E-Commerce-Gesetz ECG* (2002) § 11 Rz 5; *Tangl*, Leitfaden für die Einbeziehung elektronischer AGB, *ecolex* 2001, 896 (898).

<sup>95</sup> Das Erfordernis der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme des Inhalts von AGB hat seinen Ursprung in § 305 BGB, wird jedoch von der hA in Österreich als eine Voraussetzung für die Einbeziehung von online-AGB in das Vertragsverhältnis angesehen. Siehe *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg), *Privatrechtsfragen des e-commerce* (2003) 30 f; *Blume/Hammerl*, *E-Commerce-Gesetz ECG* (2002) § 11 Rz 6; *Fallenböck*, *Internet und Internationales Privatrecht* (2001) 88; *Schauer*, *Electronic Commerce in der EU* (1999) 115.

<sup>96</sup> AaO.

<sup>97</sup> Siehe *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg), *Privatrechtsfragen des e-commerce* (2003) 30 f; *Blume/Hammerl*, *E-Commerce-Gesetz ECG* (2002) § 11 Rz 6; *Schauer*, *Electronic Commerce in der EU* (1999) 115.

<sup>98</sup> Siehe zB *Zanger/Schöll*, *Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>* (2004) § 25 Rz 69; *Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg), *Privatrechtsfragen des e-commerce* (2003) 30; *Blume/Hammerl*, *E-Commerce-Gesetz ECG* (2002) § 11 Rz 6; *Schauer*, *Electronic Commerce in der EU* (1999) 115 jeweils mwN.

<sup>99</sup> Gem § 11 ECG hat ein Diensteanbieter die Vertragsbestimmungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Nutzer so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und wiedergeben kann.

AGB gespeichert und wiedergegeben werden können, berührt nicht die Vereinbarung deren Verwendung nach allgemeinem Zivilrecht.<sup>100</sup> Wenn also AGB auf der Website des Providers versteckt sind, so dass sie Verbraucher nicht finden und von deren Inhalt nicht Kenntnis erlangen kann, werden sie nicht Vertragsbestandteil auch wenn sie speicher- und reproduzierbar sind.<sup>101</sup> Falls der Provider jedoch gegen § 11 ECG verstößt, begeht er gem § 26 Abs 1 Z 5 ECG eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu EUR 3.000 zu bestrafen ist.

### **2.2.6. Geltungskontrolle von AGB (§ 864a ABGB)**

Nur wenn Einbeziehung von AGB in das Vertragsverhältnis wirksam vereinbart wurde (siehe Kapitel 2.2.5.), kann eine Geltungskontrolle einzelner AGB-Klauseln vorgenommen werden.<sup>102</sup> Gem § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte. Dies gilt nicht, wenn ein Vertragsteil den anderen besonders auf die Bestimmung(en) hingewiesen hat. Der Geltungskontrolle unterliegen sowohl Nebenabreden als auch Vertragsbestimmungen betreffend Hauptpflichten.<sup>103</sup> Zwar ist § 864a ABGB nicht nur auf Verbrauchergeschäfte anwendbar, jedoch spielt die Verbrauchereigenschaft bei der Geltungskontrolle eine bedeutende Rolle, da für Verbraucher und Unternehmer unterschiedliche Sorgfaltsmaßstäbe heranzuziehen sind.<sup>104</sup>

Nach der Rsp des OGH ist die Ungewöhnlichkeit eines Inhaltes nach dem Gesetzestext objektiv zu verstehen und die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim

---

<sup>100</sup> *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 11 Rz 3; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 11 Rz 163.

<sup>101</sup> *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 11 Rz 163.

<sup>102</sup> *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 3, 22.

<sup>103</sup> Siehe zB *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 35; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 4 beide verweisend auf OGH 20.3.1991, 1 Ob 520/91.

<sup>104</sup> *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 44; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 4 jeweils mwN.

betreffenden Geschäftstyp zu orientieren.<sup>105</sup> Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen.<sup>106</sup> Dieses streng objektive Verständnis der Ungewöhnlichkeit wird jedoch aus allgemeinen vertrauenstheoretischen Gründen dahingehend relativiert, dass eine Vertragsklausel auch dann nicht Vertragsbestandteil wird, wenn sie im konkreten Einzelfall aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners als für den anderen Vertragspartner überraschend anzusehen ist.<sup>107</sup>

Bei der Beurteilung einer Klausel nach § 864a ABGB ist nach der Rsp des OGH neben ihrem Inhalt auch ihre Einordnung in den AGB maßgebend.<sup>108</sup> Die betroffene Klausel darf nicht im Vertragstext so „versteckt“ sein, dass sie ein durchschnittlich sorgfältiger Vertragspartner dort nicht vermutet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte.<sup>109</sup> Bei der Beurteilung, ob der Vertragspartner mit der betreffenden Vertragsklausel zu rechnen brauchte, ist neben dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde auch auf Umstände wie zB die Verwendung von AGB in langjährigen Vertragsbeziehungen<sup>110</sup> oder mündliche Zusagen<sup>111</sup> Bedacht zu nehmen.

§ 864a ABGB setzt Nachteiligkeit der betroffenen Klausel voraus. Ob Nachteiligkeit anzunehmen ist, wird am Maßstab eines redlichen Vertragspartners im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bemessen (objektive ex ante Betrachtung).<sup>112</sup> Subjektive Elemente spielen bei der Prüfung der Nachteiligkeit einer Klausel nur dann eine Rolle, wenn sie dem

---

<sup>105</sup> OGH 19.5.2009, 3 Ob 12/09z; 19.10.2005, 7 Ob 216/05y; 15.11.1990, 7 Ob 33/90 ua.

<sup>106</sup> AaO.

<sup>107</sup> *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 5. Dieser Ansicht folgend zB OGH 14.6.1995, 7 Ob 1/95; 27.6.1991, 8 Ob 14/91; 15.11.1990, 7 Ob 33/90.

<sup>108</sup> OGH 2.7.2009, 6 Ob 57/08p; 17.12.2008, 6 Ob 241/07w; 11.3.2008, 4 Ob 5/08a ua.

<sup>109</sup> OGH 2.7.2009, 6 Ob 57/08p; 11.3.2008, 4 Ob 5/08a; 19.10.2005, 7 Ob 216/05y ua.

<sup>110</sup> Siehe zB OGH 14.10.2008, 8 Ob 93/08x.

<sup>111</sup> *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 46 verweisend auf OGH 26.4.1989, 3 Ob 512/89.

<sup>112</sup> Siehe zB *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 6 verweisend auf *Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 449 (449 f).

Verwender von AGB erkennbar waren.<sup>113</sup> Nach der Rsp des OGH sind von § 864a ABGB alle für den Kunden nachteiligen Klauseln erfasst und eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt.<sup>114</sup>

## **2.2.7. Inhaltskontrolle von AGB**

### **2.2.7.1. Allgemeines Zivilrecht (§ 879 Abs 3 ABGB)**

AGB gelten zwar nur kraft Vereinbarung der Vertragsparteien, jedoch sind Verbraucher oft gezwungen, der Verwendung für sie nachteiliger AGB zuzustimmen, da Unternehmer der jeweiligen Branche oft sehr ähnliche bzw gleiche AGB vorsehen. Dies ist insbesondere in der Telekommunikationsbranche der Fall. Um den Missbrauch der Privatautonomie durch das Aufzwingen nachteiliger Vertragsklauseln zu verhindern,<sup>115</sup> sieht § 879 Abs 3 ABGB vor, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

Bei der Inhaltskontrolle ist nach der stRsp des OGH objektiv auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen und für diesen Zeitpunkt eine umfassende, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigende Interessenprüfung vorzunehmen.<sup>116</sup> Benachteiligungen des Vertragspartners können sich insbesondere aus Abweichungen vom dispositiven Recht oder aus dem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen ergeben.<sup>117</sup>

Für die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB sind nur gröbliche Benachteiligungen relevant. Bei der Beurteilung der Gröblichkeit der Benachteiligung ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden:

---

<sup>113</sup> Siehe zB *Lehofer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 48 verweisend auf *Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (1986) § 864a ABGB Rz 62.

<sup>114</sup> OGH 2.7.2009, 6 Ob 57/08p; 19.5.2009, 3 Ob 12/09z; 11.3.2008, 4 Ob 5/08a.

<sup>115</sup> *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 231.

<sup>116</sup> OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a; 12.12.2007, 7 Ob 202/07t; 13.9.2006, 3 Ob 122/05w ua.

<sup>117</sup> Siehe zB *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 240 verweisend auf OGH 22.2.1984, 1 Ob 513/84 und 13.4.1983, 1 Ob 581/83.

Erstens kann der Gesetzgeber durch dispositives Recht selbst festlegen, wie die Interessen der Vertragsparteien zu gewichten sind.<sup>118</sup> In solchen Fällen ist die Gröblichkeit insbesondere dann anzunehmen, wenn die Abweichung vom dispositiven Recht unangemessen ist, dh vor allem wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist.<sup>119</sup>

Zweitens gibt es Fälle, in denen der Gesetzgeber eine derartige Gewichtung nicht vorgenommen hat.<sup>120</sup> Eine Vertragsbestimmung ist in diesem Fall gröblich benachteiligend, wenn die Positionen der Vertragsparteien in einem auffallenden Missverhältnis iSd § 879 Abs 2 Z 4 ABGB stehen.<sup>121</sup>

### **2.2.7.2. Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde**

Gem § 25 Abs 6 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde<sup>122</sup> den ihr gem § 25 Abs 1 und 2 leg cit angezeigten AGB<sup>123</sup> innerhalb von acht Wochen widersprechen, wenn diese dem TKG 2003, den auf dessen Grundlage erlassenen Verordnungen, §§ 879 und 864a ABGB oder §§ 6 und 9 KSchG widersprechen.<sup>124</sup> Die Zuständigkeiten zur Überprüfung der AGB nach anderen Rechtsvorschriften bleiben hierbei unberührt.

Nach der Rsp des VwGH stellt „[d]ie aufsichtsbehördliche Prüfung von G[e]schäftsbedingungen [...] ein zur (in der Regel nachlaufenden) Klauselkontrolle durch die Zivilgerichte komplementäres Instrument dar, durch das sichergestellt werden soll, dass die auf dem Markt verwendeten Geschäftsbedingungen gewissen Mindestanforderungen gerecht werden.“<sup>125</sup> Laut VwGH obliegt es daher der Regulierungsbehörde „[z]ur Abwendung von

---

<sup>118</sup> *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 240, 242 mwN.

<sup>119</sup> AaO.

<sup>120</sup> *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 242.

<sup>121</sup> AaO.

<sup>122</sup> Gem § 117 Z 3 TKG ist dies die Telekom-Control-Kommission (TKK).

<sup>123</sup> Entgeltbestimmungen sind hingegen nicht Gegenstand der Kontrolle gem § 25 Abs 6 TKG 2003. Siehe zB *Polster in Stratil* ua (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003<sup>3</sup> (2004) § 25 Anm 9.

<sup>124</sup> Vgl idZ auch die Entscheidung des VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066, wonach auch „Kernfragen des Zivilrechts“ einer verwaltungsrechtlichen Kontrolle zugänglich sind.

<sup>125</sup> VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066. Zur „doppelten“ AGB-Kontrolle durch die Regulierungsbehörde und Zivilgerichte siehe Kapitel 2.2.7.3.

Nachteilen für Kunden durch einen unangemessenen Vertragsinhalt [...], eigenständig eine Würdigung der vorgelegten Geschäftsbedingungen vorzunehmen und deren Vereinbarkeit mit den in § 25 Abs. 6 TKG 2003 genannten Rechtsvorschriften zu prüfen.“<sup>126</sup>

Der Prüfungsmaßstab gem § 25 Abs 6 TKG 2003 ist abschließend festgelegt.<sup>127</sup> Nach der Rsp des VwGH ist bei der Ausübung des Widerspruchsrechts der Regulierungsbehörde, wie im Falle der präventiven Klauselkontrolle durch die Zivilgerichte aus Anlass von Verbandsklagen nach dem II. Hauptstück des KSchG, die „kundenfeindlichste (objektive) Auslegung der Vertragsbedingungen heranzuziehen.“<sup>128</sup> Der Widerspruch erfolgt mittels Bescheid.<sup>129</sup>

Ein Widerspruch der Regulierungsbehörde hat zur Folge, dass die beanstandete Klausel vom Provider nicht verwendet werden darf.<sup>130</sup> Der Widerspruch bezieht sich nur auf die konkrete rechtswidrige Vertragsbestimmung, während die Verwendung unbeanstandeter Klauseln zulässig bleibt.<sup>131</sup> Verwendet der Provider trotz Widerspruchs die beanstandete Klausel, stellt dies einen Verstoß gegen einen Bescheid dar, der gem § 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 mit einer

---

<sup>126</sup> VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066.

<sup>127</sup> Zanger/Schöll, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> (2004) § 25 Rz 64; Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (146).

<sup>128</sup> Siehe VwGH 3.9.2008, 2008/03/0125; 31.1.2005, 2004/03/0066. Auch so Parschalk ua, Telekommunikationsrecht (2006) 96 in FN 336 verweisend auf Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 100.

<sup>129</sup> Denn gem § 121 Abs 1 TKG 2003 hat die TKK, sofern das TKG 2003 nichts anderes bestimmt, Verfahren nach dem AVG durchzuführen. Für das Widerspruchsverfahren nach § 25 TKG 2003 wird keine derartige anderweitige Regelung getroffen. Siehe auch Parschalk ua, Telekommunikationsrecht (2006) 96, 234. In Angelegenheiten innerhalb ihrer Zuständigkeit entscheidet die TKK gem § 121 Abs 5 TKG 2003 in oberster Instanz. Gegen deren Entscheidungen kann Beschwerde an den VwGH erhoben werden.

<sup>130</sup> Damjanovic ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 218 in FN 1116 verweisend auf VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066; Parschalk ua, Telekommunikationsrecht (2006) 97; Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (148); Ruhle ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 511 f.

<sup>131</sup> Damjanovic ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 217 f.

Verwaltungsstrafe bis zu EUR 8.000 bedroht ist.<sup>132</sup> Darüber hinaus könnte die Vereinbarung einer beanstandeten Vertragsklausel entsprechend dem Zweck des § 25 TKG 2003 auch als gesetzwidrig iSd § 879 Abs 1 ABGB und damit nichtig angesehen werden.<sup>133</sup> Die Verwendung dieser Klausel würde zudem eine unlautere Geschäftspraktik iSd § 1 UWG darstellen.<sup>134</sup>

### **2.2.7.3. Doppelte Kontrolle von AGB**

Wie in § 25 Abs 6 TKG 2003 festgelegt wird, bleiben durch das Widerspruchsverfahren der Regulierungsbehörde die Zuständigkeiten zur Überprüfung der AGB nach anderen Rechtsvorschriften unberührt.<sup>135</sup> Der Gesetzgeber bezweckte mit dieser Bestimmung die Verwirklichung einer ex ante AGB-Kontrolle zusätzlich zur gerichtlichen ex post Prüfung von AGB.<sup>136</sup> Dies bedeutet, dass ungeachtet der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zur AGB-Kontrolle, eine Vertragsklausel vor einem Zivilgericht Gegenstand sowohl eines individuellen Verfahrens zwischen dem Provider und dem Kunden als auch eines Verfahrens auf Grund einer Verbandsklage nach §§ 28 KSchG<sup>137</sup> sein kann.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> Siehe *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 97 in FN 339; *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (148). AA *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 512, wonach das TKG 2003 für diese Fälle keine Verwaltungsstrafbestimmung vorsieht.

<sup>133</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 218 in FN 1116.

<sup>134</sup> *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 512.

<sup>135</sup> Auch nach der Rsp des OGH hindert eine aufsichtsbehördliche Genehmigung der AGB eine nachfolgende Geltungs- und Inhaltskontrolle nicht. Siehe OGH 6.11.2008, 6 Ob 178/08g; 11.3.2008, 4 Ob 5/08a; 26.4.2000, 9 Ob 70/00k; 28.4.1999, 3 Ob 246/98t.

<sup>136</sup> So *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (457).

<sup>137</sup> Zur Verbandsklage siehe zB *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) §§ 28-30 1 ff.

<sup>138</sup> Siehe zB *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 97; *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458); *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 512. In diesem Sinne auch *Mersich/Schauhuber*, Das österreichische Telekommunikationsgesetz 2003, MMR 2004, 25 (28).

Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass in der letzten Instanz der OGH und der VwGH über dieselbe AGB-Klausel zu entscheiden haben.<sup>139</sup> Je nachdem, ob Zivilgerichte eine individuelle Klauselkontrolle vorzunehmen haben oder ob sie über eine Verbandsklage entscheiden, wird diese doppelte AGB-Kontrolle unterschiedliche Folgen haben.

Im Unterschied zum Widerspruchsverfahren der Regulierungsbehörde, dem die kundenfeindlichste objektive Auslegung der Vertragsbestimmungen zugrunde liegt,<sup>140</sup> sind bei Individualprozessen vor einem Zivilgericht die Position des einzelnen Kunden sowie die spezifischen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.<sup>141</sup> Angesichts unterschiedlicher Blickwinkel der Zivilgerichte und der Regulierungsbehörde ist es denkbar, dass eine abstrakt beurteilt unbedenkliche Klausel im konkreten Fall als unzulässig anzusehen ist.<sup>142</sup>

Hat jedoch ein Zivilgericht AGB-Klauseln aufgrund einer Verbandsklage gem §§ 28 ff KSchG zu beurteilen, hat dieses die betroffenen Klauseln genauso wie die TKK (und im Falle einer Beschwerde der VwGH) im „kundenfeindlichsten Sinne“ auszulegen.<sup>143</sup> Es ist in solchen Fällen daher nicht ausgeschlossen, dass der VwGH und der OGH dieselbe Klausel

---

<sup>139</sup> Siehe zB *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458).

<sup>140</sup> Zur kundenfeindlichsten Auslegung von AGB-Klauseln im Widerspruchsverfahren der Regulierungsbehörde siehe Kapitel 2.2.7.2.

<sup>141</sup> *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458). Vgl auch *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (147 f).

<sup>142</sup> *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (147 f); *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458). Siehe auch VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066, wonach „sich die von den Zivilgerichten vorzunehmende Geltungs- und Inhaltskontrolle gemäß den §§ 864a und 879 ABGB und §§ 6 und 9 KSchG 1979 – sieht man von Verbandsklagen [iSd §§ 28 ff KSchG] ab – schon insoferne von der präventiven Klauselkontrolle [unterscheidet], als im Falle der gerichtlichen Kontrolle im Individualverfahren keine abstrakte, von einem konkreten Vertragsverhältnis losgelöste Beurteilung erfolgt, sondern stets auf alle Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.“

<sup>143</sup> Nach der stRsp des OGH hat im Rahmen der Verbandsklage die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Siehe OGH 17.3.2010, 7 Ob 13/10b; 24.2.2010, 3 Ob 268/09x; 17.12.2009, 6 Ob 212/09h ua.

unterschiedlich beurteilen. Der VwGH und die TKK sind an die Entscheidungen des OGH nur in konkreten Einzelfällen gebunden.<sup>144</sup> Daher hat die Regulierungsbehörde den ihr angezeigten AGB, die von einem Gericht im Rahmen eines Verbandsprozesses als unzulässig beurteilt wurden, zu widersprechen.<sup>145</sup> Zeigt der Regulierungsbehörde ein anderer Provider dieselbe Klausel an, besteht hingegen keine Pflicht zum Widerspruch.<sup>146</sup> Widerspricht die Regulierungsbehörde einer AGB-Klausel bevor sie der Provider verwenden konnte, wird es idR zu keinem Verbandsverfahren kommen, so dass in solchen Fällen die Entscheidung der Regulierungsbehörde eine endgültige Untersagung der Verwendung der betroffenen Klausel bedeuten wird.<sup>147</sup>

### **2.2.8. Unerlaubtheit (§ 879 Abs 1 ABGB)**

Gem § 879 Abs 1 ABGB sind Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung ist nicht jeder vertragliche Verstoß gegen eine Gesetzesnorm<sup>148</sup> nichtig iSd § 879 Abs 1 ABGB, sondern die Nichtigkeit ergibt sich nach stRsp und der Lehre entweder aus ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus dem Verbotszweck der Norm.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Siehe *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458) verweisend auf *Lattenmayer*, Zivilgerichte versus Regulatoren, ÖJZ 2004, 13 (18). Vgl auch VwGH 31.1.2005, 2004/03/0066, wonach eine Verpflichtung der Behörde, der Aufgabe der Prüfung der ihr angezeigten AGB nur insoweit nachzukommen, als bereits „gesicherte Rechtsprechung“ des OGH vorliegt, dem Gesetz nicht entnommen werden kann.

<sup>145</sup> *Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457 (458).

<sup>146</sup> AaO.

<sup>147</sup> AaO. Wenn Provider jedoch trotz dem Widerspruch der TKK die betroffene Klausel weiterverwendet, ist eine Verbandsklage sehr wohl möglich.

<sup>148</sup> Gesetze iSd § 879 Abs 1 sind neben österreichischen Gesetzen im materiellen Sinn auch beispielsweise unmittelbar anwendbare EU-Richtlinien, während Verstöße gegen ausländische Gesetze nur ausnahmsweise Nichtigkeit begründen können. Siehe *Apathy-Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 879 Rz 3; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 19 ff jeweils mwN.

<sup>149</sup> OGH 13.5.2009, 7 Ob 37/09f; 3.5.2007, 1 Ob 4/07f; 30.6.2003, 7 Ob 135/03h ua. Siehe auch *Bollenberger* in *Koziol* ua (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 879 Rz 3; *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg),

In der österreichischen Rechtsordnung besteht eine Reihe von Vorschriften, die ausdrücklich Nichtigkeit als Folge deren Verletzung vorsehen.<sup>150</sup> Wird Nichtigkeit in einer gesetzlichen Bestimmung nicht ausdrücklich normiert, muss sie aus dem Zweck der Verbotsnorm begründet werden, wobei dieser immer im Einzelfall dogmatisch zu ermitteln sein wird.<sup>151</sup> In Bezug auf die Umgehungsgeschäfte, die zwar nicht „dem Buchstaben des Gesetzes nach“ gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, im Ergebnis aber den Zweck des Gesetzesverbots vereiteln, führte der OGH aus, dass unter Beachtung der Grenzen des Normzwecks zu entscheiden ist, ob und inwieweit ein Gesetzesverbot auch gegenüber ihnen gilt.<sup>152</sup> Umgehungsgeschäfte sind daher nicht schon wegen der rechtswidrigen Umgehungsabsicht nichtig, sondern unterliegen den Rechtsnormen, die auf in Wahrheit beabsichtigte Rechtsgeschäfte anzuwenden sind.<sup>153</sup>

Neben Verletzungen gesetzlicher Verbotsnormen ergibt sich Nichtigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB auch aus Verstößen gegen die guten Sitten. Unter den guten Sitten ist nach der Rsp des OGH der Inbegriff jener Rechtsnormen zu verstehen, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, die sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben.<sup>154</sup> Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich nach Ansicht des OGH dabei nicht nur aus seinem Inhalt, sondern auch aus dem Gesamtcharakter der Vereinbarung ergeben, wobei eine zusammenfassende Beurteilung von Inhalt, Beweggrund und Zweck vorzunehmen ist.<sup>155</sup> Mangels eines gesetzlichen Verbotes, wird nach stRsp des OGH Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB nur dann vorliegen, wenn die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung Verletzten und den durch sie Geförderten

---

ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 879 Rz 3; *Krejci* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 25 ff jeweils mwN.

<sup>150</sup> Siehe *Krejci* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 26 für eine detaillierte Liste.

<sup>151</sup> *Krejci* in Rummel (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 28, 36 je mwN.

<sup>152</sup> OGH 24.2.2010, 3 Ob 212/09m; 24.2.1998, 1 Ob 84/97b; 3.3.1993, 7 Ob 515/93 ua.

<sup>153</sup> OGH 25.5.2007, 6 Ob 226/06p; 17.11.2004, 9 Ob 106/04k; 29.4.2003, 5 Ob 9/03i ua.

<sup>154</sup> OGH 27.6.2006, 3 Ob 66/06m; 11.6.2002, 5 Ob 129/02k; 27.9.2001, 6 Ob 287/00z ua.

<sup>155</sup> OGH 28.1.2009, 1 Ob 145/08t; 3.9.2008, 3 Ob 111/08g; 26.2.2008, 1 Ob 208/07f ua.

Interessen ergibt.<sup>156</sup> Bei der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit sind insbesondere die Grundrechte heranzuziehen, denen grundsätzlich eine mittelbare (im Falle des Grundrechts auf Datenschutz eine unmittelbare) Drittwirkung zukommt.<sup>157</sup> In der Judikatur wurden zahlreiche Fallgruppen der Gesetzeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB herausgearbeitet.<sup>158</sup>

### **2.2.9. Transparenzgebot**

Vertragsbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern müssen gem § 6 Abs 3 KSchG klar und verständlich abgefasst sein, sonst sind sie unwirksam. Nach der Rsp des OGH ist Ziel des Transparenzgebotes, eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der AGB sicherzustellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Durchschnittsverbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird.<sup>159</sup>

Unverständlichkeit einer Klausel iSd § 6 Abs 3 KSchG wird grundsätzlich anzunehmen sein, wenn ihr Inhalt und ihre Tragweite für den durchschnittlichen Kunden nicht erkennbar

---

<sup>156</sup> OGH 12.3.2008, 7 Ob 28/08f; 9.10.2007, 10 Ob 79/07a; 27.6.2006, 3 Ob 66/06m; 18.2.1987, 1 Ob 511/87 (verweisend auf zB *Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1<sup>2</sup> (1968) 183) ua.

<sup>157</sup> Zur unmittelbaren Drittwirkung des § 1 DSG 2000 siehe zB *Dohr* ua, DSG Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2009) § 1 Anm 29; *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 1 Abs 5 Anm 1; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 1 Rz 1, zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zB; *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 879 Rz 8; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 69 jeweils mwN.

<sup>158</sup> Für einen Überblick siehe *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 879 Rz 4 f, 10 ff; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 67 ff.

<sup>159</sup> OGH 19.5.2010, 6 Ob 220/09k; 23.9.2008, 4 Ob 128/08i; 30.5.2007, 7 Ob 4/07z ua.

sind.<sup>160</sup> Jedoch wird bei branchenspezifischen Vertragstexten eine gewisse Mindestkundigkeit des Verbrauchers vorausgesetzt.<sup>161</sup>

Die Einzelwirkungen des Transparenzgebotes sind nach der stRsp des OGH das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot, und das Gebot der Vollständigkeit.<sup>162</sup>

Das Transparenzgebot wird durch bloß formale Verständlichkeit iSv Lesbarkeit nicht erfüllt, sondern erfordert vielmehr auch eine Verständlichkeit des Sinns der Klausel.<sup>163</sup> An einer solchen kann es sogar bei an sich klaren und verständlichen Klauseln fehlen, wenn zusammenhängende Vertragsbestimmungen und ihre benachteiligenden Folgen nicht zu erkennen sind, da sie nicht gemeinsam geregelt, sondern an unterschiedlichen Stellen im Vertrag versteckt sind.<sup>164</sup>

## **2.2.10. (Einseitige) Änderungen von AGB und Entgeltbestimmungen**

### **2.2.10.1. Allgemeines Zivilrecht**

Nach allgemeinem Zivilrecht sind Änderungen von AGB für laufende Verträge ohne besondere gesetzliche Regelung nur einvernehmlich möglich.<sup>165</sup> Für eine vorweg erklärte

---

<sup>160</sup> Siehe *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 88 mwN.

<sup>161</sup> AaO. Siehe auch *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 6 KSchG Rz 210.

<sup>162</sup> Diese im deutschen Recht anerkannten Einzelgebote des Transparenzgebotes hat der OGH in das österreichische Recht übernommen. Siehe OGH 19.5.2010, 6 Ob 220/09k; 13.5.2009, 7 Ob 230/08m; 2.4.2009, 8 Ob 119/08w ua.

<sup>163</sup> *Kathrein* in *Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 6 KSchG Rz 32 verweisend auf OGH 13.9.2001, 6 Ob 16/01y.

<sup>164</sup> AaO.

<sup>165</sup> *Apathy/Riedler* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 864a Rz 4 verweisend zB auf OGH 22.3.1995, 7 Ob 37/94 und 5.11.1981, 7 Ob 52/81; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 864a Rz 3 verweisend auf OGH 29.3.1990, 8 Ob 504/89; 5.11.1981, 7 Ob 52/81.

Zustimmung zu Vertragsänderungen ist es erforderlich, dass der Vertragspartner weiß, bei welchen Vertragsbestimmungen er mit Änderungen zu rechnen hat.<sup>166</sup>

Für Verbrauchergeschäfte dient § 6 Abs 2 Z 3 KSchG der Verhinderung der Vorbehalte umfassender, für Verbraucher benachteiligender, einseitiger Leistungsänderungen durch den Unternehmer.<sup>167</sup> Gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sind, sofern der Unternehmer nicht beweist, dass sie im einzelnen ausgehandelt worden sind, die Vertragsbestimmungen nicht verbindlich iSd § 879 ABGB, nach denen der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung bzw Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Im Einzelnen ausgehandelt sind Vertragsbestimmungen, die durch freie Verhandlungen der Parteien in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft Vertragsinhalt wurden.<sup>168</sup> Wird eine Vertragsbestimmung in AGB aufgenommen, gilt sie idR als nicht im Einzelnen ausgehandelt.<sup>169</sup>

Nicht im Einzelnen ausgehandelte einseitige Leistungsänderungen sind nicht nichtig iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, wenn sie dem Verbraucher zumutbar sind. Maßgeblich ist hierbei die Zumutbarkeit der Änderung zum Zeitpunkt der Erfüllung.<sup>170</sup> Die Zumutbarkeit setzt sowohl die Geringfügigkeit als auch die Sachlichkeit voraus.<sup>171</sup> Auch bloß geringfügige Leistungsänderungen sind nur dann zumutbar, wenn für sie eine sachliche Rechtfertigung

---

<sup>166</sup> AaO.

<sup>167</sup> Siehe OGH 20.3.2007, 4 Ob 227/06w; 13.9.2001, 6 Ob 16/01y; 27.1.1999, 7 Ob 170/98w (verweisend auf *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II<sup>2</sup> (1992) § 6 KSchG Rz 177, 182) ua.

<sup>168</sup> *Langer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 81; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 148.

<sup>169</sup> *Langer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 83; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 149.

<sup>170</sup> *Apathy in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 73 verweisend zB auf *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 80.

<sup>171</sup> *Apathy in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 74 mwN; *Langer in Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 92; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 183.

besteht<sup>172</sup> und die Zumutbarkeit sachlich gerechtfertigter Leistungsänderungen ist nur dann anzunehmen, wenn die Änderungen geringfügig sind.<sup>173</sup> Zumutbarkeit einer einseitigen Leistungsänderung wird beispielsweise zu verneinen sein, wenn es durch die Änderung zu einer merkbaren Störung der Leistungsäquivalenz kommt<sup>174</sup> oder wenn sie mit aner kennenswerten Verbraucherinteressen nicht vereinbar ist.<sup>175</sup> Da umfassende und vage Änderungsklauseln Indizien für Unzumutbarkeit sind, sind die Vorbehalte möglichst konkret darzustellen.<sup>176</sup>

Bezüglich einseitiger Entgeltänderungen sieht § 6 Abs 1 Z 5 KSchG vor, dass Vertragsbestimmungen iSd § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich sind, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschließung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass der Vertrag bei Vorliegen der vereinbarten Voraussetzungen für eine Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung vorsieht, dass die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind sowie dass ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt. Die Bestimmung dient dem Schutz des Verbrauchers vor überraschenden willkürlichen Entgeltänderungen.<sup>177</sup> Alle Umstände, die für Entgelterhöhungen maßgebend sind, müssen für den Verbraucher nachvollziehbar sein und genau angegeben werden.<sup>178</sup>

---

<sup>172</sup> *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 74 mwN; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 183.

<sup>173</sup> *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 183.

<sup>174</sup> *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 75 mwN; *Eccher* in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 6 Abs 2 Z 3 Rz 3; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG 184.

<sup>175</sup> *Langer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 92; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 184.

<sup>176</sup> *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG 182. Dem folgend OGH 20.3.2007, 4 Ob 227/06w; 13.9.2001, 6 Ob 16/01y; 27.1.1999, 7 Ob 170/98w.

<sup>177</sup> Siehe *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 22 mwN; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 73.

<sup>178</sup> *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 25 mwN. Siehe auch *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 73.

In § 6 Abs 1 Z 5 KSchG wird nicht näher erläutert, welche Umstände eine Entgelterhöhung rechtfertigen können, sie müssen jedoch sachlich sein.<sup>179</sup> Darüber hinaus darf der Eintritt der für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände nicht vom Willen des Unternehmers abhängig sein.<sup>180</sup> Als solche Umstände sind zB die Einführung neuer Steuern und Änderungen sonstiger für den Unternehmer relevanten Rechtsvorschriften anzusehen.<sup>181</sup>

### **2.2.10.2. TKG 2003**

Gem § 25 Abs 2 TKG 2003 sind Änderungen der AGB und Entgeltbestimmungen vor ihrer Wirksamkeit der Regulierungsbehörde anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Für den Teilnehmer nicht ausschließlich begünstigende Änderungen gilt eine Kundmachungs- und Anzeigefrist von zwei Monaten. Die Bestimmungen des KSchG sowie des ABGB bleiben dabei unberührt. Aus § 25 Abs 2 TKG 2003 ergibt sich daher, dass für den Teilnehmer ausschließlich begünstigende Änderungen von AGB ohne Bindung an eine Frist jederzeit vor ihrer Wirksamkeit kundgemacht werden können.<sup>182</sup>

Der wesentliche Inhalt nicht ausschließlich begünstigender Änderungen ist gem § 25 Abs 3 TKG 2003 dem Teilnehmer mindestens ein Monat vor Inkrafttreten der Änderung in geeigneter Form, etwa durch Aufdruck auf einer periodisch erstellten Rechnung, mitzuteilen. Gleichzeitig ist der Teilnehmer auf den Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Änderungen hinzuweisen sowie darauf, dass er berechtigt ist, den Vertrag bis zu diesem Zeitpunkt kostenlos zu kündigen. Den Teilnehmern ist auf deren Verlangen der Volltext der Änderungen zuzusenden.

---

<sup>179</sup> Einen Überblick über allgemeine Ansätze für sachliche Rechtfertigungen bietet *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 83 ff. Siehe auch *Eccher in Fenyves ua* (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 6 Abs 1 Z 5 Rz 5 mwN.

<sup>180</sup> *Apathy in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 26 mwN; *Eccher in Fenyves ua* (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 6 Abs 1 Z 5 Rz 6 mwN; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 87.

<sup>181</sup> *Apathy in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 6 KSchG Rz 28; *Langer in Kosesnik-Wehrle ua*, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 6 Rz 31; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2000) § 6 KSchG Rz 87 jeweils mit weiteren Beispielen.

<sup>182</sup> Siehe *Parschalk ua*, Telekommunikationsrecht (2006) 93.

Wie bereits erörtert (siehe Kapitel 2.2.10.1.), sind nach allgemeinem Zivilrecht Änderungen laufender Verträge ohne besondere gesetzliche Regelung nur mit Zustimmung des Vertragspartners möglich. Darüber hinaus schränken § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG die Möglichkeiten des Unternehmers ein, einseitige Preis- und Leistungsänderungen vorzunehmen. Da § 25 Abs 2 TKG 2003 eine Anzeige und Kundmachung der Änderungen von AGB normiert und Abs 3 *leg cit* dem Teilnehmer bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumt, erhebt sich die Frage, ob § 25 als gesetzliche Anordnung eines einseitigen Rechts zur Vertragsänderung anzusehen ist.

Die in der österreichischen Literatur herrschende Ansicht geht davon aus, dass § 25 TKG 2003 dem Provider das Recht zur einseitigen Änderung von AGB und Entgeltbestimmungen einräumt.<sup>183</sup> Die Argumente dafür sind jedoch unterschiedlich. Zum einen wird das einseitige gesetzliche Vertragsänderungsrecht aus dem Zusammenhang zwischen § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 begründet.<sup>184</sup> Zum anderen wird für das Verhältnis zwischen § 25 Abs 2 TKG und § 6 Abs 2 Z 3 KSchG darauf abgestellt, ob AGB-Klauseln einen Kommunikationsdienst betreffen.<sup>185</sup> Für Klauseln, die keinen Kommunikationsdienst betreffen, sind nach dieser Ansicht bei Vertragsänderungen ausschließlich die Bestimmungen des KSchG maßgeblich.<sup>186</sup> Klauseln, die einen Kommunikationsdienst betreffen, werden wiederum danach unterschieden, ob sie einen Eingriff in den individuellen Vertrag oder nur generelle Änderungen ermöglichen.<sup>187</sup> Falls es

---

<sup>183</sup> *Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290 (291); *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 215; *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 93 verweisend auf OGH 14.3.2000, 4 Ob 50/00g; *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (142 f); *Lehofer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, Konsumentenschutzgesetz<sup>2</sup> (2004) § 864a ABGB Rz 33; *Polster* in *Stratil* ua (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003<sup>3</sup> (2004) § 25 Anm 6; *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 508; *Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 – Der neue Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation (Teil I), MR 2003, 273 (278).

<sup>184</sup> *Damjanovic* ua, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 215; *Polster* in *Stratil* ua (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003<sup>3</sup> (2004) § 25 Anm 6. Offenbar auch so *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 93.

<sup>185</sup> *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (142 f).

<sup>186</sup> AaO.

<sup>187</sup> AaO.

durch AGB-Klauseln dem Provider ermöglicht wird, auch Änderungen in konkreten Einzelverträgen vorzunehmen, ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit einseitiger Vertragsänderung ausschließlich das KSchG relevant.<sup>188</sup> Wenn jedoch von Klauseln nur generelle Änderungen der AGB erfasst sind, gilt für sie § 25 Abs 3 TKG.<sup>189</sup>

In der Literatur finden sich jedoch auch treffende Argumente gegen die Annahme des Rechts auf einseitige Vertragsänderungen.<sup>190</sup> Es wird auf EBRV zu § 18 TKG 1997<sup>191</sup> verwiesen, wonach „[d]ie entsprechend den privatrechtlichen Grundsätzen zur Anwendbarkeit der Geschäftsbedingungen im jeweiligen Vertragsverhältnis erforderliche (ausdrückliche oder schlüssige) Vereinbarung [...] durch die Genehmigung oder die Kundmachung nicht ersetzt [wird].“<sup>192</sup> Die Pflicht zur Kundmachung von AGB stellt nach dieser Meinung bloß eine Ordnungsvorschrift dar, die der Erleichterung des Zugangs zu AGB dient und mit der Wirksamkeit der Änderung von AGB überhaupt nicht zusammenhängt.<sup>193</sup> Der Zweck der Pflicht zur Kundmachung von AGB besteht in der Gleichbehandlung von Kunden.<sup>194</sup>

Der OGH hat sich bezüglich der Einräumung des Rechts auf einseitige Vertragsänderung durch § 25 TKG 2003 der herrschenden Meinung angeschlossen.<sup>195</sup> Er führte aus, dass die Bestimmungen des § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 den Provider ex lege zu einer einseitigen

---

<sup>188</sup> AaO.

<sup>189</sup> AaO 143 verweisend auf OGH 25. 5. 2004, 4 Ob 98/04x, wonach die strittige Klausel, die Änderungen des Leistungsumfangs ermöglicht, „nicht auf die Änderung allgemeiner Geschäftsbedingungen beschränkt [ist], sondern berechtigt [...] auch zu Änderungen des Einzelvertrags. [...] Die Klausel verstößt damit auch nach der nunmehr geltenden Rechtslage gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, weil sie die Beklagte zu einseitigen, durch § 25 TKG 2003 nicht gedeckten Vertragsänderungen ermächtigt.“

<sup>190</sup> *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490. *Rabls* Ausführungen beziehen sich zwar auf § 18 TKG 1997 in der damals geltenden Fassung, sind jedoch auch auf § 25 TKG 2003 sinngemäß übertragbar.

<sup>191</sup> Vorgängerbestimmung zu § 25 TKG 2003.

<sup>192</sup> In Bezug auf § 18 TKG 1997 in der damals geltenden Fassung *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491) verweisend auf EBRV zu § 18 TKG 1997 (759 BlgNR 20. GP 49).

<sup>193</sup> *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491).

<sup>194</sup> AaO.

<sup>195</sup> OGH 8.9.2009, 1 Ob 123/09h.

Vertragsänderung berechtigen, soweit es die Änderung von AGB und Entgeltbedingungen betrifft.<sup>196</sup> Als Ausgleich dafür erhält der Teilnehmer in Übereinstimmung mit Art 20 Abs 4 der Universaldienst-RL ein kostenloses außerordentliches Kündigungsrecht, das spätestens bis zum In-Kraft-Treten der Änderungen auszuüben ist.<sup>197</sup>

ME sprechen gegen die Annahme der Einräumung eines einseitigen Vertragsänderungsrechts durch § 25 TKG 2003 mehrere Gründe:

Erstens stellen § 25 Abs 2 und Abs 3 *leg cit* entgegen manchen Meinungen<sup>198</sup> keine *leges speciales* zu § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG dar. *Lex specialis* wird als eine Norm definiert, die dieselben Tatbestandsmerkmale enthält wie die *lex generalis*, jedoch mindestens ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal.<sup>199</sup> Dies trifft auf § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 jedoch nicht zu. Denn sie gelten zwar im Unterschied zu § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG, die auf alle Verbrauchergeschäfte anzuwenden sind, nur für Verträge über Kommunikationsnetze und -dienste. Jedoch umfasst der Begriff „Teilnehmer“ iSd § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 nicht nur Verbraucher (wie § 6 KSchG), sondern auch Unternehmer.<sup>200</sup> Daher können § 25 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 nicht als *leges speciales* im Verhältnis zu § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG bezeichnet werden.<sup>201</sup> Tatsächlich stehen § 25 TKG 2003

---

<sup>196</sup> AaO verweisend auf *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 96; *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (141 f); *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003 in *Blaschek* ua (Hrsg), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung: Festschrift für Gottfried Mayer (2004) 137 (148 f) und OGH 25.5.2004, 4 Ob 98/04x.

<sup>197</sup> OGH 8.9.2009, 1 Ob 123/09h verweisend auf *Feiel/Lehofer*, TKG 2003 (2004) 96; *Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (141 f); *Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003 in *Blaschek* ua (Hrsg), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung: Festschrift für Gottfried Mayer (2004) 137 (148 f).

<sup>198</sup> Siehe zB *Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290 (292); *Ertl*, AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139 (143); *Polster* in *Stratil* ua (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003<sup>3</sup> (2004) § 25 Anm 6.

<sup>199</sup> Siehe *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 465.

<sup>200</sup> Ein Teilnehmer ist gem § 3 Z 19 TKG 2003 eine natürliche oder juristische Person, die mit einem Provider einen Vertrag über die Bereitstellung dieser Dienste geschlossen hat.

<sup>201</sup> Siehe idZ die vergleichbare Entscheidung des OGH zum Verhältnis zwischen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und § 32 Abs 6 Satz 3 BWG (Letzterer lautend: „Der geänderte Jahreszinssatz gilt vom Tage des Inkrafttretens an, ohne

und § 6 Abs 1 Z 5 bzw Abs 2 Z 3 KSchG überhaupt nicht in Konkurrenz. § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 3 KSchG sind maßgebliche rechtliche Vorschriften für die Beurteilung der Zulässigkeit einseitiger Preis- und Leistungsänderungen bei Verbrauchergeschäften, während § 25 Abs 2 TKG 2003 gewährleisten soll, dass geänderte AGB Verbrauchern zugänglich gemacht werden<sup>202</sup> sowie dass die Regulierungsbehörde eine ex ante Prüfung der Änderungen vornehmen kann.<sup>203</sup>

Zweitens wird in § 25 Abs 2 Satz 3 TKG 2003 ausdrücklich festgelegt, dass die Bestimmungen des KSchG und des ABGB unberührt bleiben, dh, wie der OGH bereits feststellte, vorrangig anzuwenden sind.<sup>204</sup> Der Wortlaut der Bestimmung enthält darüber hinaus keinen Hinweis auf die Zulässigkeit einseitiger Änderungen der AGB.

Drittens ist noch zu berücksichtigen, dass sich weder im KSchG noch im ABGB Vorschriften betreffend die Anzeige und Kundmachung allgemeiner Geschäftsbedingungen befinden. Würde sich der Verweis in § 25 Abs 2 Satz 3 TKG 2003 auf den Anwendungsvorrang von ABGB und KSchG ausschließlich auf die Anzeige und Kundmachung von AGB (und nicht auch auf die Frage der Zulässigkeit einseitiger Vertragsänderungen) beziehen, hätte diese Regelung keinen Anwendungsbereich. Da dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist, dass er eine Regelung ohne Anwendungsbereich erlassen wollte, ist Satz 3 *leg cit* dahingehend zu interpretieren, dass er sich auch auf die Änderungen der AGB und Entgeltbestimmungen bezieht.

---

daß es einer Kündigung durch das Kreditinstitut bedarf.“), OGH 21.12.2005, 3 Ob 238/05d. Der OGH führte aus: „Da § 32 Abs 6 dritter Satz BWG nicht nur auf Verbrauchergeschäfte, sondern auch auf Spareinlagen von Unternehmern iSd KSchG anzuwenden ist, werden nicht alle von dieser Bestimmung erfassten Fälle auch von der Konsumentenschutznorm erfasst. Damit kann aber § 32 Abs 6 dritter Satz BWG schon formal keine *lex specialis* zu § 6 Abs 2 Z 3 KSchG sein.“

<sup>202</sup> In Bezug auf § 18 TKG 1997 in der damals geltenden Fassung *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491).

<sup>203</sup> Siehe dazu oben Kapitel 2.2.7.2. und zum Verhältnis der Kontrolle von AGB durch Zivilgerichte und durch die Regulierungsbehörde Kapitel 2.2.7.3.

<sup>204</sup> OGH 20.3.2007, 4 Ob 227/06w.

Viertens spricht auch eine historische Interpretation des § 25 TKG 2003 gegen die Annahme eines gesetzlichen Rechts auf einseitige Vertragsänderung. Denn, wie bereits in der Literatur aufgezeigt,<sup>205</sup> legte der Gesetzgeber in Bezug auf die Vorgängerbestimmung zu § 25 TKG 2003 fest, dass durch die Kundmachung und Genehmigung der AGB die Vereinbarung nicht ersetzt wird, die entsprechend den privatrechtlichen Grundsätzen zur Anwendbarkeit der AGB erforderlich ist.<sup>206</sup> Aus den Materialien zu § 25 TKG 2003 lässt sich keine Absicht des Gesetzgebers gewinnen, eine von § 18 TKG 1997 abweichende Regelung treffen zu wollen.<sup>207</sup> Zu § 25 TKG 2003 findet man dort lediglich Ausführungen zum Abs 3 leg cit, die sich ausschließlich darauf beziehen, wie dem Teilnehmer die Änderungen bekannt zu geben sind.<sup>208</sup>

Schließlich ergibt sich auch aus dem außerordentlichen Kündigungsrecht des Teilnehmers nach § 25 Abs 3 TKG 2003 nicht zwingend ein Recht auf einseitige Änderungen der AGB. Das Kündigungsrecht iSd § 25 Abs 3 TKG 2003 hat sehr wohl einen Anwendungsbereich, auch wenn ein gesetzliches Recht auf einseitige Vertragsänderungen verneint wird: Vereinbaren der Provider und der Verbraucher gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG individuell ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Providers oder stimmt der Verbraucher nach allgemeinem Zivilrecht im Vorhinein der Möglichkeit nachträglicher Vertragsänderungen durch den Provider zu, die sich nicht auf die Leistung des Providers beziehen,<sup>209</sup> hat der Verbraucher vor der Durchführung dieser Änderungen noch die Möglichkeit, den Vertrag

---

<sup>205</sup> Siehe *Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490 (491).

<sup>206</sup> Siehe EBRV 759 BlgNR 20. GP 49.

<sup>207</sup> Siehe EBRV 128 BlgNR 22. GP 8.

<sup>208</sup> AaO. Es wird ausgeführt, dass mit § 25 Abs 3 TKG 2003 die Möglichkeit der Mitteilung von Änderungen zB mittels SMS nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden soll, doch sind die Änderungen dem Teilnehmer in einer Form bekannt zu geben, die eine deutliche Wahrnehmung ermöglicht und die dem abonnierten Dienst angemessen ist. Wenn die Änderungen einen besonderen Umfang aufweisen oder technische Details betreffen, wird eine Zusammenfassung, welche sich auf das für die betroffenen Teilnehmer Wesentliche beschränkt, im allgemeinen ausreichend sein. Falls der Teilnehmer jedoch die Übermittlung des vollständigen Textes begehrt, wird diesem Verlangen zu entsprechen sein.

<sup>209</sup> Zu denken ist zB an die Einführung einer Vertragsstrafe oder Verlängerung der Kündigungsfrist.

gemäß § 25 Abs 3 TKG 2003 zu kündigen. Dies kann in der Praxis, wenn Verbraucher für eine Mindestvertragsdauer von bis zu zwei Jahren<sup>210</sup> auf ihr Kündigungsrecht verzichten, eine erhebliche Rolle spielen. Das außerordentliche Kündigungsrecht stellt daher für den Verbraucher ein zusätzliches nachträgliches Instrument zum Schutz seiner Rechte dar. Dies steht im Einklang mit dem Schutz der Nutzer als einem der Ziele des TKG 2003.<sup>211</sup> Darüber hinaus ergibt sich auch aus Art 20 Abs 4 Universaldienst-RL,<sup>212</sup> auf den sich der OGH in seiner Entscheidung beruft,<sup>213</sup> nicht zwingend, dass dem Provider ein einseitiges Vertragsänderungsrecht einzuräumen ist.

### **2.2.11. Streitschlichtung**

Wegen dessen großer praktischer Bedeutung soll hier das telekommunikationsrechtliche Streitbeilegungsverfahren dargestellt werden. Gem § 122 Abs 1 TKG 2003 können Nutzer, Betreiber von Kommunikationsnetzen oder -diensten und Interessenvertretungen Streit- und Beschwerdefälle, insbesondere betreffend die Qualität des Dienstes und bei Zahlungsstreitigkeiten, die zwischen einem Kunden und einem Provider nicht befriedigend gelöst worden sind (lit a) oder über eine Verletzung des TKG 2003 (lit b), der Regulierungsbehörde<sup>214</sup> vorlegen. Die Provider sind gem § 122 Abs 1 TKG 2003 verpflichtet, an solchen Verfahren mitzuwirken und alle zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Auskünfte zu erteilen sowie erforderliche Unterlagen vorzulegen.

Für die Durchführung des Verfahrens hat die RTR-GmbH gem § 122 Abs 2 TKG 2003 Richtlinien zu erlassen und in geeigneter Form zu veröffentlichen. Diese

---

<sup>210</sup> Siehe zB OGH 10.6.2008, 4 Ob 91/08y, wonach eine Mindestvertragsdauer eines Mobiltelefonvertrages von 24 Monaten beim Erwerb eines preisgestützten Endgeräts zulässig ist.

<sup>211</sup> Siehe § 1 Abs 2 Z 3 lit b TKG 2003.

<sup>212</sup> Gem Art 20 Abs 4 Universaldienst-RL haben die Teilnehmer das Recht, bei der Bekanntgabe beabsichtigter Änderungen der Vertragsbedingungen den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu lösen. Den Teilnehmern sind diese Änderungen mit ausreichender Frist, und zwar mindestens einen Monat zuvor, anzuzeigen. Gleichzeitig werden sie über ihr Recht unterrichtet, den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu lösen, wenn sie die neuen Bedingungen nicht annehmen.

<sup>213</sup> OGH 8.9.2009, 1 Ob 123/09h.

<sup>214</sup> In den in § 120 Abs 1 lit a und b ist dies gem § 120 Abs 1 Z 10 TKG 2003 die KommAustria und in allen anderen Fällen gem § 115 Abs 1 TKG 2003 die RTR-GmbH.

Verfahrensrichtlinien sind auf der Website der RTR-GmbH verfügbar.<sup>215</sup> Das Streitschlichtungsverfahren ist für Verbraucher kostenlos, sie müssen jedoch eigene Kosten (zB Kopierkosten, Vertretungs-/Anwaltskosten) tragen.<sup>216</sup>

Voraussetzung für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens ist ein vorangegangener schriftlicher Lösungsversuch oder Rechnungseinspruch.<sup>217</sup> Für Rechnungseinsprüche sehen die meisten Provider eine Frist von vier Wochen ab Zugang der Rechnung vor.<sup>218</sup> Ist der Kunde mit der Antwort des Providers auf die Beschwerde bzw den Rechnungseinspruch nicht einverstanden, kann er innerhalb von einem Monat einen begründeten Schlichtungsantrag bei der Schlichtungsstelle mittels eines Verfahrensformulars einbringen.<sup>219</sup> Kommt hingegen innerhalb von sechs Wochen keine schriftliche Antwort des Providers auf die Beschwerde des Kunden, kann die RTR-GmbH ein Schlichtungsverfahren für zulässig erklären.<sup>220</sup>

Der Kunde hat dann innerhalb von einem Monat bei der Schlichtungsstelle einen Schlichtungsantrag einzubringen.<sup>221</sup> Wird Kunde vom Provider im Antwortschreiben nicht über die Möglichkeit eines Schlichtungsverfahrens informiert, verlängert sich die Frist für die

---

<sup>215</sup> RTR-GmbH, Verfahrensrichtlinien für das Schlichtungsverfahren mit Betreibern von Telekommunikationsdiensten nach § 122 Abs 1. Z 1 TKG 2003 <http://www.rtr.at/de/tk/SchlichtungsstelleRTR/Verfahrensrichtlinien.pdf> (24.7.2010).

<sup>216</sup> § 2 lit h Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>217</sup> § 2 lit b Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>218</sup> Siehe zB Pkt 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Orange Austria Telecommunication GmbH [https://www.orange.at/Content.Node/agbs/Orange\\_AGBs\\_200809.pdf](https://www.orange.at/Content.Node/agbs/Orange_AGBs_200809.pdf) (24.7.2010); Pkt 22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen AGB mobil der A1 Telekom Austria AG [http://www.a1.net/final/de/Media/PDFs/AGB\\_Mobil\\_Stand\\_08\\_04\\_2010.pdf](http://www.a1.net/final/de/Media/PDFs/AGB_Mobil_Stand_08_04_2010.pdf) (24.7.2010); Pkt 20 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“) für Telekommunikationsdienstleistungen der T-Mobile Austria GmbH [http://t-mobile.at/\\_PDF/AGB/100531\\_AGB\\_T-Mobile.pdf](http://t-mobile.at/_PDF/AGB/100531_AGB_T-Mobile.pdf) (24.7.2010)

<sup>219</sup> Der Schlichtungsantrag ist mittels des Verfahrensformulars der RTR GmbH einzubringen. Siehe § 2 lit c Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>220</sup> § 2 lit d Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>221</sup> AaO.

Einbringung des Schlichtungsantrags auf vier Monate, es sei denn, dem Nutzer musste die Einmonatfrist bekannt sein.<sup>222</sup>

§ 3 Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH enthält eine Liste der Fälle, in welchen ein Schlichtungsverfahren nicht mehr möglich ist. So ist das Schlichtungsverfahren beispielsweise ausgeschlossen, wenn der Sachverhalt bereits einmal Gegenstand eines Schlichtungs-, Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens war bzw ist (lit a), wenn er länger als ein Jahr zurückliegt (lit b), wenn der Streitwert weniger als EUR 20 inkl Umsatzsteuer beträgt (lit c),<sup>223</sup> wenn die Frist für den Schlichtungsantrag versäumt wurde (lit f).

Im Fall, dass die Schlichtungsstelle das Vorbringen des Kunden als zumindest teilweise berechtigt betrachtet, endet das Schlichtungsverfahren durch einen (unverbindlichen) schriftlichen Lösungsvorschlag.<sup>224</sup> Wenn sowohl der Provider als auch der Kunde den Lösungsvorschlag annehmen, kommt gem § 4 lit c Z I ein verbindlicher Vergleich zustande. Lehnt eine der Parteien den Lösungsvorschlag ab, endet das Schlichtungsverfahren ohne Einigung.<sup>225</sup> Um eine verbindliche Entscheidung zu erreichen, müssen sich die Parteien an ein Gericht wenden.

Im Fall von unberechtigtem oder nicht nachvollziehbarem Vorbringen kann die Schlichtungsstelle den Schlichtungsantrag abweisen.<sup>226</sup> Verfahren mit einem Streitwert von EUR 20 bis EUR 150 kann die Schlichtungsstelle nach Einholung der Stellungnahme des Providers das Verfahren beenden, ohne dass eine weitere inhaltliche Prüfung durchgeführt wird.<sup>227</sup>

Laut § 5 lit a Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH versucht die Schlichtungsstelle zunächst eine einvernehmliche Lösung des Streits herbeiführen. Wenn dies jedoch nicht möglich ist, entscheidet sie unter Heranziehung der geltenden Rechtslage oder auch, unter

---

<sup>222</sup> § 2 lit e Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>223</sup> Außer der Streitgegenstand hat eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung.

<sup>224</sup> § 4 lit c Z I Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>225</sup> AaO.

<sup>226</sup> § 4 lit c Z II Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>227</sup> § 4 lit c Z III Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

Berücksichtigung des Streitwerts bzw der Bedeutung des Sachverhalts, nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit. Es bleibt der Schlichtungsstelle auch vorbehalten, die Entscheidung über bestimmte Ansprüche (wie zB Schadenersatzansprüche) abzulehnen, wenn die ihr zur Verfügung stehenden Ermittlungsmethoden nicht ausreichen, um den Sachverhalt ausreichend gesichert festzustellen.<sup>228</sup>

Gem § 71 Abs 2 TKG 2003 wird ab dem Zeitpunkt, in dem der Regulierungsbehörde ein Rechnungseinspruch zur Kenntnis gebracht wurde, die Fälligkeit des in Rechnung gestellten und bestrittenen Betrages bis zur Streitbeilegung aufgeschoben. Unabhängig davon kann der Provider den Betrag, der dem Durchschnitt der letzten drei Rechnungsbeträge entspricht, sofort fällig stellen. Die Voraussetzungen für den Aufschub der Fälligkeit sind jedoch gem § 11 Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH, dass erstens ein schriftlicher Rechnungseinspruch bereits an den Provider geschickt wurde oder ein Schlichtungsverfahren beantragt wurde bzw anhängig ist und zweitens dass der Kunde bei der Schlichtungsstelle den Aufschub der Fälligkeit beantragt. Der Aufschub der Fälligkeit tritt mit der Bestätigung durch die Schlichtungsstelle ein.<sup>229</sup> Der unstrittige Rechnungsbetrag muss jedoch unverzüglich bezahlt werden.<sup>230</sup>

Gem § 123 Abs TKG 2003 sind Entscheidungen der RTR-GmbH und der TKK von grundsätzlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Datenschutzes in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Die Bescheide der RTR-GmbH werden auf ihrer Website veröffentlicht.<sup>231</sup> Die Regulierungsbehörde veröffentlicht auf ihrer Website auch jährliche Tätigkeitsberichte der Schlichtungsstelle, aus denen vor allem ersichtlich ist, in welchen Bereichen und bei welchen Providern es im jeweiligen Berichtsjahr Streitfälle gab.<sup>232</sup> Im Berichtsjahr 2009 wurden so bei der Schlichtungsstelle 4.258 Fälle eingebracht.<sup>233</sup> Die meisten Streitfälle gab es

---

<sup>228</sup> § 5 lit b Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>229</sup> § 12 lit a Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>230</sup> § 12 lit b Verfahrensrichtlinien der RTR-GmbH.

<sup>231</sup> Siehe <http://www.rtr.at/de/tk/Entscheidungen> (24.7.2010).

<sup>232</sup> Siehe <http://www.rtr.at/de/komp/alleBerichte> (24.7.2010).

<sup>233</sup> *RTR-GmbH*, Tätigkeitsbericht der Schlichtungsstelle 2009 [http://www.rtr.at/de/komp/STR\\_Bericht2009/STR-Bericht2009.pdf](http://www.rtr.at/de/komp/STR_Bericht2009/STR-Bericht2009.pdf) S 8 (24.7.2010).

bezüglich Entgelten bei mobilen Datendiensten im In- und Ausland sowie Mehrwertdiensten (Mehrwert-SMS und Telefonie).<sup>234</sup> Aufgeschlüsselt nach Providern, richteten sich die meisten Beschwerden gegen T-Mobile/tele.ring (1.387 Fälle), gefolgt von Mobilkom Austria (711) und Orange (605).<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> AaO S 10.

<sup>235</sup> AaO S 11.

### **3. Aktuelle Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht**

#### **3.1. Sperre des Internetzuganges bei mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen**

##### **3.1.1. Einleitung**

Dank des Internets können Inhalte heute von jedermann nahezu kostenlos weltweit verbreitet werden. Auch urheberrechtlich geschützte Werke, wie vor allem Filme und Musik, können ohne Qualitätsverlust und ohne Zustimmung der Rechteinhaber kopiert und innerhalb von Minuten aus dem Internet heruntergeladen werden. Von diesen Entwicklungen sieht sich insbesondere die Unterhaltungsindustrie bedroht, weswegen sie den Druck zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet erhöht hat.

Als eines der Mittel zur Bekämpfung illegaler Downloads wurde in der letzten Zeit verstärkt gefordert, bei mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen eine Sperrung des Internetzugangs (Internetsperre) des Rechtsverletzers vorzunehmen. In Europa wurde dieses Thema vor allem im Zusammenhang mit der EU-Telekom-Reform,<sup>236</sup> dem Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA),<sup>237</sup> dem französischen „HADOPI-Gesetz“<sup>238</sup> und dem britischen Digital

---

<sup>236</sup> Siehe Kapitel 2.1.

<sup>237</sup> Das ACTA ist ein derzeit noch im Verhandlungsstadium befindliches multilaterales Handelsabkommen, das völkerrechtliche Standards für die Durchsetzung von Rechten an geistigem Eigentum festlegen soll. Ausführlich zu ACTA siehe die Website der EU-Kommission für Handel, <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting/#> (24.7.2010).

<sup>238</sup> LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, Journal officiel de la République française, Le 13 juin 2009 - Edition numéro 0135. Die Abkürzung HADOPI steht für „Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur l'Internet“ (Hohe Behörde für die Verbreitung geistigen Eigentums und Rechtsschutz im Internet). Die Aufgabe dieser durch das neue Gesetz eingerichteten Verwaltungsbehörde ist es, aufgrund von Hinweisen auf illegale Downloads an (vermeintliche) Urheberrechtsverletzer Mahnungen zu versenden. Nachdem das französische Verfassungsgericht (Conseil Constitutionnel) im Juni 2009 die ursprüngliche Fassung des Gesetzes als verfassungswidrig aufgehoben hatte, verabschiedete das französische Parlament eine Neufassung, die eine richterliche ex ante Kontrolle von Internetsperren vorsieht. Diese Neufassung wurde im Oktober desselben Jahres vom Conseil Constitutionnel für verfassungskonform erklärt. Siehe Conseil Constitutionnel 10.6.2009, 2009-580 DC und Conseil Constitutionnel 22.10.2009, 2009-590 DC.

Economy Act<sup>239</sup> diskutiert.<sup>240</sup> Es ist daher zu erwarten, dass auch in Österreich spätestens im Zusammenhang mit der Umsetzung der EU-Telekom-Reform Internetsperren thematisiert werden.

Für das Instrument der Internetsperre ist es charakteristisch, dass der Provider am Vertrag mit dem Verbraucher – und damit an dessen Zahlungsverpflichtung – festhält, die Erbringung eigener Leistung (des Internetzugangs) für einen bestimmten Zeitraum jedoch aussetzt. Internetsperren sind daher vom unten noch näher behandelten Instrument der außerordentlichen Vertragskündigung zu unterscheiden.

In Bezug auf Internetsperren ist zu betonen, dass manche Verbraucher uU nicht bereit sein werden, die Kosten für einen zusätzlichen Internetanschluss aufzubringen, weshalb die Sperrung des Internetzugangs in diesen Fällen effektiv den Verbraucher aus dem Internet ausschließen kann. Wird die Internetsperre nicht vom Provider aus eigenem vorgenommen,

---

<sup>239</sup> Digital Economy Act 2010, 2010 Chapter 24.

<sup>240</sup> Zur EU-Telekom-Paket siehe zB *Klopp*, EU lässt Netzsperrern zu <http://www.zeit.de/digital/internet/2009-11/eu-netzsperrern> (24.7.2010); *Hack/Möchel*, EU-Parlament gegen Netzsperrern ohne Richter <http://futurezone.orf.at/stories/1603063/> (24.7.2010); *Krempf*, EU-Abgeordnete kämpfen weiter gegen Internetsperren bei Copyright-Verstößen <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Abgeordnete-kaempfen-weiter-gegen-Internetsperren-bei-Copyright-Verstoessen-210692.html> (24.7.2010), zum ACTA zB *Hochstätter*, ACTA-Abkommen: lückenlose Überwachung im Internet [http://www.zdnet.de/sicherheits\\_analysen\\_acta\\_abkommen\\_lueckenlose\\_ueberwachung\\_im\\_internet\\_story-39001544-41529029-1.htm](http://www.zdnet.de/sicherheits_analysen_acta_abkommen_lueckenlose_ueberwachung_im_internet_story-39001544-41529029-1.htm) (24.7.2010); *Bonse*, Die EU will dem Internet neue Fesseln anlegen <http://www.handelsblatt.com/politik/international/netzsperrern-die-eu-will-dem-internet-neue-fesseln-anlegen;2543139> (24.7.2010), zum „HADOPI-Gesetz“ zB *van Randow*, Sarkozy auf Piratenjagd <http://www.zeit.de/2009/38/T-Internetsperren-fuer-Urheberrechtsverletzer> (24.7.2010); *Marwan*, Frankreich schafft Behörde zum Kampf gegen Filesharer [http://www.zdnet.de/news/digitale\\_wirtschaft\\_internet\\_ebusiness\\_frankreich\\_schafft\\_behoerde\\_zum\\_kampf\\_gegen\\_filesharer\\_story-39002364-41003976-1.htm](http://www.zdnet.de/news/digitale_wirtschaft_internet_ebusiness_frankreich_schafft_behoerde_zum_kampf_gegen_filesharer_story-39002364-41003976-1.htm) (24.7.2010); *Pany*, Französisches Parlament beschließt Gesetz zur Internetsperre bei Urheberrechtsverstößen <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Franzoesisches-Parlament-beschliesst-Gesetz-zur-Internetsperre-bei-Urheberrechtsverstoessen-218583.html> (24.7.2010) und zum Digital Economy Act: *Wray*, Digital Economy Act: ISPs told to start collecting filesharers' data next year <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/may/28/digital-economy-act-isps-data> (24.7.2010); *Arthur*, Digital economy bill rushed through wash-up in late night session <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/apr/08/digital-economy-bill-passes-third-reading> (24.7.2010); *Biermann*, Briten beschließen Netzsperrern <http://www.zeit.de/digital/internet/2010-04/digital-economy-bill> (24.7.2010).

sondern wird sie gesetzlich festgelegt, so kann gesperrten Nutzern gesetzlich verboten werden, während der Dauer der Sperre einen neuen Access-Provider-Vertrag abzuschließen.

Das französische HADOPI-Gesetz sieht beispielsweise vor, dass Urheberrechtsverletzern nach erfolgloser zweimaliger Abmahnung wegen Urheberrechtsverletzungen nicht nur mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe bestraft werden können, sondern dass auch eine Sperre des Internetzugangs erfolgen kann, wobei die Zahlungspflicht des Verbrauchers aufrecht bleibt.<sup>241</sup>

Das Gesetz enthält darüber hinaus auch ein an die vom Internet gesperrten Nutzer gerichtetes Verbot, für die Dauer der Sperre einen neuen Internet-Access-Vertrag mit einem anderen Provider abzuschließen.<sup>242</sup> Dieses Modell der drei Verwarnungen wird als „Three strikes and you’re out“ bezeichnet.<sup>243</sup>

Nicht erfasst von der Definition der Internetsperre ist die außerordentliche Kündigung des Access-Provider-Vertrages durch den Provider wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen. Die Rechtsfragen iZm mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen als außerordentlichem Kündigungsgrund für den Provider werden daher in dieser Arbeit nicht behandelt. Die außerordentliche Kündigung als Maßnahme zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Internet wurde jedoch von manchen europäischen Providern erwogen. Der größte irische Provider Eircom<sup>244</sup> hat sich so Anfang 2009 im Rechtsstreit mit dem irischen Musikverband Irish Recorded Music Association (IRMA)<sup>245</sup> im Rahmen eines Vergleiches dazu verpflichtet, seinen Kunden nach drei Urheberrechtsverletzungen den

---

<sup>241</sup> Siehe LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet und die Entscheidung des französischen Verfassungsgerichtshofes vom 22.10.2009, Conseil Constitutionnel 22.10.2009, 2009-590 DC.

<sup>242</sup> AaO.

<sup>243</sup> Der Begriff stammt aus der Sportart Baseball, in welcher der Schlagmann („Batter“) nach drei Fehlschlägen ausscheiden muss.

<sup>244</sup> Siehe <http://www.eircom.net/>.

<sup>245</sup> Siehe <http://www.irma.ie/>. Der Verband vertritt die großen Musikkonzerne wie EMI, Sony BMG, Universal Music und Warner Music.

Vertrag fristlos zu kündigen.<sup>246</sup> Nach diesem Vergleich versuchte IRMA – mit derzeit noch ungewissem Erfolg – auch mit anderen Providern ähnliche Vereinbarungen abzuschließen.<sup>247</sup>

Das Mittel der außerordentlichen Vertragskündigung ist für Rechteinhaber nur dann sinnvoll, wenn dieses von allen Providern eingesetzt wird und darüber hinaus jeder Provider Vertragsabschlüsse mit Verbrauchern verweigert, denen zuvor von einem anderen Provider der Vertrag gekündigt wurde. Für Provider ist hingegen ein solches System nicht wirtschaftlich sinnvoll, da sie dadurch Kunden verlieren und keine neuen gewinnen. Die Umsetzung eines auf Kündigungen basierenden Systems ist daher nicht zu erwarten.<sup>248</sup> Deshalb befasst sich dieses Kapitel ausschließlich mit der Sperre des Internetzugangs unter Weiterbestehen der Zahlungspflicht des Verbrauchers.

Wegen der kaum zu überschätzenden Bedeutung des Internets für das tägliche Leben haben Verbraucher ein außerordentlich hohes Interesse an einem Internetzugang. Das Internet ist heute eine wichtige Informationsquelle für alle Lebensbereiche von persönlichen Themen über Unterhaltung und Behördengänge bis hin zur Weltpolitik.<sup>249</sup> Viele Firmen und Behörden

---

<sup>246</sup> Siehe *Collins*, Eircom to cut broadband over illegal downloads <http://www.irishtimes.com/newspaper/frontpage/2010/0524/1224271013389.html> (24.7.2010).

<sup>247</sup> Ursprünglich lehnten die anderen zwei großen irischen Providern, BT Communications Irland und UPC Communications Irland, einen Vergleich mit IRMA ab. Siehe *Modine*, Music labels take (more) Irish ISP to court [http://www.theregister.co.uk/2009/07/07/irma\\_sues\\_bt\\_and\\_upc\\_ireland/](http://www.theregister.co.uk/2009/07/07/irma_sues_bt_and_upc_ireland/) (24.7.2010). BT Communications Ireland wurde jedoch inzwischen von Vodafone teilweise übernommen. Vodafone hat mit IRMA Verhandlungen über die Einführung eines “Three strikes”-Modells aufgenommen. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit wurden die Verhandlungen noch nicht beendet. Siehe *McGreevy*, Vodafone in line to join file-sharing clampdown <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2010/0616/1224272615990.html> (24.7.2010). Gegen die Provider UPC Communications Irland, O2 und 3 hat IRMA rechtliche Schritte unternommen, deren Ausgang derzeit ungewiss ist. Siehe *Carolan*, UPC file-sharing court action begins <http://www.irishtimes.com/newspaper/breaking/2010/0618/breaking50.html> (24.7.2010); *Collins*, O2 and 3 face lawsuit over illegal file sharing <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2010/0528/1224271297811.html> (24.7.2010).

<sup>248</sup> Ein solches Modell wäre grundsätzlich wohl nur mit verpflichtenden gesetzlichen Vorschriften durchsetzbar.

<sup>249</sup> Vgl. *Benkler*, *The Wealth of Networks* (2006) 133 ff; *Frischmann*, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, *Minnesota Law Review* 2005, 917 (1015 ff); *Balkin*, *Digital Speech and Democratic*

stellen zunehmend Informationen ausschließlich im Internet bereit. Darüber hinaus ist die Pflege vieler sozialer Kontakte für immer mehr Menschen ohne E-Mail, VoIP bzw diverse soziale Netzwerke (zB Facebook) kaum denkbar.<sup>250</sup> Auch die Teilnahme an politischen Diskussionen erfolgt für einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung über Blogs und Online-Foren.<sup>251</sup>

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass Urheberrechtsverletzungen in aller Regel nicht auf einen individuellen Verbraucher, sondern lediglich auf die IP-Adresse seines Internetanschlusses zurückgeführt werden können. Wenn Mitbewohner (insbesondere Jugendliche), Gäste oder Nachbarn (mit oder ohne Zustimmung des Anschlussinhabers) den Internetzugang verwenden, um rechtswidrig urheberrechtlich geschützte Werke herunterzuladen und damit zu vervielfältigen, hat der Anschlussinhaber hiervon oft gar keine Kenntnis. Daher ist es in der Praxis sehr schwierig, den tatsächlichen Urheberrechtsverletzer zu identifizieren.

In diesem Kapitel wird zunächst die Zulässigkeit von Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen nach Unionsrecht sowie nach österreichischem Recht untersucht. Weiters werden vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts die Rechtsfolgen von Internetsperren dargestellt, wenn diese ohne vertragliche Regelung erfolgen. Schließlich wird die Frage erörtert, ob eine entsprechende vertragliche Regelung Vertragsbestandteil des Access-Provider-Vertrages werden kann.

### **3.1.2. Eine unionsrechtliche Betrachtung**

Für die Beurteilung der Zulässigkeit von Internetsperren bei mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen sind die durch die EU-Telekom-Reform vorgenommenen

---

Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, New York University Law Review 2004, 1 (31 ff).

<sup>250</sup> *Benkler*, The Wealth of Networks (2006) 369 ff; *Frischmann*, An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, Minnesota Law Review 2005, 917 (1015 ff).

<sup>251</sup> *Benkler*, The Wealth of Networks (2006) 212 ff; *Frischmann*, An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, Minnesota Law Review 2005, 917 (1015 ff) verweisend auf *Drezner/Farrell*, The Power and Politics of Blogs <http://www.uts.utoronto.ca/~farrell/blogpaperfinal.pdf> (24.7.2010) und *Pereira Neto*, Online Collaborative Media and Political Economy of Information: A Case Study, The John Marshall Journal of Computer & Information Law 2003, 511 (515).

Änderungen der Rahmen-RL sowie der Universaldienst-RL betreffend den Zugang zu Kommunikationsnetzen und -diensten von Bedeutung.

### **3.1.2.1. Rahmen-RL („Neue Schutzklausel zur Internetfreiheit“)<sup>252</sup>**

Durch die BR-RL erhielt Art 1 Rahmen-RL einen Abs 3a, welcher wie folgt lautet:

*(3a) Maßnahmen der Mitgliedstaaten betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen über elektronische Kommunikationsnetze durch die Endnutzer wahren die in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts verankerten Grundrechte und -freiheiten natürlicher Personen.*

*Alle diese Maßnahmen betreffend den Zugang zu oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen über elektronische Kommunikationsnetze durch die Endnutzer, die diese Grundrechte und -freiheiten einschränken können, dürfen nur dann auferlegt werden, wenn sie im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft angemessen, verhältnismäßig und notwendig sind, und ihre Anwendung ist angemessenen Verfahrensgarantien im Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zu unterwerfen, einschließlich des Rechts auf effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren. Dementsprechend dürfen diese Maßnahmen nur unter gebührender Beachtung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Schutz der Privatsphäre ergriffen werden. Ein vorheriges, faires und unparteiisches Verfahren, einschließlich des Rechts der betroffenen Person(en) auf Anhörung, wird gewährleistet, unbeschadet des Umstandes, dass in gebührend begründeten Dringlichkeitsfällen geeignete Bedingungen und Verfahrensvorkehrungen im Einklang mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten notwendig sind. Das Recht auf eine effektive und rechtzeitige gerichtliche Prüfung wird gewährleistet.*

---

<sup>252</sup> Siehe Presseaussendung der EU-Kommission vom 5.11.2009, Einigung über EU-Telekom-Reform ebnet den Weg für Stärkung der Verbraucherrechte, ein offenes Internet, einen Telekom-Binnenmarkt und schnelle Internetanschlüsse für alle Bürger, MEMO/09/491 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/491&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010).

### *3.1.2.1.a) Anwendungsbereich der „neuen Schutzklausel zur Internetfreiheit“*

Von Art 1 Abs 3a Rahmen-RL sind alle Maßnahmen der Mitgliedstaaten betreffend Internetzugang und Nutzung von Internetdiensten erfasst, welche die in der EMRK<sup>253</sup> sowie den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts verankerten Grundrechte und -freiheiten einschränken können. Staatliche Maßnahmen wie zB Gesetze, Verordnungen, aber auch gerichtliche und behördliche Entscheidungen, welche Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen vorsehen, fallen angesichts der möglichen Beeinträchtigung von Grundrechten der Verbraucher jedenfalls darunter.

Da Provider nicht einmal mittelbare Adressaten der Bestimmung sind,<sup>254</sup> sind Internetsperren, welche von Providern vorgenommen werden, ohne dass diese hierzu gesetzlich oder durch eine gerichtliche Entscheidung verpflichtet wären, nicht von der Regelung erfasst. Darunter fallen vor allem Internetsperren auf Grundlage von Vereinbarungen zwischen Providern und der Unterhaltungsindustrie, wonach Provider nach mehrmaligen Anzeigen von Urheberrechtsverletzungen den angezeigten Internetanschluss sperren sollen.<sup>255</sup>

Der Wortlaut des Art 1 Abs 3a Rahmen-RL hindert zwar die Mitgliedstaaten nicht daran, Rechtsvorschriften zu erlassen, welche es Providern untersagen, einen Internetzugang ohne vorheriges gerichtliches Verfahren zu sperren. Verpflichtet sind die Mitgliedstaaten hierzu jedoch nicht.

### *3.1.2.1.b) Erfordernis einer (Vorab-)Kontrolle durch ein Tribunal?*

Art 1 Abs 3a Rahmen-RL verweist in Bezug auf die Maßnahmen iSd Satz 2 leg cit auf die Verfahrensgarantien nach der EMRK und nach den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Die Mitgliedstaaten haben gem Satz 4 leg cit „ein vorheriges, faires und unparteiisches Verfahren, einschließlich des Rechts der betroffenen Person(en) auf Anhörung [zu gewährleisten,] unbeschadet des Umstandes, dass in gebührend begründeten

---

<sup>253</sup> Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, CETS Nr 005.

<sup>254</sup> Denn die Richtlinie sieht keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, Internetsperren durch Provider ohne eine Vorabkontrolle durch ein Gericht oder Tribunal zu verbieten.

<sup>255</sup> Auch so *Lehofer*, Nochmals: zur neuen „Internet-Freiheit“ <http://blog.lehofer.at/2009/11/nochmals-zur-neuen-internet-freiheit.html> (24.7.2010).

Dringlichkeitsfällen geeignete Bedingungen und Verfahrensvorkehrungen im Einklang mit der [EMRK] notwendig sind.“ Satz 5 leg cit legt fest, dass „[d]as Recht auf eine effektive und rechtzeitige gerichtliche Prüfung“ zu gewährleisten ist.

Die Richtlinie stellt hiermit klar, dass *vor* der Vornahme einer Internetsperre grundsätzlich ein faires und unparteiisches Verfahren stattzufinden hat, in welchem dem Betroffenen das Recht auf Anhörung zukommt. Eine Ausnahme besteht nur für „gebührend begründete Dringlichkeitsfälle“, in welchen auch eine nachträgliche Kontrolle zulässig ist. In der Richtlinie wird jedoch nicht näher ausgeführt, wann solche Dringlichkeitsfälle anzunehmen sind.<sup>256</sup>

In der Richtlinie wird auch nicht erläutert, was genau (neben dem Erfordernis der Gewährung des Rechts auf Anhörung) unter einem „fairen und unparteiischen Verfahren“ zu verstehen ist. Aus dem Verweis auf die EMRK ergibt sich jedoch, dass die vom EGMR zu Art 6 EMRK entwickelten Grundsätze einzuhalten sind.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Der Begriff „gebührend begründete Dringlichkeitsfälle“ ist ein politischer Kompromiss des Europäischen Parlaments und des Rates. Daraus kann kein näherer inhaltlicher Gehalt gewonnen werden. Vgl auch *Nettel*, Das Telekom-Reformpaket, *ecolex* 2010, 401 (402).

<sup>257</sup> Gem Art 6 Abs 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessener Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Zu Grundsätzen eines fairen Verfahrens siehe *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2006) Art 6 Rz 35 ff; *Berka*, Die Grundrechte<sup>1</sup> (1999) 461 ff. Ein Gericht iSd Art 6 EMRK muss nicht unbedingt ein ordentliches Gericht sein. Ausführlich zum Begriff eines Gerichts (Tribunals) iSd Art 6 EMRK siehe *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2006) Art 6 Rz 29; *Berka*, Die Grundrechte<sup>1</sup> (1999) 451 ff. IdZ ist zu betonen, dass seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union rechtsverbindlich ist und sich die Mitgliedstaaten (ausgenommen Polen, das Vereinigte Königreich und die Tschechische Republik) bei der Umsetzung des Unionrechts an diese zu halten haben. Gem deren Art 47 hat jede Person ein Recht darauf, dass ihre Sache vor einem unabhängigen unparteiischen und zuvor durch das Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Bei der Umsetzung der Regelung des Art 1 Abs 3a Rahmen-RL haben die Mitgliedstaaten daher auch Art 47 der Charta zu beachten.

An dieser Stelle ist jedoch noch einmal zu betonen, dass sich die Regelung des Art 1 Abs 3a Rahmen-RL nur auf die Maßnahmen der Mitgliedstaaten bezieht. Bei deren Vornahme sind die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie ausdrücklich zur Achtung der Grundrechte und -freiheiten der Verbraucher verpflichtet. Da sich aus der Richtlinie jedoch keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergibt, den Providern die Vornahme von Internetsperren ohne eine Vorabkontrolle durch ein Tribunal zu untersagen, werden Provider an „freiwilligen“ Internetsperren auf Verlangen von Rechteinhabern nicht gehindert.

### **3.1.2.2. Universaldienst-RL**

Art 1 Abs 3 Universaldienst-RL hat durch die CR-RL eine neue Fassung erhalten:

*Weder schreibt diese Richtlinie von Anbietern öffentlich zugänglicher Kommunikationsnetze und -dienste auferlegte Bedingungen vor, die den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen durch die Endnutzer einschränken, soweit diese nach nationalem Recht zulässig sind und im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen, noch verbietet sie diese, begründet jedoch eine Verpflichtung zur Bereitstellung von Informationen über solche Bedingungen. Im Rahmen nationaler Maßnahmen betreffend den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen durch die Endnutzer im Rahmen von elektronischen Kommunikationsnetzen werden die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen, einschließlich des Rechts auf Privatsphäre und des Rechts auf ein faires Verfahren gemäß Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, geachtet.*

Aus dieser Bestimmung folgt eindeutig, dass die Richtlinie Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen nicht verbietet, wenn sie nach nationalem Recht und Unionsrecht zulässig sind. Sie begründet lediglich die Verpflichtung, Verbraucher über die Fälle zu informieren, in welchen Internetsperren vorgenommen werden können.

Das Erfordernis der Achtung von Grundrechten und Grundfreiheiten natürlicher Personen „im Rahmen nationaler Maßnahmen betreffend den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen“ bezieht sich ausschließlich auf die Mitgliedstaaten. Jedoch werden sie durch die Richtlinie nicht verpflichtet, Vorschriften zu erlassen, welche Providern Internetsperren ohne vorherige Kontrolle durch ein Tribunal untersagen.

### *3.1.2.2.a) Vertragliche Informationspflichten*

Gem Art 20 Abs 1 lit b Universaldienst-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Verbrauchern im Vertrag mit dem Provider Informationen über Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen, soweit diese Einschränkungen nach nationalem Recht und Unionsrecht zulässig sind, bereitgestellt werden. Da Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen eine Einschränkung iSd Art 20 Abs 1 lit b leg cit darstellen, sind Verbraucher über die Umstände, unter denen eine Internetsperre erfolgen kann, zu informieren.<sup>258</sup>

Im Fall der nachträglichen Aufnahme von Bestimmungen über Internetsperren in einen Internet-Access-Vertrag hat der Verbraucher gem Art 20 Abs 2 leg cit das Recht, bei der Bekanntgabe von Änderungen den Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu kündigen. Die geänderten Vertragsbestimmungen sind dem Verbraucher unter Wahrung einer ausreichenden Frist von mindestens einem Monat anzuzeigen und er ist gleichzeitig über sein Recht zur kostenlosen Vertragskündigung zu informieren. Darüber hinaus haben gem Art 21 Abs 3 lit c leg cit die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden Provider verpflichten können, Verbraucher ua „über jede Änderung der Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen“ zu unterrichten.

---

<sup>258</sup> Die Mitgliedstaaten können zudem gem Art 20 Abs 1 Satz 3 leg cit verlangen, „dass der Vertrag auch die von den zuständigen öffentlichen Behörden gegebenenfalls zu diesem Zweck bereitgestellten Informationen nach Artikel 21 Absatz 4 über die Nutzung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste für unrechtmäßige Handlungen [...] enthält, die für den angebotenen Dienst von Bedeutung sind.“ Die Informationen iSd Art 21 Abs 4 leg cit umfassen ua „die häufigsten Formen einer Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste für unrechtmäßige Handlungen [...], insbesondere wenn dadurch die Achtung der Rechte und Freiheiten anderer Personen beeinträchtigt werden kann, einschließlich Verstößen gegen das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte und ihre rechtlichen Folgen.“

### 3.1.3. Internetsperren nach österreichischem Recht

#### 3.1.3.1. Internetsperren ohne ausdrückliche vertragliche Regelung

Die Sperrung des Internetzugangs wegen Urheberrechtsverletzungen ist in Österreich kein Gegenstand zwingender gesetzlicher Regelungen. Wird im Access-Provider-Vertrag keine ausdrückliche Vereinbarung über Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen getroffen, so ist für die Beurteilung des Rechts zu deren Vornahme primär das dispositive Recht heranzuziehen.<sup>259</sup>

Da es sich beim Access-Provider-Vertrag um einen Mischvertrag *sui generis* mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen handelt,<sup>260</sup> erhebt sich die Frage, welches dispositive Recht Anwendung findet. Während bei Verträgen *sui generis* in erster Linie allgemeine Regeln anzuwenden und Vertragslücken mittels Analogien zu ähnlichen Vertragstypen sowie der Vertragsauslegung gem § 914 ABGB zu schließen sind,<sup>261</sup> herrscht in der Lehre in Bezug auf Mischverträge hinsichtlich der Frage des heranzuziehenden dispositiven Rechts keine Einigkeit.<sup>262</sup> Nach der überwiegenden Rsp des OGH ist jedoch „bei gemischten Verträgen [...] für die Beurteilung jeder einzelnen Leistungspflicht die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift heranzuziehen.“<sup>263</sup> Laut OGH ist dies „nach der

---

<sup>259</sup> Zur Heranziehung des dispositiven Rechts mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung siehe zB *Bollenberger in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 914 Rz 2*; *Binder in Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 177 f*; *Rummel in Rummel* (Hrsg), *ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 9*.

<sup>260</sup> Siehe Kapitel 2.2.1.

<sup>261</sup> Siehe zB *Apathy/Riedler in Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 859 Rz 15*; *Rummel in Rummel* (Hrsg), *ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 859 Rz 21*.

<sup>262</sup> Für die Anwendung der Kombinationstheorie zB *Bollenberger in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 859 Rz 15 mwN* und *Aicher in Rummel* (Hrsg), *ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1055 Rz 7 mwN*. Für die Theorie der analogen Rechtsanwendung *Rummel in Rummel* (Hrsg), *ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 859 Rz 22 mwN*. Für die Anwendung von Kombinations- oder Absorptionstheorie abhängig vom Überwiegen der Elemente eines bestimmten Vertragstyps im konkreten Fall und der Eignung zur Problemlösung *Apathy/Riedler in Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 859 Rz 16 mwN*.

<sup>263</sup> OGH 29.4.2009, 2 Ob 203/08d; 29.4.2009, 7 Ob 270/08v; 11.12.2007, 4 Ob 180/07k ua.

herrschenden Kombinationstheorie die Vorschrift für jenen Vertragstyp, dem die einzelne Pflicht entstammt.<sup>264</sup>

Das Sperren von Internetzugängen bei Urheberrechtsverletzungen bezieht sich nicht auf das dienstrechtliche Bemühen des Providers, sondern auf den Umfang des dem Verbraucher gewährten Gebrauchs des Netzwerkes. Daher sind für die Beurteilung der Frage, ob der dem Verbraucher zustehende Gebrauch des Netzwerkes durch Internetsperren beeinträchtigt wird, sowie der Rechtsfolgen im Fall einer Vertragsverletzung die bestandsrechtlichen Bestimmungen des ABGB heranzuziehen.

### *3.1.3.1.a) Das Sperren von Internetzugängen als Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs*

Der Verbraucher ist zum vertragsgemäßen Gebrauch des Netzwerkes des Providers berechtigt.<sup>265</sup> Beinhaltet der Vertrag keine Regelung betreffend den Umfang des zustehenden Gebrauchs, so ist nach der Rsp des OGH primär der Zweck des Vertrages und sekundär der Ortsgebrauch und die Verkehrssitte heranzuziehen.<sup>266</sup>

Der objektive Zweck des Access-Provider-Vertrages besteht in der Zurverfügungstellung des Netzwerkes des Providers, um Zugang zum Internet zu erlangen. Das Sperren des Internetzugangs würde diesem Zweck eindeutig widersprechen. Darüber hinaus sind bisher in Österreich keine Fälle von Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen berichtet worden. Zudem wären Sperrungen des Internetzugangs bei Urheberrechtsverletzungen nicht als redlich anzusehen.<sup>267</sup> Denn eine wegen (allenfalls von Dritten begangenen) Urheberrechtsverletzungen erfolgende Internetsperre unter Aufrechterhaltung der Zahlungspflicht würde nicht nur finanzielle Interessen des Verbrauchers erheblich beeinträchtigen, sondern auch wesentliche soziale Nachteile mit sich bringen. Diesem würde nur das im Verhältnis als äußerst gering zu beurteilende Interesse des Providers

---

<sup>264</sup> OGH 29.4.2009, 7 Ob 270/08v; 6.6.2001, 6 Ob 104/01i; 2.9.1999, 2 Ob 99/97s ua.

<sup>265</sup> Siehe § 1098 ABGB.

<sup>266</sup> Siehe OGH 27.11.2001, 5 Ob 265/01h; 25.6.1996, 1 Ob 2124/96a; 13.12.1994, 1 Ob 1645/94 ua.

<sup>267</sup> Zur Redlichkeit der Verkehrssitten siehe *Binder Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 67; *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 16.

gegenüberstehen, von einem Internetzugang ausgehende Rechtsverletzungen zu unterbinden, jedoch weiterhin ein Entgelt (für nicht erbrachte Leistungen) zu erhalten.

Hieraus ergibt sich, dass eine Sperrung des Internetzugangs wegen Urheberrechtsverletzungen mit dem dem Verbraucher zustehenden Gebrauch des Netzwerkes nicht vereinbar ist. Durch Internetsperren wegen (vermeintlicher) Urheberrechtsverletzungen wird der Verbraucher daher in der Ausübung seines vertragsgemäßen Rechts auf Gebrauch des Netzwerkes behindert.

### *3.1.3.1.b) Rechtsfolgen vertragswidriger Internetsperren*

Grundsätzlich kann der Verbraucher im Fall einer vertragswidrigen Internetsperre unabhängig vom Verschulden des Providers die Einhaltung des Vertrags (dh die Aufhebung der Internetsperre) begehren, den Vertrag außerordentlich kündigen (§ 1117 ABGB) oder die ex lege eintretende Befreiung von der Pflicht zur Zahlung von Entgelten im Ausmaß der Einschränkung des vereinbarten Gebrauchs beanspruchen.<sup>268</sup> Das Recht des Verbrauchers auf außerordentliche Kündigung sowie das Recht auf Befreiung von der Pflicht zur Zahlung von Entgelten sind als bestandrechtliche Gewährleistungsrechte anzusehen. Sie können gem § 9 Abs 1 KSchG vor der Kenntnis des Mangels (dh vor der Kenntnis von der Internetsperre) weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden.<sup>269</sup> Ein Vorausverzicht auf das

---

<sup>268</sup> Die letztere Rechtsfolge tritt auch bis zur Erfüllung des Begehrens auf die Vertragseinhaltung ein. Zu Rechtsfolgen nicht gehöriger Erfüllung von Vertragspflichten beim Bestandvertrag siehe zB *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1096 Rz 97 und § 1117 Rz 14; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1096 Rz 2 mwN.

<sup>269</sup> Trotz dem Klammerausdruck „(§§ 922 bis 933 ABGB)“ bezieht sich das Verbot der Einschränkung und des Ausschlusses von Gewährleistungsrechten des Verbrauchers auch auf die bestandrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen. Siehe zB *Apathy* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 9 KSchG Rz 1; *Eccher* in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 9 Rz 3; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 9 KSchG Rz 4. Zur Frage, ob die AGB-Klauseln über Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen zulässige Leistungsbeschreibungen oder unzulässige Umgehungen des Verbotes des Gewährleistungsausschlusses darstellen, siehe Kapitel 3.1.3.2.b).

außerordentliche Kündigungsrecht des Verbrauchers wäre zudem auch gem § 6 Abs 1 Z 1 Fall 2 KSchG<sup>270</sup> nicht wirksam.<sup>271</sup>

Im Zusammenhang mit der außerordentlichen Vertragskündigung wegen vertragswidriger Internetsperre ist zu beachten, dass die vorzeitige Vertragsauflösung bei unbedeutenden Mängeln gar nicht und bei leicht behebbaren Mängeln erst nach der Verweigerung der begehrten Mängelbehebung durch den Vertragspartner möglich ist.<sup>272</sup> Das Sperren von Internetzugängen ohne vertragliche Grundlage stellt angesichts des Ausmaßes der Beeinträchtigung der Interessen des Verbrauchers und der für ihn damit verbundenen Nachteile keinen unbedeutenden Mangel dar und rechtfertigt daher sehr wohl eine außerordentliche Vertragskündigung. Da der Provider die Internetsperre problemlos aufheben kann, liegt jedoch ein leicht behebbarer Mangel vor, weshalb der Verbraucher vom Provider zunächst die Aufhebung der Sperre zu verlangen hat. Erst wenn der Provider dies ablehnt, kann der Verbraucher den Vertrag kündigen.

Hat der Verbraucher vor der Kenntnis der vertragswidrigen Internetsperre das monatliche Grundentgelt bereits bezahlt, hat er grundsätzlich einen aliquoten Rückforderungsanspruch, der sich im Fall der Befreiung von der Pflicht zur Entgeltzahlung auf § 1431 ABGB<sup>273</sup> und im Fall einer außerordentlichen Vertragskündigung auf § 1435 ABGB<sup>274</sup> stützt.

---

<sup>270</sup> Gem § 6 Abs 1 Z 1 KSchG sind „[f]ür den Verbraucher [...] besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist ausbedingt, während deren er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann oder während deren der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.“

<sup>271</sup> *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1117 Rz 3 ; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1117 Rz 4.

<sup>272</sup> *Würth* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1117 Rz 3. Siehe auch *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1117 Rz 11.

<sup>273</sup> *Iro* in *Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1096 Rz 9; *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1096 Rz 98; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1096 Rz 10.

<sup>274</sup> *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1117 Rz 19; *Würth* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1117 Rz 5.

Überdies hat der Verbraucher bei Verschulden des Providers im Fall eines Schadens auch einen Schadenersatzanspruch.<sup>275</sup> Das Verschulden des Providers wird bei Internetsperren in aller Regel in Form des Vorsatzes vorliegen. Dem Verbraucher sind auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen.<sup>276</sup> Weiters trifft den Provider die Erfüllungsgehilfenhaftung des § 1313a ABGB<sup>277</sup> sowie gem § 1298 ABGB die Beweislast für das Nichtvorliegen eigenen Verschuldens.<sup>278</sup> Vertragsverletzende Internetsperren werden für Verbraucher oft nur immaterielle Schäden zur Folge haben. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in welchen dem Verbraucher aufgrund der Sperre des Internetzugangs Vermögensschäden entstehen.<sup>279</sup> Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden wird von Teilen der Lehre bereits bei grobem Verschulden bejaht,<sup>280</sup> während sie nach der höchstgerichtlichen Rsp im Allgemeinen nur in den vom Gesetz genannten Fällen zu ersetzen sind.<sup>281</sup> Mangels gesetzlicher Regelungen, welche einen Ersatz immaterieller Schäden bei vertragswidrigen Internetsperren vorsehen, ist daher zu bezweifeln, dass Verbrauchern in der Praxis gerichtlich Schadenersatz zugesprochen wird.

---

<sup>275</sup> Siehe zB *Iro in Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1096 Rz 8 mwN; *Würth in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1096 Rz 2, 12 jeweils mwN. Die Pflicht zum Schadenersatz kann nicht allein aus § 1096 ABGB gewonnen werden, sondern folgt aus § 933a ABGB, siehe *Binder in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1096 Rz 110 mwN.

<sup>276</sup> So ausdrücklich zB OGH 29.4.2003, 1 Ob 152/02p. Zu Rechtsfolgen der Vertragshaftung siehe zB *Karner in Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1295 Rz 1; *Harrer in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar VI<sup>3</sup> (2006) vor §§ 1293 ff Rz 17.

<sup>277</sup> Zur Vertragshaftung siehe zB *Karner in Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1295 Rz 1; *Harrer in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar VI<sup>3</sup> (2006) vor §§ 1293 ff Rz 17.

<sup>278</sup> AaO.

<sup>279</sup> Zu denken ist zB an Kosten für Verkehrsmittel, die bei der Erledigung von Geschäften über das Internet nicht angefallen wären (wie bei Bankgeschäften oder beim Kauf von Konzertkarten), an Kosten des postalischen Briefverkehrs oder an Kosten der Nutzung des Internets in einem Internetcafé.

<sup>280</sup> Siehe zB *Karner in Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1293 Rz 2 verweisend auf *F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 237 (247); *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, in Verhandlungen des Fünfzehnten Österreichischen Juristentages 2003 II/1 (2003) 17 ff. Vgl auch *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB II/2b<sup>3</sup> (2004) § 1324 Rz 11.

<sup>281</sup> Siehe zB OGH 12.9.2006, 1 Ob 148/06f; 12.7.2000, 9 Ob 36/00k; 5.5.1988, 6 Ob 9/88.

### **3.1.3.2. Regelung von Internetsperren im Access-Provider-Vertrag**

Im Folgenden wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen Internetsperren vertraglich vereinbart werden können, wobei zunächst auf die Geltungskontrolle und nachfolgend auf die inhaltliche Erlaubtheit einzugehen ist.

#### *3.1.3.2.a) Geltungskontrolle von Vertragsklauseln über Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen*

In Bezug auf die gem § 864a ABGB erforderliche objektive Gewöhnlichkeit von AGB-Klauseln ist auszuführen, dass sich in den AGB der meisten österreichischen Provider Klauseln über das Sperren des Internetzugangs wegen Urheberrechtsverletzungen finden.<sup>282</sup> Darüber hinaus wurde in den Medien ausführlich über Urheberrechtsverletzungen im Internet und deren Bekämpfung berichtet.

Der durchschnittliche Verbraucher kann daher mit der Aufnahme von vertraglichen Regelungen betreffend Urheberrechtsverletzungen in Access-Provider-Verträgen rechnen, weswegen diesbezügliche Klauseln nicht als objektiv ungewöhnlich anzusehen sind. Wenn sich die Klauseln zudem im Vertrag an einer Stelle befinden, an der sie der Verbraucher suchen würde, wie zB unter der Überschrift „Sperre“, sind sie für ihn auch nicht überraschend.

Klauseln über Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen unter dem Weiterbestehen der Zahlungspflicht für Verbraucher sind jedenfalls nachteilig iSd § 864a ABGB. Mangels Ungewöhnlichkeit können solche Klauseln jedoch Vertragsbestandteil werden, ohne dass der Provider den Verbraucher darauf besonders hinzuweisen hat.

---

<sup>282</sup> Siehe zB Pkt 15 Abs 1 Z 1 iVm Pkt 9 Abs 7 Z 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für aon-Produkte der Telekom Austria <http://business.telekom.at/agbs/agb-aon.pdf> (24.7.2010); Pkt 20.1.2. iVm Pkt 19.1.7. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Tele2 [http://www.tele2.at/TELE2/downloads/01-09018\\_T2\\_AGB\\_residential.pdf](http://www.tele2.at/TELE2/downloads/01-09018_T2_AGB_residential.pdf) (24.7.2010).

### 3.1.3.2.b) Zulässigkeit von Vertragsklauseln über Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen

Mit AGB-Klauseln, nach denen der Provider bei Urheberrechtsverletzungen den Internetzugang des Verbrauchers sperren kann, behält sich der Provider das Recht vor, einseitig seine Leistung (den Zugang zum Internet) zu ändern. Nach § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ist die Vereinbarung von Vertragsklauseln, die ein Recht zur einseitigen Leistungsänderung einräumen, nur dann wirksam, wenn die Klauseln im Einzelnen ausgehandelt wurden, es sei denn die Leistungsänderung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist. Bei einer Klausel, die ein Recht zur Internetsperrung vorsieht, handelt es sich um einen Fall des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da von dessen Begriff der Leistungsänderung nicht nur eine Aliudleistung, sondern auch Änderungen der Quantität erfasst sind.<sup>283</sup> Auch das gänzliche Aussetzen der Leistung – wie bei Sperren des Internetzuganges – wäre mE als eine Änderung der Quantität der erbrachten Leistung anzusehen.<sup>284</sup>

In der Telekommunikationsbranche werden Verträge in aller Regel unter Verwendung von AGB abgeschlossen, die jeglicher Möglichkeit der Einflussnahme durch Verbraucher entzogen sind. AGB-Klauseln über Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen sind daher als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu beurteilen.<sup>285</sup> Daher ist zu erörtern, ob Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen als dem Verbraucher zumutbare Leistungsänderungen anzusehen sind.

---

<sup>283</sup> Siehe zB *Eccher in Fenyves ua* (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 6 Rz 2; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 6 KSchG Rz 179 f.

<sup>284</sup> Selbst wenn man annimmt, dass die völlige Einstellung der Leistungserbringung (wie bei einer Sperrung des Internetzuganges) nicht eine Änderung der Leistungsmenge darstellt, wäre in § 6 Abs 2 Z 3 KSchG eine planwidrige Lücke zu erblicken und mittels Größenschlusses § 6 Abs 2 Z 3 KSchG auf Internetsperren als völlige Aussetzungen der Leistungserbringung durch den Provider anzuwenden.

<sup>285</sup> Zur individuellen Aushandlung siehe *Kathrein in Koziol ua* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 6 KSchG 23; *Schurr in Fenyves ua* (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 6 Rz 7; *Krejci in Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 6 KSchG Rz 147 ff.

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Leistungsänderung für den Verbraucher sind auf Grund der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte<sup>286</sup> auch grundrechtlich geschützte Interessen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist vor allem die grundlegende Bedeutung des Internets für die Ausübung des Rechts auf Meinungsäußerungsfreiheit<sup>287</sup> hervorzuheben.<sup>288</sup> Denn viele Menschen decken ihren täglichen Informationsbedarf weitgehend online, beteiligen sich mittels Blogs und Online-Foren an politischen Diskussionen und üben politische Kritik.<sup>289</sup> Darüber hinaus kommunizieren sie täglich mit ihren Freunden und Familienangehörigen mittels E-Mail, VoIP bzw sozialen Netzwerken wie Facebook.<sup>290</sup> Da durch eine Sperre des Internetzugangs dieses Recht des Verbrauchers erheblich beeinträchtigt wird, stellen Internetsperren keinesfalls geringfügige Leistungsänderungen iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG dar.

Eine sachliche Rechtfertigung für Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen lässt sich nicht erkennen. Denn Urheberrechtsverletzungen im Internet können – wie bereits in der Einleitung angesprochen – lediglich zum betroffenen Internetanschluss zurückgeführt werden, weshalb es in der Praxis außerordentlich schwer ist, festzustellen, wer tatsächlich einen illegalen Download initiiert hat. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Verbraucher als Inhaber des Internetanschlusses uU gar keine Kenntnis von allfälligen Urheberrechtsverletzungen haben wird. Denn ein Anschluss wird idR von mehreren Personen (zB Familienmitgliedern, anderen Mitbewohnern, Gästen oder Nachbarn) genützt.

Weiters ist zu betonen, dass die Benutzung des Internetanschlusses mit aber auch ohne Zustimmung des Anschlussinhabers erfolgen kann.<sup>291</sup> Er hat zweifellos ein erhebliches

---

<sup>286</sup> Zur Heranziehung von Grundrechten zur Konkretisierung von Generalklauseln siehe Kapitel 2.2.8.

<sup>287</sup> Art 10 EMRK. Ausführlich zur Freiheit der Meinungsäußerung siehe zB *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2006) Art 10 Rz 11 ff; *Berka*, Die Grundrechte<sup>1</sup> (1999) 313 ff.

<sup>288</sup> Ausführlich zur Bedeutung des Internets für die Ausübung des Rechts auf Meinungsäußerungsfreiheit siehe *Benkler*, *The Wealth of Networks* (2006) 212 ff, 369 ff.

<sup>289</sup> AaO.

<sup>290</sup> AaO.

<sup>291</sup> IdZ erheben sich Fragen über die Haftung für offene WLANs sowie über die Zumutbarkeit der Überwachung minderjährigen Kinder, um Urheberrechtsverletzungen zu verhindern. Zur WLAN-Haftung siehe für Österreich *Bresich/Pesta*, Haftung für offenes WLAN? RdW 2007, 647; *Zankl*, WLAN-Haftung, Output 2006/12, 17, für

Interesse daran, dass sein Internetanschluss nicht wegen fremder Rechtsverstöße gesperrt wird. In solchen Fällen ist es für den Verbraucher von grundlegendem Interesse, dass über seine Unschuld bzw ein allfälliges (Mit-)Verschulden an der Urheberrechtsverletzung ein unabhängiger Richter im Rahmen eines fairen Verfahrens entscheidet. Die Vornahme von Internetsperren durch den Provider ist nicht sachlich gerechtfertigt, da der Verbraucher der erheblichen Gefahr ausgesetzt ist, dass sein Internetzugang unabhängig vom Vorliegen eines Verschuldens gesperrt wird. AGB-Klauseln, welche dem Provider ein Recht auf Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen einräumen, tragen dem Umstand, dass diese oft nicht vom Inhaber des Internetanschlusses begangen werden, keine Rechnung.

Darüber hinaus ist eine sachliche Rechtfertigung für Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen auch deshalb zu verneinen, da der Provider mE kein Interesse an einer Sperrung von Internetzugängen wegen Urheberrechtsverletzungen hat. Insbesondere trifft den Provider selbst bei Kenntnis keine Verantwortung für die über das Netzwerk übertragenen Informationen des Verbrauchers (§ 13 Abs 1 ECG<sup>292</sup>).<sup>293</sup> Daher ergibt sich aus dem Umstand, dass vom Internetanschluss des Verbrauchers ausgehend, Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, für ihn keine Haftung.

---

Deutschland zB *Schwartmann/Kocks*, Haftung für den Missbrauch offener WLAN-Anschlüsse, K & R 2010, 433; *Hornung*, Die Haftung von W-LAN Betreibern, CR 2007, 88 sowie die deutsche Judikatur, die in dieser Hinsicht nicht einheitlich ist: zB BGH 12.5.2010, I ZR 121/08 und OLG Düsseldorf 27.12.2007, I-20W 157/07 (beide eine Störerhaftung für ungesicherte WLANs bejahend); OLG Frankfurt am Main 1.7.2008, 11 U 52/07 (eine generelle Haftung für ungesicherte WLANs ablehnend). Zur Haftung der Eltern für Urheberrechtsverletzungen durch ihre Kinder, siehe für Österreich OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v, wonach eine Überwachung der Internetaktivitäten der Kinder ablehnt wird, sowie für Deutschland zB OLG Hamburg 11.10.2006, 5 W 152/06 (eine Haftung und eine Überwachungspflicht bejahend) und OLG München 18.12.2008, 6 U 3881/08 sowie OLG Frankfurt 20.12.2007, 11 W 58/07 (eine Haftung verneinend).

<sup>292</sup> Gem § 13 Abs 1 ECG ist ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermittelt, für die übermittelten Informationen nicht verantwortlich, sofern er die Übermittlung nicht veranlasst, den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt und die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.

<sup>293</sup> Siehe *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 13 Rz 199.

Dieses Haftungsprivileg gilt zwar gem § 19 Abs 1 ECG nicht für gesetzliche Vorschriften, nach denen dem Provider ein Gericht oder eine Behörde die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung anordnen kann. Jedoch ergeben sich auch aus § 19 Abs 1 ECG bei vermeintlichen Urheberrechtsverletzungen des Verbrauchers keine Nachteile für den Provider, zumal er gem § 45 ZPO<sup>294</sup> nicht einmal die Kosten des Verfahrens vor Gerichten zu tragen hat, sofern er zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und bei der ersten Gelegenheit den Anspruch anerkennt.<sup>295</sup> Bleibt der Provider trotz Kenntnis von Rechtsverletzungen durch bestimmte Nutzer (zB aufgrund von Information des Rechteinhabers) untätig, wird eine Veranlassung zur Erhebung der Klage anzunehmen sein.<sup>296</sup> Der Provider kann jedoch durch das Unterlassungsbegehren nicht zur Sperre des gesamten Internetzugangs wegen (vermeintlichen) Urheberrechtsverletzungen verpflichtet werden, da dies wegen massiven Eingriffen in Grundrechte des Betroffenen unverhältnismäßig wäre.

Aufgrund der obigen Erörterungen könnte die Auffassung vertreten werden, dass Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen keine dem Verbraucher zumutbare Leistungsänderung iSd § 6 Abs 2 Z 3 KSchG darstellen, da sie weder geringfügig noch sachlich gerechtfertigt sind. AGB-Klauseln, die dem Provider das Recht zur Vornahme von Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen einräumen, wären demnach gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG als nichtig zu beurteilen.

Obwohl in der Praxis die Wahrscheinlichkeit, dass der Provider und der Verbraucher individuell das Sperren des Internetzugangs bei Urheberrechtsverletzungen aushandeln, nicht hoch ist, ist sie jedoch nicht komplett auszuschließen. Daher ist im Folgenden auch die Frage der Zulässigkeit individueller vertraglicher Vereinbarungen von Internetsperren wegen

---

<sup>294</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO) idF BGBl I 58/2010.

<sup>295</sup> Siehe *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 19 Rz 3; *Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002) § 19 Rz 297.

<sup>296</sup> *Blume/Hammerl*, E-Commerce-Gesetz ECG (2002) § 19 Rz 3

Urheberrechtsverletzungen zu erörtern. Dabei ist § 879 Abs 1 ABGB heranzuziehen.<sup>297</sup> Zunächst wird daher geprüft, ob die Vereinbarung von Internetsperren gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

Einschränkungen und Ausschlüsse der Gewährleistungsrechte des Verbrauchers sind gem § 2 Abs 2 iVm § 9 Abs 1 KSchG nichtig.<sup>298</sup> Dasselbe gilt für Leistungsbeschreibungen, die das Verbot des Gewährleistungsausschlusses umgehen.<sup>299</sup> Vertragsklauseln, mit welchen sich der Provider das Recht zur Sperrung von Internetzugängen bei Urheberrechtsverletzungen vorbehält, sind nicht als Leistungsbeschreibungen zur Umgehung des Verbotes des Gewährleistungsausschlusses anzusehen. Denn mit solchen Klauseln nennt der Provider lediglich bestimmte Umstände (vermeintliche Urheberrechtsverletzungen), unter welchen er zur Erbringung seiner Leistungen nicht mehr bereit ist. Dies stellt keinen Versuch dar, mit weitgehenden Formulierungen seine Gewährleistungspflicht überhaupt auszuschließen.<sup>300</sup>

Mangels anderer gesetzlichen Verbote iSd § 879 Abs 1, die bei der Prüfung der Zulässigkeit von Internetsperren herangezogen werden könnten, ist zu erörtern, ob die Vereinbarung von Internetsperren den guten Sitten widerspricht. Wie bereits ausgeführt, liegt nach der Rsp des OGH bei Fehlen eines gesetzlichen Verbotes ein Verstoß gegen die guten Sitten iSd § 879 nur dann vor, wenn die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei einer Interessenkollision sich ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt.<sup>301</sup>

---

<sup>297</sup> § 879 Abs 3 ABGB kommt nicht zur Anwendung, da Vertragsklauseln über Internetsperren die Hauptleistungspflichten des Providers (entgeltliche Zurverfügungstellung zum Gebrauch seines Netzwerkes) und des Verbrauchers (Pflicht zur Zahlung des Grundentgelts) regeln.

<sup>298</sup> § 2 Abs 2 stellt ein gesetzliches Verbot iSd § 879 Abs 1 ABGB dar und sieht ausdrücklich die Nichtigkeit der zum Nachteil des Verbrauchers vom 1. Hauptstück des KSchG (in welchem sich § 9 befindet) abweichenden Vereinbarungen vor. Siehe *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 879 Rz 26.

<sup>299</sup> Siehe *Kathrein* in *Koziol* ua (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 9 KSchG Rz 2; *Apathy* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 9 KSchG Rz 3; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 9 KSchG Rz 7.

<sup>300</sup> Zu Gewährleistungsausschlüssen mittels weitgehender Leistungsbeschreibungen siehe *Eccher* in *Fenyves* ua (Hrsg), Klang KSchG<sup>3</sup> (2006) § 9 Rz 9; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/4<sup>3</sup> (2002) § 9 KSchG Rz 7.

<sup>301</sup> Siehe Kapitel 2.2.8.

Aus den obigen Ausführungen iZm der Beurteilung der Zumutbarkeit der Internetsperren gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG ergibt sich auch, dass zwischen den Interessen des Providers an einer Sperre (unter Aufrechterhaltung der Zahlungspflicht) und dem Interesse des Verbrauchers an der Aufrechterhaltung des Internetzugangs ein grobes Missverhältnis zum Nachteil des Verbrauchers vorliegt. Daher könnten uU individuelle Vereinbarungen von Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen wegen Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB als nichtig angesehen werden.

#### **3.1.4. Fazit: Internetsperren und Verbraucherrechte**

Trotz weitreichender finanzieller und sozialer Nachteile, welche Internetsperren bei (vermeintlichen) Urheberrechtsverletzungen unter Weiterbestehen der Zahlungspflicht für Verbraucher zur Folge haben, wurde bei der Verabschiedung der EU-Telekom-Reform die Möglichkeit verabsäumt, einen effektiven und umfassenden Schutz von Verbrauchern und deren Interessen zu sichern. Stattdessen bietet das Unionsrecht lediglich einen stark beschränkten Verbraucherschutz, da sich die Erfordernisse der Achtung der Grundrechte und -freiheiten bei der Verhängung von Internetsperren ausschließlich auf staatliche Maßnahmen beziehen, während die privatrechtlichen Maßnahmen von Providern davon nicht erfasst werden. Dies hat zur Folge, dass obwohl die Mitgliedstaaten bei der Verabschiedung von Gesetzen an Grundrechte und -freiheiten von Verbrauchern gebunden sind, die Internetsperren durch Provider ohne vorherige gerichtliche Kontrolle nach Unionsrecht nicht verboten sind.

Nach österreichischem Recht verstößt zwar die Vereinbarung von Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen gegen die Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 3 KSchG und ist deshalb unzulässig. Die Regulierungsbehörde hat jedoch bei diesbezüglichen Klauseln österreichischer Provider ihr Widerspruchsrecht gem § 25 Abs 6 TKG 2003<sup>302</sup> nicht ausgeübt. Solche Klauseln wurden bisher auch nicht vor Gerichten bekämpft. Der Druck der Unterhaltungsindustrie in Bezug auf die Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im

---

<sup>302</sup> Zum Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde siehe Kapitel 2.2.7.2.

Internet nimmt zu.<sup>303</sup> Es bleibt daher abzuwarten, ob der österreichische Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der EU-Telekom-Reform Internetsperren zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen einführen wird.

Aufgrund des Mangels verlässlicher technischer Möglichkeiten zur Bestimmung tatsächlicher Rechtsverletzer bei Urheberrechtsverletzungen im Internet und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit für den Inhaber des betroffenen Internetanschlusses stellen Internetsperren ein konsumentenschutzrechtlich bedenkliches Mittel zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen dar. Es steht außer Zweifel, dass gegen Urheberrechtsverletzungen vorzugehen ist, jedoch sind dabei Verbraucherrechte zu wahren und mitzubedenken. Um Rechtssicherheit herzustellen, sollte der Gesetzgeber daher unter Berücksichtigung von Verbraucher-, Provider- und Rechteinhaberinteressen erwägen, eine entsprechende gesetzliche Regelung vorzunehmen.

## **3.2. Informationspflichten des Providers bei Auskunftsbegehren**

### **3.2.1. Einleitung**

Provider unterliegen zahlreichen gesetzlichen Auskunftspflichten betreffend ihre Vertragspartner. Diese Auskunftspflichten beziehen sich idR auf die Identifizierung eines Internetnutzers anhand einer bestimmten IP-Adresse. Die breite Palette umfasst: Auskünfte aufgrund gerichtlicher Anordnung zwecks Verhütung, Ermittlung, Aufklärung oder Verfolgung von Straftaten (zB § 18 Abs 2 ECG<sup>304</sup>), Anfragen von Sicherheitsbehörden zur

---

<sup>303</sup> Vgl zB die Entscheidung des OGH in der Rechtsstreitigkeit zwischen der österreichischen Rechteverwertungsgesellschaft LSG und dem Provider Tele2, wo es um die Frage ging, ob Provider zur Bekanntgabe der Identität von Inhabern von Anschlüssen verpflichtet sind, von denen aus Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, OGH 14.7.2009, 4 Ob 41/09x.

<sup>304</sup> Gem § 18 Abs 2 ECG haben Provider auf Grund der Anordnung eines dazu gesetzlich befugten inländischen Gerichtes diesem alle Informationen zu übermitteln, an Hand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Übermittlung oder Speicherung von Informationen abgeschlossen haben, zur Verhütung, Ermittlung, Aufklärung oder Verfolgung gerichtlich strafbarer Handlungen ermittelt werden können.

Erfüllung sicherheitspolizeilicher Aufgaben (zB § 53 Abs 3a SPG<sup>305</sup>), Anfragen von sonstigen Verwaltungsbehörden zur Verfolgung von Verwaltungsübertretungen (zB § 90 Abs 6 TKG 2003<sup>306</sup>) und Auskunftsbegehren von Privaten zwecks Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen (§ 87b Abs 3 UrhG<sup>307</sup>).

Während bei Auskunftsbegehren auf Grund gerichtlicher Bewilligungen der Schutz von Verbraucherrechten und -interessen durch richterliche Kontrolle sichergestellt ist, werden bei sonstigen Auskunftsbegehren Verbraucherrechte nicht (ausreichend) gewahrt. Dies ist besonders der Fall bei der Auskunftspflicht des Providers gegenüber Sicherheitsbehörden

---

<sup>305</sup> Die Sicherheitsbehörden sind gem § 53 Abs 3a SPG berechtigt, von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste (§ 92 Abs. 3 Z 1 TKG 2003) und sonstigen Diensteanbietern (§ 3 Z 2 ECG) Auskunft zu verlangen über

1. Namen, Anschrift und Teilnehmernummer eines bestimmten Anschlusses,
2. Internetprotokolladresse (IP-Adresse) zu einer bestimmten Nachricht und den Zeitpunkt ihrer Übermittlung sowie
3. Namen und Anschriften eines Benutzers, dem eine IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesen war,

wenn bestimmte Tatsachen die Annahme einer konkreten Gefahrensituation rechtfertigen und sie diese Daten als wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung der ihnen nach diesem Bundesgesetz übertragenen Aufgaben benötigen. Die Bezeichnung eines Anschlusses nach Z 1 kann für die Erfüllung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht oder die Abwehr gefährlicher Angriffe auch durch Bezugnahme auf ein von diesem Anschluss geführtes Gespräch durch Bezeichnung eines möglichst genauen Zeitraumes und der passiven Teilnehmernummer erfolgen. Die ersuchte Stelle ist verpflichtet, die Auskunft unverzüglich und kostenlos zu erteilen.

<sup>306</sup> Provider sind gem § 90 Abs 6 TKG 2003 verpflichtet, Verwaltungsbehörden auf deren schriftliches und begründetes Verlangen Auskunft über Stammdaten im Sinne von § 92 Abs 3 Z 3 lit a bis e von Teilnehmern zu geben, die in Verdacht stehen, durch eine über ein öffentliches Telekommunikationsnetz gesetzte Handlung eine Verwaltungsübertretung begangen zu haben.

<sup>307</sup> Gem § 87b Abs 3 UrhG haben Provider dem Verletzten auf dessen schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) beziehungsweise die zur Feststellung des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben. In die Begründung sind insbesondere hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen aufzunehmen. Der Verletzte hat dem Vermittler die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung zu ersetzen.

(§ 53 Abs 3a SPG)<sup>308</sup> und Rechteinhabern bei Urheberrechtsverletzungen (§ 87b Abs 3 UrhG). Außerdem besteht für die Auskunftssuchenden weder nach dem SPG noch nach dem UrhG eine Verpflichtung, den Verbraucher vom Auskunftsbegehren zu informieren. Wegen des hierdurch bedingten mangelnden Rechtsschutzes hat der Verbraucher in solchen Fällen ein Interesse an der Benachrichtigung über das Auskunftsbegehren. Dies gilt unabhängig von der Frage der Zulässigkeit der Erteilung von Auskünften und von potenziellen Prüfpflichten des Providers hinsichtlich des Auskunftsbegehrens.<sup>309</sup>

Durch die Erfüllung von Auskunftsbegehren erfolgt ein Eingriff in das Recht des Verbrauchers auf den Datenschutz iSd § 1 Abs 1 DSG 2000, dem unmittelbare Drittwirkung zukommt.<sup>310</sup> Um selbst die Rechtmäßigkeit dieser Eingriffe prüfen und erforderlichenfalls rechtliche Schritte unternehmen zu können, hat der Verbraucher ein Interesse, darüber informiert zu werden, wer in seine Privatsphäre eingreift.

Zu betonen ist, dass die Gefahr der rechtswidrigen Auskunftsbegehren eine durchaus reale ist. Denn zum einen ist es dem Provider nicht möglich, die Rechtmäßigkeit von Auskunftsbegehren näher zu prüfen.<sup>311</sup> Zum anderen können Auskunftssuchende uU geneigt sein, Auskünfte über die Grenzen des Gesetzes hinaus zu begehren. So haben beispielsweise die Sicherheitsbehörden § 53 Abs 3a SPG idF BGBl I 158/2005 entgegen dem auf den

---

<sup>308</sup> Im SPG ist zwar zur Wahrung des Rechtsschutzes der Betroffenen das Institut des Rechtsschutzbeauftragten (§§ 91a ff SPG) vorgesehen. Die Überlastung des Rechtsschutzbeauftragten wird jedoch negative Auswirkungen auf den dem Betroffenen gewährten Rechtsschutz haben, weswegen dem Betroffenen eine von ihm selbst vorgenommene Rechtsdurchsetzung mehr Sicherheit bietet. Zum Rechtsschutz durch den Rechtsschutzbeauftragten siehe *Raschhofer* in *Zankl* (Hrsg), *Auf dem Weg zum Überwachungsstaat?* (2009) 113 ff.

<sup>309</sup> Die Rechtsfragen iZm der Zulässigkeit der Auskunftserteilung und den Prüfpflichten des Providers in Bezug auf Auskunftsbegehren sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

<sup>310</sup> § 1 Abs 5 DSG 2000. Siehe auch *Dohr* ua, *DSG Datenschutzrecht*<sup>2</sup> (2009) § 1 Anm 29; *Drobesch/Grosinger*, *Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2002)* § 1 Abs 5 Anm 1; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, *Datenschutzgesetz 2000* (2000) § 1 Rz 1.

<sup>311</sup> Der Provider verfügt weder über die rechtlichen Kenntnisse noch über das Personal, die zur Überprüfung erforderlich sind, ob sich die Auskunftssuchenden tatsächlich an die gesetzlichen Voraussetzungen für die Stellung des Auskunftsbegehrens gehalten haben.

Telefonbereich beschränkten Wortlaut auch herangezogen, um Auskünfte über Internetnutzer zu begehren.<sup>312</sup> Auch die äußerst hohe Zahl an Auskunftsbegehren gem § 53 Abs 3a SPG in der durch BGBl I 114/2007 maßgeblich geänderten Fassung könnte als Indiz für eine extensive Anwendung der neugefassten Bestimmung angesehen werden.<sup>313</sup> Für den Bereich urheberrechtlicher Auskunftsbegehren ist zwar kein entsprechendes Zahlenmaterial vorhanden, Missbrauchsfälle sind jedoch auch hier denkbar.

In diesem Kapitel wird das Bestehen einer vertraglichen Pflicht des Providers zur Benachrichtigung des Verbrauchers über ihn betreffende Auskunftsbegehren untersucht. Dabei werden ausschließlich Auskunftsbegehren behandelt, in denen dem Verbraucher kein ausreichender Rechtsschutz (zB iS einer richterlichen Kontrolle) gewährt wird und bei denen keine ausdrücklichen gesetzlichen (Verbots-)Regelungen über die Zulässigkeit der Benachrichtigung des Verbrauchers bestehen. Mangels einschlägiger Regelungen in Unionsrecht, wird die Frage der Informationspflicht ausschließlich nach österreichischem Recht untersucht.

### **3.2.2. Begründung und Umfang der Informationspflicht bei Auskunftsbegehren**

In Österreich besteht keine zwingende gesetzliche Pflicht des Providers, Verbraucher über Auskunftsbegehren zu informieren. Wenn der Access-Provider-Vertrag keine Informationspflicht des Providers bei Auskunftsbegehren vorsieht,<sup>314</sup> ist das Bestehen einer solchen nebenvertraglichen Schutzpflicht<sup>315</sup> zunächst nach maßgebendem dispositivem Recht

---

<sup>312</sup> Siehe diesbezügliche Entscheidungen des VwGH und der DSK: VwGH 27.5.2009, 2007/05/0280; DSK 20.7.2007, K121.279/0017-DSK/2007.

<sup>313</sup> Zwischen 1.1.2008 und 30.4.2008 wurden 3.863 Auskunftsbegehren gem § 53 Abs 3a SPG gestellt. Siehe Anfragebeantwortung des BM für Inneres auf schriftliche parlamentarische Anfrage betreffend „Datenabfrage durch die Sicherheitsbehörden bei Internet- und Telefonbetreibern gemäß § 53ff SPG“, Antwort auf Frage 4, 4148 Anfragebeantwortung 23. GP 1.

<sup>314</sup> Access-Provider-Verträge in Österreich enthalten im Allgemeinen keine Informationspflicht des Providers bei Auskunftsbegehren.

<sup>315</sup> Nach der Rsp des OGH enthält ein Vertragsverhältnis neben Hauptpflichten auch Nebenpflichten, zu denen ua Schutz- und Sorgfaltspflichten gehören. Die geschuldete Hauptleistung ist so sorgfältig zu erbringen, dass alle Rechtsgüter des Vertragspartners, die in Verbindung mit der Leistungserbringung stehen, tunlichst nicht geschädigt werden. Siehe OGH 7.8.2007, 4 Ob 137/07m; 9.11.2005, 7 Ob 245/05p; 29.4.2003, 1 Ob 152/02p ua.

und sekundär mittels ergänzender Vertragsauslegung zu beurteilen.<sup>316</sup> Da sich die Informationspflicht auf Auskunftsbegehren bezieht, die wegen bestimmter Verwendungen des Bestandobjekts (dh des Netzwerkes) gestellt werden, sind für die Beurteilung die bestandrechtlichen Bestimmungen des ABGB heranzuziehen.<sup>317</sup> Aus diesen kann jedoch eine Informationspflicht bei Auskunftsbegehren nicht gewonnen werden.

Es ist daher zu untersuchen, ob eine Pflicht des Providers zur Benachrichtigung des Verbrauchers bei Auskunftsbegehren mittels ergänzender Vertragsauslegung gewonnen werden kann.<sup>318</sup> Die Mittel ergänzender Vertragsauslegung sind der hypothetische Parteiwille, die Übung des redlichen Verkehrs, das Prinzip von Treu und Glauben und ergänzend auch Verkehrsauffassung.<sup>319</sup>

Aus dem hypothetischen Parteiwillen ergibt sich mE eine Informationspflicht des Providers bei Auskunftsbegehren.<sup>320</sup> Wie in der Einleitung bereits angesprochen, erfolgt durch die Erteilung der begehrten Auskunft über die Identität des Besitzers einer IP-Adresse ein

---

Siehe auch *Bollenberger in Koziol ua* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 859 Rz 5; *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 (359 f). AA *Reischauer in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) vor §§ 918-933 Rz 5, wonach Schutzpflichten deliktischer Natur sind.

<sup>316</sup> Zur vorrangigen Anwendung des dispositiven Rechts mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung siehe *Bollenberger in Koziol ua* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 914 Rz 2; *Binder in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 177 f; *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 9.

<sup>317</sup> Ausführlicher zum auf den Access-Provider-Vertrag anwendbaren Recht siehe Kapitel 3.1.3.1.

<sup>318</sup> Allgemein zur ergänzenden Vertragsauslegung siehe *Bollenberger in Koziol ua* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 914 Rz 8 ff; *Binder in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 177; *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 9 ff.

<sup>319</sup> Sie stehen jedoch in keiner Reihenfolge, sondern es hat unter Erwägung aller Mittel die Schließung der Vertragslücke so zu erfolgen, wie es gemäß den Parteienabsichten dem Vertrag am besten entspricht. Siehe *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 11 sowie die höchstgerichtliche Rsp: OGH 16.12.2009, 7 Ob 251/09a; 26.6.2008, 2 Ob 12/08s; 20.5.2008, 4 Ob 47/08b ua.

<sup>320</sup> Zum hypothetischen Parteiwillen als Mittel ergänzender Vertragsauslegung siehe zB *Binder in Schwimann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 180; *Rummel in Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 12 sowie die höchstgerichtliche Rsp: OGH 27.9.2000, 7 Ob 23/00h; 26.6.1997, 4 Ob 190/97p; 18.3.1997, 1 Ob 14/97h ua.

Eingriff in das Recht des betroffenen Verbrauchers auf den Datenschutz. Eine Benachrichtigung durch den Provider über die begehrten Auskünfte ermöglicht dem Verbraucher, das Auskunftsbegehren selbst zu prüfen und erforderlichenfalls rechtliche Schritte zum Schutz seiner Rechte zu unternehmen.

Zu denken ist zB an die Ausübung des Rechts auf die Löschung von personenbezogenen Daten gem § 27 DSG 2000, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für deren Verarbeitung gem § 53 Abs 3a SPG nicht (mehr) gegeben sind oder an Unterlassungsansprüche gem § 32 Abs 2 DSG 2000 zur Unterbindung von (rechtswidrigen) Eingriffen. Auch wenn die Eingriffe in die Privatsphäre des Verbrauchers keine Verletzungen des Rechts auf den Datenschutz darstellen, hat er ein Interesse zu wissen, wer in seine Privatsphäre eingreift. Denn es ist beispielsweise denkbar, dass der Verbraucher überhaupt erst durch die Information über ein Auskunftsbegehren gem § 87b Abs 3 UrhG Kenntnis davon erlangt, dass von seinem Internetanschluss illegale Downloads getätigt wurden. In solchen Fällen kann er die technischen Einstellungen seines Routers zur Verhinderung weiterer Urheberrechtsverletzungen ändern bzw sich rechtzeitig rechtliche Beratung sichern. Während die Informationspflicht dem Verbraucher die Wahrnehmung seiner Rechte und Interessen ermöglicht, ist sie für den Provider mit keinen Nachteilen verbunden.<sup>321</sup>

Da eine Benachrichtigung des Verbrauchers per E-Mail ausreichend wäre, hat die Informationspflicht für den Provider auch keine bedeutenden Kosten bzw Aufwand zur Folge. Die Informationspflicht bei Auskunftsbegehren entspricht zudem auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, da in einem fairen und ehrlichen Vertragsverhältnis dem Vertragspartner die zur Wahrung seiner Rechte erforderlichen Informationen nach Tunlichkeit zur Verfügung zu stellen sind.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> Es ist an dieser Stelle noch einmal zu betonen, dass sich diese Arbeit ausschließlich mit Informationspflichten des Providers auseinandersetzt, welche gesetzlich nicht zwingend geregelt sind. In den hier besprochenen Fällen verstößt der Provider daher gegen keine gesetzlichen Regelungen und hat keine diesbezüglichen Rechtsfolgen zu befürchten.

<sup>322</sup> Allgemein zum Grundsatz von Treu und Glauben als Mittel ergänzender Vertragsauslegung siehe zB *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 914 Rz 17.

Der Umfang der Informationspflicht ist ebenso durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln. Sowohl nach dem hypothetischen Parteiwillen als auch nach dem Prinzip von Treu und Glauben umfasst die Pflicht jene Informationen, die es dem Verbraucher ermöglichen, die erforderlichen rechtlichen (zB Unterlassungsansprüche) sowie faktischen (zB Änderung des Passworts seines Routers) Schritte zu unternehmen. Zu informieren wäre der Verbraucher daher vor allem über die Tatsache, dass ein ihn betreffendes Auskunftsbegehren gestellt wurde, über die Identität des Auskunftssuchenden und über die Rechtsgrundlage des Auskunftsbegehrens.

### **3.2.3. Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht bei Auskunftsbegehren**

Verletzungen der Informationspflicht bei Auskunftsbegehren führen als Verletzungen von unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten<sup>323</sup> zu Schadenersatzansprüchen.<sup>324</sup> Der Provider hat dem Verbraucher auch den Ersatz für bloße Vermögensschäden<sup>325</sup> zu leisten, haftet für seine Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB)<sup>326</sup> und trägt die Last des Beweises seiner Nichtschuld (§ 1298 ABGB).<sup>327</sup>

---

<sup>323</sup> Die Pflicht zur Benachrichtigung bei Auskunftsbegehren stellt eine unselbständige vertragliche Nebenpflicht dar, da sie im Access-Provider-Vertrag in keinem Austauschverhältnis steht. Zu unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten siehe *P.Bydlinski in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 918 Rz 5*; *Apathy/Riedler in Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 859 Rz 18*.

<sup>324</sup> *P.Bydlinski in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 918 Rz 5*. Siehe auch OGH 29.4.2003, 1 Ob 152/02p; 28.3.1990 2 Ob 603/89.

<sup>325</sup> Siehe Kapitel 3.1.3.1.b).

<sup>326</sup> *P.Bydlinski in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) vor § 918 Rz 2*; *Apathy/Riedler in Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV<sup>3</sup> (2006) § 859 Rz 19*; *Reischauer in Rummel* (Hrsg), *ABGB I<sup>3</sup> (2000) vor §§ 918-933 Rz 5*.

<sup>327</sup> *P. Bydlinski in Koziol ua* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) vor § 918 Rz 2*. Siehe auch die Rsp des OGH, wonach die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB auch bei Verletzung einer vertraglichen Schutzpflicht (Sorgfaltspflicht) ohne Rücksicht auf die Art des Vertragsverhältnisses stattfindet: OGH 10.7.2001, 10 Ob 38/00m; 27.2.1997, 2 Ob 79/94; 8.6.1993, 4 Ob 516/93. AA *Reischauer in Rummel* (Hrsg), *ABGB II/2a<sup>3</sup> (2007) § 1298 Rz 2 ff*, wonach § 1298 ABGB nur dann gilt, wenn ein Erfolg geschuldet ist.

Die Verletzungen der Informationspflicht des Providers<sup>328</sup> können sowohl immaterielle<sup>329</sup> als auch materielle Schäden zur Folge haben. Letztere sind vor allem in Situationen denkbar, in denen dem Verbraucher aufgrund des Auskunftsbegehens Vermögensschäden entstehen, die mit einer rechtzeitigen Information durch den Provider vermieden oder gemindert hätten werden können. Wenn zB ein Dritter vom Internetanschluss des Verbrauchers rechtswidrigerweise urheberrechtlich geschützte Werke zur Verfügung gestellt hat, könnte der Verbraucher bei Information die Einstellungen seines Routers ändern und dadurch den Schaden durch Urheberrechtsverletzungen (und somit die späteren Schadenersatzpflichten) mindern bzw sich rechtzeitig rechtliche Beratung sichern und ein gerichtliches Verfahren vermeiden.

Darüber hinaus ist noch die Frage zu erörtern, ob bei der Verletzung der Informationspflicht des Providers der Verbraucher den Vertrag außerordentlich kündigen kann. Wie bereits erörtert, ist der Access-Provider-Vertrag ein Dauerschuldverhältnis. Als solches kann er nach stRsp des OGH aus wichtigem Grund jederzeit außerordentlich gekündigt werden.<sup>330</sup> Ein wichtiger Grund liegt ua dann vor, wenn wegen des Verlustes des Vertrauens in den Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist.<sup>331</sup> Ob in der Verletzung der Informationspflicht ein solcher wichtiger Grund zu erblicken ist, wird im Einzelfall vom Umfang des wegen der Unterlassung der Information durch den Provider drohenden bzw bereits eingetretenen Schadens abhängen. Bei einer außerordentlichen Vertragskündigung steht dem Verbraucher bezüglich des bereits bezahlten monatlichen Entgelts grundsätzlich ein anteilmäßiger Rückforderungsanspruch gem § 1435 ABGB zu.<sup>332</sup>

---

<sup>328</sup> Die Zulässigkeit der Auskunftserteilung durch den Provider und daher auch potenzielle Schadenersatzansprüche gegen ihn wegen unzulässiger Auskunftserteilung sind nicht Gegenstand dieses Kapitels.

<sup>329</sup> Zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden siehe Kapitel 3.1.3.1.b).

<sup>330</sup> OGH 30.11.2006, 6 Ob 283/05v; 17.10.2003, 1 Ob 238/03m; 23.8.2001, 6 Ob 159/01b ua. Vgl auch *Binder* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar V<sup>3</sup> (2006) § 1117 Rz 2.

<sup>331</sup> Siehe OGH 23.2.2010, 4 Ob 211/09x; 15.12.2009, 5 Ob 220/09b; 11.8.2008, 1 Ob 113/08m ua.

<sup>332</sup> Siehe *Koziol* in *Koziol* ua (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007) § 1435 Rz 1; *Mader* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB-Praxiskommentar VI<sup>3</sup> (2006) § 1435 Rz 4; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II/3<sup>3</sup> (2002) § 1435 Rz 2.

### **3.2.4. Fazit: Informationspflicht des Providers bei Auskunftsbegehlen und Verbraucherschutz**

Während Auskünfte über die Identität des Besitzers einer bestimmten IP-Adresse zur Verfolgung von Rechtsverletzungen oft unerlässlich sind, führt die Auskunftserteilung zu Eingriffen in das Recht des Verbrauchers auf Datenschutz und in der Praxis besteht eine nicht zu vernachlässigende Gefahr des Missbrauchs der Auskunftsbegehlen durch die Auskunftssuchenden. Zudem wird nur in wenigen Fällen bei Auskunftsbegehlen gesetzlich eine richterliche Kontrolle vorgesehen. Daher ist es zur Wahrung der Rechte des Verbrauchers unbedingt erforderlich, dass er über die ihn betreffenden Auskunftsbegehlen informiert wird.

Zwar wird eine Pflicht zur Benachrichtigung des Verbrauchers über Auskunftsbegehlen aus ergänzender Vertragsauslegung begründet, jedoch werden ihre Verletzungen in aller Regel zu keinem Schadenersatzanspruch gegen den Provider führen. Außerdem kann der Verbraucher den Access-Provider-Vertrag wegen einer Verletzung der Informationspflicht nur in seltenen Fällen außerordentlich kündigen. Die vertragliche Informationspflicht des Providers ist daher in der Praxis ein zahnloses Instrument des Verbraucherschutzes. Zur Sicherstellung eines effektiven Schutzes der Verbraucherrechte wäre aus diesen Gründen eine gesetzliche Normierung einer Informationspflicht bei Auskunftsbegehlen mit entsprechenden Sanktionen im Fall ihrer Verletzung erforderlich.

## **3.3. Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung**

### **3.3.1. Einleitung**

Personalisierte Werbung ist eine Art der Werbung, bei welcher die Werbung abhängig von den vorher ermittelten Interessen der Umworbenen geschaltet wird. Um dies zu automatisieren, ist es erforderlich, personenbezogene Daten der Umworbenen zu erheben, die einen Rückschluss auf individuelle Interessen ermöglichen. Insbesondere bei der personalisierten Werbung im Internet handelt es sich um einen stetig wachsenden Markt.

Google Inc. hat beispielsweise weltweit im zweiten Quartal 2010 durch seine Anwendung AdSense<sup>333</sup> Einnahmen in Höhe von \$2,06 Milliarden erzielt.<sup>334</sup>

In ihrer Funktion als Internet-Access-Provider verarbeiten Provider den gesamten Web-Traffic<sup>335</sup> ihrer Kunden und damit eine überaus große Menge personenbezogener Daten. So ist es ihnen beispielsweise mittels Deep Packet Inspection<sup>336</sup> grundsätzlich möglich festzustellen, welche Web-Pages sich einzelne Verbraucher wie lang angesehen haben, woraus man auf deren Interessen schließt.<sup>337</sup>

Das Potenzial der Daten und des Marktes erkennend, versuchen Provider in den Markt der personalisierten Werbung vorzudringen. Dies wird dadurch erleichtert, dass es am Markt bereits einige Unternehmen gibt, welche die hierfür erforderliche Technologie zur Verfügung stellen (im Folgenden Werbetechnologieunternehmen).

Beispielsweise hat British Telecom in den Jahren 2006 und 2007 die Werbetechnologie des Werbetechnologieunternehmens Phorm ohne Zustimmung seiner Kunden getestet.<sup>338</sup> In 2008

---

<sup>333</sup> AdSense durchsucht den Inhalt von Web-Pages, in die AdSense integriert ist, und schaltet basierend auf diesem sowie den persönlichen Vorlieben des Besuchers relevante Werbung. Siehe <https://www.google.com/adsense/login/de/?hl=de> (24.7.2010).

<sup>334</sup> Siehe *Google investor relations*, Google Announces Second Quarter 2010 Financial Results [http://investor.google.com/earnings/2010/Q2\\_google\\_earnings.html](http://investor.google.com/earnings/2010/Q2_google_earnings.html) (24.7.2010).

<sup>335</sup> Hierbei handelt es sich um jenen Teil des Internet-Verkehrs, der das World Wide Web betrifft und vornehmlich über das Protokoll HTTP abgewickelt wird. Typischerweise nicht erfasst ist zB Peer-to-Peer (P2P) Traffic.

<sup>336</sup> Deep Packet Inspection ist eine Technologie, die Analysen des Inhalts von über das Netzwerk übertragenen Datenpaketen ermöglicht. Siehe *Ramos*, Deep Packet Inspection Technologies, in *Tipton/Krause* (Hrsg), Information Security Management Handbook<sup>6</sup> (2007) 2195 (2197).

<sup>337</sup> Siehe zB *Ciocchetti*, Just Click Submit: The Collection, Dissemination, and Tagging of Personally Identifying Information, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 2008, 553 (568 f); *Hotaling*, Protecting Personally Identifiable Information on the Internet: Notice and Consent in the Age of Behavioral Targeting, *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy* 2008, 529 (530); *Lohr*, Your Ad Goes Here <http://www.nytimes.com/2007/05/16/business/smallbusiness/16behave.html> (24.7.2010).

<sup>338</sup> Siehe *Williams*, BT's 'illegal' 2007 Phorm trial profiled tens of thousands [http://www.theregister.co.uk/2008/04/14/bt\\_phorm\\_2007/](http://www.theregister.co.uk/2008/04/14/bt_phorm_2007/) (24.7.2010); *Williams*, BT and Phorm secretly tracked 18,000 customers in 2006 [http://www.theregister.co.uk/2008/04/01/bt\\_phorm\\_2006\\_trial/](http://www.theregister.co.uk/2008/04/01/bt_phorm_2006_trial/) (24.7.2010).

erfolgte ein weiterer Testbetrieb, von dem die betroffenen Kunden informiert wurden.<sup>339</sup> In Zusammenhang mit diesen Vorfällen hat die EU-Kommission gegen das Vereinigte Königreich ein Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der unionsrechtlichen Vorschriften zum Datenschutz eingeleitet.<sup>340</sup> In den USA hat zB der Provider Knology in Zusammenarbeit mit dem Werbetechnologieunternehmen NebuAd<sup>341</sup> den Web-Traffic seiner Kunden ohne deren Kenntnis zu Werbezwecken analysiert.<sup>342</sup>

Provider verfügen aus den folgenden zwei Gründen über eine gute Position, um in den Markt der personalisierten Werbung vorzudringen.<sup>343</sup> Erstens kontrollieren sie den Engpass, durch den die gesamte Kommunikation zwischen Verbrauchern und dem Rest des Internets abgewickelt wird.<sup>344</sup> Bis vor kurzem konnten Provider jedoch mangels technischer Möglichkeiten das Datenvolumen im Netzwerk inhaltlich nicht detailliert auswerten.<sup>345</sup> Dies hat sich nun aufgrund jüngerer technologischer Entwicklungen geändert.<sup>346</sup> Im Unterschied zu

---

<sup>339</sup> Siehe <http://www2.bt.com/static/i/btetail/webwise/> (24.7.2010).

<sup>340</sup> Presseaussendung der EU-Kommission vom 14.4.2009, Telekommunikation: Kommission eröffnet Verfahren gegen das Vereinigte Königreich im Bereich Privatsphäre und Schutz personenbezogener Daten, IP/09/570 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/570&format=HTML&aged=0&language=DE> (24.7.2010). Ausführlicher zum Vertragsverletzungsverfahren gegen das Vereinigte Königreich siehe Kapitel 3.3.3.3.

<sup>341</sup> Das in den USA ansässige Unternehmen NebuAd wurde mittlerweile aufgelöst. Die ehemalige Unternehmensführung hat jedoch in Großbritannien ein neues Werbetechnologieunternehmen für personalisierte Werbung namens InsightReady gegründet. Siehe *Williams*, Ex-NebuAd staff target behavioural data via websites [http://www.theregister.co.uk/2009/05/20/insight\\_ready\\_nebuad/](http://www.theregister.co.uk/2009/05/20/insight_ready_nebuad/) (24.7.2010).

<sup>342</sup> Siehe *Whoriskey*, Every Click You Make <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/03/AR2008040304052.html> (24.7.2010). Das amerikanische Verständnis von Datenschutz unterscheidet sich vom europäischen uA dadurch, dass nur geheim gehaltene Daten Schutz genießen („secrecy paradigm“). Vgl *Solove*, *Understanding Privacy* (2008) 21.

<sup>343</sup> Siehe *Edwards/Hatcher*, *Consumer Privacy Law 2: Data Collection, Profiling and Targeting in Edwards/Waelde* (Hrsg), *Law and the Internet* (2009) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1435105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1435105) S 17 (24.7.2010).

<sup>344</sup> AaO.

<sup>345</sup> So zB *Ohm*, *The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance*, *University of Illinois Law Review* 2009, 1417 (1427 f).

<sup>346</sup> AaO 1430 f.

Google, das nur Daten auswerten kann, welche über seine Services (wie zB Google Search, Gmail, Google Calendar, AdSense oder YouTube) ausgetauscht werden, haben Provider Zugang zum kompletten Web-Traffic der Verbraucher. So unterliegen der Auswertung beispielsweise die Benützung der Websites von Amazon und eBay, Recherchen in Wikipedia, online gelesene Zeitungsartikel und die Kommunikation über Webmail-Services wie Hotmail und Yahoo! Mail oder soziale Netzwerke wie Facebook und StudiVZ.<sup>347</sup> Durch die Auswertung des Web-Traffic wird die Erstellung umfassender Benutzerprofile möglich.

Zweitens sind Provider aufgrund ihrer besonderen Stellung als Vertragspartner der Verbraucher in der Lage, eine allenfalls erforderliche Zustimmungserklärung zu Auswertungen des Web-Traffic mit verhältnismäßig geringem Aufwand zu erlangen.<sup>348</sup>

Personalisierte Werbung ist an sich kein Kommunikationsdienst iSd Art 2 lit c Rahmen-RL bzw § 3 Z 9 TKG 2003, da sie keine Dienstleistung ist, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht. Es handelt sich dabei um einen sonstigen Dienst der Informationsgesellschaft iSd Art 2 lit a E-Commerce-RL<sup>349</sup> bzw § 3 Z 1 ECG. Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit jenen Formen personalisierter Werbung an welchen Provider beteiligt sind und welche dadurch das Rechtsverhältnis zwischen Providern und Verbrauchern betreffen.

Wie ausführlich unten dargestellt, unterliegt der Web-Traffic der Verbraucher sowohl nach Unionsrecht als auch nach österreichischem Recht dem Kommunikationsgeheimnis, zu dessen

---

<sup>347</sup> Dies gilt nur, soweit die Kommunikation nicht verschlüsselt wird. Wenn eine Website ein Verschlüsselungsprotokoll wie TLS (Transport Layer Security) oder SSL (Secure Sockets Layer) verwendet, ist die Kommunikation zwischen dieser Website und Nutzern für Provider nicht lesbar. Jedoch verwenden nicht viele Websites Verschlüsselungsprotokolle, da sie eine höhere Rechenkapazität erfordern. Siehe *Ohm*, The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance, University of Illinois Law Review 2009, 1417 (1439).

<sup>348</sup> Siehe *Edwards/Hatcher*, Consumer Privacy Law 2: Data Collection, Profiling and Targeting in *Edwards/Waelde* (Hrsg), Law and the Internet (2009) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1435105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1435105) S 17 (24.7.2010).

<sup>349</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), AB L 2000/178, 1.

Achtung Provider grundsätzlich verpflichtet sind. Die Effektivität personalisierter Werbung verhält sich direkt proportional zur Intensität des Eingriffs in das Kommunikationsgeheimnis. Deshalb kommt der Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses des Verbrauchers eine besondere Bedeutung zu.

Dieses Kapitel befasst sich zunächst mit der Frage, ob nach Unionsrecht und nach österreichischem Recht die Auswertung des Web-Traffic der Verbraucher einen Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis darstellt und daher die Einwilligung der Verbraucher erforderlich ist. Vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts werden zudem die vertraglichen Rechtsfolgen eines ohne Zustimmung erfolgenden Eingriffes in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung behandelt. Weiters wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen Verbraucher einem Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis wirksam zustimmen können und wie die diesbezüglichen Vertragsbestimmungen in Access-Provider-Verträgen zu gestalten sind.

### **3.3.2. Technischer Hintergrund**

Für die Auswertung des Web-Traffic von Verbrauchern ist spezielle Hard- und Software erforderlich. Da Provider idR über die entsprechende Technologie nicht verfügen, bedienen sie sich der Werbetechnologien, die von hierauf spezialisierten Werbetechnologieunternehmen entwickelt werden.

Werbetechnologien, wie sie von Werbetechnologieunternehmen wie Phorm<sup>350</sup> und NebuAd<sup>351</sup> entwickelt wurden, werten den gesamten Web-Traffic eines Verbrauchers aus.<sup>352</sup> Hierfür werden meist Content-Switches<sup>353</sup> verwendet, die den Web-Traffic eines Verbrauchers auf ein

---

<sup>350</sup> <http://www.phorm.com> (24.7.2010).

<sup>351</sup> Siehe Kapitel 3.3.1.

<sup>352</sup> Zur Funktionsweise der Werbetechnologie Webwise des Werbetechnologieunternehmens Phorm siehe *Clayton*, The Phorm „Webwise“ System <http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/080518-phorm.pdf> (24.7.2010) und zur Werbetechnologie des Werbetechnologieunternehmens NebuAd *Topolski*, NebuAd and Partner ISPs: Wiretapping, Forgery and Browser Hijacking [http://www.freepress.net/files/NebuAd\\_Report.pdf](http://www.freepress.net/files/NebuAd_Report.pdf) (24.7.2010).

<sup>353</sup> Content-Switches sind Netzwerkkomponenten, welche den kompletten Inhalt eines Datenpakets untersuchen (sogenannte Deep Packet Inspection) und darauf basiert Schaltvorgänge im Netzwerk steuern. Vgl <http://www.cisco.com/en/US/products/hw/modules/ps2706/ps780/index.html> (24.7.2010).

spezielles System im Netzwerk des Providers umleiten, das vorgibt, der jeweils gewünschte Webserver zu sein.<sup>354</sup> Bei diesem System handelt es sich um einen transparenten (dh für Verbraucher nicht wahrnehmbaren) Proxy-Server.<sup>355</sup>

Ruft ein Verbraucher zB die Web-Page <http://wikipedia.org/wiki/Paris> auf, so wird der Hypertext Transfer Protocol (HTTP)-Request<sup>356</sup> vom Content-Switch auf den transparenten Proxy-Server umgeleitet, der diesen nach erfolgter Analyse an den Web-Server wikipedia.org weiterleitet. Der HTTP-Response wird spiegelbildlich von wikipedia.org zunächst an den Proxy-Server und nach Auswertung durch den Proxy-Server an den Verbraucher weitergeleitet. Hierdurch kann der Proxy-Server alle Inhalte, die sich ein Verbraucher ansieht, auswerten und ein entsprechendes Benutzerprofil erstellen. Zu betonen ist, dass nicht nur die Verkehrsdaten iZm den besuchten Web-Pages (wie zB URLs) ausgewertet werden, sondern auch der Inhalt der Kommunikation zwischen einem Verbraucher und den aufgerufenen Websites (zB in Suchmaschinen eingegebene Suchbegriffe oder auf Web-Pages befindliche Texte und Fotos).<sup>357</sup>

---

<sup>354</sup> Dadurch wird eine Art „Man-in-the-middle“-Angriff vorgenommen. Unter „Man-in-the-middle“-Angriffen versteht man Angriffe auf die Kommunikation zwischen zwei Kommunikationspartnern, wobei der Angreifer beiden Kommunikationspartnern vortäuscht, der jeweils andere Kommunikationspartner zu sein. Auf diese Weise kann der Angreifer die Kommunikation zwischen den Kommunikationspartnern abhören und manipulieren. Siehe *Zwicky/Cooper/Chapman*, *Building Internet Firewalls*<sup>2</sup> (2000) 184 f.

<sup>355</sup> Ein Proxy-Server ist ein Server, der auf Ebene des jeweiligen Anwendungsprotokolls (idR HTTP) gleichsam als Vermittler zwischen einem entfernten Benutzer und einem Server fungiert und so in der Lage ist, den Inhalt der Kommunikation effizient auszuwerten. Siehe *Tipton/Krause* (Hrsg), *Information Security Management Handbook*<sup>6</sup> (2007) 3115.

<sup>356</sup> HTTP ist jenes Applikationsprotokoll auf dem das WWW basiert. Es ist spezifiziert in *Fielding/Gettys/Mogul/Frystyk/Masinter/Leach/Berners-Lee*, *Hypertext Transfer Protocol – HTTP/1.1*, RFC 2616 <ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2616.txt>.

<sup>357</sup> Siehe *Edwards/Hatcher*, *Consumer Privacy Law 2: Data Collection, Profiling and Targeting in Edwards/Waelde* (Hrsg), *Law and the Internet* (2009) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1435105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1435105) S 18 (24.7.2010).

Die erstellten Benutzerprofile werden in weiterer Folge verwendet, um Verbrauchern auf bestimmten Websites gezielt personalisierte Werbung anzubieten.<sup>358</sup> Hat ein Verbraucher beispielsweise in einer Suchmaschine nach „Urlaub in Paris“ gesucht, werden ihm auf anderen Websites Werbungen für Hotels in Paris angezeigt.

Um die für die personalisierte Werbung erforderliche eindeutige Identifikation von Verbrauchern zu ermöglichen, gibt es verschiedene technische Möglichkeiten. Die einfachste Möglichkeit besteht darin, die IP-Adresse des Verbrauchers heranzuziehen, um den Verbraucher im Kundenverzeichnis des Providers namentlich zu identifizieren. In technischer Hinsicht wird jedoch hierdurch nur der Vertragspartner des Providers identifiziert (Teilnehmer iSd § 3 Z 19 TKG 2003). Wenn mehrere Computer in einem Heimnetzwerk verbunden sind, verwenden sie alle denselben Internetzugang und damit dieselbe IP-Adresse. Interessiert sich so zB nur ein Mitglied des Haushalts für Computerspiele, so würden alle anderen ebenso Werbung für diese erhalten. Um dies zu vermeiden und möglichst viele Personen anzusprechen, werden in der Praxis von den meisten Werbetechnologien Cookies<sup>359</sup> zur Identifizierung von Internetnutzern verwendet. Jeder im Haushalt verwendete Internet-Browser erhält hierbei ein Cookie, das eine einzigartige Identifikationsnummer enthält und so den Browser eindeutig identifiziert. Ein Browser kann mit einer wesentlich höheren Treffsicherheit als ein Internetanschluss einem einzelnen Internetnutzer zugeordnet werden, weshalb die Verwendung von Cookies die Effektivität der personalisierten Werbung wesentlich erhöht.

### **3.3.3. Unionsrechtliche Betrachtung**

Einschlägige Richtlinien für den Bereich des Datenschutzes im EU-Telekommunikationsrecht sind die Datenschutz-RL, die TK-Datenschutz-RL und die Vorratsdatenspeicherungs-RL

---

<sup>358</sup> Die Provider dieser Websites stehen idR in vertraglicher Beziehung mit den Providern und/oder Werbetechnologieunternehmen.

<sup>359</sup> Cookies sind kleine Textdateien, die beim Besuch einer Web-Page vom Browser dauerhaft gespeichert werden. Der Provider der Web-Page kann beim nächsten Besuch mit demselben Browser auf die im Cookie gespeicherten Informationen zugreifen. Siehe *Newton*, *Newton's Telecom Dictionary*<sup>23</sup> (2007) 267 f.

(VDS-RL).<sup>360</sup> Die TK-Datenschutz-RL stellt gem Art 1 Abs 2 eine Detaillierung und Ergänzung der Datenschutz-RL dar. Obwohl in der TK-Datenschutz-RL eine subsidiäre Anwendung der Datenschutz-RL nicht ausdrücklich normiert ist, wird deren Subsidiarität von der Lehre zutreffend bejaht.<sup>361</sup>

### **3.3.3.1. Das Kommunikationsgeheimnis**

Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten betreffend die Gewährleistung der Vertraulichkeit der Kommunikation ist in Art 5 Abs 1 TK-Datenschutz-RL normiert. Die Mitgliedstaaten haben das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten<sup>362</sup> zu untersagen, es sei denn, eine Einwilligung des betroffenen Nutzers liegt vor. Ohne Einwilligung ist das Abfangen und Abhören von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten nur bei gesetzlicher Ermächtigung zulässig. In Art 6 Abs 1 leg cit wird betreffend Verkehrsdaten präzisiert, dass diese grundsätzlich zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden.

Alle Bestandteile des Web-Traffic eines Verbrauchers (dh sowohl der Inhalt der aufgerufenen Web-Pages als auch die im Rahmen von HTTP-Requests übermittelten URLs) sind Nachrichten iSd Art 2 lit d TK-Datenschutz-RL. Denn die Begriffsdefinition der Nachricht ist nicht auf Inhaltsdaten beschränkt, sondern erfasst gem Art 2 lit d leg cit „jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen

---

<sup>360</sup> Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl L 2006/105, 54. Mangels Bedeutung dieser Richtlinie für die Rechtsfragen iZm personalisierter Werbung wird auf eine Auseinandersetzung mit deren Bestimmungen verzichtet.

<sup>361</sup> Siehe *Parschalk* ua, Telekommunikationsrecht (2006) 205 in FN 652; *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 195.

<sup>362</sup> Zur Definition siehe Kapitel 2.1.5.

elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird.“<sup>363</sup> Der Wortlaut der Bestimmung setzt zudem nicht voraus, dass die Kommunikationspartner natürliche Personen sind, da Art 2 lit d TK-Datenschutz-RL von Beteiligten und nicht von Nutzern spricht (letztere können gem Art 2 lit a leg cit ausschließlich natürliche Personen sein).

Die Auswertung des Web-Traffic des Verbrauchers setzt ein Abfangen und Überwachen von Nachrichten iSd Art 5 Abs 1 TK-Datenschutz-RL voraus und ist daher ohne Einwilligung des Verbrauchers grundsätzlich unzulässig. Art 5 Abs 1 TK-Datenschutz-RL ist sehr weit formuliert und untersagt jede Form des Abfangens oder Überwachens der Kommunikation ohne Einwilligung des Betroffenen. Auch wenn Provider den Web-Traffic von Verbrauchern nicht selbst auswerten, sondern dies Werbetechnologieunternehmen überlassen, ist ihre Mitwirkung als Abfangen iSd Art 5 Abs 1 TK-Datenschutz-RL zu qualifizieren.

### **3.3.3.2. Einwilligung in den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis**

Die TK-Datenschutz-RL verweist bezüglich der Definition des Begriffs der Einwilligung auf die Datenschutz-RL.<sup>364</sup> Art 2 lit h Datenschutz-RL definiert Einwilligung als „jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden“.

Eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage bedeutet, dass der Betroffene die Möglichkeit haben muss, Vorteile und Nachteile der Datenverarbeitung abzuwägen.<sup>365</sup> Dies ist nur dann möglich, wenn ihm bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt werden. Dazu gehören insbesondere der Name des Datenverarbeiters, der Verarbeitungszweck und die zu

---

<sup>363</sup> Ausgenommen sind Informationen, die als Teil eines Rundfunkdienstes über einen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können (Art 2 lit d TK-Datenschutz-RL).

<sup>364</sup> Art 2 lit f TK-Datenschutz-RL.

<sup>365</sup> Siehe *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (1999) Art 2 Rz 69; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, KOM 92/422 (1992) 12.

verarbeitenden Daten.<sup>366</sup> Die Einwilligung hat sich auf einen konkreten Fall zu beziehen; abstrakt-generelle Einwilligungen kommen nicht in Betracht.<sup>367</sup> Die Einwilligung muss auf einer freien Entscheidung des Betroffenen beruhen.<sup>368</sup>

Weiters sieht die Datenschutz-RL für sensible und nicht-sensible Daten unterschiedliche Einwilligungserfordernisse vor. Der Web-Traffic eines Verbrauchers wird in aller Regel neben nicht-sensiblen auch sensible Daten<sup>369</sup> enthalten. Sie können sich beispielsweise aus dem Lesen eines politischen Blogs oder Besuches der Website eines Arztes ergeben. Eine Einwilligung in den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis hat daher den für sensible Daten bestehenden strengeren Erfordernissen zu genügen. Gem Art 8 Abs 2 lit a Datenschutz-RL hat die Einwilligung ausdrücklich zu erfolgen. Eine schlüssige Einwilligung ist ausgeschlossen.<sup>370</sup>

Als ein Beispiel einer Einwilligung nennt Erwägungsgrund 17 TK-Datenschutz-RL „das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website“. Hieraus ergibt sich zweifelsfrei, dass

---

<sup>366</sup> So *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (1999) Art 2 Rz 70; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 2 Erl 24. Vgl auch *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Empfehlung vom 17.5.2001 zu einigen Mindestanforderungen für die Online-Erhebung personenbezogener Daten in der Europäischen Union, 5020/01/DE [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43de.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43de.pdf) S 4 ff (24.7.2010).

<sup>367</sup> Siehe *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (1999) Art 2 Rz 71; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 2 Erl 22; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, KOM 92/422 (1992) 12.

<sup>368</sup> Siehe *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 2 Erl 23; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, KOM 92/422 (1992) 12.

<sup>369</sup> Nach dem Wortlaut der Datenschutz-RL „besondere Kategorien personenbezogener Daten“. Dies sind gem Art 8 Abs 1 leg cit „Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie [...] Daten über Gesundheit oder Sexualleben.“

<sup>370</sup> Bei nicht-sensiblen Daten kommt nach zutreffender Ansicht grundsätzlich auch eine konkludente Einwilligung in Betracht. Siehe *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 2 Erl 22 verweisend auf *Schleutermann*, Datenverarbeitung im Konzern, CR 1995, 577 (579) und *Brihann*, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in einem vernetzten Europa, DuD 1996, 66 (69).

Schriftlichkeit jedenfalls nicht erforderlich ist. Erfolgt die Zustimmung des Verbrauchers zu personalisierter Werbung über die Website des Providers, sind ihm auch in diesem Fall alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die für eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erforderlich sind. Die Website des Providers ist so zu gestalten, dass das Markieren des „Einwilligungsfelds“ erst dann möglich wird, nachdem dem Verbraucher die erforderlichen Informationen für ihn als solche erkennbar zugänglich gemacht wurden.

### **3.3.3.3. Der Fall Phorm**

In den Jahren 2006 und 2007 führte British Telecom ohne Kenntnis ihrer Kunden Tests der vom Werbetechnologieunternehmen Phorm entwickelten Werbetechnologie „Webwise“ durch.<sup>371</sup> Im Zeitraum September bis Dezember 2008 erfolgte ein weiterer Test dieser Werbetechnologie, diesmal jedoch unter Verwendung eines Opt-In-Mechanismus.<sup>372</sup> Bei den von British Telecom für den Test ausgewählten Internet-Nutzern erschien nach Aufruf der ersten Web-Page eine Web-Page der British Telecom, welche die Einladung enthielt, am Test von Webwise teilzunehmen. Den Nutzern wurde die Möglichkeit gegeben, in den Test einzuwilligen, diesen abzulehnen oder mehr Informationen über Webwise zu verlangen.<sup>373</sup>

Für eine in Kenntnis der Sachlage erteilte Einwilligung in die Erfassung durch Webwise wäre – da dies ein Abfangen und Überwachen von Nachrichten iSd Art 5 TK-Datenschutz-RL darstellt – eine Aufklärung der Verbraucher erforderlich gewesen, dass der Inhalt ihres Web-Traffic und die damit verbundenen Verkehrsdaten abgefangen und ausgewertet werden, sowie in welchem Ausmaß dies erfolgt. Weiters wären die Betroffenen über die Dauer der Auswertung zu informieren gewesen.

Auf der Einladung zur Teilnahme am Webwise-Test befand sich hingegen kein Hinweis auf ein Abfangen bzw auf die Auswertung des Web-Traffic. Die Verbraucher erhielten (sofern sie dies nicht verlangten) keinerlei Informationen über die Funktionsweise der verwendeten

---

<sup>371</sup> Siehe Kapitel 3.3.1.

<sup>372</sup> Siehe <http://www2.bt.com/static/i/btetail/webwise/> (24.7.2010).

<sup>373</sup> Siehe *Williams*, BT's third Phorm trial starts tomorrow [http://www.theregister.co.uk/2008/09/29/bt\\_phorm\\_trial\\_go/](http://www.theregister.co.uk/2008/09/29/bt_phorm_trial_go/) (24.7.2010).

Werbetechnologie sowie über den Umfang des Abfangens und der Auswertung des Web-Traffic (welche Inhalte betroffen sind) oder die Dauer des Testbetriebes.

In diesem Fall kann daher von einer informierten Einwilligung der Nutzer keine Rede sein. An diesem Ergebnis kann der Umstand nichts ändern, dass den Nutzern die Möglichkeit gegeben wurde, mehr über Webwise zu erfahren. Denn Webwise wurde lediglich als „Free Online Protection“ („kostenloser Online-Schutz“) dargestellt,<sup>374</sup> wobei Nutzer der Teilnahme am Webwise-Testbetrieb auch zustimmen konnten, ohne dass ihnen bewusst war, dass dadurch in ihr Kommunikationsgeheimnis eingegriffen wird.

Die Tatsache, dass der Einsatz der Werbetechnologie Webwise durch British Telecom ohne Sanktionen seitens der britischen Behörden blieb, hat zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen das Vereinigte Königreich wegen unzureichender Umsetzung der unionsrechtlichen Datenschutzvorschriften geführt.<sup>375</sup> Die geltenden britischen Vorschriften über die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation wurden von der Kommission in drei Punkten bemängelt.<sup>376</sup>

Erstens wird das Fehlen einer unabhängigen nationalen Aufsichtsbehörde, die für die Kontrolle der Anwendung nationaler datenschutzrechtlicher Vorschriften zuständig ist, kritisiert. Die Einrichtung einer solchen Kontrollstelle wurde ausdrücklich in der Datenschutz-RL vorgesehen (Art 28 leg cit).<sup>377</sup> Zweitens ist nach dem derzeit geltenden einschlägigen britischen Gesetz (Regulation of Investigatory Powers Act 2000 - RIPA)<sup>378</sup> das

---

<sup>374</sup> AaO.

<sup>375</sup> Presseaussendung der EU-Kommission vom 14.4.2009, Telekommunikation: Kommission eröffnet Verfahren gegen das Vereinigte Königreich im Bereich Privatsphäre und Schutz personenbezogener Daten, IP/09/570 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/570&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010).

<sup>376</sup> Presseaussendung der EU-Kommission vom 29.10.2009, Telekommunikation: Kommission betreibt Verfahren gegen das Vereinigte Königreich wegen mangelnder Umsetzung der EU-Datenschutzvorschriften weiter, IP/09/1626 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1626&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010).

<sup>377</sup> AaO.

<sup>378</sup> Regulation of Investigatory Powers Act 2000, 2000 Chapter 23.

Abfangen von Nachrichten nicht nur beim Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person zulässig, sondern auch wenn ein „Grund zu der Annahme“ („reasonable grounds for believing“) gegeben ist, dass der Betroffene seine Einwilligung erteilt hat.<sup>379</sup> Dies wertet die Kommission als einen Verstoß gegen Art 2 lit h Datenschutz-RL, wonach die Einwilligung ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage zu erfolgen hat. Drittens werden die Bestimmungen des RIPA über Verbot und Sanktionen des unerlaubten Abfangens von Nachrichten kritisiert, da der Tatbestand nur „absichtliches“ Abfangen umfasst, obwohl die Mitgliedstaaten nach Unionsrecht verpflichtet sind, jegliches Abfangen zu verbieten und zu sanktionieren.<sup>380</sup>

Ende Juni dieses Jahres hat die Kommission in Form einer mit Gründen versehenen Stellungnahme das Vereinigte Königreich zur Stärkung der Befugnisse ihrer Datenschutzbehörde aufgefordert.<sup>381</sup> Das Vereinigte Königreich hat nun zwei Monate Zeit, die Kommission über die Maßnahmen zu informieren, die ergriffen wurden, um der Datenschutz-RL zu entsprechen.<sup>382</sup>

### **3.3.4. Beurteilung nach österreichischem Recht**

#### **3.3.4.1. Das Kommunikationsgeheimnis**

Die Vertraulichkeit der Kommunikation (vgl Art 5 TK-Datenschutz-RL) ist in Österreich durch §§ 93 und 96 ff TKG 2003 geschützt. Gem § 93 Abs 1 TKG 2003 unterliegen dem

---

<sup>379</sup> Presseaussendung der EU-Kommission vom 29.10.2009, Telekommunikation: Kommission betreibt Verfahren gegen das Vereinigte Königreich wegen mangelnder Umsetzung der EU-Datenschutzvorschriften weiter, IP/09/1626 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1626&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010). Siehe auch Regulation of Investigatory Powers Act 2000, 2000 Chapter 23.

<sup>380</sup> AaO.

<sup>381</sup> Presseaussendung der EU-Kommission vom 24.6.2010, Datenschutz: Kommission fordert das Vereinigte Königreich auf, dem EU-Recht nachzukommen und die Befugnisse der nationalen Datenschutzbehörde zu stärken, IP/10/811 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/811&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010).

<sup>382</sup> AaO.

Kommunikationsgeheimnis Inhaltsdaten,<sup>383</sup> Verkehrsdaten<sup>384</sup> und Standortdaten.<sup>385</sup> § 93 Abs 3 TKG 2003 verbietet das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrs- und Standortdaten sowie die Weitergabe von Informationen darüber ohne Einwilligung der beteiligten Benutzer.<sup>386</sup> Ohne Einwilligung der beteiligten Benutzer ist ein Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis nur in gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen zulässig, wobei das TKG 2003 insbesondere die Fälle der Aufzeichnung und der Rückverfolgung von Notrufen, der Fangschaltung sowie der technischen Speicherung, die für die Weiterleitung einer Nachricht erforderlich ist, vorsieht.

In § 96 Abs 1 und Abs 2 TKG 2003 wird festgelegt, dass Stammdaten, Verkehrsdaten, Standortdaten und Inhaltsdaten nur für Zwecke der Besorgung eines Kommunikationsdienstes ermittelt, verarbeitet (§ 4 Z 9 DSG 2000)<sup>387</sup> oder übermittelt (§ 4 Z 12 DSG 2000)<sup>388</sup> werden dürfen (Zweckbindung).<sup>389</sup>

---

<sup>383</sup> Inhaltsdaten sind gem § 92 Abs 3 Z 5 TKG 2003 Inhalte übertragener Nachrichten.

<sup>384</sup> Als Verkehrsdaten gelten gem § 92 Abs 3 Z 4 TKG 2003 Daten, die zum Zwecke der Weiterleitung einer Nachricht an ein Kommunikationsnetz oder zum Zwecke der Fakturierung dieses Vorgangs verarbeitet werden.

<sup>385</sup> Standortdaten sind gem § 92 Abs 3 Z 6 TKG 2003 Daten, die in einem Kommunikationsnetz verarbeitet werden und die den geografischen Standort der Telekommunikationsendeinrichtung eines Nutzers eines öffentlichen Kommunikationsdienstes angeben. Während sich die Vertraulichkeit der Kommunikation nach Art 5 TK-Datenschutz-RL auch Nachrichten und damit verbundenen Verkehrsdaten bezieht, hat der österreichische Gesetzgeber das Kommunikationsgeheimnis auch auf Standortdaten ausgedehnt. Vgl EBRV 128 BlgNR 22. GP 18.

<sup>386</sup> Benutzer ist gem § 92 Abs 3 Z 2 TKG 2003 „eine natürliche Person, die einen öffentlichen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst zwangsläufig abonniert zu haben.“ Der Begriff des Benutzers erfasst daher nicht nur der Vertragspartner des Providers, sondern auch andere Haushaltsmitglieder, die denselben Internetanschluss verwenden. Daher ist es in der Praxis schwer, die Einwilligung aller Benutzer, wie in § 93 Abs 3 TKG 2003 vorgesehen, zu erhalten. Siehe *Ruhle* ua, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 475.

<sup>387</sup> § 4 Z 9 DSG 2000 definiert das Verarbeiten von Daten als das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Ausgeben, Benützen, Überlassen, Sperren, Löschen, Vernichten oder jede andere Art der Handhabung von Daten mit Ausnahme des Übermittels von Daten.

Es ist an dieser Stelle zu betonen, dass alle Tatbestandsmerkmale des § 93 Abs 3 TKG 2003 (das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen und Überwachen von Nachrichten und damit verbundenen Verkehrs- und Standortdaten) Datenverarbeitungen iSd § 4 Z 9 DSGVO 2000 darstellen, die als solche von der Zweckbindung des § 96 Abs 1 TKG 2003 erfasst sind. Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses gem § 93 TKG 2003 stellen daher gleichzeitig auch Verletzungen des § 96 Abs 1 TKG 2003 dar, da die betreffenden Daten in diesem Fall nicht nur für Zwecke der Besorgung eines Kommunikationsdienstes (dh gem § 3 Z 9 TKG 2003 „ganz oder überwiegend zwecks Übertragung von Signalen über das Kommunikationsnetz des Providers“) verarbeitet werden.

Ebenso wie nach Unionsrecht unterliegen alle Bestandteile des Web-Traffic eines Verbrauchers auch nach österreichischem Recht dem Kommunikationsgeheimnis. Denn die Begriffsdefinition der Nachricht in § 92 Abs 3 Z 7 TKG gibt fast wortgleich die Definition der Nachricht in Art 2 lit d TK-Datenschutz-RL wieder und definiert eine Nachricht als „jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlichen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird.“<sup>390</sup>

Darüber hinaus haben nach § 92 Abs 3 Z 7 TKG 2003 die Kommunikationspartner ebenso wenig wie nach Art 2 lit d TK-Datenschutz-RL natürliche Personen zu sein, da sich die Bestimmung auf „Beteiligte“ und nicht nur auf „Benutzer“ iSd § 92 Abs 3 Z 2 TKG 2003 bezieht. Für die Auswertung des Web-Traffic zwecks Bereitstellung personalisierter Werbung hat der Provider daher eine Einwilligung des Verbrauchers einzuholen.

---

<sup>388</sup> Übermitteln von Daten ist gem § 4 Z 12 DSGVO 2000 die Weitergabe von Daten an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister, insbesondere auch das Veröffentlichen von Daten; darüber hinaus auch die Verwendung von Daten für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers.

<sup>389</sup> Eine spezifisch für Stamm- und Standortdaten vorgesehene Ausnahme ist jedoch zB gem § 98 TKG 2003 die Übermittlung an Notrufdienste.

<sup>390</sup> Ausgeschlossen sind gem § 93 Abs 3 Z 7 TKG 2003 Informationen, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können.

### **3.3.4.2. Einwilligung in den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis**

#### *3.3.4.2.a) Einwilligungstatbestände nach TKG 2003*

Sowohl § 93 Abs 3 TKG 2003 als auch § 96 Abs 2 TKG 2003 enthalten einen Einwilligungstatbestand. Jener des § 93 Abs 3 leg cit bezieht sich auf den Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis und jener des § 96 Abs 2 leg cit insbesondere auf „sonstige Übermittlungen“ der Daten.<sup>391</sup> Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass eine Einwilligung des Betroffenen nach § 96 Abs 2 leg cit alle Fälle des § 93 Abs 3 leg cit abdeckt, insofern auch diese Einwilligungstatbestände zusammen zu lesen sind: Denn eine von § 96 Abs 2 leg cit angesprochene Übermittlung von Daten ist gem § 4 Z 12 DSG 2000 nicht nur eine Weitergabe von Daten an Dritte (zB an ein Werbetechnologieunternehmen), sondern auch die Verwendung für ein anderes Aufgabengebiet des Auftraggebers,<sup>392</sup> was grundsätzlich einen Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis nach § 93 Abs 3 TKG 2003 darstellen würde.

Unter einem Aufgabengebiet eines Auftraggebers ist nach den EBRV zum DSG 2000 „eines von mehreren Tätigkeitsfeldern eines Auftraggebers, das in seinem Umfang nach der Verkehrsauffassung geeignet ist, für sich allein den gesamten Geschäftsbereich eines Auftraggebers zu bilden.“<sup>393</sup> Weiters wäre nach den EBRV „[d]as ‚Aufgabengebiet‘ [...] im privaten Bereich zB in etwa mit dem Umfang einer Gewerbeberechtigung gleichzusetzen“,<sup>394</sup>

---

<sup>391</sup> Dh Übermittlungen, die nicht für die Erbringung eines Kommunikationsdienstes erforderlich sind.

<sup>392</sup> Dies sind gem § 4 Z 4 DSG 2000 natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten zu verwenden, unabhängig davon, ob sie die Daten selbst verwenden oder damit einen Dienstleister beauftragen. Sie gelten auch dann als Auftraggeber, wenn der mit der Herstellung eines Werkes beauftragte Dienstleister die Entscheidung trifft, zu diesem Zweck Daten zu verwenden, es sei denn dies wurde ihm ausdrücklich untersagt oder der Beauftragte hat auf Grund von Rechtsvorschriften oder Verhaltensregeln über die Verwendung eigenverantwortlich zu entscheiden.

<sup>393</sup> EBRV 1613 BlgNR 20. GP 39.

<sup>394</sup> AaO.

was in der Literatur kritisiert wurde.<sup>395</sup> Das Aufgabengebiet ist vielmehr vor allem aufgrund der Verkehrsauffassung in den betroffenen Geschäftskreisen zu bestimmen.<sup>396</sup>

Das primäre Aufgabengebiet des Providers ist das Betreiben eines Kommunikationsdienstes bzw -netzes. Datenverwendungen zu einem anderen Zweck werden anderen Aufgabengebieten des Providers zuzuordnen sein. Die Verwendung von Daten zu einem solchen anderen Zweck setzt deren Abfangen bzw Aufzeichnen iSd § 93 Abs 3 TKG 2003 voraus, wofür eine Zustimmung des Betroffenen erforderlich ist. Dies zeigt, dass kein inhaltlicher Unterschied zwischen den Einwilligungstatbeständen des § 93 Abs 3 TKG 2003 und des § 96 Abs 2 leg cit besteht.

In Bezug auf das Anbieten personalisierter Werbung stellt „ein Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstiges Überwachen von Nachrichten“ (vgl § 93 Abs 3 TKG 2003) zwecks personalisierter Werbung daher gleichzeitig auch eine „sonstige Übermittlung“ (Änderung des Zwecks der Datenverarbeitung) iSd § 96 Abs 2 leg cit dar.

#### *3.3.4.2.b) Der Begriff der Einwilligung*

Da (wie oben erörtert) §§ 93 und 96 TKG 2003 zusammen zu lesen sind, sind auch die Begriffe „Einwilligung“ (§ 93 Abs 3 leg cit) und „Zustimmung“ (§ 96 Abs 2 leg cit) einheitlich auszulegen. Jedoch wird keiner dieser Begriffe im TKG 2003 definiert. Da die Bestimmungen des DSGVO 2000 gem § 92 Abs 1 TKG 2003 subsidiär anwendbar sind, sind sie iSd Begriffsdefinition in § 4 Z 14 DSGVO 2000 zu interpretieren.<sup>397</sup>

Obwohl § 4 Z 14 DSGVO 2000 nur den Begriff der „Zustimmung“ (wie in § 96 Abs 2 TKG 2003) und nicht jenen der „Einwilligung“ (iSd § 93 Abs 3 TKG 2003) definiert, ergibt sich auch aus einer richtlinienkonformen Auslegung, dass diese Begriffe identisch sind. Denn sowohl die TK-Datenschutz-RL, in deren Umsetzung § 93 Abs 2 TKG 2003 erlassen wurde, als auch die Datenschutz-RL, die im DSGVO 2000 umgesetzt wurde, sprechen von „Einwilligung“. Die Begriffsdefinition der Zustimmung in § 4 Z 14 DSGVO 2000 gibt fast

---

<sup>395</sup> Siehe *Dohr* ua, *DSG Datenschutzrecht*<sup>2</sup> (2009) § 4 Anm 13.

<sup>396</sup> AaO.

<sup>397</sup> Auch so *Ruhle* ua, *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht* (2004) 481.

wortgleich die Definition der Einwilligung in Art 2 lit h Datenschutz-RL wieder. Eine Zustimmung ist gem § 4 Z 14 DSG 2000 „die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.“

Eine Zustimmung in Kenntnis der Sachlage setzt voraus, dass dem Betroffenen vor der Abgabe der Zustimmungserklärung bestimmte Informationen mitgeteilt werden. Er ist insbesondere darüber zu informieren, welche Daten verarbeitet werden, dass die Verarbeitung ausschließlich zum Zweck der Bereitstellung personalisierter Werbung erfolgt und wer die Verarbeitung vornimmt.<sup>398</sup> Gem § 96 Abs 3 TKG 2003 hat der Provider bei der Verwendung von personenbezogenen Daten den Verbraucher darüber zu informieren, welche personenbezogene Daten ermittelt, verarbeitet oder übermittelt werden, auf welcher Rechtsgrundlage und für welche Zwecke dies erfolgt und für wie lange die Daten gespeichert werden sowie darüber, dass er die Verarbeitung verweigern kann. Die Zustimmung des Verbrauchers hat sich weiters immer auf einen konkreten Verarbeitungszweck zu beziehen, während abstrakt-generelle Einwilligungen ausgeschlossen sind.<sup>399</sup> Der Grad der Bestimmtheit der Zustimmung hängt von der Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen ab.<sup>400</sup> Je schwerer der potenzielle Eingriff in die Rechte des Betroffenen ist, desto bestimmter muss die Zustimmungserklärung formuliert werden.<sup>401</sup>

Die Zustimmung muss zudem ohne Zwang abgegeben werden. Dies bedeutet, dass sich der Zustimmungende bei der Abgabe der Zustimmungserklärung nicht unter psychischem oder physischem Zwang befinden darf.<sup>402</sup> Zu beachten ist idZ auch § 96 Abs 2 Satz 4 TKG 2003, wonach der Provider die Bereitstellung seiner Dienste von einer Zustimmung des Betroffenen

---

<sup>398</sup> Zu Erfordernissen einer Zustimmung in Kenntnis der Sachlage siehe zB *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 4 Z 14 Anm 4; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 4 Rz 10.5.

<sup>399</sup> *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 4 Z 14 Anm 1; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 4 Rz 10.6.

<sup>400</sup> *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 4 Rz 10.6 verweisend auf *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 2 Erl 22.

<sup>401</sup> AaO.

<sup>402</sup> Siehe *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 4 Z 14 Anm 3.

zur Verwendung seiner Daten zum Zweck der Vermarktung von Kommunikationsdiensten oder der Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen sowie sonstige Übermittlungen nicht abhängig machen darf.

### **3.3.4.3. Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung**

#### *3.3.4.3.a) Pflicht des Providers zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses*

§ 93 TKG 2003 normiert eine gesetzliche Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses. In Bezug auf die Haftung bei Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses ist zu prüfen, ob der Provider auch vertraglich hierzu verpflichtet ist. Eine solche Pflicht kann sich aus gesetzlichem Vertragsrecht (zwingend oder dispositiv), vertraglicher Vereinbarung oder ergänzender Vertragsauslegung ergeben.<sup>403</sup> § 93 TKG 2003 stellt keine vertragsrechtliche Bestimmung dar, da er auf alle Benutzer anzuwenden ist und nicht auf das Vertragsverhältnis des Providers und des Verbrauchers beschränkt ist. Auch vertragliche Vereinbarungen der Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses liegen in der Praxis oft nicht vor. Eine solche vertragliche Pflicht kann daher allenfalls nur aus ergänzender Vertragsauslegung gewonnen werden.<sup>404</sup>

Die Erfüllung des Access-Provider-Vertrages ist idR mit besonderen Gefahren gerade für das Kommunikationsgeheimnis des Verbrauchers verbunden. Wegen der besonderen Risiken für die Vertraulichkeit der Kommunikation, die die Erfüllung des Access-Provider-Vertrages normalerweise mit sich bringt, hätten redliche und vernünftige Vertragsparteien<sup>405</sup> die Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses vertraglich verankert. Aus selbigem Grund würde es auch dem Prinzip von Treu und Glauben<sup>406</sup> entsprechen, wenn das Kommunikationsgeheimnis vertraglich verankert wird und damit der Verbraucher in den

---

<sup>403</sup> Vgl *Bollenberger* in *Koziol* ua (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*<sup>2</sup> (2007) § 914 Rz 2; *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV*<sup>3</sup> (2006) § 914 Rz 177 f.

<sup>404</sup> Zur ergänzenden Vertragsauslegung siehe Kapitel 3.2.2.

<sup>405</sup> Zum hypothetischen Parteiwille als Mittel ergänzender Vertragsauslegung siehe Kapitel 3.2.2.

<sup>406</sup> Zum Prinzip von Treu und Glauben als Mittel ergänzender Vertragsauslegung siehe Kapitel 3.2.2.

Genuss der Vorteile der vertraglichen Haftung kommt.<sup>407</sup> Da die Wertung des Gesetzgebers in § 93 TKG 2003 sowohl dem hypothetischen Parteiwilen als auch dem Prinzip von Treu und Glauben entspricht, besteht die sich aus ergänzender Vertragsauslegung ergebende Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses in einem § 93 TKG 2003 entsprechenden Umfang. Diese Kraft ergänzender Vertragsauslegung gewonnene Pflicht stellt im Access-Provider-Vertrag eine nebenvertragliche Schutzpflicht dar.<sup>408</sup>

#### *3.3.4.3.b) Rechtsfolgen der Verletzung der Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses*

Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung führen als Verletzungen von unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten zu Schadenersatzansprüchen.<sup>409</sup> Dabei hat der Verbraucher einen Anspruch auf Ersatz bloßer Vermögensschäden.<sup>410</sup> Ein Verschulden des Providers wird im Falle der Auswertung des Web-Traffic ohne Einwilligung des Verbrauchers in Form des Vorsatzes gegeben sein. Den Provider trifft die Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 1313a ABGB)<sup>411</sup> sowie die Beweislastumkehr (§ 1298 ABGB).<sup>412</sup>

Aus der Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses zwecks personalisierter Werbung werden dem Verbraucher jedoch idR nur immaterielle Schäden erwachsen. Denn es ist nicht anzunehmen, dass der Provider jene personenbezogenen Daten, die er durch die Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses erlangt, auf eine Art und Weise verwendet, die dem Verbraucher Vermögensschäden zufügt. Nach Teilen der Lehre sind immaterielle Schäden

---

<sup>407</sup> Selbst wenn man § 93 TKG 2003 als ein Schutzgesetz ansehen würde, hätte eine vertragliche Haftung den entscheidenden Vorteil der Erfüllungsgehilfenhaftung gem § 1313a ABGB. Zu Verletzungen eines Schutzgesetzes siehe Rummel usw.

<sup>408</sup> Zu nebenvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten siehe Kapitel 3.2.2.

<sup>409</sup> Die Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses ist eine unselbständige vertragliche Nebenpflicht, da sie im Access-Provider-Vertrag nicht in einem Austauschverhältnis steht. Zu unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten siehe Kapitel 3.2.2.

<sup>410</sup> Siehe Kapitel 3.2.3.

<sup>411</sup> AaO.

<sup>412</sup> AaO.

bereits bei grobem Verschulden zu ersetzen,<sup>413</sup> was im Fall der vorsätzlichen Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses zu einer Schadenersatzpflicht des Providers führen würde. Nach der Rsp des OGH sind immaterielle Schäden jedoch grundsätzlich nur in den gesetzlich angeführten Fällen ersatzfähig.<sup>414</sup> Bei Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses bieten § 1328a Abs 1 Satz 2 ABGB und § 33 Abs 1 Satz 2 DSG 2000 denkbare Grundlagen für den Ersatz immaterieller Schäden, da ein Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung eine Verletzung der Privatsphäre bzw eine Datenverwendung entgegen den Bestimmungen des DSG 2000 darstellt. In Bezug auf die in § 18 Abs 2 Z 1 bis 3 DSG 2000 genannten besonders sensiblen Daten<sup>415</sup> geht das DSG 2000 als *lex specialis* iSd § 1328a Abs 2 ABGB der allgemeinen Regelung des § 1328a Abs 1 Satz 2 *leg cit* vor.<sup>416</sup> Bei allen anderen Daten findet § 1328a ABGB Anwendung.<sup>417</sup>

Gem § 33 Abs 1 Satz 2 DSG 2000 sind immaterielle Schäden nur zu ersetzen, wenn „durch die öffentlich zugängliche Verwendung der in § 18 Abs. 2 Z 1 bis 3 genannten Datenarten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen eines Betroffenen in einer Weise verletzt [werden], die einer Eignung zur Bloßstellung gemäß § 7 Abs. 1 des Mediengesetzes [...] gleichkommt.“<sup>418</sup> Da die Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses zwecks personalisierter Werbung in Bezug auf sensible Daten das Erfordernis einer Bloßstellung iSd § 7 Abs 1 MedienG grundsätzlich nicht erfüllen,<sup>419</sup> wird es betroffenen Verbrauchern im Ergebnis nicht möglich sein, Schadenersatzansprüche durchzusetzen.

---

<sup>413</sup> Siehe Kapitel 3.1.3.1.b).

<sup>414</sup> AaO.

<sup>415</sup> Dies sind sensible Daten, strafrechtlich relevante Daten iSd § 8 Abs 4 DSG 2000 und Daten betreffend die Kreditwürdigkeit.

<sup>416</sup> Siehe EBRV 173 BlgNR 22. GP 19 f; *Danzl* in *Koziol* ua (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*<sup>2</sup> (2007) § 1328a Rz 9; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), *ABGB II/2b*<sup>3</sup> (2004) § 1328a Rz 19.

<sup>417</sup> EBRV 173 BlgNR 22. GP 19 f.

<sup>418</sup> Gem § 7 Abs 1 MedienG besteht ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden, wenn in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt wird, die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen.

<sup>419</sup> Zu Tatbestandsmerkmalen des § 7 Abs 1 MedienG siehe *Dohr* ua, *DSG Datenschutzrecht*<sup>2</sup> (2009) § 33 Anm 4.

Ebenso wenig werden die Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses betreffend nicht-sensible Daten des Verbrauchers dem Erfordernis der erheblichen Verletzungen der Privatsphäre iSd § 1328a Abs 1 Satz 2 ABGB Genüge tun, welche einer öffentlichen Bloßstellung zu entsprechen haben. Der Verbraucher wird daher auch in diesen Fällen mangels Ersatzfähigkeit des Schadens seinen Schadenersatzanspruch nicht durchsetzen können.

Der Verbraucher hat jedoch unabhängig vom Verschulden des Providers einen Unterlassungs- sowie einen Beseitigungsanspruch<sup>420</sup> bzw einen Löschungsanspruch<sup>421</sup>.

Darüber hinaus erhebt sich die Frage, ob dem Verbraucher auch ein Recht auf außerordentliche Kündigung des Access-Provider-Vertrags wegen Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses zusteht.<sup>422</sup> Bei Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses wird eine Erschütterung des Vertrauens in den Provider anzunehmen sein, die dem Verbraucher die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar macht. Denn dem Verbraucher kann nicht zugemutet werden, weiterhin an den Vertrag gebunden zu bleiben und sich dadurch allfälligen weiteren Verletzungen seines Kommunikationsgeheimnisses auszusetzen. In Bezug auf das bereits bezahlte monatliche Grundentgelt hat der Verbraucher grundsätzlich einen aliquoten Rückforderungsanspruch gem § 1435 ABGB.<sup>423</sup>

Der Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung des Verbrauchers kann uU neben zivilrechtlichen auch verwaltungsrechtliche Folgen haben. Denn der Provider verletzt seine Informationspflicht nach § 96 Abs 3 TKG 2003, wenn er den Verbraucher nicht darüber informiert, dass seine personenbezogenen Daten zwecks personalisierter Werbung verwendet

---

<sup>420</sup> Siehe § 32 Abs 2 DSG 2000. Der Beseitigungsanspruch ist für den Verbraucher jedoch nur in den Fällen sinnvoll, in denen der Provider seine personenbezogenen Daten zwecks Bereitstellung personalisierter Werbung ausgewertet und gespeichert hat und sie nicht an ein Werbetechnologieunternehmen weitergegeben hat, das dann personalisierte Werbung anbietet.

<sup>421</sup> Siehe § 27 DSG 2000.

<sup>422</sup> Zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund siehe Kapitel 3.2.3.

<sup>423</sup> Siehe Kapitel 3.2.3.

werden. Dies stellt gem § 109 Abs 3 Z 16 TKG 2003 eine Verwaltungsübertretung dar, die mit einer Geldstrafe bis zu EUR 37.000 zu bestrafen ist.

#### **3.3.4.4. Vertragliche Einwilligung des Verbrauchers**

Wie bereits erörtert, enthält der Web-Traffic eines Verbrauchers neben nicht-sensiblen Daten in aller Regel auch sensible Daten (diese können sich zB aus Besuchen der Website eines Onkologen oder eines Vereins für Homosexuelle ergeben). Das DSG 2000 sieht für nicht-sensible und sensible Daten unterschiedliche Erfordernisse einer wirksamen Zustimmung vor. Im Unterschied zur Einwilligung in die Verwendung von nicht-sensiblen Daten, ist bei sensiblen Daten eine schlüssige Zustimmung nicht ausreichend, sondern hat vielmehr ausdrücklich zu erfolgen.<sup>424</sup> Die vertragliche Einwilligung des Verbrauchers in einen Eingriff in sein Kommunikationsgeheimnis hat daher den strengeren Erfordernissen der Einwilligung in die Verwendung von sensiblen Daten zu genügen und ist somit ausdrücklich abzugeben.

In der Lehre wird, gestützt auf das Rundschreiben des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes vom 10.8.1985<sup>425</sup>, die Meinung vertreten, dass eine ausdrückliche Zustimmung nicht vorliegen kann, wenn sie bloß in eine entsprechende Klausel in AGB aufgenommen wurde.<sup>426</sup> Auch in den Materialien zu § 7 Abs 1 Z 1 DSG 1978 wird dieselbe Rechtsansicht wiedergegeben.<sup>427</sup>

Dieser Ansicht kann mE nicht gefolgt werden, da sie nicht im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts steht. Zudem stammen die Gesetzesmaterialien und das Rundschreiben des BKA-VD aus den Jahren 1978 bzw 1985, somit aus einer Zeit, in welcher der Einsatz des Internets als Kommunikationsmittel für den geschäftlichen Verkehr noch nicht absehbar war. Eine ausdrückliche Zustimmungserklärung kann mE sehr wohl mittels einer Zustimmungsklausel in den AGB des Providers abgegeben werden.

---

<sup>424</sup> *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) § 9 Z 6; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 9 Rz 4.

<sup>425</sup> Rundschreiben des BKA-VD, 810.008/1-V/1a/85 vom 10. 8. 1985.

<sup>426</sup> Siehe zB *Dohr* ua, DSG Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2009) § 4 Anm 15.

<sup>427</sup> Siehe AB 1024 BlgNR 14. GP 4.

Für eine wirksame ausdrückliche Zustimmungserklärung ist zudem keine Schriftlichkeit erforderlich.<sup>428</sup> Dies folgt sowohl aus dem Wortlaut des § 9 Z 6 DSG 2000, welcher sie nicht voraussetzt, als auch aus einer richtlinienkonformen Auslegung in Hinblick auf die TK-Datenschutz-RL. Denn in Erwägungsgrund 17 *leg cit* wird ausgeführt, dass "[d]ie Einwilligung [...] in jeder geeigneten Weise gegeben werden [kann], wodurch der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt; hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Website.“ Daraus folgt eindeutig, dass eine ausdrückliche Zustimmungserklärung weder Schriftlichkeit noch Unterschriftlichkeit voraussetzt.

Eine über die Website des Providers abgegebene Zustimmungserklärung ist daher grundsätzlich als wirksam anzusehen. Der Verbraucher kann in diesem Fall seine Zustimmungserklärung insbesondere mittels Markierung eines „Zustimmungsfeldes“ abgeben. Die technische Gestaltung der Web-Page ist jedoch so vorzunehmen, dass dem Verbraucher vor der Abgabe der Zustimmungserklärung alle Informationen erkennbar zugänglich gemacht werden, die bei einer Zustimmung in Kenntnis der Sachlage erforderlich sind.

Bei der Gestaltung von Zustimmungsklauseln sind die Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts betreffend die Geltungskontrolle (§ 864a ABGB), Inhaltskontrolle (§ 879 Abs 3 ABGB) und Transparenz (§ 6 Abs 3 KSchG) zu beachten.

Vertragsklauseln, mit welchen der Verbraucher dem Eingriff in sein Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung zustimmt, werden als Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes iSd § 864a ABGB anzusehen sein, da personalisierte Werbung in Österreich bisher im Zusammenhang mit Access-Provider-Verträgen nicht praktiziert wurde. Über personalisierte Werbung gab es zudem auch wenig mediale Diskussion. Werden Zustimmungsklauseln im Vertragstext so platziert, dass sie sich nicht dort befinden, wo sie ein durchschnittlicher Verbraucher suchen würde, sind sie für den Verbraucher überraschend und er muss nicht mit ihnen rechnen. Klauseln, mit denen

---

<sup>428</sup> AA zB *Dohr* ua, DSG Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2009) § 4 Anm 15 verweisend auf das Rundschreiben des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes 810.008/1-V/1a/85 vom 10. 8. 1985.

Verbraucher einem Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis zustimmen, sind aufgrund des Interesses des Verbrauchers, die Vertraulichkeit seiner (sensiblen) personenbezogenen Daten zu wahren, auch benachteiligend iSd § 864a ABGB. Damit solche Klauseln Vertragsinhalt werden, hat somit der Provider den Verbraucher auf sie gem § 864a ABGB besonders hinzuweisen.

Unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle iSd § 879 Abs 3 ABGB sind die Zustimmungsklauseln mE mangels gröblicher Benachteiligung unbedenklich. Denn personalisierte Werbung bringt dem Verbraucher nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile, da ihm nur Werbungen für Produkte angezeigt werden, die seinen Interessen entsprechen.

Die Zustimmungsklauseln haben weiters dem Transparenzgebot gem § 6 Abs 3 KSchG zu genügen. Der Verbraucher ist darüber aufzuklären, dass sowohl seine nicht-sensiblen als auch seine sensiblen Daten (zB betreffend sexuelle Orientierung oder Zugehörigkeit zu einer politischen Partei) zwecks Bereitstellung personalisierter Werbung verwendet werden. Er ist darüber zu informieren, ob die Verwendung ausschließlich durch den Provider oder auch durch ein Werbetechnologieunternehmen erfolgt. Generelle Formulierungen, nach welchen der Verbraucher in die Verwendung aller seinen Daten einwilligt, widersprechen hingegen dem Transparenzgebot, da der Verbraucher die Tragweite solcher Klauseln nicht erkennen kann.<sup>429</sup>

### **3.3.5. Fazit: Personalisierte Werbung und Verbraucherschutz**

Datenmengen, die über das Internet täglich weltweit übertragen werden, bergen großes wirtschaftliches Potenzial, was den Providern nicht unerkannt geblieben ist. Mit technischen Entwicklungen, die genaue Auswertungen von übertragenen Daten ermöglichen, sind nun die erforderlichen Mittel verfügbar, dieses Potenzial auszuschöpfen. Auch für Verbraucher bringt personalisierte Werbung bemerkenswerte Vorteile, da ihnen nur Werbungen präsentiert werden, welche jenen Interessen entsprechen, die sich aus ihrem Surfverhalten ergeben.

---

<sup>429</sup> Vgl auch die Rsp des OGH zum Transparenzgebot bei Zustimmungsklauseln: OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f; 13.9.2001, 6 Ob 16/01y; 22.3.2001, 4 Ob 28/01y ua.

Jedoch sind mit personalisierter Werbung auch deutliche Gefahren für die Privatsphäre von Verbrauchern verbunden. Denn Provider haben ein starkes Interesse an einem umfassenden Zugang zu Verbraucherdaten und könnten, um an diese zu gelangen, versuchen, die wirtschaftlich schwächere Position und die technische Unkenntnis von Verbrauchern auszunutzen. Manche Provider sind – über intransparente und in den AGB versteckte Zustimmungsklauseln hinaus – sogar so weit gegangen, dass sie ohne jegliche vertragliche Grundlage in das Kommunikationsgeheimnis ihrer Kunden eingriffen.

Solche Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis ohne Einwilligung berechtigen den Verbraucher zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages mit dem Provider. Darüber hinaus kann ein zustimmungsloser Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis uU wegen Verletzung der Informationspflicht des Providers iSd § 96 Abs 3 TKG 2003 gem § 109 Abs 3 Z 16 leg cit eine mit bis zu EUR 37.000 zu ahndende Verwaltungsübertretung darstellen.

Es ist zu erwarten, dass der Markt der personalisierten Werbung noch weiter wachsen und personalisierte Werbung immer mehr an Bedeutung gewinnen wird. Das Recht der Verbraucher, über ihre personenbezogenen Daten frei disponieren und eine informierte Entscheidung über deren Verwendung treffen zu können, ist daher besonders zu schützen.

### **3.4. Data Breach Notification**

Ausgehend von den USA<sup>430</sup> wurde sowohl auf europäischer Ebene (vor allem im Rahmen der Verhandlungen zur EU-Telekom-Reform) als auch – spätestens mit der DSGVO-Novelle 2010 – in Österreich über Data Breach Notification, also die Pflicht, über Verletzungen des Schutzes von personenbezogenen Daten zu informieren, diskutiert.

Sicherheitsverletzungen können bedeutende wirtschaftliche (zB bei Diebstahl von Kreditkartendaten) sowie immaterielle Schäden (wie Demütigungen bei unberechtigten

---

<sup>430</sup> In den USA hatten im April 2010 46 Bundesstaaten, District of Columbia, Puerto Rico und die Virgin Islands Rechtsvorschriften betreffend Data Breach Notification. Siehe *National Conference of State Legislatures*, State Security Breach Notification Laws <http://www.ncsl.org/IssuesResearch/TelecommunicationsInformationTechnology/SecurityBreachNotificationLaws/tabid/13489/Default.aspx> (24.7.2010). Vgl auch *Preston/Turner*, The Global Rise of a Duty to Disclose Information Security Breaches, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 2004, 457.

Veröffentlichungen von persönlichen Daten) zur Folge haben. Während Verbraucher auf ihren eigenen Rechnern Schutzvorkehrungen treffen und auf diese Weise die Sicherheit ihrer personenbezogenen Daten beeinflussen können, haben sie auf die Sicherheit der Datenübertragungen im Netzwerk des Providers keinen Einfluss. Diesbezüglich sind sie auf Sicherheitsvorkehrungen des Providers angewiesen.

Die Informations-Asymmetrie zugunsten des Providers kann dazu führen, dass Verbrauchern viele Sicherheitsbedrohungen im Netzwerk gar nicht bewusst sind und sie von Sicherheitsverletzungen zu spät (wenn überhaupt) erfahren. Zur Verhinderung und Verminderung von Schäden, die sich aus Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten ergeben können, ist es erforderlich, dass Verbrauchern rechtzeitig bestimmte Informationen über diese Verletzungen zur Verfügung gestellt werden. Provider haben jedoch ein geringes Interesse an der Bekanntmachung von Sicherheitsverletzungen, da dies zum Verlust von Kunden und zu einem schlechten Bild in der Öffentlichkeit führen könnte.

In diesem Kapitel wird die Benachrichtigungspflicht nach Unionsrecht und österreichischem Recht erörtert. Vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts werden zudem die Rechtsfolgen einer Verletzung der Benachrichtigungspflicht für das Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Verbraucher behandelt.

### **3.4.1. Data Breach Notification in der EU**

Durch die EU-Telekom-Reform wurde eine Benachrichtigungspflicht bei Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten in das Unionsrecht eingeführt. Art 4 TK-Datenschutz-RL wurden durch CR-RL zwei Absätze angefügt, die wie folgt lauten:<sup>431</sup>

---

<sup>431</sup> Mit der Ausnahme der Regelung des § 42a dt BDSG handelte es sich um die erste derartige Rechtsvorschrift in Europa. Vgl. Presseaussendung der Europäischen Kommission vom 20.11.2009, EU-Telekom-Reform: 12 Reformen zur Stärkung der Verbraucherrechte, für ein offenes Internet, einen Telekom-Binnenmarkt und schnelle Internetanschlüsse für alle Bürger, MEMO/09/513 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/513&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (24.7.2010). Zur Entstehungsgeschichte der Benachrichtigungspflicht siehe *Hanloser*, Europäische Security Breach Notification, MMR 2010, 300 (300).

*(3) Im Fall einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten benachrichtigt der Provider der öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste unverzüglich die zuständige nationale Behörde von der Verletzung.*

*Ist anzunehmen, dass durch die Verletzung personenbezogener Daten die personenbezogenen Daten, oder Teilnehmer oder Personen in ihrer Privatsphäre, beeinträchtigt werden, so benachrichtigt der Provider auch den Teilnehmer bzw. die Person unverzüglich von der Verletzung.*

*Der Anbieter braucht die betroffenen Teilnehmer oder Personen nicht von einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu benachrichtigen, wenn er zur Zufriedenheit der zuständigen Behörde nachgewiesen hat, dass er geeignete technische Schutzmaßnahmen getroffen hat und dass diese Maßnahmen auf die von der Sicherheitsverletzung betroffenen Daten angewendet wurden. Diese technischen Schutzmaßnahmen verschlüsseln die Daten für alle Personen, die nicht befugt sind, Zugang zu den Daten zu haben.*

*Unbeschadet der Pflicht des Providers, den betroffenen Teilnehmer und die Person zu benachrichtigen, kann die zuständige nationale Behörde, wenn der Provider den Teilnehmer bzw. die Person noch nicht über die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten benachrichtigt hat, diesen nach Berücksichtigung der wahrscheinlichen nachteiligen Auswirkungen der Verletzung zur Benachrichtigung auffordern.*

*In der Benachrichtigung des Teilnehmers bzw. der Person werden mindestens die Art der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten und die Kontaktstellen, bei denen weitere Informationen erhältlich sind, genannt und Maßnahmen zur Begrenzung der möglichen nachteiligen Auswirkungen der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten empfohlen. In der Benachrichtigung der zuständigen nationalen Behörde werden zusätzlich die Folgen der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten und die vom Provider nach der Verletzung vorgeschlagenen oder ergriffenen Maßnahmen dargelegt.*

*(4) Vorbehaltlich technischer Durchführungsmaßnahmen nach Absatz 5 können die zuständigen nationalen Behörden Leitlinien annehmen und gegebenenfalls Anweisungen erteilen bezüglich der Umstände, unter denen die Benachrichtigung seitens der Provider über eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten erforderlich ist, sowie*

*bezüglich des Formates und der Verfahrensweise für die Benachrichtigung. Sie müssen auch in der Lage sein zu überwachen, ob die Provider ihre Pflichten zur Benachrichtigung nach diesem Absatz erfüllt haben, und verhängen, falls dies nicht der Fall ist, geeignete Sanktionen.*

*Die Provider führen ein Verzeichnis der Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten, das Angaben zu den Umständen der Verletzungen, zu deren Auswirkungen und zu den ergriffenen Abhilfemaßnahmen enthält, wobei diese Angaben ausreichend sein müssen, um den zuständigen nationalen Behörden die Prüfung der Einhaltung der Bestimmungen des Absatzes 3 zu ermöglichen. Das Verzeichnis enthält nur die zu diesem Zweck erforderlichen Informationen.*

#### **3.4.1.1. Persönlicher Anwendungsbereich**

Zu Benachrichtigungen über Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten sind gem Art 4 Abs 3 Satz 1 TK-Datenschutz-RL Betreiber der öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienste verpflichtet.<sup>432</sup> Für die Begriffsdefinition des Betreibers der öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienste ist die Rahmen-RL heranzuziehen. Gem Art 2 lit c leg cit stellen elektronische Kommunikationsdienste „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste“ dar, die „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen [...] ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben.“

Content-Provider sind beispielsweise jedenfalls vom Begriff der Provider iSd Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL ausgenommen. Insbesondere bei Web-Hosting- und Mail-Service-Providern erfolgt die Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze iSd Art 2 lit c Rahmen-RL nicht durch diese Provider selbst, sondern tatsächlich durch Access-Provider, weshalb Web-Hosting- und Mail-Service-Provider vom persönlichen Anwendungsbereich der Benachrichtigungspflicht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL nicht erfasst sind.

---

<sup>432</sup> Der Begriff wird jedoch nicht konsequent verwendet. So spricht zB Art 4 Abs 3 Satz 3 vom „Anbieter“.

### **3.4.1.2. Sachlicher Anwendungsbereich**

Die Benachrichtigungspflicht entsteht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL im Fall einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten. Diese ist gem Art 2 lit h leg cit eine Verletzung der Sicherheit, die „auf unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Weise zur Vernichtung, zum Verlust, zur Veränderung und<sup>433</sup> zur unbefugten Weitergabe von bzw zum unbefugten Zugang zu personenbezogenen Daten führt, die übertragen, gespeichert, oder auf andere Weise im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in der Gemeinschaft verarbeitet werden.“

#### *3.4.1.2.a) Personenbezogene Daten und Verletzungen deren Schutzes*

Benachrichtigungspflicht besteht bei Verletzungen des Schutzes aller personenbezogenen Daten iSd Art 2 lit a Datenschutz-RL. Von der Begriffsdefinition in Art 2 lit h TK-Datenschutz-RL sind nur unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Sicherheitsverletzungen erfasst. Unbeabsichtigte Sicherheitsverletzungen liegen beispielsweise dann vor, wenn die Hardware des Providers abnutzungsbedingt ausfällt oder es zu Programmierungsfehlern im Datenverwendungssystem kommt.<sup>434</sup> Als unrechtmäßige Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten sind Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften oder vertragliche Bestimmungen denkbar.<sup>435</sup>

#### *3.4.1.2.b) Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste*

Die Benachrichtigungspflicht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL besteht nur in Bezug auf personenbezogene Daten, „die übertragen, gespeichert oder auf andere Weise im

---

<sup>433</sup> Dies ist als „oder“ zu verstehen. Vgl englische und französische Versionen. So auch *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (155 in FN 38).

<sup>434</sup> Siehe *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (157).

<sup>435</sup> AaO.

Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet werden“ (Art 2 lit h TK-Datenschutz-RL). Davon sind beispielsweise alle im Netzwerk des Providers übermittelte Nachrichten und damit verbundene Verkehrsdaten erfasst.

Bei Providern, die ausschließlich Internet-Access anbieten, erfolgen sämtliche Datenverarbeitungen immer im Zusammenhang mit der Bereitstellung eines öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes (zB die Übertragung von Datenpaketen sowie die Speicherung von Kreditkartendaten zu Verrechnungszwecken). Daten, die von solchen Providern verarbeitet werden, sind daher stets vom sachlichen Anwendungsbereich des Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL erfasst.

Bieten Provider hingegen neben Internet-Access auch andere Dienste der Informationsgesellschaft (zB einen E-Mail- oder Hosting-Dienst) an, ist in Bezug auf die Benachrichtigungspflicht zwischen der Übertragung von Daten über das Netzwerk und den sonstigen Diensten der Informationsgesellschaft zu unterscheiden. Kommt es bei solchen Providern zu einer Sicherheitsverletzung während personenbezogene Daten über das Netzwerk übertragen werden (zB bei einem Man-in-the-middle-Angriff<sup>436</sup>) oder zu einer Verletzung des Schutzes der zu Verrechnungszwecken gespeicherten Daten (zB verschafft sich ein Hacker Zugang zu Kreditkartendaten von Verbrauchern), ist der sachliche Anwendungsbereich erfüllt, da diese Daten im Zusammenhang mit der Bereitstellung eines öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes iSd Art 2 lit h TK-Datenschutz-RL verarbeitet werden.

Verletzungen der Sicherheit von personenbezogenen Daten, die zB auf dem E-Mail- oder Hosting-Server eines solchen Providers gespeichert sind, können hingegen keine Benachrichtigungspflicht auslösen. Denn das Anbieten eines E-Mail- oder Hosting-Dienstes ist nicht Teil der Bereitstellung eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> Zur Definition siehe Kapitel 3.3.2.

<sup>437</sup> Zum Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes in Abgrenzung zu sonstigen Diensten der Informationsgesellschaft (wie zB E-Mail- oder Hosting-Dienste) siehe Kapitel 2.1.1.

### 3.4.1.3. Beeinträchtigung der Privatsphäre des Betroffenen als Voraussetzung für das Entstehen der Informationspflicht

Während Art 4 Abs 3 Satz 1 TK-Datenschutz-RL eine primäre Benachrichtigungspflicht der zuständigen nationalen Behörde vorsieht, hat gem Art 4 Abs 3 Satz 2 TK-Datenschutz-RL die Benachrichtigung der Betroffenen zu erfolgen, wenn anzunehmen ist, dass sie durch die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten in ihrer Privatsphäre beeinträchtigt werden.

Hilfe bei der Auslegung des Begriffes der „Beeinträchtigung der Privatsphäre“ bietet Erwägungsgrund 61 CR-RL.<sup>438</sup> Danach werden die Auswirkungen einer Verletzung für den Datenschutz oder die Privatsphäre als nachteilig (bzw beeinträchtigend iSd Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL) erachtet, „wenn sie z. B. Identitätsdiebstahl oder -betrug, physische Schädigung, erhebliche Demütigung oder Rufschaden in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste in der Gemeinschaft zur Folge haben.“ Daraus ergibt sich, dass eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten an sich nicht automatisch zu einer Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Betroffenen führt.<sup>439</sup> Diese entsteht vielmehr erst dann, wenn angenommen werden kann, dass es zu einer darüber hinausgehenden Beeinträchtigung der Privatsphäre des Betroffenen kommt.<sup>440</sup>

---

<sup>438</sup> In der deutschen Fassung der Richtlinie wird zwar im Erwägungsgrund 61 der Begriff „nachteilig“ statt „beeinträchtigend“ wie in Art 4 Abs 3 verwendet. Jedoch kommt in der englischen Fassung sowohl im Erwägungsgrund 61 als auch in Art 4 Abs 3 der Begriff „adversely affecting“ (nachteilig beeinflussend) vor. Der Erwägungsgrund 61 ist daher maßgebend für die Interpretation des Begriffes der „Beeinträchtigung der Privatsphäre“. So auch *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (157 f). Vgl auch *Hanloser*, Europäische Security Breach Notification, MMR 2010, 300 (301).

<sup>439</sup> Auch so *Hanloser*, Europäische Security Breach Notification, MMR 2010, 300 (301); *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (158).

<sup>440</sup> AaO.

Vom Begriff der Beeinträchtigung der Privatsphäre sind sowohl immaterielle Schäden (zB „erhebliche Demütigung oder Rufschaden“)<sup>441</sup> als auch Vermögensnachteile („physische Schädigung“)<sup>442</sup> erfasst. Daher entsteht beispielsweise eine Benachrichtigungspflicht erst dann, wenn immaterielle Schäden drohen, da die Vertraulichkeit von Daten verletzt wurde, aus denen auf die sexuelle Orientierung des Betroffenen geschlossen werden kann. Verletzungen des Schutzes zahlreicher Kategorien von Daten (zB Telefonnummer, Geschlecht oder Alter) können hingegen nur schwerlich (immaterielle) Schäden oder wirtschaftliche Nachteile des Verbrauchers verursachen, weswegen in solchen Fällen keine Benachrichtigungspflicht gegeben sein wird.<sup>443</sup>

Die Betroffenen sind von einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu informieren, damit sie die erforderlichen Schutzvorkehrungen treffen können.<sup>444</sup> IdZ erhebt sich die Frage, ob die Benachrichtigungspflicht des Providers davon abhängt, ob in Bezug auf den drohenden Schaden tatsächlich Schutzvorkehrungen ergriffen werden können. Dies ist zu verneinen. Eine Benachrichtigungspflicht ist vielmehr auch in den Fällen gegeben, in denen die drohenden sozialen Nachteile und/oder wirtschaftlichen Schäden durch die Benachrichtigung des Verbrauchers nicht verhindert bzw gemindert werden können.<sup>445</sup> Denn der Erwägungsgrund 61 CR-RL erwähnt als Beispiele der Beeinträchtigung der Privatsphäre „erhebliche Demütigung und Rufschaden“, die gerade durch Schutzvorkehrungen idR nicht vermieden werden können.<sup>446</sup>

Über die Frage, ob eine Beeinträchtigung der Privatsphäre anzunehmen ist, entscheidet zunächst der Provider. Die zuständige nationale Behörde kann jedoch gem Art 4 Abs 3 Satz 5

---

<sup>441</sup> Erwägungsgrund 61 CR-RL.

<sup>442</sup> AaO.

<sup>443</sup> *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (158).

<sup>444</sup> Erwägungsgrund 61 CR-RL.

<sup>445</sup> So auch *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (159).

<sup>446</sup> AaO.

TK-Datenschutz-RL, wenn der Provider die Betroffenen nicht über die Verletzung personenbezogener Daten benachrichtigt hat, diesen nach Berücksichtigung der wahrscheinlichen nachteiligen Auswirkungen der Verletzung zur Benachrichtigung auffordern. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Benachrichtigung von Betroffenen auch in Fällen erfolgt, in welchen dies der Provider unterlassen würde.<sup>447</sup> Gem Art 4 Abs 4 Satz 2 TK-Datenschutz-RL müssen zudem die nationalen Behörden in der Lage sein, zu überwachen, ob die Provider ihre Pflichten zur Benachrichtigung erfüllt haben, und falls dies nicht der Fall ist, geeignete Sanktionen zu verhängen.

Eine Benachrichtigung der Betroffenen kann gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL ausbleiben, wenn der Provider zur Zufriedenheit der zuständigen Behörde nachgewiesen hat, dass er geeignete technische Maßnahmen getroffen hat und dass diese Maßnahmen auf die von der Sicherheitsverletzung betroffenen Daten angewendet werden.<sup>448</sup>

#### **3.4.1.4. Vorgehensweise bei Benachrichtigungen**

Provider trifft gem Art 4 Abs 3 Satz 1 TK-Datenschutz-RL eine primäre Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung von zuständigen nationalen Behörden über Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten. Nationale Behörden sind bei jeder Sicherheitsverletzung zu informieren, unabhängig davon, ob es in weiterer Folge auch zur Benachrichtigung von Betroffenen kommt.

Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL normiert eine Benachrichtigungspflicht nicht nur gegenüber den Kunden des Providers, sondern auch gegenüber anderen Personen, die von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten betroffen sind. In diesem Kapitel werden jedoch nur

---

<sup>447</sup> Zu denken ist vor allem daran, dass Provider, bei denen es öfter zu Verletzungen der Datensicherheit kommt die Benachrichtigung der Verbraucher unterlassen, um ein schlechtes Bild in der Öffentlichkeit sowie die damit verbundenen finanziellen Folgen zu vermeiden.

<sup>448</sup> Zu Prüfungsmöglichkeiten der Behörde in Hinblick auf die vom Provider gem Art 4 Abs 3 Satz 3 leg cit getroffenen Maßnahmen siehe *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (159 f).

die für das Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Verbraucher relevanten Benachrichtigungspflichten erörtert.

#### 3.4.1.4.a) Inhalt der Benachrichtigung

Gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL hat die Benachrichtigung mindestens die Angaben über die Art der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten und die Kontaktstellen, bei welchen weitere Informationen erhältlich sind, zu enthalten und Maßnahmen zur Begrenzung der möglichen nachteiligen Auswirkungen der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu empfehlen.

Aus der CR-RL ergibt sich nicht näher, was unter der „Art der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten“ zu verstehen ist. Basierend auf dem Wortlaut des Art 2 lit h TK-Datenschutz-RL sind Verbraucher jedoch mindestens darüber zu informieren, ob die Verletzungen auf unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Weise erfolgten und um welche Art von Verletzungen es sich dabei handelt (zB Vernichtung, Verlust oder Veränderung personenbezogener Daten).<sup>449</sup>

Obwohl dies nicht ausdrücklich in der Richtlinie vorgesehen ist, sind Verbraucher auch davon zu informieren, welche personenbezogenen Daten von der Sicherheitsverletzung betroffen wurden.<sup>450</sup> Dies ergibt sich aus dem Erwägungsgrund 61 CR-RL, wonach die Benachrichtigung zu erfolgen hat, damit Schutzvorkehrungen getroffen werden können. Erst wenn Verbraucher wissen, welche Daten verletzt wurden, können Schutzvorkehrungen getroffen werden, da für verschiedene Arten von Sicherheitsverletzungen verschiedene Maßnahmen erforderlich sind.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> So auch *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (160).

<sup>450</sup> So auch *Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (160 f).

<sup>451</sup> Bei Verletzungen der Vertraulichkeit von Kreditkartendaten sind andere Schutzvorkehrungen zu ergreifen als bei Verletzungen der Vertraulichkeit von Verkehrsdaten iZm Versenden eines E-Mails.

Über die „Kontaktstellen, bei denen weitere Informationen erhältlich sind“ bietet die Richtlinie auch keine näheren Erläuterungen. Es wird nicht festgelegt, welche „weitere Informationen“ bei Kontaktstellen erhältlich sein müssen.

Als Empfehlungen für Maßnahmen zur Begrenzung möglicher nachteiliger Auswirkungen der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten sind sowohl technische Vorkehrungen (zB zur Änderung von Passwörtern) aber auch generelle Maßnahmen (zB zur Kreditkartensperre) denkbar.

Bei Benachrichtigung der zuständigen Behörde hat der Provider gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL zusätzlich die Folgen der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten und die vom Provider nach der Verletzung vorgeschlagenen und ergriffenen Maßnahmen darzulegen.

#### *3.4.1.4.b) Art der Benachrichtigung*

In der CR-RL wird nicht festgelegt, auf welche Art und Weise die Benachrichtigung über Sicherheitsverletzungen zu erfolgen hat. Es ist unklar, ob Verbraucher zB per E-Mail, postalisch oder durch eine Bekanntmachung auf der Website des Providers von der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten zu informieren sind.

Auch bezüglich der Kontaktstellen iSd Art 4 Abs 3 Satz 6 TK-Datenschutz-RL, bei denen weitere Informationen dem Verbraucher zur Verfügung zu stellen sind, enthält die Richtlinie keine Erläuterungen. Es wurde offen gelassen, ob Provider Verbrauchern eine Telefonnummer (zB eine Hotline) zur direkten Kontaktaufnahme zur Verfügung zu stellen haben oder, ob eine interaktive Website ausreicht. Eine schnelle, unmittelbare und effiziente Kommunikation iSd Art 5 Abs 1 lit c E-Commerce-RL ist nach dem Wortlaut der Richtlinie nicht erforderlich.<sup>452</sup>

Der Versuch einer Benachrichtigung der Verbraucher mittels der Website des Providers kommt mE nicht in Betracht, da nicht erwartet werden kann, dass Verbraucher täglich die

---

<sup>452</sup> Feiler, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147 (160).

Website besuchen, um zu überprüfen, ob es zu Sicherheitsverletzungen gekommen ist. Eine Benachrichtigung per Post wäre für Provider mit erheblichen Kosten verbunden und hätte zudem zur Folge, dass Verbraucher wegen der Dauer des Postweges erst einige Tage nach Verletzungen personenbezogener Daten davon erfahren und möglicherweise zu spät Schutzmaßnahmen ergreifen können. Dies würde dem Zweck der Bestimmung, der in Schadensverhinderung bzw -minderung besteht, nicht entsprechen. Eine telefonische Benachrichtigung oder eine Information per E-Mail ist mE dagegen ausreichend.

Gem Art 4 Abs 4 TK-Datenschutz-RL können die zuständigen nationalen Behörden Leitlinien annehmen und Anweisungen erteilen bezüglich des Formates und der Verfahrensweise für die Benachrichtigung. Die Europäische Kommission kann gem Art 4 Abs 5 TK-Datenschutz-RL technische Durchführungsmaßnahmen in Bezug auf Umstände, Form und Verfahren der vorgesehenen Informationen und Benachrichtigungen erlassen.

### **3.4.2. Data Breach Notification in Österreich**

Durch die am 1.1.2010 in Kraft getretene Novelle des DSG 2000 wurde eine Informationsverpflichtung für jene Auftraggeber geschaffen, die Kenntnis von einer systematischen und schwerwiegenden unrechtmäßigen Verwendung (Datenmissbrauch) ihrer Datenbestände erlangen.<sup>453</sup> In § 24 DSG 2000 wurde dadurch ein Abs 2a eingeführt:

*(2a) Wird dem Auftraggeber bekannt, dass Daten aus einer seiner Datenanwendungen systematisch und schwerwiegend unrechtmäßig verwendet wurden und den Betroffenen Schaden droht, hat er darüber unverzüglich die Betroffenen in geeigneter Form zu informieren. Diese Verpflichtung besteht nicht, wenn die Information angesichts der Drohung eines nur geringfügigen Schadens der Betroffenen einerseits oder der Kosten der Information aller Betroffenen andererseits einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.*

#### **3.4.2.1. Persönlicher Anwendungsbereich**

Die Benachrichtigungspflicht gem § 24 Abs 2a DSG 2000 trifft Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000. Sie hat einen weiteren Anwendungsbereich als die Benachrichtigungspflicht gem

---

<sup>453</sup> Siehe EBRV 472 BlgNR 24. GP 10.

Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL, da sie alle Auftraggeber einer Datenanwendung und nicht nur Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste erfasst. Beispielsweise fallen auch E-Mail-, Hosting- und Content-Provider darunter.

#### **3.4.2.2. Sachlicher Anwendungsbereich**

Gem § 24 Abs 2a DSGVO 2000 entsteht die Informationspflicht des Providers, wenn ihm bekannt wird, dass Daten aus seinen Datenanwendungen „systematisch und schwerwiegend unrechtmäßig verwendet wurden.“ Da gem § 4 Z 8 DSGVO 2000 das Verwenden von Daten jede Handhabung von Daten (sowohl das Verarbeiten iSd § 4 Z 9 leg cit als auch Übermitteln iSd § 4 Z 12 leg cit) erfasst, bezieht sich die Informationspflicht auf jede Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten. Der Anwendungsbereich der Informationspflicht wird jedoch deutlich eingeschränkt durch Voraussetzungen der „systematisch“ und „schwerwiegend“ unrechtmäßigen Datenverwendungen.

Weder aus dem Wortlaut noch aus den Gesetzesmaterialien zu § 24 Abs 2a DSGVO 2000 ergibt sich, wann eine Verwendung von Daten als „systematisch“ und „schwerwiegend“ unrechtmäßig zu beurteilen ist. Eine *systematische* unrechtmäßige Verwendung von Daten liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verwendung ein System zu Grunde liegt und sie nicht bloß die Folge eines Zufalls ist.<sup>454</sup> Kommt es zB infolge eines abnutzungsbedingten Ausfalls der Hardware des Providers zum Verlust von Verbraucherdaten, liegt keine systematische unrechtmäßige Datenverwendung vor. In diesem Fall trifft den Provider folglich keine Informationspflicht nach § 24 Abs 2a DSGVO 2000.

Bei der Beurteilung der *Schwere* von unrechtmäßigen Datenverwendungen sind die Zahl der von der Sicherheitsverletzung betroffenen Personen, der Umfang der betroffenen Daten sowie

---

<sup>454</sup> So auch *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281 (282). Vgl auch *Knyrim/Leissler*, Die Datenschutzgesetznovelle 2010 – Ein Überblick, *ecolex* 2010, 297 (298); *Pollirer* ua, Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) (2010) § 24 Anm 16; *Knyrim*, Die neue „Data Breach Notification Duty“ im DSG, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht: Jahrbuch 2010 (2010) 59 (62). Im Unterschied zum österreichischen Recht, besteht die Benachrichtigungspflicht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL auch in den Fällen von unbeabsichtigten Datenverwendungen.

die Art der Daten maßgeblich.<sup>455</sup> Da die Informationspflicht nach den EBRV der Vermeidung von Vermögensschäden der Betroffenen dienen soll,<sup>456</sup> sind für die Beurteilung auch die sich aus der Sicherheitsverletzung ergebenden Vermögensschäden zu berücksichtigen.<sup>457</sup>

Eine weitere Voraussetzung für das Entstehen der Informationspflicht gem § 24 Abs 2a DSG 2000 ist die Kenntnis des Providers von unrechtmäßigen Datenverwendungen. Erst mit dieser wird seine Informationspflicht ausgelöst. Daher trifft den Provider zB im Fall, dass sein Server gehackt und in der Folge Nutzerdaten kopiert wurden, erst dann eine Informationspflicht, wenn er vom *Kopieren* der Daten Kenntnis erlangt (und nicht bereits mit der Kenntnis vom Hackerangriff).<sup>458</sup>

Zu beachten ist zudem, dass gem § 24 Abs 2a DSG 2000 die Informationspflicht des Providers nur dann besteht, wenn Betroffenen ein Schaden droht. Über die Frage, ob dies der Fall ist, hat der Provider zu entscheiden, da eine Einbeziehung der DSK in § 24 Abs 2a DSG 2000 nicht vorgesehen ist (dazu gleich unten).

Die Informationspflicht wird darüber hinaus dadurch eingeschränkt, dass die Information der Betroffenen angesichts der Drohung eines nur geringfügigen Schadens oder der Kosten der Information aller Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand nicht erfordern darf. Weder in § 24 Abs 2a DSG 2000 noch in Materialien wird jedoch erläutert, was unter einem „geringfügigen“ Schaden zu verstehen ist.<sup>459</sup> Da § 24 Abs 2a DSG 2000 keine Benachrichtigung der DSK über die Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten

---

<sup>455</sup> Siehe *Knyrim/Leissler*, Die Datenschutzgesetznovelle 2010 – Ein Überblick, *ecolex* 2010, 297 (298); *Knyrim*, Die neue „Data Breach Notification Duty“ im DSG, in *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht: Jahrbuch 2010* (2010) 59 (62); *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, *MR* 2009, 281 (282).

<sup>456</sup> EBRV 472 B1gNR 24. GP 10.

<sup>457</sup> *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem recht, *MR* 2009, 281 (282). Vgl jedoch *Pollirer* ua, *Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) (2010) § 24 Anm 17*, wonach auch immaterielle Schäden zu berücksichtigen wären.

<sup>458</sup> AaO.

<sup>459</sup> Vgl *Pollirer* ua, *Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) (2010) § 24 Anm 27*, wonach die Geringfügigkeit eines Schadens je nach Betroffenen im Einzelfall zu beurteilen ist. So auch *Knyrim*, Die neue „Data Breach Notification Duty“ im DSG, in *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht: Jahrbuch 2010* (2010) 59 (63).

enthält, hat auch über die Frage, ob dem Verbraucher nur ein geringfügiger Schaden droht, der Provider zu entscheiden. Die Informationspflicht gem § 24 Abs 2a DSG 2000 hat somit einen engeren Anwendungsbereich als die Benachrichtigungspflicht nach Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL, die kein Erfordernis der Verhältnismäßigkeit enthält.

Im Ergebnis werden die einschränkenden Tatbestandsmerkmale der „systematisch und schwerwiegend unrechtmäßigen“ Datenverwendungen und des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit des mit der Benachrichtigung verbundenen Aufwandes dazu führen, dass in der Praxis in vielen Fällen keine Informationspflicht des Providers gegeben sein wird. Zusammenfassend stellt § 24 Abs 2a DSG 2000 daher eine Regelung dar, die nur in unzulänglicher Weise die Interessen von Betroffenen wahrt.

### **3.4.2.3. Adressaten der Benachrichtigung**

Bei Sicherheitsverletzungen trifft den Provider eine Informationspflicht ausschließlich gegenüber den von der Verletzung Betroffenen. Im Unterschied zur Bestimmung des Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL, welche eine primäre Benachrichtigungspflicht der zuständigen nationalen Behörden normiert, sieht § 24 Abs 2a DSG 2000 keine Pflicht zur Benachrichtigung der DSK und keine Kontrollbefugnisse der DSK vor. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass Provider eine Benachrichtigung von Verbrauchern aus Publizitätsgründen unterlassen.<sup>460</sup> Die Informations-Asymmetrie zugunsten des Providers kann dann zur Folge haben, dass Verbraucher nie oder erst zu spät von Sicherheitsverletzungen erfahren.

Spätestens mit der Umsetzung der Benachrichtigungspflicht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL ist jedoch eine Pflicht zur Information gegenüber einer Behörde einzuführen. Da die Berichtspflicht einheitlich ausgestaltet sein sollte, wäre eine sektorspezifische Berichtspflicht von Providern an die Regulierungsbehörde abzulehnen und stattdessen eine allgemeine Benachrichtigungspflicht gegenüber der DSK vorzusehen.

---

<sup>460</sup> Vgl *Knyrim*, Die neue „Data Breach Notification Duty“ im DSG, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht: Jahrbuch 2010 (2010) 59 (64), der ebenso kritisiert, dass Unternehmen bei der Entscheidung, ob eine Sicherheitsverletzung geringfügig ist, alleine gelassen werden.

Da es denkbar ist, dass nur ein bestimmter Teil der Kunden von der Sicherheitsverletzung betroffen ist, sind nicht immer notwendigerweise alle Kunden des Providers zu informieren. Die Informationspflicht ist jedoch nicht nur auf Kunden des Providers beschränkt, sondern erfasst alle Personen, die von der Sicherheitsverletzung betroffen sind. Da sich diese Arbeit mit konsumentenschutzrechtlichen Fragen befasst, werden in diesem Kapitel ausschließlich die Aspekte der Informationspflichten behandelt, welche für das Vertragsverhältnis des Verbrauchers und des Providers relevant sind.

#### **3.4.2.4. Vorgehensweise bei der Benachrichtigung**

§ 24 Abs 2a DSGVO 2018 legt nicht fest, in welcher Form Verbraucher über Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten zu informieren sind. Dem Provider werden in aller Regel Telefonnummer und/oder E-Mail-Adressen der betroffenen Verbraucher bekannt sein. Ihm ist es mE zumutbar, Verbraucher direkt telefonisch oder per E-Mail von der Sicherheitsverletzung zu informieren.<sup>461</sup> Auch ein Inserat in einer Tageszeitung kommt als eine Form der Benachrichtigung in Betracht.<sup>462</sup> Eine postalische Benachrichtigung reicht hingegen wegen der Dauer des Postweges mE nicht aus, da Verbraucher in diesem Fall von der Sicherheitsverletzung erst nach einigen Werktagen erfahren, wenn es bereits zu spät sein kann, die erforderlichen Schutzvorkehrungen zur Schadensvermeidung bzw -minderung zu ergreifen.<sup>463</sup> Eine postalische Benachrichtigung würde daher dem Zweck der Informationspflicht widersprechen, der in der Schadensvermeidung besteht. Auch eine Benachrichtigung auf der Website des Providers kommt mE nicht in Betracht, da Verbrauchern nicht zugemutet werden kann, die Website täglich zu diesem Zweck zu besuchen.<sup>464</sup>

---

<sup>461</sup> Siehe auch EBRV 472 BlgNR 24. GP 10 wonach die geeignete Form der Information zunächst eine persönliche Information der Betroffenen bedeutet. Vgl auch *Knyrim/Leissler*, Die Datenschutzgesetznovelle 2018 – Ein Überblick, *ecolex* 2018, 297 (298).

<sup>462</sup> Vgl EBRV 472 BlgNR 24. GP 10.

<sup>463</sup> AA *Knyrim/Leissler*, Die Datenschutzgesetznovelle 2018 – Ein Überblick, *ecolex* 2018, 297 (298).

<sup>464</sup> AA *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, *MR* 2009, 281 (282).

### **3.4.2.5. Inhalt der Benachrichtigung**

Gem § 24 Abs 2a DSG 2000 sind die Betroffenen darüber zu informieren, dass Daten aus einer Datenanwendung des Providers systematisch und schwerwiegend unrechtmäßig verwendet wurden. Da der Zweck der Benachrichtigungspflicht in der Vermeidung von Vermögensschäden besteht,<sup>465</sup> sind Verbrauchern zusätzliche Informationen zu übermitteln, die es ihnen ermöglichen, Schutzvorkehrungen zu treffen. Sie sind so insbesondere darüber zu informieren, wann die Sicherheitsverletzung stattgefunden hat, die Sicherheit welcher Daten verletzt wurde, wie viele Betroffene es insgesamt gibt sowie was mit den Daten geschehen ist (zB ob sie vernichtet oder geändert wurden).<sup>466</sup> Die Information über die Zahl der Betroffenen ermöglicht dem einzelnen Verbraucher, sein Risiko zu beurteilen: Wenn nur Daten weniger Personen von der Sicherheitsverletzung betroffen sind, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass diese Personen gezielt angegriffen werden.<sup>467</sup>

### **3.4.2.6. Über § 24 Abs 2a DSG 2000 hinausgehende nebenvertragliche Informationspflichten des Providers**

Wie bereits oben erörtert, unterliegt die durch § 24 Abs 2a DSG 2000 vorgesehene Informationspflicht den starken Einschränkungen der Erfordernisse der „systematischen“ und „schwerwiegenden“ unrechtmäßigen Datenverwendungen. Wegen der sich hieraus ergebenden Unzulänglichkeit dieser gesetzlichen Bestimmung in Bezug auf den Schutz der Sicherheit von Verbraucherdaten und die Vermeidung von Schäden, erhebt sich die Frage, ob im Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Verbraucher eine weitergehendere Informationspflicht besteht. Da § 24 Abs 2a DSG 2000 keine vertragsrechtliche Norm ist<sup>468</sup> und Benachrichtigungspflichten in österreichischen Access-Provider-Verträgen meist nicht

---

<sup>465</sup> EBRV 472 B1gNR 24. GP 10.

<sup>466</sup> *Pollirer* ua, Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) (2010) § 24 Anm 26; *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281 (282 f).

<sup>467</sup> *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281 (283).

<sup>468</sup> Denn sie gilt nicht ausschließlich für das Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Verbraucher, sondern für alle Auftraggeber und alle von der Sicherheitsverletzung Betroffenen.

geregelt sind, ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang sich aus ergänzender Vertragsauslegung<sup>469</sup> eine Benachrichtigungspflicht ergibt.

ME kann aus ergänzender Vertragsauslegung eine Benachrichtigungspflicht des Providers bei Sicherheitsverletzungen personenbezogener Daten gewonnen werden. Redliche und vernünftige Vertragsparteien hätten eine solche Benachrichtigungspflicht vereinbart, da dadurch aus der Sicherheitsverletzung drohende Schäden gemindert bzw verhindert werden können.<sup>470</sup>

Ebenso wie das Bestehen einer vertraglichen Benachrichtigungspflicht ist auch deren Umfang aus ergänzender Vertragsauslegung zu gewinnen. Aufgrund der Unzulänglichkeit des § 24 Abs 2a DSG 2000<sup>471</sup> können die diesbezüglichen Wertungen des Gesetzgebers nicht als Maßstab für den Umfang einer vertraglichen Benachrichtigungspflicht herangezogen werden. Redliche und vernünftige Parteien des Access-Provider-Vertrages hätten mE eine Benachrichtigungspflicht vereinbart, die – ebenso wie die Benachrichtigungspflicht nach Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL – nicht auf systematische und schwerwiegende unrechtmäßige Datenverwendungen beschränkt ist.

Denn auch zufällige Sicherheitsverletzungen (die vom Wortlaut des § 24 Abs 2a DSG 2000 nicht erfasst sind) können für den Verbraucher bedeutende Schäden zur Folge haben. Auch in Fällen, in denen es zu keinen „schwerwiegenden“ Sicherheitsverletzungen (wie in § 24 Abs 2a DSG 2000 vorausgesetzt) gekommen ist, wird eine Informationspflicht zwecks Schutzes der Rechtsgüter des Vertragspartners unabhängig vom Schadensumfang gegeben sein, solange die Kosten der Benachrichtigung nicht den drohenden Schaden übersteigen.

Darüber hinaus entspricht dem hypothetischen Parteiwillen auch, dass die Informationspflicht nicht nur auf die Vermeidung bzw Minderung von Vermögensschäden beschränkt ist, sondern vielmehr – ebenso wie die Informationspflicht nach Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL – auch

---

<sup>469</sup> Zur ergänzenden Vertragsauslegung siehe Kapitel 3.2.2.

<sup>470</sup> Auch so *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281 (284) verweisend auf OGH 9.10.1968, 6 Ob 258/68. In dieser Entscheidung hat der OGH eine Informationspflicht eines Elektrizitätsunternehmens für vorhersehbare Abschaltungen der Stromlieferung bejaht.

<sup>471</sup> Siehe Kapitel 3.4.2.2.

immaterielle Schäden erfasst. Denn die Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten führt in vielen Fällen ausschließlich zu immateriellen Schäden, die ein erhebliches Ausmaß erreichen können.

Es lässt sich mE daher festhalten, dass – solange die Kosten der Benachrichtigung für den Provider unter dem dem Verbraucher drohenden Schaden liegen – redliche und vernünftige Vertragsparteien bei Sicherheitsverletzungen personenbezogener Daten eine Informationspflicht unabhängig von der Ursache oder Schwere der Sicherheitsverletzung sowie der Art des drohenden Schadens vereinbart hätten. Eine solche vertragliche Pflicht steht auch im Einklang mit dem Prinzip von Treu und Glauben,<sup>472</sup> da die Information dem Verbraucher ermöglicht, erhebliche Schäden zu verhindern bzw zu mindern. Umgekehrt besteht jedoch keine Informationspflicht, wenn die Benachrichtigung nicht geeignet ist, die drohenden Schäden zu verhindern bzw zu mindern.<sup>473</sup> Die Informationspflicht bei Sicherheitsverletzungen stellt im Vertragsverhältnis zwischen dem Provider und dem Verbraucher eine nebenvertragliche Schutzpflicht dar.<sup>474</sup>

#### **3.4.2.7. Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflicht des Providers**

Unterlässt der Provider schuldhaft die vertragsgemäße Benachrichtigung des Verbrauchers über eine Sicherheitsverletzung, hat dies einen vertraglichen Schadenersatzanspruch des Verbrauchers zur Folge.<sup>475</sup> Dem Verbraucher sind daher auch bloße Vermögensschäden zu

---

<sup>472</sup> Zum Prinzip von Treu und Glauben als Mittel ergänzenden Vertragsauslegung siehe Kapitel 3.2.2. Nach der Rsp des OGH soll sich der rechtsgeschäftliche Verkehr ehrlich abspielen und darf nicht von Vertragsparteien missbraucht werden, um den jeweils anderen hineinzulegen. Siehe OGH 7.8.2008, 6 Ob 146/08a; 28.3.1985, 7 Ob 535/85; 7.10.1974, 1 Ob 158/74.

<sup>473</sup> So auch *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281 (284).

<sup>474</sup> Zu Schutz- und Sorgfaltspflichten siehe Kapitel 3.2.2. Zur Informationspflicht bei Sicherheitsverletzungen als nebenvertragliche Schutzpflicht vgl auch *Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 281 (284 f).

<sup>475</sup> Die Informationspflicht bei Sicherheitsverletzungen stellt eine unselbständige vertragliche Nebenpflicht dar. Zu unselbständigen vertraglichen Nebenpflichten siehe Kapitel 3.2.2.

ersetzen.<sup>476</sup> Der Provider haftet zudem für seine Erfüllungsgehilfen (§ 1313a ABGB)<sup>477</sup> und ihn trifft auch die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB.<sup>478</sup>

Obwohl Vermögensschäden als Folgen der Verletzung der Informationspflicht durchaus denkbar sind (wie bei einem Diebstahl von Kreditkartendaten der Kunden des Providers), wird eine Unterlassung der Benachrichtigung über eine Sicherheitsverletzung in der Praxis oft ausschließlich immaterielle Schäden (zB Rufschädigungen oder Demütigungen) zur Folge haben. Da, entgegen den Ansichten von Teilen der Lehre,<sup>479</sup> nach der Rsp des OGH diese im Allgemeinen nur in den gesetzlich angeordneten Fällen zu ersetzen sind,<sup>480</sup> ist mangels einer gesetzlichen Normierung des Ersatzes immaterieller Schäden bei Verletzungen der Benachrichtigungspflicht nicht zu erwarten, dass in der Praxis Verbrauchern der Schadenersatz gerichtlich zugesprochen wird.

Darüber hinaus kann die Verletzung der Informationspflicht des Providers bei Sicherheitsverletzungen uU einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Vertragskündigung darstellen.<sup>481</sup> Ob durch die Unterlassung der Benachrichtigung bei Sicherheitsverletzungen das Vertrauen des Verbrauchers in den Provider so tief zerrüttet ist, dass ihm eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, wird sich nach dem Umfang des drohenden bzw erlittenen Schadens richten. Das bereits bezahlte monatliche Grundentgelt kann der Verbraucher im Fall einer außerordentlichen Vertragskündigung grundsätzlich gem § 1435 ABGB anteilmäßig zurückverlangen.<sup>482</sup>

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 24 Abs 2a DSG 2000 die Verletzung der Benachrichtigungspflicht bei Sicherheitsverletzungen nicht nur zivilrechtliche, sondern auch verwaltungsrechtliche Folgen haben kann. Gem § 52

---

<sup>476</sup> Siehe Kapitel 3.2.3.

<sup>477</sup> AaO.

<sup>478</sup> AaO.

<sup>479</sup> Siehe Kapitel 3.1.3.1.b).

<sup>480</sup> AaO.

<sup>481</sup> Zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen nach der Rsp des OGH siehe Kapitel 3.2.3.

<sup>482</sup> AaO.

Abs 2 Z 4 DSG 2000 stellt die Verletzung der Informationspflichten nach § 24 leg cit eine Verwaltungsübertretung dar, die mit einer Geldstrafe bis zu EUR 10.000 zu ahnden ist.

### **3.4.3. Fazit: Data Breach Notification und Verbraucherschutz**

Gesetzliche Regelungen, welche Provider zur Benachrichtigung von Verbrauchern über Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten verpflichten, tragen zur Beseitigung der Informations-Asymmetrie zugunsten des Providers bei und ermöglichen Verbrauchern, drohende immaterielle und wirtschaftliche Schäden zu mindern bzw zu vermeiden. Die Provider werden wegen möglicher negativer Publizität dazu bewegt, in ihren Netzwerken Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten zu verhindern und allgemein das Sicherheitsniveau zu erhöhen. Gleichzeitig werden sie daran gehindert, ihre Position als stärkere Vertragspartei zu missbrauchen, um Sicherheitsverletzungen zu verschleiern.

Im Unterschied zu Unionsrecht besteht nach DSG 2000 keine Verpflichtung des Providers zur Benachrichtigung der zuständigen nationalen Behörden von den Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten, was mangels Kontrollmechanismen zur Folge haben kann, dass Verbraucher zu spät oder überhaupt nicht von Verletzungen des Schutzes ihrer personenbezogener Daten erfahren und folglich wirtschaftliche und immaterielle Schäden erleiden.

Die in § 24 Abs 2a DSG 2000 vorgesehene Benachrichtigungspflicht unterliegt starken Einschränkungen auf Ebene des Tatbestandes, die in der Praxis dazu führen werden, dass in vielen Fällen keine Informationspflicht des Providers bestehen wird. Aus ergänzender Vertragsauslegung lässt sich zwar eine weitgehendere Informationspflicht des Providers gewinnen. Ihre Verletzung wird jedoch nur in seltenen Fällen eine Schadenersatzpflicht oder ein außerordentliches Kündigungsrecht begründen. Es bleibt abzuwarten, wie der Gesetzgeber die durch die EU-Telekom-Reform eingeführte Informationspflicht gem Art 4 Abs 3 TK-Datenschutz-RL umsetzen wird.

#### **4. Zusammenfassung**

In dieser Arbeit wurden fünf aktuelle Probleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht erörtert, die anhand ihrer Bedeutung für den Schutz grundlegender Verbraucherrechte und -interessen ausgewählt wurden: Internetsperren wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen, Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung, Informationspflichten bei Auskunftsbegehren sowie Data Breach Notification.

Internetsperren wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen haben eine teilweise unionsrechtliche Regelung erfahren. Durch staatliche Maßnahmen darf dem Verbraucher der Zugang zum Internet nur unter Achtung der grundrechtlichen Garantien gesperrt werden. Privatrechtliche Maßnahmen von Providern unterliegen solchen Schranken hingegen nicht. Nach österreichischem Recht kann zwar die Vereinbarung von Internetsperren gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG bzw § 879 Abs 1 ABGB als unzulässig beurteilt werden, jedoch wurden entsprechende Vertragsbestimmungen bisher nicht gerichtlich bekämpft und stellen noch immer einen üblichen Bestandteil der Access-Provider-Verträge dar. Die Vornahme von Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen ohne eine vertragliche Grundlage stellt eine Beeinträchtigung des Rechts des Verbrauchers auf vertragsgemäßen Gebrauch des Netzwerks des Providers dar und löst somit bestandrechtliche Rechtsfolgen aus. Internetsperren werden in der Praxis oft nur zu immateriellen Schäden führen. Diese sieht der OGH im Allgemeinen nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als ersatzfähig an, weshalb in der Praxis ein Schadenersatz meist ausgeschlossen sein wird.

Informationspflichten des Providers bei Auskunftsbegehren lassen sich aus ergänzender Vertragsauslegung gewinnen. Ihre Verletzung kann sowohl materielle als auch immaterielle Schäden zur Folge haben, wobei nach der Rsp des OGH grundsätzlich nur erstere ersatzfähig sind. Daher ist zu bezweifeln, dass dem Verbraucher in der Praxis für immaterielle Schäden gerichtlich Schadenersätze zugesprochen werden. Ob dem Verbraucher ein Recht auf außerordentliche Vertragskündigung zukommt, hängt vom Umfang des Schadens ab, der auf Grund der Verletzung der Informationspflicht eingetreten ist bzw einzutreten droht.

Die Auswertung des Datenverkehrs des Verbrauchers zwecks Bereitstellung personalisierter Werbung stellt sowohl nach Unionsrecht als auch nach österreichischem Recht einen Eingriff in das Kommunikationsgeheimnis des Verbrauchers dar und setzt daher seine Einwilligung

voraus. Nach österreichischem Recht haben Verletzungen der Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses grundsätzlich Schadenersatzansprüche des Verbrauchers zur Folge. Jedoch sind die typischerweise in der Praxis eintretenden immateriellen Schäden nach höchstgerichtlicher Rsp, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich nicht ersatzfähig. Daher wird der Verbraucher im Ergebnis gerichtlich keinen Schadenersatzanspruch durchsetzen können. Als ein Instrument zum Schutz seiner Rechte bleibt dem Verbraucher in solchen Fällen das Recht auf außerordentliche Vertragskündigung.

Data Breach Notification, dh eine Pflicht die Betroffenen von Verletzungen der Sicherheit ihrer personenbezogenen Daten zu informieren, besteht sowohl nach Unionsrecht als auch nach österreichischem Recht. Nach österreichischem Recht ergibt sich aus ergänzender Vertragsauslegung eine über § 24 Abs 2a DSG 2000 hinausgehende nebenvertragliche Informationspflicht des Providers. Verletzt der Provider diese Pflicht, hat der Verbraucher grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch. Eine gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruches wird jedoch aufgrund der höchstgerichtlichen Judikatur zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in der Praxis selten erfolgreich sein. Ob der Verbraucher wegen einer Unterlassung der Benachrichtigung den Access-Provider-Vertrag außerordentlich kündigen kann, wird vom Umfang des drohenden bzw erlittenen Schadens abhängen.

Auf Grund der Analyse der Rechtsprobleme im 3. Kapitel dieser Arbeit lässt sich im Ergebnis festhalten, dass die bestehenden konsumentenschutzrechtlichen Instrumente des allgemeinen Zivilrechts und des TKG 2003 durchaus geeignet sind, wesentliche Beiträge zur Lösung neuer Rechtsprobleme zu leisten sowie den Rechtsrahmen für Provider einzugrenzen. Gleichzeitig hat die Analyse dieser Rechtsprobleme jedoch auch gezeigt, dass die bestehenden Regelungen des Verbraucherschutzes im Telekommunikationsrecht nicht immer in der Lage sind, Lösungen herbeizuführen, die die Interessen der Verbraucher umfassend wahren. Nicht zuletzt um die Rechtssicherheit zu garantieren, sollte der Gesetzgeber daher erwägen, eine gesetzliche Regelung der hier analysierten Rechtsprobleme vorzunehmen.

## Literaturverzeichnis

Sofern nicht anders angegeben, beziehen sich alle URLs auf den 24.7.2010.

*Art 29 Datenschutzgruppe*, Empfehlung vom 17.5.2001 zu einigen Mindestanforderungen für die Online-Erhebung personenbezogener Daten in der Europäischen Union, 5020/01/DE [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43de.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43de.pdf)

*Arthur*, Digital economy bill rushed through wash-up in late night session <http://www.guardian.co.uk/technology/2010/apr/08/digital-economy-bill-passes-third-reading>

*Balkin*, Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society, *New York University Law Review* 2004, 1

*Benkler*, *The Wealth of Networks* (2006)

*Berka*, *Die Grundrechte*<sup>1</sup> (1999)

*Biermann*, Briten beschließen Netzsperrern <http://www.zeit.de/digital/internet/2010-04/digital-economy-bill>

*Blume/Hammerl*, *E-Commerce-Gesetz ECG* (2002)

*Bonse*, Die EU will dem Internet neue Fesseln anlegen <http://www.handelsblatt.com/politik/international/netzsperrern-die-eu-will-dem-internet-neue-fesseln-anlegen;2543139>

*Bresich/Pesta*, Haftung für offenes WLAN? *RdW* 2007, 647

*Brühann*, EU-Datenschutzrichtlinie – Umsetzung in einem vernetzten Europa, *DuD* 1996, 66

*Carolan*, UPC file-sharing court action begins <http://www.irishtimes.com/newspaper/breaking/2010/0618/breaking50.html>

*Ciocchetti*, Just Click Submit: The Collection, Dissemination, and Tagging of Personally Identifying Information, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 2008, 553

*Clayton*, The Phorm „Webwise" System <http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/080518-phorm.pdf>

*Collins*, Eircom to cut broadband over illegal downloads <http://www.irishtimes.com/newspaper/frontpage/2010/0524/1224271013389.html>

*Collins*, O2 and 3 face lawsuit over illegal file sharing <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2010/0528/1224271297811.html>

*Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch*, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006)

*Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie<sup>1</sup> (1997)

*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG Datenschutzrecht<sup>2</sup> (2009)

*Drezner/Farrell*, The Power and Politics of Blogs <http://www.uts.utoronto.ca/~farrell/blogpaperfinal.pdf>

*Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000)

*Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000)

*Edwards/Hatcher*, Consumer Privacy Law 2: Data Collection, Profiling and Targeting, in *Edwards/Waelde* (Hrsg), Law and the Internet (2009) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1435105](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1435105)

*Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (1999)

*Ertl*, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, MR 2005, 139

*F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359

*F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 237

*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991)

*F. Bydlinski*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in *Adamovich/Pernthaler* (Hrsg), Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit: Festschrift für Hans R. Klecatsky, dargeboten zum 60. Lebensjahr (1980) 129

*Fallenböck*, Internet und Internationales Privatrecht (2001)

*Fallenböck/Haberler*, Rechtsfragen bei Verbrauchergeschäften im Internet (Online-Retailing), RdW 1999, 505

*Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004)

*Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MR 2009, 281

*Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten, in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und internationale Rechtspraxis: Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal, Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl (2009) 147

*Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch KSchG (2006)

*Fielding/Gettys/Mogul/Frystyk/Masinter/Leach/Berners-Lee*, Hypertext Transfer Protocol – HTTP/1.1, RFC 2616 <ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2616.txt>

*Frischmann*, An Economic Theory of Commons and Infrastructure Management, Minnesota Law Review 2005, 917

*Giles*, Internet encyclopaedias go head to head, Nature 2005, 900

*Graf*, Die verdoppelte AGB-Kontrolle – VwGH: Überwälzung des Risikos missbräuchlicher Handynutzung auf den Kunden ist unzulässig, wbl 2005, 457

*Hack/Möchel*, EU-Parlament gegen Netzsperrern ohne Richter <http://futurezone.orf.at/stories/1603063/>

*Hanloser*, Europäische Security Breach Notification, MMR 2010, 300

*Hochstätter*, ACTA-Abkommen: lückenlose Überwachung im Internet [http://www.zdnet.de/sicherheits\\_analysen\\_acta\\_abkommen\\_lueckenlose\\_ueberwachung\\_im\\_internet\\_story-39001544-41529029-1.htm](http://www.zdnet.de/sicherheits_analysen_acta_abkommen_lueckenlose_ueberwachung_im_internet_story-39001544-41529029-1.htm)

*Hornung*, Die Haftung von W-LAN Betreibern, CR 2007, 88

*Hotaling*, Protecting Personally Identifiable Information on the Internet: Notice and Consent in the Age of Behavioral Targeting, CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy 2008, 529

*Johnson*, Finland makes broadband access a legal right <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/oct/14/finland-broadband>

*Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform: Gutachten, in Verhandlungen des Fünfzehnten Österreichischen Juristentages 2003 II/1 (2003)

*Kaufmann/Tritscher*, TKG 2003 – der neue Rechtsrahmen für „elektronische Kommunikation“ (Teil I), MR 2003, 273

*Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV<sup>2</sup> (1968)

*Klopp*, EU lässt Netzsperrern zu <http://www.zeit.de/digital/internet/2009-11/eu-netzsperrern>

*Knyrim*, Die neue „Data Breach Notification Duty“ im DSGVO, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht: Jahrbuch 2010 (2010) 59

*Knyrim/Leissler*, Die Datenschutzgesetznovelle 2010 – Ein Überblick, *ecolex* 2010, 297

*Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz (KSchG) mit den geänderten Bestimmungen des ABGB und den EG-Richtlinien: Kurzkomentar<sup>2</sup> (2004)

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007)

*Krejci*, Konsumentenschutzgesetz (1986)

*Krempl*, EU-Abgeordnete kämpfen weiter gegen Internetsperren bei Copyright-Verstößen <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Abgeordnete-kaempfen-weiter-gegen-Internetsperren-bei-Copyright-Verstoessen-210692.html>

*Lattenmayer*, Zivilgerichte versus Regulatoren, *ÖJZ* 2004, 13

*Lehofer*, Nochmals: zur neuen „Internet-Freiheit“ <http://blog.lehofer.at/2009/11/nochmals-zur-neuen-internet-freiheit.html>

*Lehofer*, Verbraucherschutzaspekte im Telekommunikationsgesetz 2003, in *Blaschek/Enthofer-Stoisser/Medwed/Perz/Pirker-Hörmann/Reiffenstein* (Hrsg), Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung: Festschrift für Gottfried Mayer (2004) 137

*Lessig*, Free Culture (2004)

*Lessig*, The Future of Ideas (2002)

*Lohr*, Your Ad Goes Here <http://www.nytimes.com/2007/05/16/business/smallbusiness/16behave.html>

*Marwan*, Breitbandzugang ist in Finnland jetzt ein Grundrecht [http://www.zdnet.de/news/wirtschaft\\_unternehmen\\_business\\_breitbandzugang\\_ist\\_in\\_finnland\\_jetzt\\_ein\\_grundrecht\\_story-39001020-41534233-1.htm](http://www.zdnet.de/news/wirtschaft_unternehmen_business_breitbandzugang_ist_in_finnland_jetzt_ein_grundrecht_story-39001020-41534233-1.htm)

*Marwan*, Frankreich schafft Behörde zum Kampf gegen Filesharer [http://www.zdnet.de/news/digitale\\_wirtschaft\\_internet\\_ebusiness\\_frankreich\\_schafft\\_behoerde\\_zum\\_kampf\\_gegen\\_filesharer\\_story-39002364-41003976-1.htm](http://www.zdnet.de/news/digitale_wirtschaft_internet_ebusiness_frankreich_schafft_behoerde_zum_kampf_gegen_filesharer_story-39002364-41003976-1.htm)

*McGreevy*, Vodafone in line to join file-sharing clampdown <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2010/0616/1224272615990.html>

*Mersich/Schauhuber*, Das österreichische Telekommunikationsgesetz 2003, MMR 2004, 25

*Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2006)

*Modine*, Music labels take (more) Irish ISP to court [http://www.theregister.co.uk/2009/07/07/irma\\_sues\\_bt\\_and\\_upc\\_ireland/](http://www.theregister.co.uk/2009/07/07/irma_sues_bt_and_upc_ireland/)

*Mottl*, Zur Praxis des Vertragsabschlusses im Internet, in *Gruber/Mader* (Hrsg), Privatrechtsfragen des e-commerce (2003) 1

*Nettel*, Das Telekom-Reformpaket, *ecolex* 2010, 401

*Newton*, *Newton's Telecom Dictionary*<sup>23</sup> (2007)

*Oberholzer-Gee/Strumpf*, File-Sharing and Copyright <http://musicbusinessresearch.files.wordpress.com/2010/06/paper-felix-oberholzer-gee.pdf>

*Ohm*, The Rise and Fall of Invasive ISP Surveillance, *University of Illinois Law Review* 2009, 1417

*Pany*, Französisches Parlament beschließt Gesetz zur Internetsperre bei Urheberrechtsverstößen <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Franzoesisches-Parlament-beschliesst-Gesetz-zur-Internetsperre-bei-Urheberrechtsverstoessen-218583.html>

*Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, *Telekommunikationsrecht* (2006)

*Pereira Neto*, Online Collaborative Media and Political Economy of Information: A Case Study, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 2003, 511

*Philapitsch*, Rechtsnatur des Access-Providervertrages und Verrechnung von Traffic-Limit-Überschreitungen, *RdW* 2006, 206

*Pollirer/Weiss/Knyrim* (Hrsg), *Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000)* (2010)

*Preston/Turner*, The Global Rise of a Duty to Disclose Information Security Breaches, *The John Marshall Journal of Computer & Information Law* 2004, 457

*Rabl*, TKG: Kontrahierungszwang, Abänderung und Inhaltskontrolle von AGB, *ecolex* 2000, 490

*Ramos*, Deep Packet Inspection Technologies, in *Tipton/Krause* (Hrsg), *Information Security Management Handbook*<sup>6</sup> (2007) 2195

*Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, *Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht* (2004)

*Rummel* (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I*<sup>3</sup> (2000), II/2a<sup>3</sup> (2007), II/2b<sup>3</sup> (2004), II/3<sup>3</sup> (2002), II/4<sup>3</sup> (2002), II<sup>2</sup> (1992)

*Schauer*, *Electronic Commerce in der EU* (1999)

*Schauhuber*, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, *MR* 2007, 290

*Schleutermann*, Datenverarbeitung im Konzern, *CR* 1995, 577

*Schneier*, Anonymity and the Netflix Dataset, in *Schneier*, *Schneier on Security* (2008) 90

*Schwartzmann/Kocks*, Haftung für den Missbrauch offener WLAN-Anschlüsse, *K & R* 2010, 433

*Schwimann* (Hrsg), *ABGB-Praxiskommentar IV*<sup>2</sup> (2006), *V*<sup>2</sup> (2006), *VI*<sup>2</sup> (2006)

*Solove*, *Understanding Privacy* (2008)

*Stevens*, *TCP/IP Illustrated, Volume 1: The Protocols* (1994)

*Stratil/Polster/Singer/Steinmaurer/Weissenbuger* (Hrsg), Telekommunikationsgesetz 2003<sup>3</sup> (2004)

*Tangl*, Leitfaden für die Einbeziehung elektronischer AGB, *ecolex* 2001, 896

*Tipton/Krause* (Hrsg), Information Security Management Handbook<sup>6</sup> (2007)

*Topolski*, NebuAd and Partner ISPs: Wiretapping, Forgery and Browser Hijacking  
[http://www.freepress.net/files/NebuAd\\_Report.pdf](http://www.freepress.net/files/NebuAd_Report.pdf)

*van Randow*, Sarkozy auf Piratenjagd <http://www.zeit.de/2009/38/T-Internetsperren-fuer-Urheberrechtsverletzer>

*Vartian*, Telekommunikationsrecht (2004)

*Welser*, Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, *JB1* 1979, 449

*Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, *JB1* 1980, 72

*Whoriskey*, Every Click You Make <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/04/03/AR2008040304052.html>

*Williams*, BT and Phorm secretly tracked 18,000 customers in 2006  
[http://www.theregister.co.uk/2008/04/01/bt\\_phorm\\_2006\\_trial/](http://www.theregister.co.uk/2008/04/01/bt_phorm_2006_trial/)

*Williams*, BT's 'illegal' 2007 Phorm trial profiled tens of thousands  
[http://www.theregister.co.uk/2008/04/14/bt\\_phorm\\_2007/](http://www.theregister.co.uk/2008/04/14/bt_phorm_2007/)

*Williams*, BT's third Phorm trial starts tomorrow [http://www.theregister.co.uk/2008/09/29/bt\\_phorm\\_trial\\_go/](http://www.theregister.co.uk/2008/09/29/bt_phorm_trial_go/)

*Williams*, Ex-NebuAd staff target behavioural data via websites  
[http://www.theregister.co.uk/2009/05/20/insight\\_ready\\_nebuad/](http://www.theregister.co.uk/2009/05/20/insight_ready_nebuad/)

*Wray*, Digital Economy Act: ISPs told to start collecting filesharers' data next year  
<http://www.guardian.co.uk/technology/2010/may/28/digital-economy-act-isps-data>

*Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> (2004)

*Zankl* (Hrsg), Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? (2009)

*Zankl*, E-Commerce-Gesetz (2002)

*Zankl*, Neue Fälligkeitsregeln und Informationspflichten im Internet (Fernabsatz), *ecolex* 2000, 350

*Zankl*, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, *ecolex* 2005, 29

*Zankl*, WLAN-Haftung, *Output* 2006/12, 17

*Zankl*, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, *NZ* 2001, 288

*Zwicky/Cooper/Chapman*, *Building Internet Firewalls*<sup>2</sup> (2000)

## **Anhang**

### **Abstract der Arbeit**

In dieser Arbeit wurden fünf aktuelle Probleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht erörtert, die anhand ihrer Bedeutung für den Schutz grundlegender Verbraucherrechte und -interessen ausgewählt wurden: Internetsperren wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen, Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis zwecks personalisierter Werbung, Informationspflichten bei Auskunftsbegehren sowie Data Breach Notification.

Internetsperren wegen mehrmaligen Urheberrechtsverletzungen haben eine teilweise unionsrechtliche Regelung erfahren. Durch staatliche Maßnahmen darf dem Verbraucher der Zugang zum Internet nur unter Achtung der grundrechtlichen Garantien gesperrt werden. Privatrechtliche Maßnahmen von Providern unterliegen solchen Schranken hingegen nicht. Nach österreichischem Recht kann zwar die Vereinbarung von Internetsperren gem § 6 Abs 2 Z 3 KSchG bzw § 879 Abs 1 ABGB als unzulässig beurteilt werden, jedoch wurden entsprechende Vertragsbestimmungen bisher nicht gerichtlich bekämpft und stellen noch immer einen üblichen Bestandteil der Access-Provider-Verträge dar. Die Vornahme von Internetsperren wegen Urheberrechtsverletzungen ohne eine vertragliche Grundlage stellt eine Beeinträchtigung des Rechts des Verbrauchers auf vertragsgemäßen Gebrauch des Netzwerks des Providers dar und löst somit bestandrechtliche Rechtsfolgen aus. Internetsperren werden in der Praxis oft nur zu immateriellen Schäden führen. Diese sieht der OGH im Allgemeinen nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung als ersatzfähig an, weshalb in der Praxis ein Schadenersatz meist ausgeschlossen sein wird.

Informationspflichten des Providers bei Auskunftsbegehren lassen sich aus ergänzender Vertragsauslegung gewinnen. Ihre Verletzung kann sowohl materielle als auch immaterielle Schäden zur Folge haben, wobei nach der Rsp des OGH grundsätzlich nur erstere ersatzfähig sind. Daher ist zu bezweifeln, dass dem Verbraucher in der Praxis für immaterielle Schäden gerichtlich Schadenersätze zugesprochen werden. Ob dem Verbraucher ein Recht auf außerordentliche Vertragskündigung zukommt, hängt vom Umfang des Schadens ab, der auf Grund der Verletzung der Informationspflicht eingetreten ist bzw einzutreten droht.

Die Auswertung des Datenverkehrs des Verbrauchers zwecks Bereitstellung personalisierter Werbung stellt sowohl nach Unionsrecht als auch nach österreichischem Recht einen Eingriff

in das Kommunikationsgeheimnis des Verbrauchers dar und setzt daher seine Einwilligung voraus. Nach österreichischem Recht haben Verletzungen der Pflicht zur Wahrung des Kommunikationsgeheimnisses grundsätzlich Schadenersatzansprüche des Verbrauchers zur Folge. Jedoch sind die typischerweise in der Praxis eintretenden immateriellen Schäden nach höchstgerichtlicher Rsp, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich nicht ersatzfähig. Daher wird der Verbraucher im Ergebnis gerichtlich keinen Schadenersatzanspruch durchsetzen können. Als ein Instrument zum Schutz seiner Rechte bleibt dem Verbraucher in solchen Fällen das Recht auf außerordentliche Vertragskündigung.

Data Breach Notification, dh eine Pflicht die Betroffenen von Verletzungen der Sicherheit ihrer personenbezogenen Daten zu informieren, besteht sowohl nach Unionsrecht als auch nach österreichischem Recht. Nach österreichischem Recht ergibt sich aus ergänzender Vertragsauslegung eine über § 24 Abs 2a DSG 2000 hinausgehende nebenvertragliche Informationspflicht des Providers. Verletzt der Provider diese Pflicht, hat der Verbraucher grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch. Eine gerichtliche Durchsetzung dieses Anspruches wird jedoch aufgrund der höchstgerichtlichen Judikatur zur Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden in der Praxis selten erfolgreich sein. Ob der Verbraucher wegen einer Unterlassung der Benachrichtigung den Access-Provider-Vertrag außerordentlich kündigen kann, wird vom Umfang des drohenden bzw erlittenen Schadens abhängen.

Auf Grund der Analyse der Rechtsprobleme im 3. Kapitel dieser Arbeit lässt sich im Ergebnis festhalten, dass die bestehenden konsumentenschutzrechtlichen Instrumente des allgemeinen Zivilrechts und des TKG 2003 durchaus geeignet sind, wesentliche Beiträge zur Lösung neuer Rechtsprobleme zu leisten sowie den Rechtsrahmen für Provider einzugrenzen. Gleichzeitig hat die Analyse dieser Rechtsprobleme jedoch auch gezeigt, dass die bestehenden Regelungen des Verbraucherschutzes im Telekommunikationsrecht nicht immer in der Lage sind, Lösungen herbeizuführen, die die Interessen der Verbraucher umfassend wahren. Nicht zuletzt um die Rechtssicherheit zu garantieren, sollte der Gesetzgeber daher erwägen, eine gesetzliche Regelung der hier analysierten Rechtsprobleme vorzunehmen.

## Lebenslauf

### INFORMATIONEN ZUR

#### PERSON

Name	<b>Mag. Ana Stahov</b>
Adresse	Dianagasse 3/6; A-1030 Wien
Telefon	+43 1 974 13 16; mobil: +43 699 1247 7358
E-Mail	ana.stahov@gmail.com
Nationalität	Bosnien und Herzegowina
Geburtsdatum	4. Mai 1984

### BERUFLICHE ERFAHRUNG

- |  |  |
|--|--|
| 1. Dezember 2008 bis 30. August 2009           | Rechtspraktikantin am <b>Bezirksgericht Baden, Landesgericht Wien für Strafsachen Wien</b> sowie am <b>Arbeits- und Sozialgericht Wien</b>                         |
| 14. Juli bis 14. August 2008<br>seit März 2007 | Ferialpraktikum bei <b>Freshfields Bruckhaus Deringer LLP</b> , Wien<br>Key Account Assistant, <b>Europäisches Zentrum für E-Commerce und Internetrecht</b> , Wien |

### AUSBILDUNG

- |  |   |
|--|---|
| Oktober 2010<br>seit Oktober 2008                    | Teilnahme an der <b>Boston Consulting Group's Management Workshop „Strategy School 2010“</b><br><b>Doktoratsstudium</b> der Rechtswissenschaften an der <b>Universität Wien</b><br>Titel der Dissertation: „Aktuelle Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht“ |
| Oktober 2006 bis März 2007<br>März 2004 bis Mai 2008 | <b>ERASMUS-Aufenthalt</b> an der Georg-August-Universität Göttingen, Deutschland<br><b>Studium</b> der Rechtswissenschaften an der <b>Universität Wien</b>  |
| Oktober 2003 bis Februar 2004                        | Vorstudienlehrgang der Wiener Universitäten, Ergänzungsprüfung aus deutsch  |
| September 1999 bis Juni 2003                         | <b>Katholische Schule „Hl. Franziskus“</b> – Allgemeinbildendes Gymnasium, Tuzla, Bosnien-Herzegowina: Matura mit ausgezeichnetem Erfolg  |
| August 2001 bis Juni 2002                            | <b>Abilene High School</b> , Abilene, Texas, USA: Schulabschluss mit ausgezeichnetem Erfolg   |

### BESONDERE AUSZEICHNUNGEN

- |                           |  |
|---------------------------|--|
| Jänner bis September 2010 | Förderung der Dissertation durch das <b>Forschungsstipendium 2010</b> der Universität Wien   |
| September 2008            | Reihung unter den <b>TOP 9%</b> der Absolventen für 2007/08 im Gesamtranking der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien                          |
| September 2008            | Reihung unter den <b>TOP 4%</b> für den 3. Studienabschnitt im Studienjahr 2007/2008 im Gesamtranking der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien |

Juli 2008	<b>2. Platz</b> , Law Moot Court Balkan Case Challenge 08, International Case Study Competition
Mai 2008	<b>1. Platz</b> , Law Moot Court Balkan Case Challenge 08, Austria Case Challenge
Mai 2003	Auszeichnung als <b>beste Absolventin</b> des Gymnasiums “Hl. Franziskus”
Mai 2003	<b>1. Platz</b> beim Physikwettbewerb der Föderation Bosnien-Herzegowina
Juni 2002	<b>USA President’s Award</b> for Educational Excellence, Abilene, Texas

## VOLONTARIATE

seit Juni 2009	Vorstandsmitglied des Kroatischen Kulturvereins “Napredak”, Wien
November 2006	Teilnahme am Rotary Youth Leadership Award (RYLA) Seminar, Krems
seit Juni 2006	Mitglied des Rotaract Clubs Blue Danube/Niederösterreich, Wien Oktober 2009 bis Juni 2010: Clubmeisterin
2002 bis 2005	Teilnahme an Jugendaustauschprogrammen in Schottland (2002), Portugal (2003), Bosnien-Herzegowina (2004) sowie Finnland (2005)

## VERÖFFENTLICHUNGEN, FACHARTIKEL

August 2010	<i>Zankl/Stahov</i> , Zahlungsdienstegesetz: Ermäßigung bei Einzugsermächtigung zulässig, <i>ecolex</i> 8/2010, 741
April 2010	Mitarbeiterin, <i>Zankl</i> , Bürgerliches Recht <sup>5</sup> (2010)
September 2009	<i>Stahov</i> , Online-Glücksspielmonopol zulässig, <i>Output</i> 10/2009, 13
September 2009	<i>Stahov</i> , (Un-)Zulässige Klauseln in Mobilfunkverträgen in der Judikatur des OGH, in <i>Feiler/Raschhofer</i> (Hrsg), <i>Innovation und internationale Rechtspraxis</i> (2009) 827
Februar 2009	<i>Stahov</i> , Rechtsnatur von Anfragen gem § 53 Abs 3a und 3b SPG, in <i>Zankl</i> (Hrsg), <i>Auf dem Weg zum Überwachungsstaat?</i>
Dezember 2008	<i>Stahov</i> , Impressum und EuGH: “Unmittelbare Kommunikation”, <i>Output</i> 12/2008, 17
November 2007	Mitarbeiterin, <i>Zankl</i> , Bürgerliches Recht <sup>4</sup> (2008)