



universität  
wien

# DISSERTATION

## Europäisches Informationstechnologierecht

**Mag. Markus Hübner**

angestrebter akademischer Grad

**Doktor der Rechtswissenschaften**

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienplan: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Herr Ao. Univ.- Prof. Dr. Wolfgang Zankl

Frau Ao. Univ.- Prof. Mag. Dr. Alina-Maria Lengauer

Mag. Markus Hübner

**Europäisches Informationstechnologierecht**

Maßnahmenübergreifende Untersuchung

*meinem Vater*  
*Herrn Rudolf Hübner*  
*1947-2004*

## **Vorwort**

Durch meine bereits dreijährige Tätigkeit im **e-center** ([www.e-center.eu](http://www.e-center.eu)) konnte ich parallel zu meinem Diplomstudium tiefere Einblicke in den Bereich des Informationstechnologierechts bekommen. Nicht verwunderlich ist daher die Tatsache, dass ich mich im Rahmen meines Doktorats vorwiegend mit dem IT-Recht beschäftigt habe. Mein Dank gilt daher in erster Linie Herrn Professor Wolfgang Zankl, der nicht nur mein Erstbetreuer bei der vorliegenden Arbeit war, sondern auch der Gründer und Präsident des e-center ist. Er gab mir die Möglichkeit, das theoretische und juristische Fachwissen bereits während dem Diplomstudium praktisch anzuwenden, eine Tatsache die für das Verfassen dieser Arbeit eine enorme Hilfe war.

Dank gilt auch meiner Zweitbetreuerin Frau Professor Alina-Maria Lengauer, die mir im Rahmen ihres Dissertanten-Seminars ermöglichte, fachlich in meinem Kernbereich zu bleiben. Obwohl ich bei ihr keine weiteren Leistungen vorzuweisen hatte, erklärte sie sich ohne Zögern bereit, die vorliegende Arbeit sekundär zu betreuen.

Des Weiteren möchte ich mich bei den Herren Rechtsanwälten Dr. Gottfried Bischof, Mag. Guido Zorn und Mag. Joachim Weingartner bedanken, die mir ebenfalls die Möglichkeit gaben, während meines Diplomstudiums praktische Erfahrungen zu sammeln. Durch das weitreichende Vertrauen, dass mir von den Herren entgegengebracht wurde und durch die teils enge Zusammenarbeit habe ich gelernt, wie theoretisches Wissen praktisch und zielführend einzusetzen ist.

Weiterer Dank gilt: Frau Mag. Astrid Brunner und den Herren Mag. Lukas Feiler Johann Horalek, und Mag. Stephan Steinhofer.

## **Stand der Arbeit:**

- Gesetze, Literatur und Rechtsprechung, die bis zum 1.11.2010 ergangen bzw erschienen sind, ist in dieser Arbeit berücksichtigt.
- Die Funktionalität der Hyperlinks wurde am 20.11.2010 abschließend überprüft.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Executive Summary .....</b>	<b>1</b>
<b>Executive Summary .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Hauptstück - Allgemeines .....</b>	<b>5</b>
1.1 Allgemeines zur Themenstellung .....	5
1.2 Definition „IT“ bzw „IT-Recht“ .....	7
1.3 Genauere Umschreibung und Ziel der Arbeit.....	9
1.4 Untersuchungsvorgang .....	11
1.5 Gefährlichkeit des Internets bzw der IT-Technologie.....	12
<b>2. Hauptstück – Grundlegendes zum IT-Recht .....</b>	<b>14</b>
2.1 Entwicklung des europäischen IT-Rechts.....	14
2.1.1 Telekommunikationsrecht vor dem Jahr 2000 .....	15
2.1.2 Internetrecht .....	17
2.2 Grundlagen der Rechtsangleichung im AEUV .....	18
2.3 Maßnahmen der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung.....	22
2.3.1. Verordnungen.....	22
2.3.2 Richtlinien.....	23
2.3.3 Beschlüsse und Entscheidungen .....	24
2.3.4 Sonstige Rechtsakte .....	24
2.4 Geltung und Anwendung des europäischen IT-Rechts in den Mitgliedstaaten .....	25
2.4.1 Art des Vorrangs, Folgen des Vorrangs .....	25
2.4.2 Anwendung von Richtlinien .....	26
2.4.2.1 Allgemeines.....	26
2.4.2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen.....	26
2.4.2.3 Unionsrechtskonforme Interpretation .....	28
2.4.2.3.1 Allgemeines.....	28
2.4.2.3.2 Richtlinienkonforme Interpretation .....	29
2.4.3 Richtlinien mit IT-rechtsrelevanten Inhalten als rechtsvereinheitlichende Rechtsakte der Union .....	32
<b>3. Hauptstück – Datenschutz .....</b>	<b>33</b>
3.1 Allgemeines und Entwicklung.....	33
3.2 Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG .....	34
3.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	34

3.2.2	Regelungsinhalt.....	35
3.3	Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG .....	43
3.3.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	43
3.3.2	Regelungsinhalt.....	44
3.4	Die Datenschutzverordnung 45/2001/EG .....	53
3.4.1	Allgemeines .....	53
3.4.2	Regelungsinhalt der Verordnung .....	54
3.4.3	Sondervorschriften der VO 45/2001 über die Nutzung interner Kommunikationsnetze .	57
3.5	Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG .....	58
3.5.1	Allgemeines .....	58
3.5.2	Regelungsinhalt.....	59
3.6	Sonstige Rechtsakte .....	63
3.6.1	Allgemeines .....	63
3.6.2	Rechtsakte.....	64
3.6.2.1	Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme.....	64
3.6.2.2	Verordnung über biometrische Daten in Pässen und Reisedokumenten .....	64
<b>4.</b>	<b>Hauptstück – Telekommunikation .....</b>	<b>65</b>
4.1	Allgemeine Einleitung und Entwicklung nach dem Jahr 2000 .....	65
4.2	Die Konformitätsrichtlinie 1999/5/EG .....	66
4.2.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	66
4.2.2	Regelungsinhalt.....	67
4.3	Die Entbündelungsverordnung EG/2887/2000 .....	72
4.3.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	72
4.3.2	Regelungsinhalt.....	72
4.4	Die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG .....	74
4.4.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	74
4.4.2	Regelungsinhalt.....	75
4.5	Die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG .....	81
4.5.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	81
4.5.2	Regelungsinhalt.....	82
4.6	Die Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG .....	84
4.6.1	Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	84
4.6.2	Regelungsinhalt.....	85
4.7	Die Universaldiensterichtlinie 2002/22/EG .....	89

4.7.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	89
4.7.2 Regelungsinhalt.....	91
4.8 Die Roamingverordnung 717/2007 .....	99
4.8.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	99
4.8.2 Regelungsinhalt.....	100
4.9 Richtlinien der Kommission zur Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt .....	105
4.9.1 Allgemeines .....	105
4.9.2. Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG für elektronische Kommunikationsdienste- und netze .....	105
4.9.3. Wettbewerbsrichtlinie 2008/63/EG für Telekommunikationsendeinrichtungen.....	106
4.10 Sonstige Rechtsakte .....	106
<b>5. Hauptstück – IT-rechtliche Sonderbestimmungen im Bereich des Vertragsrechts.....</b>	<b>108</b>
5.1 Allgemeine Einleitung und Entwicklung .....	108
5.2 Die Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG .....	110
5.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	110
5.2.2 Regelungsinhalt.....	111
5.2.2.1 Informationspflichten .....	113
5.2.2.2 Widerrufsrecht .....	114
5.2.2.3 Sonstige Bestimmungen .....	116
5.3 Die Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie 2002/65/EG .....	118
5.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	118
5.3.2 Regelungsinhalt.....	119
5.3.2.1 Informationspflichten .....	121
5.3.2.2 Widerrufsrecht .....	123
5.4 Die Signaturrechtlinie 1999/93/EG .....	126
5.4.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	126
5.4.2 Regelungsinhalt.....	127
5.5 Die E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG.....	131
5.5.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	131
5.5.2 Regelungsinhalt.....	133
5.5.2.1 Herkunftslandprinzip und Zulassungsfreiheit .....	136
5.5.2.2 Informationspflichten .....	137
5.5.2.3 Verantwortlichkeit der Anbieter für Inhalte .....	140
5.5.2.4 Unerwünschte kommerzielle Kommunikation (Werbung – Spam).....	141

5.6 Die E-Geldrichtlinie 2009/110/EG .....	142
5.6.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	142
5.6.2 Regelungsinhalt.....	143
5.7 Sonstige Rechtsakte .....	145
5.7.1 Allgemeines .....	145
5.7.2 Rechtsakte.....	145
5.7.2.1 Zugangskontrollrichtlinie.....	145
5.7.2.2 Beschluss zur sicheren Nutzung des Internets und neue Online-Technologien ...	146
5.7.2.3 Empfehlung zum Schutz der Menschenwürde im Zusammenhang mit dem Internet und neue Online-Technologien .....	146
5.7.2.4 Steuerrecht .....	146
<b>6. Hauptstück – Grundzüge des Immaterialgüterrechts im Bereich der Informationstechnologie .....</b>	<b>148</b>
6.1 Allgemeines .....	148
6.2 Die Harmonisierungsrichtlinie 2001/29/EG .....	149
6.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	149
6.2.2. Regelungsinhalt.....	150
6.3 Die Richtlinie zum Rechtsschutz von Computerprogrammen 2009/24/EG .....	152
6.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	152
6.3.2 Regelungsinhalt.....	153
6.3.2.1 Freie Werknutzungen .....	154
6.4 Sonstige Rechtsakte .....	155
6.4.1 Die Datenbankenrichtlinie 96/9/EG .....	155
<b>7. Hauptstück – Sonstige Bereiche .....</b>	<b>156</b>
7.1 Allgemeines .....	156
7.2 Die TLD – „-eu“ Festlegungsverordnung 733/2002.....	156
7.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	156
7.2.2 Regelungsinhalt.....	157
7.3 Die TLD – „-eu“ Durchführungsverordnung 874/2004 .....	158
7.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand.....	158
7.3.2 Regelungsinhalt.....	159
7.3.2.1 Allgemeine Registrierung .....	159
7.3.2.2 Gestaffelte Registrierung.....	160
7.3.2.3 Sperrung, Übernahme und Widerruf von bereits registrierten Domainnamen.....	161
7.4 Sonstige Rechtsakte .....	164



7.4.1 Die Richtlinie 1998/34/EG idF Richtlinie 1998/48/EG betreffend der Notifizierung nationaler technischer Vorschriften .....	164
7.4.2 Die Richtlinie 2006/25/EG zum Arbeitnehmerschutz bei physikalischen Einwirkungen	165
7.4.3 Die Richtlinie 2004/108/EG zur elektromagnetischen Verträglichkeit von Betriebsmittel und Geräten.....	165
7.4.4 Die Richtlinie 2006/95/EG betreffend der Verwendung von Betriebsmittel innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen .....	166
7.4.5 Die Energieverbrauchsrichtlinie 2010/30/EU .....	167

## **8. Hauptstück – Analyse und wissenschaftliche Untersuchung des europäischen IT-Rechts** .....

8.1 Allgemeines .....	168
8.2 Zweck der Regelungen und normative Grundlagen der Rechtsakte .....	168
8.2.1 Allgemeines .....	168
8.2.2 Kritikpunkte im formellen Bereich der Kompetenzwahl.....	170
8.2.3 Kritikpunkte bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Maßnahmen .....	174
8.2.4 Zusammenfassung der Ergebnisse .....	176
8.3 Maßnahmenübergreifende Besonderheiten des europäischen Informationstechnologierecht .....	178
8.3.1 Definitionen/Begriffsbestimmungen .....	178
8.3.1.1 Allgemeines zur Verwendung von Begriffsbestimmungen in Rechtsnormen .....	178
8.3.1.2 Authentische Interpretation vs. Legaldefinition .....	180
8.3.1.3 Auffälligkeiten im Bereich der Legaldefinitionen des europäischen IT-Rechts.....	181
8.3.1.3.1 „Nutzer“, „Nutzer“, „Nutzer“, „Benutzer“ .....	182
8.3.1.3.2 „Telefondienst“ vs. „öffentlich zugänglicher Telefondienst“ .....	185
8.3.1.3.3 „Vertragsabschluss im Fernabsatz“ vs. „Fernabsatzvertrag“ .....	186
8.3.1.3.4. „Lieferer“, „Anbieter“, „Unternehmer“, „Diensteanbieter“ .....	187
8.3.1.3.5 Zusammenfassung und Kritikpunkte an den Begriffsbestimmungen des europäischen IT-Rechts .....	188
8.3.2 Informationspflichten .....	189
8.3.2.1 Allgemeines .....	189
8.3.2.2 Zweck und Qualifikation der Informationspflichtenbestimmungen im europäischen IT-Recht.....	191
8.3.2.3 Kritikpunkte an den Informationspflichten .....	194
8.2.3.4 Ergebnis der Untersuchung.....	197
8.3.3 Zulassungsfreiheit im Bereich des Informationstechnologierechts .....	197
8.3.4 Außergerichtliche Streitbeilegung im Bereich des Informationstechnologierechts .....	201
8.3.4.1 Allgemeines .....	201

8.3.4.2 Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung .....	201
8.3.4.3 Ergebnis und Zusammenfassung .....	203
8.4 Das Postulat der Rechtssicherheit als Wesensmerkmal des Binnenmarktkonzepts.....	205
8.4.1 Allgemeines zur Rechtssicherheit .....	205
8.4.2 Rechtssicherheit im IT-Recht .....	206
8.5 Fazit über das europäische Informationstechnologierechts.....	208
8.5.1 Übergeordnete Ziele.....	208
8.5.2 Auffallende regulatorische Besonderheiten, Homogenität .....	209
8.5.3 Kritikpunkte am Gesamtkonzept .....	210
8.5.3.1 Fehlende Umsetzungsfristen.....	210
8.5.3.2 Kritik bei den ausgenommenen Bereichen .....	210
8.5.4 Ausblick .....	212
Exkurs: Gefährlichkeit der Informationstechnologien.....	212
<b>9. Hauptstück - Stand der österreichischen Umsetzungen im Bereich des</b>	
<b>Informationstechnologierechts .....</b>	<b>215</b>
9.1 Allgemeines .....	215
9.2 Umsetzungstabelle .....	217
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>225</b>
<b>Mag. Markus Hübner – Lebenslauf.....</b>	<b>235</b>

## **Hinweise für den Leser:**

- Sofern im Fließtext Artikelnummern ohne weitere Bezeichnung verwendet wurden, beziehen sich diese in den Hauptstücken 1, 2, 8 und 9 jeweils auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Aus praktischen Gründen ist zu der jeweiligen Artikelnummer des AEUV im Fließtext in den Fußnoten die entsprechende alte Nummer gemäß EGV angegeben.
- Sofern im Fließtext oder in den Fußnoten Artikelnummern ohne weitere Bezeichnungen verwendet wurden, beziehen sich diese in den Hauptstücken 3, 4, 5, 6 und 7 stets auf jene Maßnahme, die unter der jeweiligen Überschrift erläutert wird.
- Stand der Arbeit ist der 1.11.2010.

## Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
bspw	beispielsweise
BVerG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idaF	in der alten Fassung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iZm	in/im Zusammenhang mit
mE	meines Erachtens
oÄ	oder Ähnliches(m)
ONP	Open Network Provision (offener Netzzugang)
Sog	sogenannt(e)
ua	unter anderem
uU	unter Umständen

uva	und viele andere
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil

## Executive Summary

In den letzten zwei Jahrzehnten hat unsere Gesellschaft eine enorme Durchdringung durch Informationstechnologien (Mobiltelefonie, Internet, Online-Dienste, E-Commerce, uva) erfahren. Viele von ihnen haben wirtschaftliche Prozesse, soziale Interaktionen und rechtliche Sachverhalte revolutioniert. Eine weitere Folge der fortschreitenden technischen Entwicklung der Informationstechnologien ist die verstärkte Globalisierung der oben genannten Gesellschaftsbereiche.

Es muss in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden, dass es in der heutigen Zeit Lebensstandard geworden ist, dass Individuen stets die Möglichkeit haben, örtlich und zeitlich ungebunden zu interagieren. Isoliert betrachtet stellte diese Tatsache die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vor zweierlei Problembereiche. Einerseits entstand in den Jahren vor Erlass der zahlreichen unionsrechtlichen Maßnahmen ein eklatanter Regelungsrückstand. Andererseits waren die einzelnen Rechtsbestände der Mitgliedstaaten nicht dafür vorgesehen, informationstechnologiebasierende Rechtshandlungen, die schon gemäß ihrer Natur oft grenzüberschreitend stattfanden, zu normieren.

In Anbetracht der oben beschriebenen Umstände, startete die Europäische Union vor etwa 15 Jahren eine Regelungsinitiative im Bereich des Informationstechnologierechts. Viele der einzelstaatlichen Rechtsordnungen wurden durch die jeweiligen Maßnahmen (Richtlinien und Verordnungen) der EU revolutioniert und auf neuesten Stand gebracht. Blickt man bspw nach Österreich, kann man feststellen, dass viele der von der EU erlassenen Maßnahmen die Grundlagen vieler jüngerer österreichischer Gesetze (Datenschutzgesetz 2000, Telekommunikationsgesetz 2003, Signaturgesetz, E-Commerce-Gesetz uva) darstellen.

Während sich viele wissenschaftliche Arbeiten stets einer einzelnen Maßnahme oder den Maßnahmen eines Teilbereichs des Informationstechnologierecht samt deren Umsetzungen in einem ausgewählten Mitgliedstaat widmen, konzentriert sich die vorliegende Arbeit darauf einen Gesamtüberblick über das derzeit geltende europäische Informationstechnologierecht zu bieten. Sie widmet sich dabei hauptsächlich Problemen, die bei einer isolierten Betrachtung der einzelnen

Maßnahmen in der Form nicht behandelt werden können. Untersucht wird in der vorliegenden Arbeit insbesondere, ob die unionsrechtlichen Maßnahmen eine Homogenität aufweisen oder nicht, ob die Europäische Union überhaupt die entsprechenden Kompetenzen hat, derart in die nationalen Rechtsordnungen einzugreifen und ob sich durch das Nebeneinander vieler europarechtlichen Maßnahmen in Bezug auf die nationalen Umsetzungen Probleme ergeben.

Darüber hinaus stellt die vorliegende Arbeit den aktuellsten Stand des europäischen Informationstechnologierechts dar, da sämtliche Maßnahmen vom Verfasser in ihrer aktuell geltenden Fassung wiedergegeben wurden. Konkret bedeutet dies, dass neu erlassene Maßnahmen, die bereits in Geltung stehende Maßnahmen verändern, nahtlos in den bereits bestehenden Rechtsbestand eingearbeitet wurden. Um zu zeigen, wie gravierend die nationalen Rechtsordnungen durch das europäische Informationstechnologierecht beeinflusst werden, bietet die Arbeit eine Übersicht des Standes der österreichischen Umsetzungen.

## Executive Summary

In the last 2 decades our society has undergone an enormous change due to an overall pervasion by information technologies (mobile phones, internet, online services, e-commerce at general etc). Many of them have revolutionized economic processes, social interaction and legal matters. A further consequence of these technical developments is the increased globalization of the above mentioned social areas.

Furthermore, it is to be emphasized that nowadays it has already become part of our living standard that individuals are able to interact without any restrictions as to time or place. From an isolated point of view this fact is responsible for two problem areas that the legal systems of member states are confronted with. On the one hand, a glaring lag of regulation occurred in the years before until a large number of legal measures were taken by the European Union. On the other hand, the different national law-systems of the member states were not intended to standardize legal action done by information technologies, which by their nature often took place on a cross-border basis.

With regard to the above mentioned circumstances the European Union initiated about 15 years ago regulatory measures in the field of information technology. Many legal frameworks of the member states were revolutionized and updated by the respective measures of the European Union. In Austria, for example, it is to be noted that many of the European measures form the basis of a series of new Austrian legal frameworks (data protection, telecommunication law 2003, electronic-signature law, e-commerce law and many more).

While a lot of academic work is usually dedicated to individual measures or measures of a part of information technology law as well as its transformation into a certain national law, the present work concentrates on giving an overall view of the European information technology law presently in force. In this respect it examines particularly those problems that cannot be treated in this manner when individual measures are considered on an isolated basis. The particular subject of this work is to study whether the legal measures of the EU are homogeneous or not, whether the



EU has the respective legal competences to intervene on national frameworks at all and whether problems arise from the coexistence of many European measures as to national applications.

Furthermore, this work presents the latest state of European information technology law, as all European measures have been codified by the author. In other words, this means that newly issued measures that modify presently valid ones have been integrated in the already existing European legal framework. In order to show the considerable influence of European information technology law on national frameworks, this work offers an overview or the present state of Austrian transformations.

# 1. Hauptstück - Allgemeines

## 1.1 Allgemeines zur Themenstellung

In den letzten zwei Jahrzehnten hat die rasante technische Entwicklung das menschliche Interagieren sowohl in wirtschaftlicher als auch in sozialer und rechtlicher Hinsicht bedeutend verändert. Technologien, wie zB die Mobiltelefonie, das Internet oder auch digitales interaktives Satellitenfernsehen sind nur einige wenige Beispiele der Technologien, die in den letzten Jahren entwickelt wurden. Technologische Weiterentwicklungen induzieren in einer modernen Gesellschaft wie unserer allerdings auch immer eine wirtschaftliche, soziale und rechtliche Anpassung an den Stand der Technik.

So steht die Weltwirtschaft unzweifelhaft vor einem tiefgreifenden strukturellen Wandel hin zu einer „New Economy“<sup>1</sup>. Diese „New Economy“ ist geprägt durch elektronische Kommunikation, Datenverarbeitung und wissensbasierten Dienstleistungen (Internet-Ökonomie)<sup>2</sup>.

Im sozialen Bereich stehen den Individuen immer wieder neuartige Kommunikationsmöglichkeiten, wie zB „Social Networks“, Foren oder Chats zur Verfügung. Diese neuartigen Kommunikationsmöglichkeiten zeichnen sich zusätzlich dadurch aus, dass diese Dienste größtenteils ortsunabhängig und zu jeder Zeit von den Nutzern in Anspruch genommen werden können.

Auch in rechtlicher Hinsicht führt technologische Entwicklung über kurz oder lang zu einer Anpassung der Rechtsnormenstruktur. Immer mehr Rechtsgeschäfte werden elektronisch abgewickelt, immer mehr sozialrechtliche, konsumentenschutzrechtliche, wirtschaftsrechtliche Fragestellungen ergeben sich durch neue Interaktionsmöglichkeiten für User und Individuen. So spielt beispielsweise das Datenschutzrecht, ein ganzes Rechtsgebiet, welches vor zwei Jahrzehnten noch weitgehend unbekannt – ja sogar größtenteils irrelevant war – eine

---

<sup>1</sup> Dominierten in der der „klassischen Wirtschaft“ noch physische Arbeitsprozesse und Vertriebsprozesse, dominieren nun in der „neuen“ Wirtschaft eindeutig digitale Prozesse, die erst durch die technologische Entwicklung ermöglicht wurden; näheres dazu *Nienhaus* in *Bender*, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik II<sup>9</sup>, 524.

<sup>2</sup> Zur Internetökonomie, die das Einwirken von Medien, Telekommunikation und Informationstechnologie auf dem Weg in eine digitale Wirtschaft untersucht vgl. *Zerdick*, Die Internet-Ökonome<sup>3</sup>.

immer größere Rolle in unserer heutigen Gesellschaft. Selbst die öffentliche Verwaltung bedient sich in den letzten Jahren zunehmend etlicher neuer Technologien<sup>3</sup>.

Fakt ist auch, dass die oben beschriebenen neuen Technologien, die im Volksmund gerne auch als IT-Technologien zusammengefasst werden, vor nationalen Grenzen nicht halt machen. Im Gegenteil ist es die Aufgabe der Informationstechnologien den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr in der EU anzukurbeln.

Natürlich hat die technologische Entwicklung nicht immer nur positive Aspekte aufzuweisen. Man denke nur an neue Kriminalitätsformen, die sich ebenfalls „entwickelt“ haben.

Das oben Ausgeführte zeigt, dass der Begriff „IT“ eine enorme Auswirkung auf viele gesellschaftspolitische Themenkreise entwickelt hat. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich in den letzten Jahren ein „IT-Recht“<sup>4</sup> entwickelte, welches stets versuchen sollte, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Anwendung neuer Technologien zu schaffen und auch mit diesen Entwicklungen stets Schritt zu halten. Darüber hinaus sollten die Gesetzgeber (also in erster Linie der europäische Gesetzgeber), aber auch der Rechtsanwender – wobei in erster Linie der Europäische Gerichtshof und die nationalen Gerichte gemeint sind – stets darauf achten, dass das erschaffene und durch Rechtsanwendung weiterentwickelte Recht „technologieneutral“ ist bzw bleibt. Dass dies leider nicht immer der Fall ist, wird aus aktuellem Anlass in dieser Arbeit aufgezeigt<sup>5</sup>. Weitere technologische Entwicklungen sollten durch das Recht tunlichst nicht behindert werden.

Waren die Anfänge des „IT-Rechts“ noch jeweils nationale Gesetze (wie zB in Österreich das Telekommunikationsgesetz oder das Satelliten-Rundfunkgesetz) wurden in den letzten 15 Jahren etliche Rechtsakte von der EU erlassen, die „IT-rechtliche“ Inhalte regeln. Seit dem Beitritt Österreichs zur EU/EG besteht auch das österreichische „IT-Recht“ zum größten Teil aus Umsetzungen des sekundären Unionsrechts<sup>6</sup>. Bedingt durch die Eigenheiten der neuen Technologien, liegt im Bereich des IT-Rechts die Handlungsinitiative in der Zukunft bei der Europäischen

---

<sup>3</sup> zB die Möglichkeit der elektronischen Antragstellung, der elektronischen Ausfertigung von Bescheiden, die elektronische Zustellung, Bürgerkarten uva.

<sup>4</sup> Zur genauen Definition dieses Begriffs siehe in Punkt 1.2.

<sup>5</sup> Näheres dazu unter Punkt 1.5.

<sup>6</sup> Vgl dazu unten die Tabelle in Punkt 9.2.

Union. Sie vermag als Einzige dem technologisch grenzüberschreitenden Charakter der Informationstechnologie auch in rechtlicher Hinsicht gerecht zu werden.

## **1.2 Definition „IT“ bzw „IT-Recht“**

Sowohl die Gesellschaft, als auch die Rechtsdogmatik nimmt, wie auch ich es in meinen ersten Ausführungen vollzogen hab, den Begriff „IT-Recht“ als gegeben an. Unterzieht man jedoch den Begriff „IT-Recht“ einer genaueren Betrachtung, fällt auf, dass mehrere Worte oder Wortpaare hinter dieser Abkürzung stecken könnten. Informationstechnologierecht, Internetrecht oder Telekommunikationsrecht, Computerrecht oder einfach nur Informationsrecht sind nur einige Beispiele, die man sowohl in der Literatur, im Internet und im Volksmund vorfindet. Seit dem Aufkommen des Internets hat sich auch noch der Begriff „Multimediarrecht“ etabliert.

Gesetzliche Definitionen, die beschreiben, um was genau es sich bei dem Begriff „IT“ handeln könnte, finden sich weder im Unionsrecht, noch in den deutschsprachigen nationalen Rechtsordnungen. Eine authentische Interpretation des Begriffs „IT“ ist daher bislang ausgeblieben. Es bleibt in weiterer Folge im Allgemeinen also dem Rechtsanwender überlassen, was noch in den Bereich des IT-Rechts fällt und wo Grenzen zu ziehen sind. Problematisch ist dabei, dass die Rechtsgebiete untereinander nicht mehr klar abgegrenzt werden können. So verschwimmen in der heutigen Zeit vor allem die Bereiche zwischen Telekommunikationsrecht mit dem Rundfunk- und Multimediarrecht <sup>7</sup>, das Telekommunikationsrecht mit dem Datenschutzrecht <sup>8</sup> sowie die Grenzen zwischen Wettbewerbsrecht und dem Urheber/Leistungsschutzrecht.

Unter all den oben genannten Begriffen eignet sich meiner Meinung der Begriff „Informationstechnologierecht“ am besten, um alle verschiedenen Rechtsgebiete unter einem Überbegriff zu subsumieren. Der gewählte Begriff bleibt technologieneutral, lässt als Unterbegriffe all jene Rechtsgebiete zu, die sich im weitesten Sinne mit Technologie beschäftigen. Wird also in der vorliegenden Arbeit

---

<sup>7</sup> zB Mobile-TV.

<sup>8</sup> Vgl 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); siehe unten Punkt 3.3.2.

der Begriff „IT-Recht“ verwendet, ist darunter stets Informationstechnologierecht zu verstehen.

Welche der oben genannten Spezialrechtsgebiete nun schlussendlich dem Informationstechnologierecht zuzuordnen sind, ist abermals dem europäischen IT-Recht nicht zu entnehmen. Auch in Österreich lassen sich bezüglich der Rechtsquellen des IT-Rechts keine Anhaltspunkte in den Gesetzen finden.

Blickt man jedoch nach Deutschland, findet man über das Landesrecht der Rechtsanwältinnen einen Hinweis darauf, welche Themenkreise der deutsche Gesetzgeber vom IT-Recht umfasst sehen will. Schon seit Jahren gibt es in Deutschland eine Fachanwaltsordnung (FAO)<sup>9</sup>, in der die Voraussetzungen genannt sind, eine Fachanwaltsbezeichnung nach § 43c Abs 1 Satz 2 Bundesrechtsanwaltsordnung<sup>10</sup> zu erlangen. Wer sich folglich als Fachanwalt für Informationstechnologierecht<sup>11</sup> bezeichnen will, muss nach § 14k FAO in folgenden Bereichen besondere Kenntnisse nachweisen:

- „Vertragsrecht der Informationstechnologien, einschließlich der Gestaltung individueller Verträge und AGB,
- Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs, einschließlich der Gestaltung von Provider-Verträgen und Nutzungsbedingungen (Online-/Mobile Business),
- Grundzüge des Immaterialgüterrechts im Bereich der Informationstechnologien, Bezüge im Kennzeichenrecht, insbesondere Domainrecht,
- Recht des Datenschutzes und der Sicherheit der Informationstechnologien einschließlich Verschlüsselungen und Signaturen sowie deren berufsspezifischer Besonderheiten,
- Das Recht der Kommunikationsnetze und –dienste, insbesondere das Recht der Telekommunikation und deren Dienste,
- Öffentliche Vergabe von Leitungen der Informationstechnologie (einschließlich E-Government) mit Bezügen zum europäischen und deutschen Kartellrecht,
- Internationale Bezüge einschließlich Internationales Privatrecht,

---

<sup>9</sup> Die Fachanwaltsordnung ist keine von Gesetzgeber erlassene Verordnung. Rechtstechnisch gesehen handelt es sich um einen Beschluss der Rechtsanwaltskammerversammlung, der jedoch für alle Mitglieder bindend ist. Die FAO wurde idF 1.1.2009 wiedergegeben.

<sup>10</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, durch das Artikel 1 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (dBGBl I 2449) geändert worden ist.

<sup>11</sup> Der Fachanwalt für Informationstechnologie wurde mit der FAO idF vom 1.11.2006 eingeführt.

- Besonderheiten des Strafrechts im Bereich der Informationstechnologien,
- Besonderheiten der Verfahrens- und Prozessführung.“

Auch *Kassai/Raschauer* gehen bei ihrer Definition der Informationswirtschaft von diversen deutschen Studien<sup>12</sup> und einer OECD-Studie<sup>13</sup> aus<sup>14</sup>.

Meiner Meinung nach bietet die Aufzählung in der FAO momentan nicht nur die einzige, sondern auch die beste Übersicht über die Rechtsquellen des IT-Rechts. Selbstverständlich erhebt diese Übersicht nicht den Anspruch, sämtliche Rechtsquellen des IT-Rechts taxativ und abschließend zu benennen. Diese Aufzählung wird, wie auch das gesamte IT-Recht, stets der technischen Weiterentwicklung angepasst werden. Als Momentaufnahme zeigt sich jedoch, dass jede europäische Maßnahme, die in dieser Arbeit noch untersucht wird, einem der oben aufgezählten Punkte zuordenbar ist. Die vorliegende Arbeit wird sich bei der Bearbeitung auch nach dieser Aufzählung richten. Das Europäische Multimedia bzw. Rundfunkrecht wird daher im Folgenden nicht behandelt, auf die urheberrechtlichen Aspekte wird in Grundzügen eingegangen.

Die enorme Menge an weiteren Definitionen und Spezialbegriffen des IT-Rechts lässt es nur schwer zu, diese an einer gesonderten Stelle anzuführen. Auf Definitionen und Spezialbegriffe des IT-Rechts wird daher jeweils in den Ausführungen zu den einzelnen Rechtsakten näher eingegangen.

### **1.3 Genauere Umschreibung und Ziel der Arbeit**

Bevor mit der Darstellung der relevanten Rechtsakte begonnen wird, wird ein kurzer geschichtlicher Überblick über die Entwicklung des europäischen IT-Rechts gegeben. Wie oben schon kurz angemerkt, wurden in letzter Zeit etliche Rechtsakte mit IT-rechtlichem Bezug vom europäischen Gesetzgeber erlassen. Es handelt sich dabei sowohl um rechtsvereinheitlichende Verordnungen, als auch um rechtsangleichende Richtlinien. Die vorliegende Arbeit wird sich im Speziellen mit jenen Rechtsakten

<sup>12</sup> *Seufert* in Vierteljahreshefte zu Wirtschaftsordnung.

<sup>13</sup> Vgl. dazu the OECD definition of the ICT sector, abrufbar unter <http://www.oecd.org/dataoecd/34/37/2771153.pdf>.

<sup>14</sup> *Kassai/Raschauer* in *Holoubek*, Rechtliche Grundlagen der Informationswirtschaft 23f.

befassen, die seit dem Jahr 2000 erlassen wurden. Rechtsakte, die gewissermaßen das Grundgerüst des europäischen IT-Rechts bilden, aber vor dem Jahr 2000 erlassen wurden, werden der Vollständigkeit halber ebenfalls in die Untersuchung mit einbezogen. Nicht zu vergessen sind die unzähligen Entscheidungen des EuGH und sonstige Rechtsakte<sup>15</sup>, die IT-rechtliche Inhalte aufweisen. Die Untersuchung in der vorliegenden Arbeit wird sich jedoch auf Verordnungen und Richtlinien beschränken, da die Einbeziehung aller sonstigen Rechtsakte den Rahmen dieser Arbeit bei Weitem sprengen würde. Auf diverse andere Rechtsakte, die im Kontext zu den bearbeiteten Richtlinien und Verordnungen stehen, wird im Anschluss jeweils demonstrativ hingewiesen. Welche sonstigen Rechtsakte relevant sind, wird darüber hinaus in der Fußnoten der jeweiligen Richtlinien oder Verordnungen angefügt.

Besonders bei Richtlinien stellt sich abgesehen vom jeweiligen Regelungsinhalt auch die Frage, in wie weit die Umsetzungen der jeweiligen Mitgliedstaaten in diese Arbeit mit einbezogen werden. Wie jedoch der Titel der Arbeit zweifelsfrei erkennen lässt, befasst sich diese Arbeit ausschließlich mit der Untersuchung des Unionsrechts. Auf Umsetzungen der Mitgliedstaaten kann in der vorliegenden Arbeit daher nicht weiter eingegangen werden. Sehr wohl wird aber untersucht, wie groß die Spielräume sind, die der europäische Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern eingeräumt hat. Eine kurze rechtsdogmatische Untersuchung der Verordnungen und Richtlinien wird zeigen, dass aufgrund verschiedener, vom EuGH entwickelter Institute, wie zB die richtlinienkonforme Auslegung oder sogar die direkte Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen dazu führt, dass nationale Umsetzungen ohne große Bedenken im Wesentlichen unbeachtet bleiben können<sup>16</sup>.

Im Hinblick auf die österreichischen Umsetzungen des Unionsrechts, wird allerdings in dieser Arbeit eine Umsetzungstabelle<sup>17</sup> angeboten, in der kurz und systematisch aufgezeigt wird, in welchen österreichischen Gesetzen die jeweiligen Richtlinien umgesetzt sind bzw ob das Unionsrecht überhaupt schon umgesetzt wurde. Zusammengefasst ist es das Ziel dieser Arbeit, einen kompakten aber umfassenden Überblick über das europäische IT-Recht zu schaffen und kurz die Einwirkungen des europäischen IT-Rechts auf das österreichische IT-Recht aufzuzeigen. Als weitere hilfreiche Eigenschaft wird daher – wie oben schon erwähnt – in dieser Arbeit eine

---

<sup>15</sup> Genaueres dazu unter Punkt 2.3.4.

<sup>16</sup> Genaueres dazu unter Punkt 2.4.3.

<sup>17</sup> Siehe Punkt 9.2.

Darstellung geboten, die aufzeigt, welche europäischen Rechtsakte in welchen österreichischen Rechtsakten umgesetzt sind.

Leider ist es vor allem im Bereich des IT-Rechts Tatsache, dass diverse Rechtsakte noch keiner wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen wurden und daher auch im Bereich dieses Rechtsgebiets wenig „reine“ europarechtliche Literatur vorhanden ist. Dies hat bei Richtlinien vor allem den Grund, dass sie bloß rechtsangleichende Maßnahmen darstellen, die sich daher einer umfangreichen Behandlung in der Fachliteratur entziehen. Der Hinweis auf Österreich im Titel dieser Arbeit soll daher darauf hinweisen, dass bezüglich Definitionen größtenteils die österreichische Literatur zur Erklärung dieser und zu Veranschaulichung spezifischer IT-rechtlicher Besonderheiten herangezogen wird.

#### **1.4 Untersuchungsvorgang**

In den folgenden Hauptstücken werden die, für das europäische IT-Recht, relevanten Rechtsakte einem übergreifenden Themenbereich zugeordnet. Unter genauerer Betrachtung lassen sich alle, in dieser Arbeit behandelten, Rechtsakte folgenden Themenbereichen zuordnen:

- Datenschutz
- Telekommunikation
- Vertragsrecht incl E-Commerce und E-Business
- Intellectual Property/Urheberrecht
- Sonstiges

Nach erfolgter Zuordnung werden die einzelnen Rechtsakte bezüglich ihres Regelungszwecks (Regelungsgegenstand) und ihres Regelungsinhaltes kurz zusammengefasst. Ist durch diese Zusammenfassungen ein grober Überblick über das europäische IT-Recht geschaffen worden, folgt eine wissenschaftliche Untersuchung. Teilweise wird die wissenschaftliche Untersuchung bei der Darstellung der Rechtsakte mit einfließen, denn die Verordnungen und Richtlinien werden in der Weise dargestellt, dass Änderungen anderer Rechtsakte direkt eingearbeitet werden. Diese Vorgangsweise konnte bisher in der Literatur zum



europäischen IT-Recht nicht gefunden werden. Selbst die Rechtsinformationsplattform der Europäischen Union enthält größtenteils keine kodifizierten Fassungen der Rechtsakte. Dies bedeutet, dass die Plattform möglicherweise Ergebnisse liefert, die in dieser Form nur noch eingeschränkt oder überhaupt nicht mehr gelten. Meines Erachtens stellt allerdings nur eine Darstellung mit systematischer Einarbeitung diverser Änderungen einen verlässlichen Überblick über die derzeit geltende Rechtslage dar.

Die Untersuchung der Rechtsakte soll weiters aufzeigen, ob das europäische IT-Recht eine gewisse Homogenität aufweist. Die unzähligen Verweise der Rechtsakte auf andere Rechtsakte werden untersucht. Dabei liegt die Priorität darauf, zu zeigen, ob sich Rechtsakte widersprechen, aufheben oder entsprechen. Weiters soll aufgezeigt werden, wie gewisse Primärziele zB die vier Grundfreiheiten<sup>18</sup>, Konsumentenschutz oder Rechtsneutralität verwirklicht sind. Gezeigt werden soll, ob rechtsangleichende Maßnahmen wie Richtlinien durch rechtsvereinheitlichende Maßnahmen wie Verordnungen beeinflusst werden oder sogar umgekehrt.

## **1.5 Gefährlichkeit des Internets bzw der IT-Technologie**

Aus aktuellem Anlass, der sich erstmals in der EuGH-Entscheidung *Santa Casa*<sup>19</sup>, und zuletzt in *Carmen Media*<sup>20</sup> manifestiert, soll am Ende dieser Arbeit weiters kurz auf die Frage eingegangen werden, ob die diversen Kommunikationsformen der Informationstechnologie besondere Gefahrenpotentiale für Verbraucher erschaffen. In der oben erstgenannten Entscheidung führte der EuGH in Rn 70 nämlich aus, dass das Internet – konkret in diesem Zusammenhang mit dem Glücksspiel – besondere Gefahren für den Nutzer erschaffe. Diese Aussage läuft allen bisherigen Entwicklungen im Bereich des Internets diametral zuwider. Als Autor einer wissenschaftlichen Arbeit, die sich in wesentlichen Teilen auch mit dem

---

<sup>18</sup> Die „Vier Freiheiten“ des Binnenmarkts stellen schon nach der Diktion des AEUV, wie er es in seinem dritten Teil beschreibt, die Grundlagen der Union dar. Die „Vier Freiheiten“ sind die Freiheit des Warenverkehrs (Art 28-29 AEUV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45-48 AEUV), die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art 49-62 AEUV) und der Kapital- und Zahlungsverkehr (Art 63-66 AEUV); näheres dazu: Fischer/Köck/Karollus, *Europarecht*<sup>4</sup>, 720ff.

<sup>19</sup> EuGH 8.9.2009, C-42/07, *Liga Portuguesa/Santa Casa*.

<sup>20</sup> EuGH 8.9.2010, C-46/08, *Carmen Media*.

„Internetrecht“ beschäftigt, kann ich diese Spruchpraxis des EuGH nicht ignorieren. Diese Arbeit macht es sich – gegeben aus diesem Anlass – auch zur Aufgabe, zu zeigen, dass die Aussagen des EuGH bezüglich des Internets sehr kritisch betrachtet werden müssen. In einem kurzen Statement im Rahmen der wissenschaftlichen Untersuchung wird gezeigt, dass der europäische Gesetzgeber vor allem in Rechtsmaterien, die IT-relevante Inhalte regeln, diese Gefahr nicht sieht, bzw nicht, wie in *Santa Casa* und *Carmen Media*, mit Beschränkungen sondern mit sinnvollen Lösungsmöglichkeiten reagiert hat.

## 2. Hauptstück – Grundlegendes zum IT-Recht

### 2.1 Entwicklung des europäischen IT-Rechts

Wie oben bereits angesprochen, bestand das IT-Recht vor der Rechtsangleichungsoffensive der EU im Wesentlichen aus einigen wenigen einzelstaatlichen einschlägigen Gesetzen und diversen nationalen Einzelbestimmungen in den allgemeineren Gesetzen. In Österreich bspw bestand das IT-Recht – falls man es dem damaligen Stand der Technik und Entwicklung entsprechend überhaupt so bezeichnen darf – vor den Regulierungsmaßnahmen der EU im Wesentlichen aus den Urfassungen des Telegraphenwegegesetzes<sup>21</sup>, des Fernmeldegebührengesetzes<sup>22</sup>, des Datenschutzgesetzes<sup>23</sup> und des ORF-Gesetzes<sup>24</sup>, sowie zB auch aus diversen Verordnungen<sup>25</sup>. Jene nationalen Gesetze waren vor 1997 ua stark dadurch geprägt, dass die gesetzlichen Bestimmungen noch von monopolartigen Strukturen auf Anbieterseite ausgingen. Von einem IT-Recht im heutigen Sinne konnte man vor 1997 daher keinesfalls sprechen. Ein gravierender Schritt hin zu einem modernen IT-Recht wurde in Österreich 1997 mit dem Erlass der ersten Fassung des Telekommunikationsgesetzes getätigt<sup>26</sup>. Wie allerdings die Jahreszahl der Erlassung des Telekommunikationsgesetzes 1997 erkennen lässt, war auch dieses Gesetz bereits in wesentlichen Teilen vom europäischen IT-Recht beeinflusst.

Auf europarechtlicher Ebene war schon damals klar, dass eine vollständige Herstellung eines echten grenzenlosen Binnenmarkts im Bereich der Informationstechnologie alleine durch die primärrechtliche Gewährleistung der „vier Grundfreiheiten“<sup>27</sup> nicht möglich ist. Ziel der europäischen Kommission<sup>28</sup> war es, bis zum 31.12.1992 einen funktionierenden Binnenmarkt zu erschaffen. Die Kommission

---

<sup>21</sup> Das Telegraphenwegegesetz BGBl 1929/435, zuletzt geändert durch BGBl 1970/20 und durch BGBl 1997/100 umbenannt in das Telekommunikationswegegesetz.

<sup>22</sup> Bundesgesetz über Fernmeldegebühren, BGBl 1970/170 zuletzt geändert durch BGBl I 2003/71.

<sup>23</sup> Datenschutzgesetz 1978, BGBl 1978/565, aufgehoben durch BGBl I 1999/165.

<sup>24</sup> Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz, ORF-G), BGBl 1984/379 idgF BGBl I 2010/50.

<sup>25</sup> Die Verordnung des Bundesministers für Verkehr und Elektrizitätswirtschaft vom 23. November 1965 über die Errichtung und den Betrieb von Rundfunk- und Fernsehrundfunk-Empfangsanlagen (Rundfunkverordnung), BGBl 1965/333.

<sup>26</sup> Telekommunikationsgesetz 1997, BGBl I 1997/100, aufgehoben durch BGBl I 2003/70.

<sup>27</sup> Siehe Fn 18

<sup>28</sup> Im Folgenden ist unter dem Begriff Kommission stets europäische Kommission gemeint.

legte zur Erreichung dieses Ziels am 14.6.1985 ihr Weißbuch zur „Vollendung des Binnenmarkts“<sup>29</sup> vor. In diesem Dokument wurden ua eine weitere Beseitigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten und eine weitgehende Rechtsvereinheitlichung bzw Rechtsangleichung gefordert. Das Weißbuch sah weiters einige Maßnahmen zur Beseitigung technischer Schranken vor, die vor allem in Rechtsbereichen, wie dem IT-Recht zu einer großen Behinderung des gemeinsamen Marktes beigetragen hätten.

### **2.1.1 Telekommunikationsrecht vor dem Jahr 2000**

Zwei Jahre nach der Vorlage des Weißbuchs zeigte sich eine europaweite Entwicklung, die zu einer starken Liberalisierung im Telekommunikationsrecht führte. Dass die ersten Entwicklungen im Bereich des Telekommunikationsrechts stattfanden, lässt sich im Wesentlichen darauf zurückführen, dass andere Technologien im Zeitraum der Auflage des „Weißbuches“ nicht in dem Maße fortgeschritten waren, oder überhaupt noch nicht entwickelt waren, wie dies im Bereich der Telekommunikation der Fall war. Die Kommission legte nur zwei Jahre nach dem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarkts 1987 ein Grünbuch über „die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräten“<sup>30</sup> vor. Ausdrückliches Ziel dieses Dokuments ist es, einen unionsweiten Rechtsrahmen zu schaffen, der einen offenen Netzzugang aller Anbieter im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten erschafft und die Interoperabilität<sup>31</sup> gewährleistet. Bei der Interoperabilität handelt es sich wohl um die Essentiellste aller Voraussetzungen, um einen gemeinsamen europäischen Markt zu gewährleisten. Dieser Begriff prägt bis heute einen wesentlichen Teil des Regelungsgehalts sämtlicher IT-Rechtsakte der EU.

---

<sup>29</sup> Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat vom 14.6.1985, KOM 1985/310.

<sup>30</sup> Europäische Kommission, Auf dem Wege zu einer dynamischen europäischen Volkswirtschaft, Grünbuch über die Entwicklung des gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte vom 30.7.1987, KOM 1987/290.

<sup>31</sup> Interoperabilität idZ bedeutet, die Kompatibilität von verschiedenen Techniken, Verfahren, Organisationen herzustellen. Im rechtlichen Sinne bedeutet dies, dass die verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufeinander abgestimmt und vereinheitlicht werden, damit für alle Anbieter und Kunden unionsweit die selben rechtlichen Voraussetzungen für Angebot und Nachfrage gelten.

Die Kommission bediente sich, um nicht weiterhin an die Mitwirkung einzelner Mitgliedstaaten im Rat gebunden zu sein, zur Erlassung erster Richtlinien im Bereich des Telekommunikationsrechts der Befugnis nach Art 106 Abs 3 AEUV<sup>32</sup>. Dieser Artikel sah – und sieht heute noch – vor, dass bei gemeinschaftlichem Wettbewerbsinteresse die Kommission ohne Beteiligung des Rates und des europäischen Parlaments Richtlinien erlassen darf, die zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen in der Union führen. Im Rahmen dieses Verfahrens ergingen im Zeitraum von ca 8 Jahren die Endgeräterichtlinie<sup>33</sup>, die Diensterichtlinie<sup>34</sup>, die Satellitenrichtlinie<sup>35</sup>, die Kabelfernsehrichtlinie<sup>36</sup>, die Mobilfunkrichtlinie<sup>37</sup> und die Änderungsrichtlinie<sup>38</sup>. Alle jene Richtlinien waren primär Wettbewerbsrichtlinien, doch vermag deren Inhalt schnell von essentieller Wichtigkeit für das gesamte Telekommunikationsrecht zu überzeugen. Wie die Titel dieser Wettbewerbsmaßnahmen bereits erahnen lassen, stellen diese Richtlinien iVm mit den ONP-Richtlinien<sup>39</sup>, die in späterer Folge schon vom Rat und ggf vom Europäischen Parlament erlassen wurden, einerseits sowohl den Beginn der europäischen Gesetzgebung im Bereich der Informationstechnologie dar. Andererseits dienen sie auch heute noch in inhaltlich und formell stark veränderter Form als Grundgerüst des europäischen Telekommunikationsrechts. Die ONP-Richtlinien, bestehend aus der Rahmenrichtlinie<sup>40</sup>, Mietleitungsrichtlinie<sup>41</sup>, Sprachtelefondienstrichtlinie<sup>42</sup>, Zusammenschaltungsrichtlinie<sup>43</sup>,

---

<sup>32</sup> Ex Art 86 Abs 3 EGV, Stammfassung Art 90 Abs 3 EWG.

<sup>33</sup> Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16.5.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendgeräte, ABI L 1988/131, 73.

<sup>34</sup> Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABI L 1990/192, 10.

<sup>35</sup> Richtlinie 94/46/EWG der Kommission vom 13.10.1994 zur Änderung der Richtlinie 88/301/EWG und 90/388/EWG, insb. Betreffend die Satelliten-Kommunikation, ABI L 1994/268, 15.

<sup>36</sup> Richtlinie 95/51/EWG der Kommission vom 18.10.1995 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehrichtlinien für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABI L 1995/256, 49.

<sup>37</sup> Richtlinie 96/2/EWG der Kommission vom 16.1.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABI L 1996/20, 59.

<sup>38</sup> Richtlinie 96/19/EWG der Kommission vom 13.3.1996 hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABI L 1996/74, 13.

<sup>39</sup> Der Ausdruck ONP steht in diesem Zusammenhang für „open network provision“ dt. offener Zugang zu den öffentlichen Kommunikationsnetzen.

<sup>40</sup> Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarkts für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs, ABI L 1990/192, 1.

<sup>41</sup> Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5.6.1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABI L 1992/165, 27.

<sup>42</sup> Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABI L 1998/101, 24.

<sup>43</sup> Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABI L 1997/199, 32.

Genehmigungsrichtlinie<sup>44</sup> und der Datenschutzrichtlinie<sup>45</sup> bildeten im Wesentlichen die Vorgänger des Telekommunikationsrichtlinienpaket 2002/19/EG – 2002/22/EG und der Richtlinie 2002/58/EG. Die ONP-Richtlinien hatten die Aufgabe, die von Monopolstellungen durchgezogene Marktstruktur in einen offenen Markt überzuführen. Die ONP-Richtlinien sind im Zuge der Erlassung des Telekommunikationspakets alle außer Kraft gesetzt worden. Auf die weitere Entwicklung bis zum Ist-Stand wird in Hauptstück 4 im Rahmen der Bearbeitung der aktuellen Maßnahmen im Telekommunikationsrecht näher eingegangen. *Wiechert* bietet in seinem Werk einen umfassenden Überblick über die historischen Maßnahmen im Bereich der Telekommunikation<sup>46</sup>.

### 2.1.2 Internetrecht

Die technische Entwicklung des Internets begann in den späten 60er Jahren, als die Netze, die auf dem TCP/IP-Protokoll basierten, realisierbar wurden. War in den Frühphasen des Internets aufgrund der wirtschaftlichen Irrelevanz dieser Technologie eine Netiquette<sup>47</sup> ausreichend, wurden bereits im Jahr 1999 mit elektronischer Abwicklung von Geschäftsprozessen im Internet weltweit Umsätze von 180 Milliarden Euro getätigt<sup>48</sup>. Diese rasante technische Entwicklung führte dazu, dass innerhalb kurzer Zeit einige grundlegende Verhaltensregeln nicht mehr ausreichend waren, um diese Transaktionsfülle rechtlich zu umkleiden und im Bereich des Internetrechts für Rechtssicherheit zu sorgen. Es eröffnete sich daher ein eklatanter Regulierungsrückstand, der dazu führte, dass die nationale Literatur vor der europäischen Regulierung nach Ansätzen suchte<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABI L 1997/117, 15.

<sup>45</sup> Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABI L 1998/24, 1.

<sup>46</sup> *Wiechert*, Europäisches Telekommunikationsrecht (Loseblattsammlung).

<sup>47</sup> Die Netiquette beschreibt einen Verhaltenskodex im Internet, dem insofern rechtliche Relevanz zukommt, als die nationalen Umsetzungen uU auf diese hinweisen. In der österreichischen Umsetzung weist § 9 Abs 2 ECG auf die Verhaltensregeln ausdrücklich hin. Vgl *Zankl*, Kommentar zum E-Commerce-Gesetz, Rz 141. Zu dem Thema, ob das Internet ein rechtsfreier Raum ist, bzw inwieweit sich gesetztes Recht mit der Netiquette, Verträgen und Nutzungsordnung vereinen lässt vgl auch *Scherz*, Die Netiquette als selbstregulierendes Instrument in der computervermittelten Kommunikation, 61ff.

<sup>48</sup> *Holzner* in *Eilmansberger*, Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht: Internet und Recht, 3.

<sup>49</sup> *Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, ÖJZ 1997/641.

Richtigerweise hat daher auch schon *Zankl* festgestellt, dass das Internet kein rechtfreier Raum ist<sup>50</sup>. Das Internet verursacht dabei verschiedenste Problemkreise, die im Wesentlichen auf folgende vier Punkte reduziert werden können:

- Informationsubiquität
- Informationsdezentralität
- Informationsdynamik
- Informationsflut

Dass diese Punkte unterschiedlich geregelt sind, lässt bloß darauf schließen, dass es sich im Bereich des Internets um einen rechtsinhomogenen Raum aber nicht um einen rechtsfreien Raum handelt<sup>51</sup>.

Die weitere geschichtliche Entwicklung des Vertragsrechts wird aufgrund des fließenden Übergangs der Geschichte in den rechtlichen Ist-Bestand in Punkt 5.1 weiter ausgeführt.

## **2.2 Grundlagen der Rechtsangleichung im AEUV**

Schon weiter oben wurde kurz angesprochen, dass das Weißbuch der europäischen Kommission zur Vollendung des Binnenmarkts<sup>52</sup> eine Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung vorsah. Damit diese „Angleichung“, „Harmonisierung“ bzw. „Koordinierung“<sup>53</sup> geschehen konnte/kann, benötigen die Organe der Union gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>54</sup> primärrechtliche Grundlagen, auf die im Folgenden kurz eingegangen wird. Abgesehen von der Kompetenzaufteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, die in dieser Arbeit weiter unten kurz erläutert wird, sieht Art 3 Abs 3 EUV vor, dass es Aufgabe der Union ist, einen funktionsfähigen gemeinsamen Markt zu schaffen und zu erhalten<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>, Rz 252 mit Weiterverweis auf *Zankl*, Kommentar zum E-Commerce-Gesetz, Rz 1f: „legal patterns apply to electronic transactions in the same way as they apply to common business“.

<sup>51</sup> Genauerer dazu in *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>, Rz 253ff.

<sup>52</sup> Siehe Fn 29.

<sup>53</sup> Jene drei Begriffe finden sich an verschiedenen Stellen im AEUV. Diese Begriffe werden jedoch immer gleichbedeutend verwendet. Vgl zB Art 52 Abs 2, Art 113 oder auch Art 114 Abs 1 AUEV.

<sup>54</sup> Vgl dazu unten Punkt 8.2.1.

<sup>55</sup> Dies deckt sich auch mit den Zielen, die die Kommission im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarkts genannt hat.

Der AEUV enthält eine ganze Reihe an Artikeln, die Rechtsgrundlagen für eine Harmonisierung schaffen. Es gibt Kompetenzgrundlagen, die jeweils in unmittelbarem Sachzusammenhang mit den betreffenden Politikbereichen stehen, wie zB die Artikel 50<sup>56</sup>, 52-54<sup>57</sup>, 59<sup>58</sup> und 62<sup>59</sup> für den Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit oder auch Art 43<sup>60</sup> für die Landwirtschaftspolitik. Die Aufzählung der Kompetenznormen könnte noch beliebig fortgesetzt werden, die speziellen Kompetenzen des AEUV haben aber für IT-rechtliche Rechtsakte in der Praxis keine Relevanz<sup>61</sup>.

Vor allem aus politischen Gründen basieren einige Rechtsakte im Bereich der IT zum Teil noch auf speziellen Kompetenzgrundlagen, wie dies oben schon gezeigt wurde<sup>62</sup>. Von zentraler Bedeutung, wenn auch funktional auf den Binnenmarkt beschränkt, sind allerdings die Kompetenzgrundlagen der Artikel 115<sup>63</sup> und 114<sup>64</sup>. Der Großteil jener Rechtsakte, die im späteren Verlauf der Arbeit abgehandelt werden, wurde im Rahmen dieser Rechtsangleichungskompetenzen erlassen.

Artikel 115 ist jene Rechtsangleichungskompetenznorm, die bereits seit 1958 im Gründungsvertrag zu finden ist<sup>65</sup>. In Artikel 115 ist vorgesehen, dass der Rat einstimmig, auf Vorschlag der Kommission Richtlinien erlassen kann, die unmittelbar zur Errichtung oder zum besseren Funktionieren des Binnenmarkts führen. Das Europäische Parlament hat gemäß dieser Bestimmung bloß ein Anhörungsrecht, was insbesondere aus strenger demokratischer Sicht bedenklich erscheint. Hervorzuheben ist, dass Art 115 als einzige Handlungsform die Richtlinie nennt.

Mit der EEA<sup>66</sup> wurde jedoch als Spezialbestimmung zu Art 115 der Art 114 geschaffen, um die Rechtsangleichung politisch einfacher zu gestalten und die

---

<sup>56</sup> Ex Art 44 EGV.

<sup>57</sup> Ex Art 46-48 EGV.

<sup>58</sup> Ex Art 52 EGV.

<sup>59</sup> Ex Art 55 EGV.

<sup>60</sup> Ex Art 37 EGV.

<sup>61</sup> Vgl dazu die Ausführungen unter Punkt 8.2.

<sup>62</sup> Insbesondere alle Wettbewerbsrichtlinien im Bereich des IT-Rechts, die auf Art 106 Abs 3 (ex Art 86 Abs 3 EGV) basieren. Aktuelles konkretes Beispiel für Wettbewerbsmaßnahmen nach Art 106 Abs 3 ist etwa auch die in dieser Arbeit erwähnte Richtlinie 2008/63/EG, vgl dazu unten Punkt 4.9.3.

<sup>63</sup> Ex Art 94 EGV.

<sup>64</sup> Ex Art 95 EGV.

<sup>65</sup> Vgl *Röttiner* in *Lenz/Borchardt*, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft<sup>4</sup> § 94 Rz 2.

<sup>66</sup> Die Einheitliche Europäische Akte war eine der ersten wichtigen Änderungen der Gründungsverträge und führte am 1.7.1987 zu einer Verstärkung der Integration. Die EAA ermöglichte durch weitgehende Einführung von Mehrheitsbeschlüssen in den Organen der EU auch eine leichtere politische Willensbildung. Vgl dazu *Fischer/Köck/Karollus*, *Europarecht*<sup>4</sup> Rz 102 ff.



Erschaffung des Binnenmarkts wirksam voranzutreiben. In der heutigen Praxis spielt Art 114, obwohl er als Allgemeinnorm gegenüber den spezielleren Harmonisierungsnormen zurücktritt, eine überwiegende Rolle, weswegen auch nur auf diesen Artikel eingegangen wird<sup>67</sup>.

Gemäß Art 114 Abs 1 erlässt „der Rat gemäß dem Verfahren des Art 294<sup>68</sup> AEUV und nach Anhörung des WSA<sup>69</sup> die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.“ Wichtig ist, dass durch den Verweis von Art 114 auf Art 294 der Rat im Gegensatz zum früheren Art 115 jene Maßnahmen nicht mehr einstimmig sondern schon mit qualifizierter Mehrheit beschließen kann und dem Europäischen Parlament nicht bloß ein Anhörungsrecht sondern ein Mitwirkungsrecht zugestanden wird. Artikel 114 kann als Rechtsgrundlage nur dann herangezogen werden, wenn die vorgesehene Maßnahme einen erheblichen Beitrag zu Errichtung des Binnenmarkts leistet. Dass Art 114 eine allgemeine Rechtsharmonisierungsnorm ist, zeigt auch dessen Abs 2, der die Anwendung des Abs 1 auf Politikbereiche wie Steuern, Freizügigkeit und Rechte und Interessen der Arbeitnehmer verbietet. Selbst wenn also in jenen Politikbereichen die Voraussetzungen des Abs 1 erfüllt sind, muss sich der europäische Gesetzgeber auf speziellere Kompetenzbestimmungen stützen. Diese drei Politikbereiche stellen im Wesentlichen die „Restbestände“ dar, bei denen sich der europäische Gesetzgeber auf Art 115 stützen muss<sup>70</sup>.

Rechtsvereinheitlichende Maßnahmen können, wie oben schon ausgeführt gem Art 114 vom Rat mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden. Dies führt zwar zu einer einfacheren politischen Willensbildung, hat allerdings die negative Auswirkung, dass Mitgliedstaaten, die ein besonders hohes Schutzniveau in den zu vereinheitlichenden Rechtsgebieten, haben, schlichtweg überstimmt werden könnten. Damit insbesondere auch bei den technischen Vereinheitlichungen kein „race to the bottom“<sup>71</sup> stattfindet, verpflichtet Art 114 Abs 3 die Kommission bei der Ausarbeitung

---

<sup>67</sup> Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*<sup>4</sup>, 564.

<sup>68</sup> Ex Art 251 EGV.

<sup>69</sup> Wirtschafts- und Sozialausschuss.

<sup>70</sup> *Röttinger* in *Lenz/Borchardt*, *Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*<sup>4</sup> § 95 Rz 2.

<sup>71</sup> Mit dem Begriff des Abwärts-Wettlaufs wird ein Prozess beschrieben, der den Abbau diverser Standards im globalisierten Wettbewerb beschreibt. Würde die EU bei Erlassung von Maßnahmen stets von einem niedrigen Niveau ausgehen, könnten die Wirtschaftsteilnehmer ihre Produktion/Produktionsstätten in jenen Mitgliedstaat übersiedeln, wo die niedrigsten sozialen, arbeitsrechtlichen oder umweltrechtlichen Rahmenbedingungen

neuer Maßnahmenvorschläge vor allem in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau auszugehen<sup>72</sup>. Der EuGH weitete diese Verpflichtung auf sämtliche Organe der Union aus und verlangte überdies, dass iZm der Höhe des Schutzniveaus auch neue wissenschaftliche Ergebnisse zu berücksichtigen sind<sup>73</sup>.

Weitere Absicherung mitgliedstaatlicher Interessen bilden die Absätze 4-9 des Art 114. Demnach steht es den Mitgliedstaaten offen, trotz Harmonisierung weiterhin nationale Bestimmungen beizubehalten und anzuwenden, wenn der Mitgliedstaat diese für erforderlich hält, um wichtige Erfordernisse iSd Art 36<sup>74</sup>, den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz zu gewährleisten<sup>75</sup>. Abweichende mitgliedstaatliche Regelungen sind gemäß der Intention des Art 114 selbstverständlich nur dann zulässig, wenn dies zu höheren Schutzniveaus als jene, die bereits unionsrechtlich erreicht sind, führt. Nicht zu verkennen ist, dass jene Ausnahmeregelungen dennoch dazu führen, dass Rechtsgebiete nicht abschließend vereinheitlicht bzw angeglichen werden können. Damit den Mitgliedstaaten hier nicht Tür und Tor geöffnet ist, sich einer Harmonisierung zu widersetzen, muss, wenn eine solche Ausnahmeregelung beabsichtigt ist, ein spezielles Verfahren (Art 114 Abs 7-9) durchlaufen werden. Bei der anschließenden Darstellung des europäischen IT-Rechts und dessen Untersuchung, kann aufgrund der Vielzahl solcher Bestimmungen nicht auf die einzelstaatlichen Sonderregelungen eingegangen werden.

---

herrschen. Dies würde in weiterer Folge zu enormen Wettbewerbsverzerrungen führen. Die Mitgliedstaaten mit den höheren Schutzniveaus wären gezwungen, ihre Rahmenbedingungen ebenfalls zu lockern, um die Wirtschaftsteilnehmer wieder dazu zu bringen in ihrem Hoheitsbereich tätig zu werden. Denkt man dieses Modell theoretisch zu Ende würden sich sämtliche arbeits-, sozial- und umweltrechtlichen Mindestniveaus zu Gunsten einer unbeschränkten Produktivität und auf Kosten der Menschen in Luft auflösen. Es würden wieder arbeits-, sozial- und umweltrechtliche Bedingungen wie vor 100 Jahren herrschen. Dieses Modell ist ohne weitere Probleme auch auf alle technischen Vorschriften und Standards anwendbar, da auch in diesem Bereich die gesellschaftlichen Schutzinteressen enorm leiden könnten.

<sup>72</sup> Röttner in *Lenz/Borchardt*, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft<sup>4</sup> § 95 Rz 6.

<sup>73</sup> EuGH 14.7.1998, C-284/95, *Safety Hi-Tech*.

<sup>74</sup> Ex Art 30 EGV.

<sup>75</sup> Nationale Bestimmungen dürfen beibehalten und weiterhin angewendet werden, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des Werterhalts nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentum erforderlich erscheint. Diese Aufzählung in Art 36 ist abschließend. Weiters dürfen solche Ausnahmeregelungen weder willkürlich diskriminieren noch eine verschleierte Beschränkung für das Funktionieren des Binnenmarkts darstellen. Was die oben genannten Gründe nun genau umfassen, vgl *Oppermann*, Europarecht<sup>4</sup> § 23 Rz 41ff.

## **2.3 Maßnahmen der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung**

In den folgenden Ausführungen wird der Vollständigkeit halber kurz auf die Rechtswirkungen der einzelnen Maßnahmen eingegangen.

### **2.3.1. Verordnungen**

Die Verordnungen der EU stellen rechtsvereinheitlichende Maßnahmen dar und sind somit als die „wahre europäische Befugnis“ (*Gilles Savary*) zu werten. Mittels der Verordnung ist es der EU möglich supranationales Recht zu schaffen. Verordnungen sind durch folgende Voraussetzungen ihrer Wirkungen gekennzeichnet:

- Allgemeine Geltung,
- Verbindlichkeit in all ihren Teilen,
- Unmittelbare Wirkung in jedem Mitgliedstaat.

Verordnungen sind mit Kundmachung automatisch, dh ohne weitere Ratifikationsprozesse durch die nationalen Gesetzgeber rechtswirksam und anwendbar. Sowohl die Mitgliedstaaten als auch die einzelnen Rechtssubjekte können durch die Verordnung berechtigt oder verpflichtet werden. Innerstaatliches Recht, welches der Verordnung widerspricht, darf von den Rechtsanwendern der Mitgliedstaaten nicht mehr angewendet werden. Weitere Unklarheiten, wie diese zum Teil bei den Richtlinien auftreten, gibt es daher bei den Verordnungen nicht.

Verordnungen scheinen im europäischen IT-Recht vor allem dort auf, wo auf eine absolut – in allen 27 Mitgliedstaaten – gleiche Rechtsgrundlage nicht verzichtet werden kann. Es soll den Mitgliedstaaten dadurch nicht möglich sein, bei nationalen Umsetzungen eventuell das unionsrechtliche Regelungsniveau zu unterschreiten. Im Bereich des IT-Rechts kann in diesem Zusammenhang insb auf die Verordnungen (EG) Nr. 717/2007 und (EG) Nr. 544/2009 hingewiesen werden, die die Beschränkung der Mobilfunktarife zum Inhalt haben<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Näheres zu diesen Verordnungen siehe unter Punkt 4.8.

### 2.3.2 Richtlinien

Richtlinien stellen im Gegensatz zu Verordnungen nur rechtsangleichende Maßnahmen dar. Sie sind nur bezüglich des zu erreichenden Zieles verbindlich und richten sich im Gegensatz zu den Verordnungen nur an die Mitgliedstaaten. Die Wahl und Form, in der die nationalen Umsetzungen ausgearbeitet werden müssen, obliegen somit den Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten haben, sofern es durch den Richtlinien text zu einer Berechtigung und Verpflichtung von Privatpersonen kommt, jedoch nationale Umsetzungsnormen zu wählen, denen eine generell abstrakte Außenwirkung zukommt<sup>77</sup>. Eine bloße Änderung der Verwaltungspraxis ist ebenso ungenügend, wie ein Akt, der bloß verwaltungsinterne Wirkung hat. Auch Wendungen in nationalen Umsetzungsnormen wie „im Regelfall“ lässt der EuGH als gültige Umsetzung nicht gelten<sup>78</sup>. Werden allerdings durch Richtlinien nur Verwaltungsorganisationen bzw. –praxen abgeändert, muss das oben Angesprochene vom Richtliniengeber nicht beachtet werden.

Dass Richtlinien bloß hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich sind, mag nicht darüber hinwegtäuschen, dass es dem europäischen Gesetzgeber dennoch erlaubt ist, präzise Formulierungen in die Richtlinien text aufzunehmen. Es ist also keineswegs primärrechtswidrig, den Richtlinien text so zu formulieren, dass für nationale Umsetzungen keinerlei Spielraum mehr bleibt. Gerade im Bereich des IT-Rechts, welches auf jede Menge technischer Definitionen, Grenzwerte oder Standards angewiesen ist, findet sich eine Fülle von Richtlinien texten, die unverändert in das nationale Recht umzusetzen sind<sup>79</sup>. Ein weiterer Beweis dafür, dass es durchaus Sinn ergibt, sich bloß auf die europäischen „Rahmenbedingungen“ zu konzentrieren, da diese zum größten Teil in allen 27 Mitgliedstaaten annähernd gleich sind. Es kommt hier das Paradoxon zum Vorschein, dass durch rechtsangleichende Maßnahmen im Bereich der IT größtenteils vereinheitlichtes Recht geschaffen wird. Einziges „minus“ der Richtlinie gegenüber der Verordnung

---

<sup>77</sup> Vgl. *Oppermann*, *Europarecht*<sup>4</sup>, § 10 Rz 103.

<sup>78</sup> EuGH 28.2.1991, C-131/88, *Deutschland/Rat*.

<sup>79</sup> Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Umsetzungen siehe unten Punkt 8.2.3.

besteht sohin nur in dem Punkt, dass Verordnungen schon ab Kundmachung unmittelbar gelten<sup>80</sup>.

### 2.3.3 Beschlüsse und Entscheidungen

Beschlüsse iSd Art 288<sup>81</sup> (des Rates oder der Kommission) verwirklichen Einzelregelungen, die ihrerseits für den, den sie bezeichnen, verbindlich und uU auch unmittelbar anwendbar sind<sup>82</sup>. Sie unterscheiden sich in der Verordnung einzig und alleine darin, dass ihr Adressatenkreis nicht unmittelbar abstrakt ist. Für das europäische IT-Recht spielen jene Entscheidungen nur eine sehr untergeordnete Rolle, sie werden daher – falls vorhanden – in der vorliegenden Arbeit nur punktuell zu den jeweiligen Verordnungen oder Richtlinien behandelt.

Urteile des EUGH sind ebenfalls Einzelfallentscheidungen, denen aber konkretisierende Wirkung zukommt. Für das europäische IT-Recht spielen sie vereinzelt eine wesentliche Rolle. Auf Urteile des EuGH, die europäisches IT-Recht spezifizieren, fortentwickeln oder ändern, kann in der vorliegenden Arbeit ebenfalls nur punktuell eingegangen werden, da dies den Rahmen dieser Arbeit bei Weitem sprengen würde.

### 2.3.4 Sonstige Rechtsakte

Abgesehen von den Rechtsakten, wie sie im Art 288<sup>83</sup> beschrieben sind, finden sich unüberschaubare Mengen an Empfehlungen, Stellungnahmen, Mitteilungen der Kommission, Beschlüssen des Rates und sonstiger Rechtsakte sui generis, die einen IT-rechtlichen Inhalt aufweisen. Da jedoch keinem dieser Rechtsakte eine verbindliche Außenwirkung gegenüber den Rechtsunterworfenen oder den

---

<sup>80</sup> Jedoch darf aus dieser Aussage nicht der Schluss gezogen werden, dass nicht auch Richtlinienenteile unmittelbar anwendbar werden. Richtlinien können jedoch keinesfalls schon ab Kundmachung so einschneidende Wirkungen erzielen wie Verordnungen. Näheres dazu siehe unter Punkt 2.4.2.

<sup>81</sup> Ex Art 249 EGV; Die "Entscheidungen" iSd Art 249 EGV wurden im Zuge der Neufassung durch den Vertrag von Lissabon (Art 288 AEUV) in "Beschlüsse" umbenannt. Diese Bezeichnung ist zwar auf den ersten Blick ungewohnt, ist aber vor allem in der Hinsicht zu begrüßen, dass sich die Beschlüsse des Rates bzw der Kommission jetzt auch begrifflich von den tatsächlichen Einzelfallentscheidungen des EuGH unterscheiden.

<sup>82</sup> Sind gewisse, vom EUGH in EuGH 6.10.1970, Rs 9-70, „*Franz Grad/Finanzamt Traunstein*“, normierte Voraussetzungen erfüllt, sind auch Entscheidungen unmittelbar anwendbar.

<sup>83</sup> Ex Art 249 EGV.

Mitgliedstaaten zukommt, werden diese in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht könnte man jene Rechtsakte bloß als „soft law“ beschreiben. Aus rechtspositivistischem Sichtwinkel betrachtet, ist solch „weiches Recht“ jedenfalls irrelevant. Es darf aber nicht verkannt werden, dass „Soft Law“ oft der politischen Meinungsbildung dient oder sie zumindest beeinflusst.

## **2.4 Geltung und Anwendung des europäischen IT-Rechts in den Mitgliedstaaten**

### **2.4.1 Art des Vorrangs, Folgen des Vorrangs**

Die Frage, ob dem europäischen IT-Recht durch einen Geltungsvorrang oder durch einen Anwendungsvorrang zum Vorrang verholfen wird, ist zwar nur eine rechtstheoretische Frage, dennoch sollte kurz auf die verschiedenen Ansichten, eingegangen werden. Geht man von der Annahme aus, dass dem Unionsrecht einen Geltungsvorrang zukäme, würde man behaupten, dass im Kollisionsfall mit einer nationalen Rechtsvorschrift die letztgenannte ihre Geltung verliert. Jene nationalen Normen würden also ohne jeglichen gesetzgeberischen Akt der Mitgliedstaaten für nichtig erklärt werden. Diese Eingriffsintensität ist nicht nur bedenklich, sondern auch völlig unangebracht. Ich stimme daher *Fischer* und der überwiegenden Literatur zu und bin der Meinung, dass dem Anwendungsvorrang der Vorzug zu geben ist. Dieser sieht vor, dass die widersprechenden nationalen Regelungen vom Unionsrecht bloß verdrängt werden, wogegen in die Geltung dieser Normen nicht eingegriffen wird. Dies entspricht, wie *Fischer* zutreffend feststellt, auch dem Grundsatz der rechtlichen Ökonomie<sup>84</sup>.

Alle mitgliedstaatlichen Instanzen haben daher nationale Regelungen, die dem Unionsrecht widersprechen, von Amts wegen nicht mehr anzuwenden. Nationale Regelungen, die erst nach der unionsrechtlichen Regelung erlassen wurden und mit dieser unvereinbar sind, dürfen nicht angewandt werden. Jene Ausführungen sind jedoch nur auf Primärrecht und Sekundärrecht, welches unmittelbare „Geltung“

---

<sup>84</sup> *Fischer* in *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht<sup>4</sup>, Rz 854f.

beansprucht, anzuwenden (Verordnungen und Entscheidungen). Für Richtlinien gilt Besonderes<sup>85</sup>, wie anschließend gleich aufgezeigt wird.

## 2.4.2 Anwendung von Richtlinien

### 2.4.2.1 Allgemeines

Dass Richtlinien nur bezüglich der von ihnen vorgegebenen Ziele verbindlich sind, wurde oben schon abgehandelt. Das bedeutet konkret, dass Richtlinien prinzipiell nicht dazu dienen, unmittelbar anwendbares Unionsrechts zu schaffen. Da die Umsetzungsmoral der Mitgliedstaaten in den letzten Jahren jedoch gelitten hat, hat der EuGH eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen bejaht. Weiters verpflichtete er die Mitgliedstaaten zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts. Aus logischen Überlegungen wird im Folgenden kurz zuerst auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen eingegangen, gefolgt von einer kurzen Untersuchung der richtlinienkonformen Interpretation. Denn sobald Richtlinienbestimmungen unmittelbar anwendbar sind, bleibt für eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung kein Raum mehr<sup>86</sup>.

### 2.4.2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen

Immer wieder wurden diverse Richtlinien von den Mitgliedstaaten nicht fristgerecht umgesetzt. Auch heute noch ist diese „Unart“ ua auch in Österreich sehr weit verbreitet<sup>87</sup>. Damit sich die Mitgliedstaaten aber der Rechtangleichung nicht beliebig entziehen können, hat der EuGH schon im Jahr 1974 in seinem Urteil *Van Duyn* eine unmittelbar vertikale Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt und im späteren Verlauf sukzessive weiterentwickelt<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Siehe Punkt 2.4.2.

<sup>86</sup> Vgl auch *Canaris* in *Koziol*, Im Dienste der Gerechtigkeit (Festschrift Franz Bydlinsky), 55.

<sup>87</sup> Als prominentes Beispiel wäre hier die noch immer ausstehende Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie (2006/24/EG) zu nennen, deren Umsetzungsfrist bereits abgelaufen ist. Vgl dazu auch die Übersicht im 9. Hauptstück.

<sup>88</sup> EuGH 4.12.1974, Rs 41/74, *Yvonne van Duyn/Home Office*.

Im Bereich der direkten Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen muss zwischen der vertikalen Anwendung und der horizontalen Anwendung unterschieden werden, da die Rechtsfolgen unterschiedlich sind. Dass eine Richtlinie unmittelbar vertikal anwendbar ist, bedeutet, dass sich ein Individuum gegenüber dem Mitgliedstaat direkt auf einzelne Richtlinienbestimmungen berufen kann, um daraus Rechtsansprüche abzuleiten. Der Mitgliedstaat soll sich durch den Umsetzungsverzug nicht der Verpflichtung entziehen können, durch sein Belieben seinen Rechtsunterworfenen diverse Vorteile des Unionsrechts vorzuenthalten. Schon aus diesen kurzen Ausführungen lassen sich teilweise die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit, als auch schon deren Begründung herauslesen. Eine Richtlinienbestimmung ist vertikal dann unmittelbar anwendbar, wenn:

- sie unbedingt und inhaltlich hinreichend genau formuliert ist, sie sich also ihrem Normenwesen nach zu einer unmittelbaren Anwendung eignet und
- der Mitgliedstaat mit der Umsetzung der Richtlinie in Verzug geraten ist.

Damit die Mitgliedstaaten durch erzwungene „Spontanumsetzungen“ diese Anwendbarkeit nicht verhindern, ist weiters zu verlangen, dass eine Richtlinienbestimmung auch unmittelbar anwendbar bleibt, wenn sie in der nationalen Umsetzung nicht oder nur unzureichend umgesetzt wird. Einer fehlerhaften Umsetzung oder sogar einer Nichtberücksichtigung einzelner unionsrechtlicher Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten soll daher vorgebeugt werden. Als Begründung für die Schaffung dieses Instituts wurde zT das „estoppel“-Prinzip<sup>89</sup> als auch der Grundsatz des „effet utile“<sup>90</sup> angegeben. Das „estoppel“-Prinzip ermöglicht grundsätzlich die vertikale Anwendung einer Richtlinie nur in dem Falle, in dem der Einzelne dadurch begünstigt wird. Da der Mitgliedstaat aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten keinen Nutzen ziehen soll, ist die vertikale

---

<sup>89</sup> Das „estoppel“ Prinzip ist ein weit verbreiteter Rechtsgrundsatz, dessen Anwendung in den verschiedenen Rechtsgebieten (zB Prozessrecht, Völkerrecht) möglich ist. Dogmatisch betrachtet bildet dieses Prinzip eine Variante des Grundsatzes von Treu und Glauben. Kernaussage dieses Prinzips ist, dass in einem Rechtsverhältnis sich eine Partei nicht auf ihr eigenes uU rechtswidriges Handeln berufen kann, um dann wiederum gegenüber der anderen Partei Vorteile aus den eigenen Handlungen zu erzielen. Ein Mitgliedstaat soll also nicht die Möglichkeit haben sich auf eine für ihn günstige Regelung des Unionsrechts zu berufen, wenn er selbst daran Schuld hat, dass diese Regelungen für den Rechtsunterworfenen nicht zur Anwendung gelangt. Der EuGH führte dieses Prinzip als weitere Begründung für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen in der Rechtssache EuGH 5.4.1979, Rs 148/78, *Ratti* an.

<sup>90</sup> Jener Rechtsgrundsatz besagt, dass Normen so anzuwenden und auszulegen sind, dass das von der Richtlinie erwünschte Ziel am besten und einfachsten erreicht wird. Der EuGH hat diesen Rechtsgrundsatz schon in EuGH 4.12.1974, Rs 41/74, *Yvonne van Duyn/Home Office* angewandt um zu einer unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen zu gelangen.



Anwendung einer Richtlinienbestimmung ausgeschlossen, wenn der Einzelne dadurch belastet werden würde.

Aus den vorigen Ausführungen bleibt allerdings weiterhin fraglich, ob Richtlinienbestimmungen unter gewissen Voraussetzungen auch im horizontalen Verhältnis angewandt werden können, also dann wenn sich eine Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson auf die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts berufen will. Folgendes Szenario hatte der EuGH erstmals in seine Entscheidung *Marshall* zu beurteilen<sup>91</sup>. Wie oben schon besprochen, lässt es der EuGH nicht zu, dass Richtlinien für den Einzelnen Verpflichtungen begründen, daher war es im vorliegenden Fall nur konsequent, die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen zwischen und gegenüber Privaten zu verneinen, da die Richtlinienbestimmung hier im Zweifelsfall immer zu Lasten einer Partei geht. In der Rechtssache *Dori* untermauerte der Gerichtshof seine Aussage mit dem Argument, dass, wenn er eine Ausdehnung der Direktwirkungsjudikatur auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Unionsbürgern erweitere, es rechtlich keinerlei Unterschiede mehr zwischen Verordnungen und Richtlinien gebe<sup>92</sup>. Die Union sei eben nur dort befugt, unmittelbare Wirkungen für Einzelne festzusetzen, wo sie zum Erlass von Verordnungen ermächtigt wird<sup>93</sup>. Diese Argumentation überzeugt meiner Meinung, denn sonst wären Richtlinien keine Maßnahmen mehr, die Recht angleichen sondern dieses vereinheitlichen. Jegliche nationale Umsetzungsmaßnahmen, wie sie im Art 288<sup>94</sup> iZm Richtlinien vorgesehen sind, wären dadurch mit einem Schlag überflüssig.

### 2.4.2.3 Unionsrechtskonforme Interpretation

#### 2.4.2.3.1 Allgemeines

Dass, wie oben beschrieben, Richtlinien keine unmittelbare Wirkung zwischen Privatrechtssubjekten entfalten, bedeutet allerdings nicht, dass Richtlinienbestimmungen nicht eine gewisse objektive Wirkung auf die nationalen

---

<sup>91</sup> EuGH 26.2.1986, Rs 152/84, *M. H. Marshall/South Hampton und South West Hampshire Area Health Authority*.

<sup>92</sup> EuGH 14.7.1994, C-91/92, *Paolo Faccini Dori gegen Recreb Srl*.

<sup>93</sup> *Eilmannsberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil 1), JBI 2004, 283.

<sup>94</sup> Ex Art 249 EGV.

Rechtsordnungen haben. Für die Anwendung sämtlicher Rechtsnormen ist die Interpretation als Akt der Erkenntnisgewinnung unerlässlich. In Europa bildeten sich durch die Schaffung des Unionsrechts zwei (nationale und supranationale) Rechtsräume. Treten nun Problemfälle oder Fragen auf, die Berührungspunkte mit beiden Rechtsräumen aufweisen, ist für deren Erschließung das Institut der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts von essentieller Bedeutung. So schrieb schon der EuGH in *Murphy* vor, dass jedes nationale Gericht oder Organ „in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Unionsrechtes auszulegen und anzuwenden [habe]; soweit eine solche unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, dürfen [jene Organe und Gerichte] entgegen stehende innerstaatliche Vorschriften nicht anwenden“.<sup>95</sup>

#### 2.4.2.3.2 Richtlinienkonforme Interpretation

Die, auch im Hinblick auf diese Arbeit, wichtigste Ausformung der unionsrechtskonformen Interpretation ist die richtlinienkonforme Interpretation. Da die Quellen des europäischen IT-Rechts zum größten Teil Richtlinien entspringen, darf auf eine kurze Darstellung dieser besonderen Rechtsanwendung nicht verzichtet werden. Im Hinblick auf diese konkrete Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes hat der EuGH in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, dass sich die Organe der Mitgliedstaaten so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinienbestimmungen zu orientieren haben, um so das Ziel zu erreichen, dass die jeweilige Richtlinie vorschreibt. Ob die innerstaatliche Rechtsvorschrift vor oder erst nach Erlass der Richtlinie entstanden ist, ist überdies irrelevant<sup>96</sup>. Es ist weiters, wie oben schon kurz bemerkt, ein Wesensmerkmal der richtlinienkonformen Interpretation, dass diese im Gegensatz zu direkten Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen auch im horizontalen Verhältnis – also auch im Rechtsstreit zwischen Privaten – von den nationalen Gerichten angewandt werden muss<sup>97</sup>.

Strittig ist allerdings weiterhin die Frage, wo die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung zu ziehen sind. Konkret stellt sich eine einfache grundlegende Frage, mit

---

<sup>95</sup> EuGH 4.2.1988, Rs 157/86, *Murphy*, Rz 11.

<sup>96</sup> EuGH 4.2.1988, Rs 157/86, *Murphy*, Rz 11.

<sup>97</sup> Vgl dazu uA EuGH 13.11.1990, C-106/89, *Mearleaving*; EuGH 17.9.1997, C-54/96, *Dorsch*.

der der Rechtsanwender tagtäglich konfrontiert wird. Wie verhält sich die richtlinienkonforme Interpretation im Zusammenspiel mit den anderen Interpretationsmethoden? Schon zu Beginn jeder juristischen Ausbildung lernt man, dass die Akte der Rechtsermittlung (zB historische Interpretation, Wortinterpretation usw) in keinem bestimmten Rangverhältnis zueinander stehen. So gehen auch viele Autoren iS der hL davon aus, dass die klassischen Auslegungsmethoden in keinem Rangverhältnis stehen. Es entspricht weiters der hM, dass der Rechtsanwender sämtliche ihm zur Verfügung stehende Interpretationsmethoden für die Ermittlung des Inhalts einer Norm heranzuziehen hat, wobei die gesammelten Ergebnisse am Ende sorgfältig gegeneinander abzuwägen sind<sup>98</sup>. Unbestritten ist dabei, dass eine Auslegung, die dem eindeutigen Wortlaut einer Norm widerspricht nicht zulässig ist.

Vor allem im Hinblick auf die österreichische höchstgerichtliche Ansicht iZm der richtlinienkonformen Interpretation, hat der VwGH mE völlig zurecht ausgesprochen, dass „einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung (...) im Wege der richtlinienkonformen Interpretation kein entgegengesetzter Sinn verliehen werden [darf]“. Durch richtlinienkonforme Interpretation darf einer nationalen Regelung kein grundlegend neuer normativer Gehalt unterstellt werden. Auch dürfen mit ihr im innerstaatlichen Bereich keine „neuen Institute“ geschaffen werden<sup>99</sup>.

Blickt man nach Deutschland und untersucht dort vor allem die Ansichten von *Canaris*, bemerkt man, dass sich dort das Verständnis der Gleichartigkeit der richtlinienkonformen Interpretation iZm den klassischen Auslegungsmethoden etwas anders darstellt. *Canaris* geht, gestützt auf zwei theoretischen Ansätzen davon aus, dass der unionsrechtskonformen Interpretation sehr wohl ein Vorrang gegenüber den sonstigen Auslegungsmethoden einzuräumen ist. Er begründet dies weiters mit einem schlüssigen pragmatischen Argument. Würde man der richtlinienkonformen Auslegung keinen Vorrang einräumen, wäre der nationale Gesetzgeber zum Eingriff verpflichtet, um einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen, widrigenfalls ihm ein Vertragsverletzungsverfahren droht<sup>100</sup>. Das bedeutet wiederum aber nicht, dass die übrigen Auslegungsmethoden keinen normativen Gehalt ermitteln könnten. Die übrigen Auslegungsmethoden bleiben weiterhin wichtig, da sie in manchen Problemkonstellationen doch eine unüberwindbare Schranke für die

---

<sup>98</sup> *Bydlinski* in *Apathy*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil<sup>3</sup>, 1/47.

<sup>99</sup> VwGH 29.4.2002, 2000/03/0066, Stammrechtssatz des VwGH.

<sup>100</sup> *Canaris* in *Koziol*, FS *Bydlinski*, 70

richtlinienkonforme Auslegung bilden. Ihren Schranken findet aber nach Ansicht von *Canaris*, die sich im Wesentlichen mit der des VwGH deckt, die richtlinienkonforme Interpretation dort, wo es zu einer Contra-legen-Judikatur kommt<sup>101</sup>. Dieses Argument lässt sich auch primärrechtlich untermauern, wonach auch der EuGH die nationalen Rechtsordnungen respektiert und dass das nationale Gericht schlussendlich an den Wortlaut der nationalen Rechtsnorm gebunden ist. Weiters bietet das Primärrecht keine Ansätze, in die innerstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung einzugreifen.

Der EuGH formuliert die Grenze etwas undeutlich und hat in seiner Entscheidung *Harz* bloß ausgesprochen, dass das nationale Organ bei der Auslegung „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, den ihm das nationale Recht einräumt“, vorzugehen hat<sup>102</sup>.

Insgesamt stellt sich die Situation, wie *Öhlinger* richtig ausführt so dar, dass der nationale Rechtsanwender daher ein hohes Maß an „phantasievoller und innovativer Rechtsanwendung, das weit über das traditionelle österreichische Verständnis der Rechtsanwendung als Gesetzesvollzug hinausgeht“ erbringen muss<sup>103</sup>.

Zu den Ausführungen von *Öhlinger* ist jedoch anzumerken, dass bei der Genauigkeit, mit der mittlerweile die europarechtlichen Grundlagen ausgestaltet werden<sup>104</sup>, den nationalen Rechtsanwendern aber ohnedies immer weniger Spielraum (und Phantasie) bei der richtlinienkonformen Interpretation bleibt. Dennoch stimme ich *Canaris* zu, dass die richtlinienkonforme Interpretation nie dazu führen darf, dass sie dem Wortlaut der nationalen Norm widerspricht.

Betont werden soll an dieser Stelle, dass die richtlinienkonforme Interpretation über die direkte Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen hinaus der Herstellung der Unionsrechtskonformität der nationalen Rechtsordnungen dient. Sie wird daher von vielen nationalen Gerichten ausgiebig angewandt. Da allerdings die Gerichte terminologisch nicht genau zwischen den beiden Instituten (der richtlinienkonformen Interpretation und der direkten Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen)

---

<sup>101</sup> *Canaris* in *Koziol*, FS Bydlinski, 73

<sup>102</sup> EuGH 10.4.1984, Rs 79/83, *Harz*, Rz 21.

<sup>103</sup> *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>3</sup>, 94f

<sup>104</sup> Vgl dazu unten Punkt 8.2.3.

unterscheiden, entsteht wohl oder übel eine gewisse Intransparenz einhergehend mit steigender Rechtsunsicherheit für die Betroffenen<sup>105</sup>.

### **2.4.3 Richtlinien mit IT-rechtsrelevanten Inhalten als rechtsvereinheitlichende Rechtsakte der Union**

Lässt man die Überlegungen von oben revuepassieren und kombiniert sie mit jenen, die im vorigen Punkt ausgeführt worden sind, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Richtlinien manchmal weit über das, in Art 288<sup>106</sup> festgesteckte Ziel hinausschießen, und prima facie den Anschein erwecken de facto – ähnlich der Verordnung – ebenfalls rechtsvereinheitlichenden Charakter zu besitzen. Sei es, dass die rechtsvereinheitlichende Charakteristik dadurch erreicht wird, dass die Textierung der Richtlinien sehr genau ist oder dadurch, dass einfach die objektive Wirkung durch die unionsrechtskonforme Auslegung 27 fast gleiche unionsrechtskonforme nationale Rechtsordnungen schafft. Man kann daher mE durchaus berechtigterweise argumentieren, dass diese Entwicklungen bedenklich sind<sup>107</sup>. Gerade für einen Bereich, wie dem IT-Recht, wo viele technische Vorschriften und Grundvoraussetzungen für die Anwendung neuer Technologien geschaffen werden, ist einheitliches bzw angeglichenes Recht unverzichtbar. Einheitliches Recht in 27 Mitgliedstaaten schafft nicht nur die Voraussetzungen für einen fairen und ungehinderten Binnenmarkt, sondern erzeugt darüber hinaus auch noch Rechtssicherheit<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Ruffler, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997/121.

<sup>106</sup> Ex Art 249 EGV.

<sup>107</sup> Die Union darf nach Ansicht mancher nur dort, wo sie ausdrücklich durch den Vertrag ermächtigt ist, Verordnungen zu erlassen, einheitliches Recht schaffen.

<sup>108</sup> Vgl dazu auch unten Punkt 8.4.

## 3. Hauptstück – Datenschutz

### 3.1 Allgemeines und Entwicklung

Die Geschichte des Datenschutzrechts ist einhergehend mit den technischen Entwicklungen der letzten 20 Jahre ein relativ junges Rechtsgebiet. Vor allem durch die in den letzten Jahren ansteigende Zahl automationsunterstützter Datenverarbeitung. Dieses Rechtsgebiet hat jedoch erheblich an Bedeutung gewonnen und bis dato nicht an Brisanz verloren. Das Datenschutzrecht dient, wie der Name schon erkennen lässt, dem Schutz der Daten von Personen, die diese in verschiedenster Weise technologiebedingt (zB Telekommunikation, Internet) preisgeben bzw preisgeben müssen. Eine Außerachtlassung dieses Rechtsgebiets, obwohl es sich größtenteils um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt, wäre in einer wissenschaftlichen Arbeit über das europäische IT-Recht schlichtweg unverantwortlich und würde keine umfassende Darstellung gewährleisten.

Aufgrund der jungen Geschichte des Datenschutzrechts wurde auf eine Darstellung im 2. Hauptstück verzichtet, um hier fließend den Übergang der geschichtlichen Entwicklung in die geltende Rechtslage zu ermöglichen.

1981 startete der erste Versuch durch den Europarat, einen einheitlichen Regelungsrahmen in der Gemeinschaft zu schaffen und er fruchtete schließlich im Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (EuRAT-Conv)<sup>109</sup>. Abgesehen von diesem Abkommen bestand das europäische Datenschutzrecht größtenteils nur aus diversen weiteren Abkommen und Verträgen<sup>110</sup>. Neben der lückenhaften grenzüberschreitenden Regulierung hatten auch schon damals einige Mitgliedstaaten diverse nationale datenschutzrechtliche Regelungsrahmen<sup>111</sup>. Neun Jahre später legte die Kommission bereits ihren ersten Entwurf für die Datenschutzrichtlinie vor. Am 24.10.1995 trat als

---

<sup>109</sup> *Simits/Dammann/Körner*, Datenschutz in der Europäischen Gemeinschaft (1992), I.1.

<sup>110</sup> Vor der Erlassung der Richtlinie 95/46/EG vgl zu dem damaligen Stand vor allem *Simits/Dammann/Körner*, Datenschutz in der Europäischen Gemeinschaft.

<sup>111</sup> Die im Wesentlichen aber aus den Bestimmungen der einschlägigen Gesetze und diversen gerichtlichen Handlungsakten bestanden. In Österreich bestand bereits seit dem Jahr 1978 ein Datenschutzgesetz (DSG 1978 idF BGBl 1978/565), welches aber mit den Regelungen des heutigen DSG 2000 (idF BGBl 2009/135) in weiten Teilen nicht mehr übereinstimmt. Zur Textversion des DSG 1978 siehe <http://www.dsk.gov.at/DocView.axd?CobId=30690>.

Ergebnis dieser ersten Entwürfe die Richtlinie 95/46/EG<sup>112</sup> in Kraft. Man kann ohne Bedenken behaupten, dass diese Richtlinie sowohl das europäische Datenschutzrecht also auch die nationalen Pendant revolutionierte. Die Richtlinien 2002/58/EG und 2006/24/EG sowie die Verordnung 45/2001/EG komplettieren den derzeit in Geltung stehenden europäischen Rechtsbestand im Bereich des Datenschutzes.

### **3.2 Die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>113</sup>**

#### **3.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Wie oben schon kurz bemerkt, setzte diese Richtlinie im Bereich des Datenschutzes neue europäische Maßstäbe. Erstmals wurde ein einheitlicher Regelungsrahmen geschaffen, der innerhalb von drei Jahren auch von allen Mitgliedstaaten umzusetzen war<sup>114</sup>. Diese Richtlinie bildet gleichzeitig aber auch den rechtlichen Grundpfeiler, auf den sämtliche – zeitlich nachfolgende – Rechtsakte anknüpfen. Es kann daher in der vorliegenden Arbeit nicht auf die Darstellung dieser Richtlinie verzichtet werden, obwohl sie bereits vor dem Jahr 2000 erlassen wurde. Der europäische Gesetzgeber erkannte rechtzeitig, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten von wachsender Bedeutung für das Wirtschaftsleben im Binnenmarkt war. Es war daher unerlässlich, die Möglichkeit zu schaffen, Daten im gesamten Gemeinschaftsraum zu annähernd gleichen Bedingungen zu erheben, zu verarbeiten und weiter zu geben. Auf der anderen Seite wollte der europäische Gesetzgeber folgerichtig auf ein einheitliches Schutzniveau für Betroffene hinwirken<sup>115</sup>. Die Mitgliedstaaten haben den freien Verkehr von Daten zu ermöglichen, müssen aber ebenfalls den Schutz der Grundrechte und

---

<sup>112</sup> Die Langtitel der Rechtsakte werden jeweils bei der Überschrift des betroffenen Rechtsakts angegeben.

<sup>113</sup> 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 1995/281, 31.

<sup>114</sup> Vgl Erwägungsgrund (69) und schließlich Art 32 Abs 1 der Richtlinie/95/46/EG.

<sup>115</sup> Vgl Erwägungsgründe 4, 5, 6, 8 und 9.

Grundfreiheiten insb den Schutz der Privatsphäre<sup>116</sup> bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten gewährleisten.

### 3.2.2 Regelungsinhalt

Bei der Einführung neuer Begriffe, ist es wichtig, deren Bedeutung im rechtlichen Sinne ermitteln zu können. Der europäische Gesetzgeber will so weit wie möglich Auslegungsfragen vermeiden, folgerichtig sind gleich im Artikel 2 der vorliegenden Richtlinie grundlegenden Definitionen und Begriffsbestimmungen, die auch für einige andere datenschutzrechtliche Rechtsakte gelten, normiert. Im Folgenden werden daher die wichtigsten Begriffsbestimmungen iS des europäischen Datenschutzrechts erläutert:

**Daten** bzw **personenbezogene Daten**<sup>117</sup>: Dieser Ausdruck bezeichnet sämtliche Informationen über eine bestimmte oder eine bestimmbare (dh das diese Person direkt oder indirekt zB durch Kennnummern oder einem oder mehreren spezifischen Elementen identifiziert werden kann<sup>118</sup>) **betroffene Person**. Der Begriff der betroffenen Person selbst, erfährt in der Richtlinie keine genauere Präzisierung. Bei logischer Überlegung kann der Betroffene aber nur jene Person (unabhängig davon ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt) sein, dessen Daten verwendet werden sollen<sup>119</sup>.

Dem Begriff **Verarbeitung** (von Daten) kommt iS der Datenschutzrichtlinie ein Oberbegriff zu. Die Verarbeitung erfasst sämtliche Schritte, die ein Verantwortlicher durchführt, um an seine gewünschten Ziele zu gelangen<sup>120</sup>.

Unterschieden werden muss in weiterer Folge zwischen dem **für die Verarbeitung Verantwortlichen** und dem **Auftragsverarbeiter**. Während der für die Verarbeitung

---

<sup>116</sup> Art 8 EMRK; Art 7 bzw 8 Charta der Grundrechte der europäischen Union, 2000/C364/01, welche seit der Einführung des neuen Art 6 Abs 1 EUV für sämtliche Mitgliedstaaten, außer Polen, Tschechien und Großbritannien bindend ist; [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf).

<sup>117</sup> Österreich hat überdies von der Möglichkeit, die in Erwägungsgrund (34) dieser Richtlinie gegeben wird, Gebrauch gemacht und auch den Begriff der „sensiblen Daten“ aufgegriffen; Vgl § 4 Z 2 DSG 2000, wonach sensible Daten zB Informationen über das Sexualleben, der politischen Meinung der Gesundheit uvm sind.

<sup>118</sup> So ist zB gemäß dem Stand der technischen Entwicklung jederzeit möglich, die Identität einer Person bloß durch Kenntnis der Mobilfunknummer oder auch einer statischen IP-Adresse (per Auskunft vom Access-Provider), Wohnadresse uva Daten direkt zu ermitteln. Natürlich dürfen solche Auskünfte nur in gesetzlich geregelten Fällen getätigt werden. Vgl dazu insb die Regelungen der Richtlinie 2006/24/EG.

<sup>119</sup> Vgl dazu *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Kommentar zum Datenschutzgesetz 2000, § 4, 4).

<sup>120</sup> Der Richtlinien text selber bringt in Art 2 Buchstabe b) demonstrativ folgende Beispiele: Erheben, Speichern, Organisieren, Aufbewahren, Anpassen, Verändern, Auslesen, Benutzen, Weitergeben, Übermitteln, Kombinieren, Sperren, Löschen und Vernichten.



Verantwortliche<sup>121</sup> die Verarbeitung zu seinen Zwecken durchführen will, ist der Auftragsverarbeiter<sup>122</sup> ein vom für die Verarbeitung Verantwortlichen verschiedenes Rechtssubjekt, welches aber im Auftrag ersteren handelt. **Dritte** sind Datenverarbeiter, die jeweils unter der unmittelbaren Verantwortung eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters stehen<sup>123</sup>. Es entsteht daher in den meisten Fällen die für das Datenschutzrecht typische Dreiecksbeziehung<sup>124</sup> zwischen dem Betroffenen, dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter<sup>125</sup>. Als **Empfänger** wird jemand angesehen, der die verarbeiteten Daten erhält, außer es handelt sich um eine Behörde, die im Rahmen eines Untersuchungsauftrages gehandelt hat<sup>126</sup>.

Die Datenschutzrichtlinie findet sowohl auf die klassische als auch auf automationsunterstützte Verarbeitung von Daten, die sich bereits in einer Datei<sup>127</sup> befinden oder in eine solche aufgenommen werden sollen, Anwendung. Die Datenschutzrichtlinie greift allerdings nicht in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten ein, sodass zB Verarbeitungen betreffend die öffentliche Sicherheit oder die Landesverteidigung ausgenommen sind<sup>128</sup>.

Da es erwartungsgemäß bei den Umsetzungen zur Datenschutzrichtlinie zu leichten Abweichungen in den nationalen Gesetzen kommen kann, normiert die Richtlinie ebenfalls, welches mitgliedstaatliche Gesetz bei grenzüberschreitenden Sachverhalten anzuwenden ist. Die in Artikel 4 normierte Kollisionsnorm legt dementsprechend fest, dass bei der Verarbeitung von Daten, der Verantwortliche dafür sorgt, dass seine Niederlassungen in einem anderen Mitgliedstaat jeweils auch dessen Vorschriften zu beachten haben. Niederlassungen, die der Verantwortliche

---

<sup>121</sup> Siehe FN 122.

<sup>122</sup> Die österreichische Umsetzung hat mE die Begrifflichkeiten der Art 2 Buchstabe d) und e) verständlicher dargestellt und benennt den „für die Verarbeitung verantwortlichen“ als Auftraggeber (§ 4 Z 4 DSG) und den „Auftragsverarbeiter“ als Dienstleister (§ 4 Z 5 DSG).

<sup>123</sup> zB Mitarbeiter eines Unternehmens oder Bedienstete einer Behörde.

<sup>124</sup> Zur übersichtlichen grafischen Darstellung vgl. *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Kommentar zum Datenschutzgesetz 2000, XXVIII.

<sup>125</sup> Jeder dieser Begriffe umfasst sowohl natürliche als auch juristische Personen, als auch öffentlich-rechtliche Einrichtungen.

<sup>126</sup> Zur Rollenverteilung im österreichischen Datenschutzrecht vgl. auch *Jahnel*, Informatikrecht<sup>2</sup>, 246ff.

<sup>127</sup> Datei beschreibt eine schon strukturierte Sammlung von Daten, welche nach bestimmten Kriterien zugänglich ist, unabhängig davon nach welchen Gesichtspunkten sie geführt wird. Vgl. dazu *Jahnel*, Informatikrecht<sup>2</sup>, 249.

<sup>128</sup> Vgl. dazu Art 3 Abs 2 Spiegelstrich 1.

in einem anderen Mitgliedstaat hat, müssen daher die Vorschriften dieses Mitgliedstaats anwenden<sup>129</sup>.

Prinzipiell lässt die Datenschutzrichtlinie die Verarbeitung von Daten zu, wenn der Verantwortliche aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift handelt oder die Einwilligung des Betroffenen vorliegt. Damit die Mitgliedstaaten allerdings nicht willkürlich gesetzliche Grundlagen, die die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Daten herstellen, erlassen, stellt die Richtlinie gewisse Grundvoraussetzungen auf, wie die Verarbeitungsnormen vom Gesetzgeber ausgestaltet werden müssen. Jene Normen müssen gewährleisten, dass Daten nur auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden, dabei zusätzlich aber nur für eindeutige und begründete Zwecke erhoben und weiterverarbeitet werden. Daten dürfen nur gespeichert werden, soweit sie für den von der Norm verfolgten Zweck erheblich sind, müssen darüber hinaus sachlich richtig sein, sollten immer am neusten Stand gehalten werden und dürfen nur solange gespeichert werden, als dies zur Erreichung des Normzwecks nötig ist<sup>130</sup>. Der für die Verarbeitung Verantwortliche hat die Einhaltung der nationalen Gesetzesbestimmungen zu gewährleisten<sup>131</sup>.

Während das oben Ausgeführte den Inhalt einer Norm beschreibt, folgen im nachfolgenden Artikel 7 anschließend die taxativ aufgezählten formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verarbeitung von Daten. Eine nationale Gesetzesgrundlage muss daher, auch wenn sie den materiellen Voraussetzungen des Art 6 genügt, abhängig davon ob sie eine Verarbeitung von personenbezogenen oder besonderen Daten<sup>132</sup> vorsieht, gewisse formale Voraussetzungen erfüllen:

---

<sup>129</sup> Die Richtlinie knüpft daher eindeutig an den Ort an, an dem der Verantwortliche der eine Verarbeitung vornimmt, ansässig ist. Dies ist mE sinnvoll, da vor allem bei Verarbeitungen von Daten im Internet stets eindeutig geklärt werden kann, an welchen nationalen Normen die Verarbeitung zu messen ist. Zustimmung auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie Kurzkommentar, Art 4 Rz 9ff.

<sup>130</sup> Näheres zur Zulässigkeitsprüfung in *Jahnel*, Informatikrecht<sup>2</sup>, 249.

<sup>131</sup> Vgl dazu § 6 DSG, der Art 6 der Richtlinie im Wesentlichen verständlich umsetzt; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Kommentar zum Datenschutzgesetz 2000, § 6 Rz 63ff.

<sup>132</sup> Als besondere Arten von Daten (sensible Daten) definiert Art 8 Abs 1 der Richtlinie - inkonsequenterweise außerhalb des Art 2 - Daten über Gesundheit und Sexualeben, sowie über die rassische oder ethnische Herkunft, politischer Meinung, Religion oder einer Gewerkschaftszugehörigkeit. Warum der Begriff der besonderen Daten nicht auch in Art 2 angeführt wurde, bleibt fraglich und sorgt vor allem dann für Verwirrung, wenn man Art 2 mit nationalen Umsetzungen vergleicht, die den Begriff der „sensiblen Daten“ schon in den Begriffsbestimmungsparagrafen erläutern.

- Bei Daten, die unter keine der besonderen Kategorien iS des Art 8 subsumiert werden können, darf eine Verarbeitung in der Regel stattfinden, wenn eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt bzw sogar eine gesetzliche Verpflichtung für den Verantwortlichen vorgesehen ist<sup>133</sup>. Diese Generalklausel bietet in der Praxis wohl den wichtigsten Tatbestand, es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Richtlinie auch noch andere Voraussetzungen für eine Verarbeitung, wie zB die Zustimmung des Betroffenen, Vertragserfüllung, Wahrnehmung von Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen oder Interessensabwägung ermöglicht<sup>134</sup>.
  
- Handelt es sich allerdings um „sensible“ Daten<sup>135</sup> ist die Verarbeitung von Daten generell verboten. Diese Tatsache darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es eine ganze Reihe von Ausnahmen gibt, in denen auch die Verarbeitung sensibler Daten doch wieder zulässig ist<sup>136</sup>. Sensible Daten dürfen ohne jegliche weitere Voraussetzungen verarbeitet werden, wenn die Einwilligung des Betroffenen vorliegt, oder er seine sensiblen Daten selbst öffentlich gestellt hat. Darüber hinaus dürfen sensible Daten insb aus arbeitsrechtlichen Gründen<sup>137</sup>, zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen<sup>138</sup> und im Hinblick auf strafrechtliche Aspekte verarbeitet werden. Bedenklich ist allerdings Art 8 Abs 4, der extrem neutral formuliert wurde und mE etwas über das Ziel hinaus schießt. So dürfen die Mitgliedstaaten selbst weitere Verarbeitungen für sensible Daten normieren.

---

<sup>133</sup> So müssen zB Diensteanbieter gewisse Daten von ihren Kunden erheben, um den nationalen Umsetzungen der Bestimmungen der Richtlinie 2006/24/EG nachkommen zu können. Vgl dazu insb Art 5 Richtlinie 2006/24/EG, unten Seite 60ff.

<sup>134</sup> Wie die Ausführungen gezeigt haben, normieren die Art 6 und 7 Zulässigkeitsvoraussetzungen. Die Überschrift „Grundsätze in Bezug auf die Datenqualität“ ist mE hier vom Richtliniengeber falsch gewählt und führt prima facie zu Verwirrungen. Die beiden Artikel regeln schließlich nicht die Qualität der Daten – ein Terminus, der außer dieser Überschrift sonst sogar im Richtlinien text selber nicht mehr auffindbar ist – sondern wenn überhaupt die Qualität der Verarbeitungsnormen. Zustimmend auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie Kurzkomentar, Art 4 Rz 1ff.

<sup>135</sup> Siehe FN 132.

<sup>136</sup> Vgl etwa Art 8 Abs 2,3,4 und 5.

<sup>137</sup> Besondere Brisanz bietet idZ immer wieder die Diskussion zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz. Die gesetzlichen Grundlagen dazu finden sich in Österreich insb in den §§ 89, 96 und 96a ArbVG;

<sup>138</sup> Der Richtliniengeber dachte mE in diesem Zusammenhang vor allem Unfallsituationen, bei denen der behandelnde Arzt dem Ersthelfer diverse sensible Daten preisgeben soll. In Österreich findet sich bezüglich dieser Fragestellung keine eindeutige Regelung, doch lässt sich so eine Verarbeitungsnorm aus § 49 Abs 1 ÄrzteG ableiten.

Die Datenschutzrichtlinie normiert weiters diverse wichtige Rechte für den Betroffenen, die vor der Erlassung dieser Maßnahme nicht oder nur in sehr abgeschwächter Form vorhanden waren. Primär hat jeder Betroffene das Recht vom Verantwortlichen zu erfahren, welche Daten von ihm in welcher Weise verarbeitet werden und an wen diese Daten im gegebenen Fall weitergegeben worden sind. Erfährt der Betroffene – aufgrund dieser Auskunft –, dass seine Daten nicht gemäß den Bestimmungen dieser Richtlinie verarbeitet worden sind, gewährt die Richtlinie dem Betroffenen einen Löschungsanspruch. Ist unklar, ob die erhobenen Daten richtig sind, hat der Betroffene das Recht bis zur Klärung dieser Umstände eine Sperrung der Daten zu verlangen. Natürlich kann der Betroffene vom Verantwortlichen auch verlangen, dass Daten die bereits erhoben aber falsch sind, richtiggestellt werden.

Der Verantwortliche hat darüber hinaus Sorge zu tragen, dass diese Ansprüche auch gegenüber Dritten und Empfängern der Daten durchgesetzt wird. Abgesehen von diesen Ansprüchen, die unabhängig von der Art der Verarbeitung gewährleistet sind, normiert Art 14 ein Widerspruchsrecht. Der Betroffene kann einer Verarbeitung, die im Rahmen der Art 7 Buchstaben e)<sup>139</sup> und f)<sup>140</sup> dieser Richtlinie durchgeführt worden sind, widersprechen, wenn er überwiegende schutzwürdige Gründe vorbringt<sup>141</sup>. Grundlos und kostenfrei kann der Widerspruch gegen eine Verarbeitung von Daten aus Gründen der Direktwerbung erfolgen<sup>142</sup>. Das Widerspruchsrecht darf nicht, wie zB das Auskunftsrecht beschränkt werden<sup>143</sup>. Damit der Betroffene die Identität des Verantwortlichen kennt und über die Umstände seiner Datenverarbeitung Kenntnis erlangt, sieht die Richtlinie auch vor, dass jeder Verantwortliche, der eine Verarbeitung von Daten durchführt oder aufnimmt, dies ohne Zutun des Betroffenen diesem mitzuteilen hat. Selbiges gilt selbstverständlich auch, wenn die Daten nicht beim Betroffenen selbst erhoben werden<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> Verarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses oder in Ausübung öffentlicher Gewalt.

<sup>140</sup> Verarbeitung aus Gründen des Interesses des Verantwortlichen oder des Dritten.

<sup>141</sup> Der begründete Widerspruch ist allerdings dann nicht zulässig, wenn eine nationale Regelung dem entgegen steht. Vgl auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie Kurzkomentar, Art 14 Rz 18.

<sup>142</sup> Die Mitgliedstaaten haben idZ sogar dafür Sorge zu tragen, dass der Betroffene von diesem Recht, welches ihm die Richtlinie einräumt Kenntnis erlangt um sich gegen Direktwerbung wirksam zur Wehr zu setzen.

<sup>143</sup> Vgl dazu insb Art 13 Abs 1.

<sup>144</sup> Siehe dazu *Jahnel*, Informatikrecht<sup>2</sup>, 257ff.

Ausschließlich aufgrund automatisierter Verarbeitung ergehende Entscheidungen, die für den Betroffenen rechtliche oder sonstige erhebliche Folgen nach sich ziehen, dürfen nur vorgenommen werden, wenn der Betroffene im Rahmen einer Vertragsbeziehung in diese Vorgehensweise einwilligt, oder er sonst die Möglichkeit hat seinen Standpunkt zu vertreten<sup>145</sup>. Auch in diesem Fall können die Mitgliedstaaten wieder Normen erlassen, die auch außerhalb einer vertraglichen Beziehung automatisierte Einzelentscheidungen zulassen.

Den bisherigen Ausführungen nach lässt sich ein rechtlicher Schutz der Daten entnehmen. Der Richtliniengeber erkannte aber zutreffend, dass dieser rechtliche Schutz nur vollständig gewährt werden kann, wenn die Daten, die bereits erhoben worden sind, auch faktisch gegen Unberechtigte geschützt sind. Jeder Verantwortliche hat daher mit technischen und organisatorischen Mitteln dafür zu sorgen, dass die Daten gegen zufällige Zerstörung oder gegen Einwirkungen von außen<sup>146</sup> geschützt sind. Im Hinblick auf das IT-Recht ist besonders wichtig, dass Daten auch bei der Übertragung durch verschiedene Netze ausreichend gesichert sein müssen<sup>147</sup>. Der Verantwortliche hat auch zu sorgen, dass Auftragsverarbeiter, derer er sich bedient, ein gewisses Sicherheitsniveau aufweisen. Der Auftragsverarbeiter wird nur auf Grundlage eines Vertrags oder Rechtsakts und auf Weisung des Verantwortlichen tätig<sup>148</sup>. Was für den Auftragsverarbeiter gilt, gilt für Mitarbeiter des für die Verarbeitung Verantwortlichen ebenso.

Ein weiterer – vor allem für die Praxis – wesentlicher Punkt ist die Übermittlung von Daten. Ob eine Übermittlung noch unter den Begriff der Verarbeitung fällt, wie dies der Richtliniengeber in Art 2 Buchstabe b) vorsieht, ist umstritten. Vorausschicken kann man nur, dass die Übermittlung einen Sonderfall darstellt, da die Daten in

---

<sup>145</sup> Der Richtliniengeber sah die „missbräuchliche Verwendung der Informatik bei der Entscheidung“ es als eine der Hauptgefahren an, die in Zukunft auftreten werden. So wird als größtes Problem gesehen, dass eine Maschine strikt aufgrund objektiver Elemente urteilen könne, wo gegen ein menschlicher Entscheidungsträger auch eine subjektive Komponente in die Beurteilung einer Entscheidung mit einfließen lassen kann; Vgl dazu *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art 15, Rz 1f.

<sup>146</sup> Dabei dachte der Richtliniengeber in erster Linie daran, dass die unberechtigte Änderung, Weitergabe oder Zugang durch nicht autorisierte Dritte zu unterbinden; Welche Folgen Sicherheitslücken bei Unternehmen haben können, zeigt als aktuellstes Beispiel die Situation rund um die Schweizer „Bankdaten-CD“; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,677826,00.html>.

<sup>147</sup> Als gängigste Methoden sei hier zB auf die SSL/TLS-Verschlüsselung im Bereich des Internets und auf die SSID-Verschlüsselung im Bereich der WLAN-Verbindungen hingewiesen; zur technischen Realisierung vgl *Eckert*, IT-Sicherheit<sup>2</sup>, 389ff.

<sup>148</sup> Aus dieser Konstruktion lässt sich leicht erkennen, dass der Auftragsverarbeiter im Hinblick auf den Verantwortlichen als Gehilfe iSd § 1313a ABGB anzusehen ist.

diesem Fall das Datenschutzdreieck verlassen<sup>149</sup>. Die Richtlinie selbst regelt die Voraussetzungen für eine Übermittlung von Daten in ein Drittland und lässt diese nur zu, wenn der Drittstaat ein angemessenes Schutzniveau für die Daten gewährleistet. Ob das Schutzniveau eines Drittstaats jene Qualität erreicht, die verlangt ist, ist aufgrund aller Umstände (Art der Daten, Zweckbestimmung, Dauer der Verarbeitung, Rechtsnormen im Zielstaat etc) zu beurteilen.

Die Rechte und Pflichten, die

- Grundprinzipien der Datenverarbeitung (Art 6 Abs 1),
- Information der betroffenen Personen (Art 10 und Art 11 Abs 1),
- das Auskunftsrecht der betroffenen Personen (Art 12) und
- Öffentlichkeit der Verarbeitung (Art 21)

betreffen, können aus Gründen der

- Staatssicherheit, Landesverteidigung, öffentlichen Sicherheit,
- Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder Landesregeln,
- wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten oder der EU,
- Kontrolle, Überwachung und Ordnungsfunktion im Rahmen der Ausübung öffentlicher Gewalt

beschränkt werden. Die Beschränkung muss notwendig sein, um eines der oben genannten Ziele zu erreichen.

Im Hinblick auf das oben Angeführte sind auch die Bestimmungen des Kapitel III<sup>150</sup> der vorliegenden Richtlinie von besonderer Bedeutung. Sie normieren die Rechtsbehelfe, die ein Betroffener auf jeden Fall geltend machen kann. So schreibt Artikel 22 vor, dass über einen verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg hinweg auch die Gerichte des Mitgliedstaats angerufen werden dürfen, wenn dem Betroffenen eine rechtswidrige Verarbeitung seiner Daten widerfährt<sup>151</sup>. Wichtig ist, dass diese

---

<sup>149</sup> Siehe Fn 124.

<sup>150</sup> Art 22-24.

<sup>151</sup> So sieht zB die österreichische Umsetzung in § 32 Art 1 und 2 DSG 200 vor, dass Lösungs-, Geheimhaltungs-, Richtigstellungs- und auch Unterlassungsansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können. Der Begriff Gericht ist im vorliegenden Fall europarechtlich auszulegen, was dazu führt,

Rechte konkurrierend zu jenen Rechten, die die Art 12 (Auskunftsrechte) und 14 (Widerspruchsrecht) normieren, geltend gemacht werden können. Erreicht ein Betroffener daher „privat“ nicht die Abstellung rechtswidriger Zustände iZm mit der Verarbeitung seiner Daten, kann er diese im Wege des Zivilprozessrechts auch exekutionsrechtlich durchsetzen lassen<sup>152</sup>. Werden Daten von Betroffenen rechtswidrig verarbeitet oder sonstige rechtswidrige Handlungen durch den Verantwortlichen gesetzt, gewährt Art 23 dem Betroffenen einen Schadenersatzanspruch gegen den für die Verarbeitung Verantwortlichen, wenn dem Betroffenen ein Schaden entsteht<sup>153</sup>. Der Verantwortliche kann sich vollständig oder teilweise von seiner Haftung befreien, wenn er Umstände darlegt, die beweisen, dass der Schaden nicht durch seine Handlungen oder Verarbeitungen eingetreten ist<sup>154</sup>.

Die Richtlinie trägt den Mitgliedstaaten weiters auf, eine unabhängige Kontrollstelle einzurichten, die alle Ziele, die diese Richtlinie verfolgt, herstellen bzw überwachen soll. Für die Verarbeitung Verantwortliche haben dieser Kontrollstelle<sup>155</sup> gegenüber gewisse Meldepflichten bezüglich der Verarbeitung. Die jeweiligen Normen über diese Kontrollstelle und deren Befugnisse haben allerdings überhaupt keine zivilrechtlichen Anknüpfungspunkte mehr, sie werden daher im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter erläutert. Ebenso kann auf das verwaltungsrechtliche Beschwerdeverfahren in dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

---

dass auch andere unabhängige, weisungsfreie Behörden darunter subsumiert werden können. Ein Gericht iSd Art 267 AEUV muss gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH folgende Voraussetzungen erfüllen: 1) Unabhängigkeit der Einrichtung, 2) Tätigkeitsausübung aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, 3) Es muss Rechtsprechungscharakter und nicht bloß Rechtspflegecharakter aufweisen, 4) eine ständige Einrichtung sein, 5) durch nationale Gerichte obligatorisch vorgesehen sein, 6) aufgrund transparenter Verfahrensvorschriften handeln und 7) die Entscheidung muss sich auf Rechtsnormen stützen; Zur Aufzählung samt Entscheidungsnachweise siehe *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge<sup>5</sup>, Art 267 Rn 22.

<sup>152</sup> Vgl dazu insb § 32 Abs 3 DSG 2000.

<sup>153</sup> Die Richtlinie trifft allerdings keine Feststellung, wie der Begriff Schaden zu interpretieren ist, womit den Mitgliedstaaten ein gewisser Handlungsspielraum gegeben ist. Dass sie diesen auch unterschiedlich nützen, zeigt ein Vergleich der deutschen mit der österreichischen Umsetzung. So sind gem § 7 Satz 1 BDSG positive Schäden als auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen, nicht aber immaterielle Schäden; Vgl dazu *Simits*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz<sup>5</sup>, § 7 Rz 30ff; Blickt man nach hingegen nach Österreich, so fällt ins Auge, dass hier unter gewissen Voraussetzungen sogar immaterielle Schäden ersetzt werden; Vgl dazu *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Kommentar zum Datenschutzgesetz 2000, § 33 1), 2), 4).

<sup>154</sup> Ob die Richtlinie daher vor allem in Verbindung mit der österreichischen Rechtslage eine Verschuldenshaftung oder eine reine Erfolgshaftung verlangt, bleibt durch diesen Satz ungeklärt, da die Richtlinie das Verschulden nicht erwähnt.

<sup>155</sup> Die Kontrollstelle in Österreich ist die Datenschutzkommission, die gem Art 133 Z 4 B-VG als unabhängige Kollegialbehörde eingerichtet worden ist; <http://www.dsk.gv.at/>

### 3.3 Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG<sup>156</sup>

#### 3.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand

Nachdem die grundlegenden Voraussetzungen für den Schutz von personenbezogenen Daten 1995 in der Datenschutzrichtlinie vereinheitlicht waren, wurde bald klar, dass diese Richtlinie den stetig fortschreitenden Entwicklungen im Bereich der Telekommunikation nicht gerecht wird. Schon 1997 wurde in Konkretisierung der Datenschutzrichtlinie eine spezielle Telekom-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG<sup>157</sup> erlassen, die den Schutz der Grundrechte von Betroffenen bei der Informationsverarbeitung durch Telekommunikationsdienste und -netze gewährleisten sollte. Wie schon den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, erlebte die Informationstechnologie ihren Aufschwung erst in den letzten zehn Jahren. 2002 erkannte daher die Kommission abermals, dass die Richtlinie 97/66/EG „an die Entwicklungen der Märkte und Technologien für elektronische Kommunikationsdienste angepasst werden [musste], um den Nutzern öffentlicher zugänglicher Kommunikationsdienste unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie den gleichen Schutz“ zu gewährleisten. Es wurde anerkannt, dass Kommunikationsnetze, bereits enorme Kapazitäten und Möglichkeiten zur Datenverarbeitung bieten, wobei zusätzlich der Umstand dazukommt, dass nun der Zugang zu digitalen Mobilfunknetzen für fast alle Menschen erschwinglich ist. Die Richtlinie 2002/58/EG gewährleistet in Konkretisierung der Richtlinie 95/46/EG die Grundrechte und den Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch elektronische Kommunikation. Diese Richtlinie harmonisiert die Vorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der elektronischen Kommunikation um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und der Privatsphäre zu ermöglichen, so wie den freien Verkehr von Daten und elektronischen Kommunikationsgeräten im Binnenmarkt zu gewährleisten<sup>158</sup>. Die Richtlinie 2006/24/EG so wie die Richtlinie 2009/136/EG wird in dieser Arbeit nahtlos

---

<sup>156</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), ABI L 2002/201, 37.

<sup>157</sup> Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation, ABI 1997/24, 1 (aufgehoben).

<sup>158</sup> Art 1 Abs 1 idF Art 2 Abs 1 Richtlinie 2009/136/EG.



in die vorliegende Richtlinie eingearbeitet, um dem Leser die tatsächlich geltende Fassung dieser Richtlinie zu gewährleisten.

### 3.3.2 Regelungsinhalt

Wie auch bei der Datenschutzrichtlinie finden sich die wichtigen Begriffsbestimmungen in Artikel 2 dieser Richtlinie. Schon hier fällt – im Zuge der Einführung sieben neuer Begriffe – auf, dass die Datenschutzrichtlinie die Anforderungen, die die modernen Kommunikationsmittel an sie stellen, nicht mehr erfüllen kann. Jene Begriffe, die im Folgenden erläutert werden, bilden darüber hinaus bereits Kernbegriffe für das gesamte europäische IT-Recht, was sich insb auch dadurch erkennen lässt, dass zB die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie<sup>159</sup> bezüglich diverse Begriffsbestimmungen auf die Begriffsbestimmungen dieser Richtlinie verweist und aufbaut. Die vorliegende Richtlinie wiederum bedient sich, soweit in ihr nichts Anderes bestimmt ist, den Begriffsbestimmungen der Datenschutzrichtlinie und jenen der Rahmenrichtlinie<sup>160</sup>.

Ein **Nutzer** iS dieser Richtlinie ist eine natürliche Person, welche entweder für private oder auch für geschäftliche Zwecke einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst nutzt. Wichtig ist idZ, dass der Nutzer zu dem Unternehmen, das den Dienst anbietet nicht unbedingt in einem vertraglichen Verhältnis stehen muss<sup>161</sup>. Auch jene Personen, die mit Dienstanbieter oft zwangsweise zufällig in Kontakt kommen sind daher Nutzer iS dieser Richtlinie.

Die wohl wesentlichsten Begriffe dieser Richtlinie sind die **Verkehrsdaten** und die **Standortdaten**. Beiden ist gemeinsam, dass sie jeweils im Zusammenhang mit der Nutzung eines elektronischen Kommunikationsnetzes bzw eines elektronischen Kommunikationsdienstes<sup>162</sup> verarbeitet werden. Der Unterschied liegt jedoch darin,

---

<sup>159</sup> Richtlinie 2006/24/EG.

<sup>160</sup> Richtlinie 2002/21/EG.

<sup>161</sup> Dies drückt die Richtlinie in der Form aus, dass ein Nutzer den Dienst nicht „notwendigerweise abonniert“ haben muss; Vgl Art 2 Buchstabe a). Nicht notwendigerweise abonniert soll mE zum Ausdruck bringen, dass Nutzer auch jene natürlichen Personen sind, die im privaten oder geschäftlichen Verkehr bloß zufällig mit einem Diensteanbieter in Interaktion treten. Dass diese Tatsache nicht die Ausnahme, sondern die Regel ist, rechtfertigt diese Wortwahl in vollen Maßen.

<sup>162</sup> Erkannt wurde, dass Standortdaten nicht nur in einem elektronischen Kommunikationsnetz, sondern auch von einem elektronischen Kommunikationsdienst verarbeitet werden können, daher ergänzt die Richtlinie

dass Standortdaten<sup>163</sup> dazu dienen, um die geografische Position eines Endgeräts (und damit natürlich idR auch des Nutzers) festzustellen, während Verkehrsdaten dazu dienen, Nachrichten an Kommunikationsnetze weiterzuleiten. Informationen, die via elektronischen Kommunikationsdienst zwischen einer endlichen Zahl an Nutzern weitergeleitet oder ausgetauscht werden bezeichnet diese Richtlinie als **Nachrichten**.

Eine weitere Präzisierung erhält der Begriff "Nachricht" unter der Voraussetzung, dass Bild-, Ton-, Sprach-, und Textnachrichten in einem Endgerät dauerhaft gespeichert werden können. Ist dies der Fall, und werden jene Nachrichten über ein elektronisches Netz verschickt, dann handelt es sich nicht mehr um Nachrichten iS des Art 2 Buchstabe d) sondern um **elektronische Post** iS des Art 2 Buchstabe g)<sup>164</sup>.

Die Definition des **Anrufs** wurde durch Art 2 Abs 2 Buchstabe b) Richtlinie 2009/136/EG in der Richtlinie 2002/58/EG ersatzlos gestrichen. Allerdings wurde die Definition des Anrufs in veränderter Form in Art 2 Buchstabe s) Richtlinie 2002/21/EG aufgenommen. Durch den Generalverweis in Art 2 erster Satz gilt die Begriffsbestimmung des Anrufs iSd Art 2 Buchstaben s) Richtlinie 2002/21/EG auch weiterhin für die vorliegende Richtlinie. Im Rahmen der Neufassung der Begriffsbestimmung des Anrufs kam es auch zu einer technischen Ausdehnung des Begriffs. Während der Anruf iS des alten Art 2 Buchstabe e) nur Verbindungen über öffentlich zugängliche Telefondienste, wie sie in Art 2 Buchstabe c) Richtlinie 2002/22/EG definiert sind, umfasste, umfasst der Anruf iS des Art 2 Buchstaben s) Richtlinie 2002/21/EG nun auch Verbindungen, die über einen Kommunikationsdienst aufgebaut werden. Evident ist, dass der Begriff des Kommunikationsdienstes - technisch gesehen - mehr umfasst als der Begriff des Telefondienstes. Es kam daher im Rahmen der Erlassung des 2. Telekomrichtlinienpakets zu einer Aufwertung des Datenschutzes im Bereich der Telekommunikation.

---

2009/136/EG hier die ursprüngliche Fassung der Definition von Standortdaten der Richtlinie 2002/58/EG um diesem Umstand; Vgl Art 2 Buchstabe c) idF Art 2 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>163</sup> Dass die Definition sowohl europarechtlich, als auch in den nationalen Umsetzungen nur stiefmütterlich behandelt wird, hat inbs auch schon *Raschauer* in *Zankl*, Auf dem Weg zum Überwachungsstaat?, 94f aufgezeigt.

<sup>164</sup> Durch Streichung des Buchstaben e) (Anruf) ist die elektronische Post nicht mehr in Buchstabe h) sondern in Buchstabe g) definiert.

Erstmals seit 2009 hat der Richtliniengeber auch definiert, was man sich unter der **Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten** vorstellen kann. Dazu führt Art 2 Abs 2 Buchstabe c) Richtlinie 2009/136/EG, der zum neuen Art 2 Buchstabe h) der vorliegenden Richtlinie wurde aus, dass die unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Vernichtung, der Verlust, die Veränderung, die Weitergabe und der unbefugte Zugang, der zu rechtswidrigen Datenverarbeitungen führen kann, eine Verletzung iS der Richtlinie darstellt.

Mit Art 2 Abs 3 Richtlinie 2009/136 wurde der Anwendungsbereich in Art 3 dieser Richtlinie ebenfalls geändert. Diese Richtlinie ist seit 2009 auf Verarbeitungen von Daten, die im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Kommunikationsdiensten in Kommunikationsnetzen verarbeitet werden, anwendbar<sup>165</sup>, als auch auf eine Verarbeitung durch Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte, die sich anschließend vorhandener Kommunikationsnetze bedienen<sup>166</sup>. Betreiber, die die oben genannten Dienste anbieten oder Netze betreiben wollen, haben sich daher an den nationalen Umsetzungen dieser Richtlinienbestimmungen zu halten<sup>167</sup>.

Wie auch schon in den Art 16 und 17 der Richtlinie 95/46/EG, sieht die vorliegende Richtlinie eine „Sicherheit der Verarbeitung“<sup>168</sup> vor. Betreiber von Kommunikationsdiensten haben daher technische und organisatorische Vorkehrungen zu treffen, dass ein angemessenes Schutzniveau<sup>169</sup> geboten werden kann. Um jenes auch zu erreichen, schreibt die Richtlinie den Diensteanbietern -

---

<sup>165</sup> Damit sind insb klassische Datenverarbeitungen zu Zwecken der Abrechnung, Standortbestimmung und Weiterleitung von Nachrichten mit einbezogen.

<sup>166</sup> Durch die Beifügung der sog Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte soll auch in diesem Bereich der Schutz von personenbezogenen Daten ausreichend gewährleistet werden können. Bekannteste Technologie eines Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräts ist beispielsweise das sog RFID-Funkfrequenzerkennungsgerät. Dieses System ist uA auf der Wirtschaftsuniversität Wien als auch auf der Universität Wien im Entlehnungsprozess von Büchern realisiert. So sind diverse Bücher mit einem RFID-Gerät ausgestattet, welches ohne weiteres Zutun eine leichte und verlässliche Verarbeitung von Daten (welcher Student hat sich wann für wie lange welche Bücher ausgeborgt) ermöglicht. Dabei erzeugt ein RFID-Gerät eine bestimmte Frequenz, die vorab einer bestimmten Sache oder auch Person zugeordnet wurde. Durch die Vorabfassung kann anhand der Frequenz alleine festgestellt werden welche Sachen oder Personen derzeit Aktivitäten aufweisen. Zur technischen Realisierung solcher Dienste und dem dadurch entstehenden Datenschutzproblem vgl <http://www.rfid-journal.de/>, welche auch auf weiterführende Literatur zu diesem Thema verweist.

<sup>167</sup> Wenn das Anbieten der Dienste und der Betrieb von Netzen unter der Kontrolle eines Organs oder einer Einrichtung der Europäischen Union geschieht, dann finden diese Bestimmungen allerdings keine Anwendung. Dazu gibt es in der VO 45/2001/EG Sondervorschriften; Vgl dazu unten Punkt 3.4.3.

<sup>168</sup> Diese Überschrift von Art 4 wurde durch Art 2 Abs 4 Richtlinie 2009/136/EG von „Betriebssicherheit“ in „Sicherheit der Verarbeitung“ geändert. Diese Begrifflichkeit deckt sich besser mit jener, die in der Richtlinie 95/46/EG verwendet wird. Dies kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass der ebenfalls neu eingefügte Art 4 Abs 1a idF Art 2 Abs 4 Buchstabe b) Richtlinie 2009/136 auf die Richtlinie 95/46/EG bezüglich der Sicherstellung und Schutz verweist.

<sup>169</sup> Angemessen Schutzniveau heißt in diesem Zusammenhang Bewertung der Risiken und deren Gefährlichkeit abgewogen mit den Kosten für Sicherheitseinrichtungen und deren technischen Stand.

wenn nötig - eine Zusammenarbeit mit den Netzbetreibern vor. Durch die Schutzmaßnahmen ist zumindest eine Sicherstellung notwendig, so dass nur Berechtigte Zugang zu den Daten erhalten und ein Schutz gespeicherter oder übermittelter personenbezogener Daten gewährleistet ist<sup>170</sup>. Wenn der Diensteanbieter mit einem Netzbetreiber zusammenarbeitet und er im Zuge dieser Zusammenarbeit bemerkt, dass beim Netzbetreiber Risiken für den Schutz der Daten seiner Nutzer bestehen, dann hat der Dienstbetreiber dies den Nutzern mitzuteilen<sup>171</sup>.

Mit Art 2 Abs 4 Buchstabe c) Richtlinie 2009/136/EG wurde überdies in Art 4 Abs 3ff eine „data breach notification“<sup>172</sup> in den Richtlinien text aufgenommen. So hat der Diensteanbieter primär den nationalen Behörden unverzüglich eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten – egal ob dieser Verletzung durch ihn selbst oder durch den Netzbetreiber geschehen ist – mitzuteilen. Ist darüber hinaus die Gefahr gegeben, dass Daten, die möglicherweise die Privatsphäre von einem bestimmten Nutzer verletzen, von dem Schutzdefizit betroffen sind, ist auch der Nutzer darüber zu informieren. Diese Nutzer-Mitteilung darf unterbleiben, wenn der Diensteanbieter den zuständigen Behörden nachweist, dass das Datenleck geschlossen wurde<sup>173</sup>.

Das Herzstück dieser Richtlinie behandelt die Vertraulichkeit der Kommunikation. In diesem Sinne haben gem Art 5 Abs 1 alle Diensteanbieter und Netzbetreiber die Vertraulichkeit von Nachrichten, die über Kommunikationsdienste und Kommunikationsnetze übertragen werden, zu gewährleisten. Besonderer Schutz kommt dabei den Verkehrsdaten zu<sup>174</sup>. Die Vertraulichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Diensteanbieter und Netzbetreiber dafür zu sorgen haben, dass ein Mithören, Abhören, Speichern, Abfangen und Überwachen der Nachrichten

---

<sup>170</sup> Wie oben auch schon ausgeführt, sieht dieser Schutz vor, dass Daten vor unberechtigter Zerstörung, Verarbeitung und Änderung und gegen den Zugang durch nicht berechnigte Dritte geschützt werden. Darüber hinaus haben Diensteanbieter ein Sicherheitskonzept zu erstellen. Diese Maßnahmen können von den zuständigen nationalen Behörden des jeweiligen Mitgliedstaats kontrolliert werden.

<sup>171</sup> Diese Mitteilung hat konkrete Lösungsvorschläge und entstehende Kosten für den Nutzer zu beinhalten.

<sup>172</sup> Feiler, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, Medien und Recht 5/2009, 281; Feiler, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten in Feiler, Innovation und internationale Rechtspraxis - Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009), 147.

<sup>173</sup> Ungeachtet dessen hat die Behörde das Recht, den Betroffenen von der Verletzung des Schutzes seiner Daten zu unterrichten. Darin hat die Behörde auch kurz die Beeinträchtigung der Privatsphäre und deren Folgen kundzutun.

<sup>174</sup> Näheres dazu gleich unten.

generell verboten ist. Wie die Wortwahl schon andeutet, ist die Vertraulichkeit der Nachrichten und Daten nicht absolut. Sie steht vielmehr unter einem Gesetzesvorbehalt, den schon die Richtlinie mit dem Verweis auf Art 15 Abs 1 vorsieht. Eine weitere – aus grundrechtlichen Überlegungen problematische – Einschränkung normiert seit 2006 Art 3 Abs 1 Richtlinie 2006/24/EG<sup>175</sup>. Über diese gesetzlichen Einschränkungen hinaus, darf auf die Vertraulichkeit von Daten verzichtet werden, wenn der Nutzer seine Einwilligung gegeben hat oder dies im geschäftlichen Verkehr zum Nachweis gewisser Vorgänge geschieht. Wird versucht auf bereits gespeicherte Daten in einem Endgerät Zugriff zu nehmen, hat dies in Entsprechung der Art 10 und 11 der Richtlinie 95/46/EG zu geschehen. Fordern Nutzer selbst (Zusatz-)Dienste an, die eine Verarbeitung der im Endgerät gespeicherten Daten benötigen, ist dies als Einwilligung zu werten<sup>176</sup>.

Wie oben schon angesprochen sind die Verkehrsdaten durch Artikel 6 dieser Richtlinie besonders geregelt. So ist – wie auch schon bei Art 5 – Art 6 Abs 1 ein Generaltatbestand, der vorsieht, dass Verkehrsdaten, die sich auf einen Nutzer beziehen und durch Diensteanbieter oder Netzbetreiber verarbeitet werden, nach Beendigung des Übermittlungsvorgangs sofort zu löschen oder zu anonymisieren sind. Die Richtlinie selbst sieht aber eine große Anzahl von Ausnahmen vor, in denen diese Löschung/Anonymisierung nicht zu erfolgen hat:

- Innerhalb der Frist, in der Rechnungen der Diensteanbieter oder Netzbetreiber anfechtbar sind, dürfen die entsprechenden Verkehrsdaten zum Zwecke des Gebührennachweises gespeichert werden (Informationspflicht des Anbieters).
- Auch zum Zwecke der Vermarktung elektronischer Kommunikationsdienste oder zur Bereitstellung von Zusatzdiensten dürfen Verkehrsdaten verarbeitet werden, sofern der Nutzer, auf den sich die Daten beziehen, seine Einwilligung<sup>177</sup> gegeben hat<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> Vgl dazu unten Punkt 3.5.1.

<sup>176</sup> Zwar bringt die Richtlinie dies nicht direkt zum Ausdruck, doch ist mE Art 5 Abs 3 in der Fassung durch Art 2 Abs 5 Richtlinie 2009/136/EG nur in dieser Art auszulegen. Es ist in der Praxis außerdem so, dass Nutzer, bevor Sie einen Dienst in Anspruch nehmen können, darüber informiert werden, dass gewisse persönliche Daten für die Ausführung dieser Dienste nötig sind. Bestätigen die Nutzer diese Meldung anschließend, liegt eindeutig eine Einwilligung durch diese vor.

<sup>177</sup> Diese Einwilligung darf allerdings jederzeit kostenfrei widerrufen werden (Art 6 Abs 3 idF Art 2 Abs 6 Richtlinie 2009/136/EG).

<sup>178</sup> Diese Zustimmung des Kunden, die global im Rahmen der Einwilligung in die AGB des Diensteanbieters gegeben wird, ist nicht statthaft. Vgl dazu *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, §96 Rz 18.

- Diverse nationale Rechtsvorschriften sehen eine Speicherung von Verkehrsdaten vor,
- seit Erlass der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie dürfen nun Verkehrsdaten gemäß Art 5 Richtlinie 2006/24/EG auf Vorrat gespeichert werden<sup>179</sup>.

Die Verarbeitung darf in diesen Ausnahmefällen aber nur durch Personen vorgenommen werden, die dem Diensteanbieter oder dem Netzbetreiber gegenüber weisungsgebunden unterstehen und in speziellen Aufgabenbereichen wie Gebührenabrechnungen, Betrugsermittlung, Verkehrsabwicklung oder Kundenanfragen tätig sind.

Standortdaten, die keine Verkehrsdaten sind, dürfen nur im zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen erforderlichen Maße und darüber hinaus nur dann verarbeitet werden, wenn diese Daten anonymisiert werden oder wenn eine Einwilligung des Nutzers vorliegt. Vor der Einwilligung, die jederzeit kostenlos widerrufbar sein muss, besteht eine Informationspflicht des Diensteanbieters gegenüber dem Nutzer<sup>180</sup>. Es muss den Nutzern auch möglich sein, die andauernde Nutzung von anderen Standortdaten als Verkehrsdaten einfach, gebührenfrei und zeitweise zu untersagen. Wie auch bei den Verkehrsdaten nach Art 6, muss die Verarbeitung anderer Standortdaten als Verkehrsdaten auf das erforderliche Maß und die erforderlichen Personen beschränkt werden.

Nutzer haben gem Art 7 das Recht von den Anbietern Einzelgebührennachweise zu verlangen. Da im Zuge dieser Leistung eine Speicherung von Verkehrsdaten anderer Nutzer nötig ist, haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass nationale Normen die Vertraulichkeit der Nutzerdaten mit der Datenverarbeitung in Einklang bringen.

Der Diensteanbieter muss seinen Nutzern, wenn er die Anzeige der Rufnummer anbietet, für jeden einzelnen Anruf die kostenlose Möglichkeit geben, dass er die Anzeige seiner Nummer unterdrücken kann. Werden Nutzer mit unterdrückter Nummer angerufen, müssen diese für jeden Anruf einzeln die kostenlose Möglichkeit haben, solche Telefonate abzuweisen. Sinngemäß gelten die obigen Ausführungen

---

<sup>179</sup> Vgl dazu Punkt 3.5.2.

<sup>180</sup> Diese Informationspflicht hat in Entsprechung der Art 10 und 11 Richtlinie 95/46/EG zu enthalten, für welche Zwecke die Daten verarbeitet werden und wie lange die Speicherung von ihnen vorgenommen wird. Weiters hat die Information zu enthalten, ob die persönlichen Daten im Zuge der Zusatzdienstleistung an Dritte weitergegeben werden. Zusatzdienste sind außerdem stets Fernabsatzverträge iSd Fernabsatzrichtlinie, dem Nutzer müssen daher vor Abgabe der Vertragserklärung die in Art 4 Richtlinie 1997/7/EG genannten Informationen vorliegen. Vgl dazu Punkt 5.2.2.1.

auch für Anrufe in Drittländer sowie die Annahme von Anrufen aus einem Drittland<sup>181</sup>. In bestimmten transparenten Verfahren darf der Diensteanbieter die Unterdrückung der Rufnummer auch gegen den Willen des Nutzers aufheben oder gewisse Daten speichern und verarbeiten:

- Wenn Nutzer oder Teilnehmer es verlangen, dass böswillige oder belästigende Anrufe trotz Rufnummernunterdrückung zurückverfolgt werden sollen; In diesen Fällen ist es erlaubt, dass der Diensteanbieter die nötigen Daten speichert und zur Verfügung stellt<sup>182</sup>.
- Wenn Einrichtungen<sup>183</sup>, die Notrufe bearbeiten dies zum Zwecke der Beantwortung dieser Anrufe es verlangen; In diesen Fällen dürfen sogar Standortdaten ohne Einwilligung des Nutzers verarbeitet werden.

Wird auf ein Endgerät eines Teilnehmers eine Anrufweiterleitung eines anderen Teilnehmers geschaltet, dann muss ersterer die kostenlose und einfache Möglichkeit haben, die vom anderen getätigte Weiterleitung wieder zu beenden.

Meines Erachtens auch von enormer Wichtigkeit ist Art 12, der die Voraussetzungen und den Umgang mit Teilnehmerverzeichnissen regelt. Die ältesten Teilnehmerverzeichnisse sind bekanntlich die gedruckten Telefonbücher bzw die „Gelben Seiten“. Natürlich haben sich mit der technischen Entwicklung aber auch diese Verzeichnisse weiterentwickelt. Dies hat dazu geführt, dass die Verarbeitung von Daten um vieles leichter geworden ist. So zählt zB in elektronischen Teilnehmerverzeichnissen eine eingebettete Suchfunktion, die wesentliche Verarbeitungen von Daten durch jedermann zulassen, heute zur Standardapplikation<sup>184</sup>. Die Richtlinienbestimmung sieht daher völlig zu Recht vor, dass Nutzer vor Aufnahme in ein Teilnehmerverzeichnis über die potentiellen Datenverarbeitungsmöglichkeiten durch die Verzeichnisse aufgeklärt werden

---

<sup>181</sup> In Österreich wurde diese Richtlinienbestimmung in § 104 TKG umgesetzt. Dies lässt erkennen, dass es sich bei dieser Richtlinie schon weniger um allgemeine Bestimmungen des Datenschutzes handelt, sondern wie oben beschrieben eigentlich um Spezialbestimmungen für Telefonie und Internet.

<sup>182</sup> Zur Grundrechtlichen Diskrepanz von der Fangschaltung siehe *Zanger/Schöll*, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, § 3 Rz 117ff.

<sup>183</sup> Jene Einrichtungen müssen vom jeweiligen Mitgliedstaat als Einrichtungen anerkannt sein, die Notrufe annehmen. Hierzu nennt die Richtlinie selber insb Strafverfolgungsbehörden, Ambulanzdienste und Feuerwehren.

<sup>184</sup> zB <http://www.herold.at/>.

müssen<sup>185</sup>. Nach dieser Aufklärung hat jeder Teilnehmer die Möglichkeit zu entscheiden, ob er überhaupt in das Verzeichnis aufgenommen werden will bzw wenn er dies wünscht, welche Daten in das Teilnehmerverzeichnis aufgenommen werden dürfen.

Löschungs- Berichtigungs- und Auskunftsansprüche sind dem Nutzer im Zusammenhang mit den Teilnehmerverzeichnissen ebenfalls gebührenfrei zu gewähren<sup>186</sup>. Die obigen Ausführungen zu den Teilnehmerverzeichnissen, gelten nicht für Teilnehmerverzeichnisse, die noch vor dem Inkrafttreten der nationalen Umsetzungen bereits in gedruckter oder elektronischer Form in den Verkehr gebracht wurden. Wurden die Daten von Nutzern nach den Vorschriften der Richtlinie 95/46/EG oder der Richtlinie 97/66/EG bereits in ein Verzeichnis aufgenommen, müssen die Betroffenen über die Rechte, die ihnen der Art 12 bietet unterrichtet werden. Wünschen die Betroffenen nichts anderes, dürfen die Daten unverändert in den älteren Teilnehmerverzeichnissen gespeichert bleiben.

Auch Art 13 der vorliegenden Richtlinie wurde durch Neufassung in Art 2 Abs 7 Richtlinie 2009/136/EG ersatzlos gestrichen und beinhaltet nun folgende Regelungen. Kernaussage dieses Artikels ist, dass das sog „cold calling“ generell verboten ist. Beim cold calling handelt es sich um Anrufe zum Zwecke der Direktwerbung, wobei der Anrufer keine natürliche Person ist<sup>187</sup>. Dieser Schutz vor unerwünschter Werbung besteht aber nicht nur bei Anrufen. Die Richtlinie dehnt dieses Verbot auch auf elektronische Post<sup>188</sup> und Fax aus. Das generelle Verbot wurde durch die „Opt In“ - Möglichkeit<sup>189</sup> der Nutzer durchbrochen. Das bedeutet, dass jeder Nutzer in das „cold calling“ einwilligen kann. Bezüglich dieser Nutzer ist die Verwendung von automatischen Anrufmaschinen dann nicht mehr verboten. Eine weitere Ausnahme vom „cold calling“ - Verbot tritt iVm mit der Vertragsabwicklung im Internet in Erscheinung. Hat ein Unternehmer im Zuge des Verkaufs eines Produkts die Daten erhalten, die der Unternehmer für die Zusendung von Werbung benötigt,

---

<sup>185</sup> Diensteanbieter und Netzbetreiber dürfen darüber hinaus keine Entgelte für diese Auskunft in Rechnung stellen. Vgl dazu auch *Ohlenburg*, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG: Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation, MMR 2003, 84.

<sup>186</sup> Diese umfassenden Pflichten bestehen aber nur gegenüber natürlichen Personen. Handelt es sich nicht um natürliche Personen muss die nationale Norm aber dennoch dafür sorgen, dass die berechtigten Interessen dieser ausreichend gewahrt sind

<sup>187</sup> Die Richtlinie selbst definiert „cold calling“ als von automatischen Anruf- und Kommunikationssystemen (Automatische Anrufmaschinen) getätigte Anrufe.

<sup>188</sup> Als elektronische Post sind idZ in erster Linie e-mails oder SMS zu verstehen.

<sup>189</sup> Vgl dazu *Zanger/Schöll*, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, § 107 Rz 60.



dann ist ihm erlaubt, dem Kunden Werbung für ähnliche eigene Produkte zukommen zu lassen. Einer weiteren Einwilligung durch den Kunden bedarf es in diesem Fall nicht. Natürlich hat der Kunde die Möglichkeit dieses Vorgehen des Unternehmers von vornherein auszuschließen<sup>190</sup>.

Darüber hinaus muss der Kunde jederzeit einfach und gebührenfrei die Möglichkeit haben, einer weiteren Zusendung von Direktwerbung durch den Unternehmer zu widersprechen<sup>191</sup>. Das eben Angeführte steht in dieser Schutzqualität allerdings nur natürlichen Personen zur Verfügung<sup>192</sup>.

Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, dass die Unternehmer die Vorschriften über die Direktwerbung einhalten<sup>193</sup>. Absolut verboten ist die Direktwerbung durch elektronische Post, bei der die Identität des Absenders nicht feststellbar ist. Dies hat zum Zweck, dass der Empfänger von Direktwerbung immer die Möglichkeit haben soll, die Identität und somit die Passivlegitimität für die diversen Widerspruchsrechte zu ermitteln.

Neu ist seit 2009, dass jene natürlichen und juristischen Personen, die von einer Direktwerbung unerwünscht beeinträchtigt wurden und an berechtigtes Interesse an der Einstellung der Verstöße haben, nun auch gerichtlich gegen den Absender vorgehen dürfen<sup>194</sup>.

Jene Rechte und Pflichten, die

- die Vertraulichkeit der Kommunikation (Art 5),
- den Schutz der Verkehrsdaten (Art 6),
- die Anzeige der Rufnummer und deren Unterdrückung (Art 8 Abs 1,2,3 und 4),
- sowie den Schutz der anderen Standortdaten als Verkehrsdaten (Art 9)

betreffen, können - im Einklang mit Art 13 Abs 1 Richtlinie 95/46/EG - aus Gründen der

---

<sup>190</sup> Vgl dazu auch § 107 Abs 3 Z 1, 2 und 4 TKG.

<sup>191</sup> Seriöse Anbieter nutzen daher in Mails oft vorformulierte Wendungen wie zB „Abmeldung: Falls Sie grundsätzlich keinen Kontakt per E-Mail wünschen, respektieren wir dies selbstverständlich und entfernen Ihre E-Mail-Adresse aus unserem Newsletter-Verteiler.“ Der Kunde hat dann über eine Webmaske oder durch das Anklicken eines Links die Möglichkeit seine Zustimmung zu widerrufen; Vgl auch § 107 Abs 3 Z 3 TKG.

<sup>192</sup> Vgl Art 13 Abs 5 idF Art 2 Abs 7 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>193</sup> So schreibt bspw die österreichische Umsetzung in § 109 Abs 3 Z 19 und 20 vor, dass sich derjenige, der „cold calling“ betreibt oder unerwünschte elektronische Post zuschickt einer Verwaltungsübertretung schuldig macht. Diese Übertretung kann mit einer Strafe von bis zu € 37.000 geahndet werden.

<sup>194</sup> Art 13 Abs 6 idF Art 2 Abs 7 Richtlinie 2009/136/EG.

- nationalen Sicherheit, Landesverteidigung, öffentlichen Sicherheit,
- Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten,
- unzulässigen Verwendung von elektronischen Kommunikationssystemen,

durch geeignete nationale Rechtsvorschriften beschränkt werden, wenn dies in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig geschieht<sup>195</sup>. Eine weitere Einschränkung seit 2006 sieht der durch die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie neu eingefügte Art 15 Abs 1a<sup>196</sup> vor, indem dieser normiert, dass das eben Ausgeführte nicht für Daten gilt, die gemäß Art 1 Abs 1 Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie verarbeitet und gespeichert werden. Dies ist allerdings klar, da diese Richtlinie sogar eine ausdrückliche Speicherpflicht auf Vorrat vorschreibt<sup>197</sup>.

Nationale Bestimmungen, die gemäß den obigen Ausführungen die Rechte der Betroffenen beschränken, unterliegen aber ebenfalls den Rechtsbehelfen der Art 22, 23 und 24 der Richtlinie 95/46/EG<sup>198</sup>. Mit Einführung der Bestimmung des Art 15a<sup>199</sup> müssen die Mitgliedstaaten der Kommission mitteilen, welche Sanktionen sie bei Verstößen gegen die Bestimmungen dieser Richtlinie in nationalen Normen festgesetzt haben. Die nationalen Regulierungsbehörden haben die Einhaltung aller Richtlinienbestimmungen und nationalen Normen zu gewährleisten.

### **3.4 Die Datenschutzverordnung 45/2001/EG<sup>200</sup>**

#### **3.4.1 Allgemeines**

Die schon oben beschriebene Datenschutzrichtlinie 95/46/EG richtet sich, dem Ziel einer Richtlinie entsprechend, an die Mitgliedstaaten. Mit Erlass dieser Richtlinie war klar, dass die Mitgliedstaaten für den entsprechenden Datenschutz in ihrem Horizont zu sorgen haben. Damit aber auch die Organe der Union an den Schutz

---

<sup>195</sup> Art 15 Abs 1.

<sup>196</sup> Art 15 Abs 1a idF Art 11 Richtlinie 2006/24/EG.

<sup>197</sup> Vgl dazu unten Punkt 3.5.2.

<sup>198</sup> Vgl dazu oben Seite 41f.

<sup>199</sup> Art 15a idF Art 2 Abs 10 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>200</sup> Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABI L 2001/8, 1.

personenbezogener Daten gebunden sind, wurde mit der Datenschutzverordnung ein Rechtsakt mit direkter Geltungskraft festgelegt. Unter der Vorlage der Datenschutzrichtlinie und der alten Telekom-Datenschutzrichtlinie 97/66/EG wurde die vorliegende Verordnung geschaffen um den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten. Sämtliche Organe und Einrichtungen der europäischen Union sind bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten an diese Verordnung gebunden. Da es sich beim Inhalt dieser Verordnung primär um europäisches Verwaltungsrecht handelt, wird in dieser Arbeit nur auf die wichtigsten Inhalte eingegangen.

### **3.4.2 Regelungsinhalt der Verordnung**

Wie stark der Einfluss der Datenschutzrichtlinie auf diese Verordnung wirkt, ist schon an den Begriffsbestimmungen zu erkennen. Diese sind eins zu eins aus der Datenschutzrichtlinie entnommen worden<sup>201</sup>. Auch die Verordnung ist sowohl auf automatisierte als auch klassische nicht automatisierte Verarbeitung von Daten anzuwenden<sup>202</sup>. Bezüglich der Qualität der zu verarbeitenden Daten kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Datenschutzrichtlinie verwiesen werden<sup>203</sup>.

Personenbezogene Daten dürfen von den Organen und Einrichtungen<sup>204</sup> der Union nur verarbeitet werden, wenn dies aufgrund des Primär- oder Sekundärrechts vorgesehen ist, die Verarbeitung für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung notwendig ist, der Betroffene seine Einwilligung erteilt hat oder es im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen notwendig ist. Daten, die nach einem der oben genannten Zwecke verarbeitet wurden, dürfen für keine anderen Zwecke, abgesehen von den Ausnahmen zum Zweck der schweren Kriminalitätsbekämpfung, verwendet werden. Daten dürfen verwendet werden, wenn interne Verwaltungsvorschriften der Organe oder Einrichtungen dies vorsehen.

---

<sup>201</sup> Zu den Begriffsbestimmungen siehe daher oben Punkt 3.2.2.

<sup>202</sup> Art 3 Abs 2; Vgl auch Art 3 Abs 1 Richtlinie 95/46/EG.

<sup>203</sup> Vgl oben Punkt 3.2.2.

<sup>204</sup> Zum Begriff der Organe und Einrichtungen der EU vgl Europäische Kommission, Die Organe und Einrichtungen der Europäischen Union - Wer macht was in der Europäischen Union? - Was bringt und der Vertrag von Nizza ?, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2001; [http://europa.eu/institutions/index\\_de.htm](http://europa.eu/institutions/index_de.htm);

Ebenfalls geregelt ist, wann Organe oder Einrichtungen Daten übermitteln<sup>205</sup> müssen. Je nachdem, ob die Organe oder Einrichtungen die Daten an

- Andere Organe oder Einrichtungen der Union (Art 7),
- Empfänger, die nicht Organe und Einrichtungen der Union sind, aber den Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG unterworfen sind (Art 8) oder
- Empfänger, die nicht Organe und Einrichtungen der Union sind und auch nicht den Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG unterworfen sind (Art 9)

übermitteln, müssen sie diverse Vorkehrungen treffen und jeweils andere gesetzliche Bestimmungen beachten.

Die Voraussetzungen an die Verarbeitung von sensiblen Daten richten sich, abgesehen von der Befugnis des Datenschutzbeauftragten in Art 10 Abs 6 ebenso wieder nach Art 8 der Richtlinie 95/46/EG. Prinzipiell gilt also auch für die Organe und Einrichtungen der EU ein Verarbeitungsverbot<sup>206</sup> von sensiblen Daten.

Etwas verständlicher als in der Richtlinie 95/46/EG sind die Informationspflichten des Verantwortlichen gegenüber den Betroffenen geregelt. Werden die Daten direkt beim Betroffenen eingeholt, muss er über die Identität des Verarbeiters, die Zwecke der Verarbeitung, die Empfänger der verarbeiteten Daten, die Rechtsgrundlage der Verarbeitung, die zeitliche Spanne der Speicherung seiner Daten, sowie das Recht sich jederzeit an den Datenschutzbeauftragten zu wenden erhalten und einen Hinweis darüber erhalten, ob er zur Angabe der Daten verpflichtet ist oder dies freiwillig tut. Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person selbst erhoben muss man dem Betroffenen zusätzlich noch die Identität des tatsächlichen Verarbeiters bekanntgeben und über die Herkunft<sup>207</sup> der Daten unterrichten<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Zum Begriff der Übermittlung siehe oben Punkt 3.2.1.

<sup>206</sup> Dieses generelle Verbot erfährt in Art 10 Abs 2 bis 5 dann - ähnlich wie bei der Richtlinie 95/46/EG - diverse Einschränkungen in denen die Verarbeitung doch wieder zulässig ist.

<sup>207</sup> Die Verordnung sieht selber vor, dass diese Informationspflicht entfallen kann, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche dies aus beruflichen oder gesetzlichen Gründen nicht offen legen darf.

<sup>208</sup> Zu den weiteren Rechten des Betroffenen vgl oben Punkt 3.2.2; Für eine übersichtliche Darstellung der Rechte des betroffenen siehe auch die Art 13 - 19 dieser Verordnung. Aufgrund diverser Verbesserungen ist die Darstellung der Rechte des Betroffenen in der vorliegenden Verordnung besser gelungen als in der Richtlinie 95/46/EG.

Diese von der Verordnung gewährten Rechte können aus den, bereits in der Richtlinie 95/46/EG angeführten, Gründen beschränkt bzw aufgehoben werden. Darüber hinaus haben die Betroffenen nicht die Möglichkeit ihr Auskunfts-, Sperrungs-, Löschungs- und Berichtigungsrecht geltend zu machen, wenn ihre Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder aus statistischen Gründen erhoben werden. Durch diese Verarbeitung darf allerdings keine Gefahr für einen Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Person entstehen<sup>209</sup>. Auch die Verordnung schreibt vor, dass die Verantwortlichen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen haben, damit die Sicherheit bei der Verarbeitung und die Vertraulichkeit der Daten gewährleistet ist.

Durch die vorliegende Verordnung wird - und das ist auch der einer der wesentlichsten Inhalte dieser Verordnung - ein behördlicher Datenschutzbeauftragter vorgeschrieben. Jedes Organ und jede Einrichtung hat zumindest eine Person als Datenschutzbeauftragten zu ernennen. Dieser erfüllt im Wesentlichen die selben Aufgaben, wie die nationalen Datenschutzbehörden. Er achtet darauf, dass die Bestimmungen dieser Verordnung eingehalten werden. Jede beabsichtigte Verarbeitung von Daten ist dem jeweils zuständigen Datenschutzbeauftragten zu melden, darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Vorabkontrolle einer Verarbeitung durch diesen.

Ebenfalls von Bedeutung ist, dass diese Verordnung eine neue Behörde nämlich den „Europäischen Datenschutzbeauftragten“ gründete. Sie stellt eine unabhängige europäische Kontrollbehörde dar, die eine Generalaufsicht über alle Organe und Einrichtungen der EU führt. Im Wesentlichen handelt es sich aber bei den Bestimmungen der Art 41ff um europäisches Verwaltungsrecht, weswegen in dieser Arbeit auf diese nicht näher eingegangen wird.

Die Rechtsbehelfe des Betroffenen sind ähnlich jenen der Richtlinie 95/46/EG ausgestaltet, mit dem wesentlichen Unterschied, dass für sämtliche Streitfälle über Bestimmungen dieser Verordnung der EuGH zuständig ist. Die Verordnung gewährt gleichzeitig einen primärrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Dies resultiert einerseits daraus, dass sich die EU den Bestimmungen der EMRK unterworfen hat; vgl Art 6 AEUV. Andererseits vgl auch Art 8 der Charta der Grundrechte der europäischen Union.

<sup>210</sup> Die Verordnung verweist dazu auf den alten Artikel 288 EGV, der in der Neufassung nun Art 340 AEUV ist. Darin steht geschrieben, dass sich die vertragliche Haftung nach jenem Recht richtet, welchem auch der Vertrag unterliegt. Bei außervertraglicher Haftung ersetzt die Union Schäden, die durch sie oder ihre Gehilfen verschuldet

### **3.4.3 Sondervorschriften der VO 45/2001 über die Nutzung interner Kommunikationsnetze**

Wie auf Seite 46 bereits erwähnt, findet die Richtlinie 2002/58/EG auf die Organe und Einrichtungen der EU keine Anwendung. Es wurde allerdings schon vor Erlass dieses Rechtsakts erkannt, dass auch eine Datensicherheit in der Telekommunikation im internen Bereich der EU unbedingt nötig ist. Als Nutzer wird gemäß Art 34 jedermann, der ein Kommunikationsnetz benutzt, welches unter der Kontrolle<sup>211</sup> der Organe oder Einrichtungen der EU, definiert.

Die Organe und Einrichtungen der EU treffen – im gegebenen Falle in Zusammenarbeit mit den Diensteanbietern oder Netzbetreibern – geeignete technische und organisatorische Maßnahmen, um die sichere Nutzung der Kommunikation zu gewährleisten. Ähnlich, wie auch schon in der Richtlinie 2002/58/EG, haben die Organe und Einrichtungen die Nutzer über erhöhte Sicherheitsrisiken bei der Nutzung der Telekommunikation aufzuklären. Wie auch die privaten Anbieter, werden die Organe und Einrichtungen verpflichtet die Vertraulichkeit der Kommunikation zu gewährleisten.

Verkehrsdaten sind im Falle dieser Verordnung sofort zu löschen außer:

- Für die Kontrolle der rechtmäßigen Nutzung des Telekommunikationssystems sowie generell für die Verwaltung des Telekommunikationshaushaltes dürfen Verkehrsdaten maximal sechs Monate gespeichert werden. Dies darf nur in Listen geschehen, die vom Datenschutzbeauftragten genehmigt worden sind.
- Verkehrsdaten werden zum Zwecke der Gebührenabrechnung verarbeitet und gespeichert. Dies ist nur durch qualifiziertes Personal möglich.
- Nutzer dürfen, wie auch nach der Richtlinie 2002/58/EG Gebührennachweise fordern. Zum Zweck solcher Gebührennachweise dürfen auch Verkehrsdaten verarbeitet werden.

Nutzerverzeichnisse, die für eine interne Kommunikation erstellt wurden, dürfen auf keinen Fall zu Zwecken des Direktmarketings verwendet werden. Die

---

wurden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten zu entnehmen sind.

<sup>211</sup> Was genau die Wörter „unter der Kontrolle eines Organs oder einer Einrichtung der EU“ bedeuten bleibt allerdings durch die Verordnung selbst ungeklärt.

Rufnummernanzeige und deren Unterdrückung bzw die Ausnahmen der Aufhebung der Rufnummernunterdrückung ist zur Gänze mit Regelungen der Richtlinie 2002/58EG vergleichbar, weswegen auf diese verwiesen werden kann<sup>212</sup>.

### **3.5 Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG<sup>213</sup>**

#### **3.5.1 Allgemeines**

Mit dem Argument der Terrorismusbekämpfung wurde am 15. 3. 2006 die höchst umstrittene Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie erlassen. Diese Richtlinie verpflichtet Diensteanbieter und Netzbetreiber Verkehrs- und Standortdaten über ihre Kunden temporär zu speichern. Dem aufmerksamen Leser wird nicht entgangen sein, dass diese Vorgangsweise dem widerspricht, was bereits oben in den beiden Datenschutzrichtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG dargestellt wurde. Diese eklatante Beschränkung des Datenschutzes nimmt die vorliegende Richtlinie in der Weise vor, dass sie einfach die Schutzbestimmungen der oben genannten Rechtsakte in der Weise verändert, dass das in der Folge Ausgeführte zulässig ist. Natürlich stellt die folgende Richtlinie eine Einschränkung des Art 8 EMRK (Recht auf Privatsphäre) dar, der Richtliniengeber sah somit selbst vor, dass nationale Umsetzungsmaßnahmen unbedingt dem Gebot der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit zu entsprechen haben<sup>214</sup>. Dass erfreulicherweise einige Mitgliedstaaten dies beachten, zeigte erst kürzlich ein vom deutschen Bundesverfassungsgericht ergangenes Urteil<sup>215</sup>. Für eine bessere Übersichtlichkeit der Arbeit werden die Änderungen der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG in den folgenden Ausführungen noch einmal angemerkt und mit Verweisen auf die oben bereits durchgeführten Ausführungen hingewiesen.

Die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie soll zwar national jeweils in den Telekommunikationsgesetzen umgesetzt werden, bei genauerer Betrachtung der

---

<sup>212</sup> Vgl oben Punkt 3.3.2.

<sup>213</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, ABI L 2006/105, 54.

<sup>214</sup> Vgl Erwägungsgrund (25).

<sup>215</sup> BVerfG 2.3.2010, 1 BvR 256/08.

Bestimmungen dieser Richtlinien, scheint es aber trotzdem angebracht, ihre Darstellung im Hauptstück Datenschutz vorzunehmen.

### 3.5.2 Regelungsinhalt

Die vorliegende Richtlinie schreibt vor, dass Daten zur Verhütung von schweren Straftaten auf Vorrat verarbeitet und gespeichert werden dürfen. Als Verpflichtete sieht die Richtlinie die Anbieter öffentlicher zugänglicher Kommunikationsdienste (Diensteanbieter) und Betreiber öffentlich zugänglicher Kommunikationsnetze (Netzbetreiber) vor<sup>216</sup>. Jene Daten die sie erzeugen oder verarbeiten, müssen sie für einen gewissen Zeitraum speichern und auf Verlangen den zuständigen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung stellen. Der Begriff **Daten** im Sinne dieser Richtlinie umfasst dabei sowohl Standort-, als auch Verkehrsdaten und alle sonstigen Daten, die zur Ermittlung der Identität einer natürlichen oder juristischen Person nötig sind. Inhaltsdaten, also Daten wie zB die Texte von elektronischer Post oder der Inhalt des Telefongesprächs selbst, dürfen nach den Bestimmungen dieser Richtlinie nicht verarbeitet und gespeichert werden.

Im Gegensatz zum „**Nutzerbegriff**“ der Richtlinie 2002/58/EG<sup>217</sup> ist der Begriff des **Benutzers** in der vorliegenden Richtlinie weiter, da er nicht nur natürliche sondern auch juristische Personen, die einen Kommunikationsdienst privat oder geschäftlich nutzen, erfasst<sup>218</sup>. Als **Telefondienst** im Sinne dieser Richtlinie ist jede Art der Echtzeitkommunikation einschließlich Zusatzdiensten<sup>219</sup> zu diesen und jede Art von Mitteilungsdiensten<sup>220</sup> zu verstehen. Lässt sich ein Benutzer bei einem Access-Provider registrieren bzw stellt ein Benutzer einen vertraglichen Kontakt zu ersterem her, wird diesem Benutzer eine **Benutzerkennung**, dh die eindeutige Zuweisung

---

<sup>216</sup> Für die Auslegung dieser Begriffe ist nach Art 2 Abs 1 die Richtlinie 2002/21/EG heranzuziehen; Vgl unten Punkt 4.4.2; *Boka/Feiler* in *Zankl*, Auf dem Weg zum Überwachungsstaat?, 127f.

<sup>217</sup> Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 2002/58/EG.

<sup>218</sup> Wie auch schon in Art 2 Buchstabe a) der Richtlinie 2002/58/EG ist für die Subsumierung unter den Begriff des Benutzers nicht Voraussetzungen, dass der Benutzer in einer vertraglichen Beziehung zu dem Diensteanbieter steht („ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben“). Zur Problematik der verschiedenen Begriffsbestimmungen siehe unten Punkt 8.3.1.3.1.

<sup>219</sup> Darunter fällt insb die gesamte Sprachtelefonie einschließlich Rufweiterleitung, Anrufbeantworter, Mobilboxen, Konferenzschaltungen, Datenabfragen. Gemäß Art 2 Buchstabe f) werden auch die erfolglosen Anrufversuche erfasst.

<sup>220</sup> SMS, EMS und MMS.



einer Kennung zu einer Person, gegeben<sup>221</sup>. In technischer Hinsicht beschreibt die **Standortkennung** jenen Ort, dem eine gewisse Funkzelle zugeordnet ist und von der auch die Verbindung hergestellt wird bzw wo die Verbindung ihren Endpunkt hat.

Artikel 3 der vorliegenden Richtlinie ändert schließlich die Artikel 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58/EG in der Weise ab, dass die Verarbeitung und Speicherung von Verkehrs- (Art 6 Richtlinie 2002/58/EG) bzw Standortdaten, die keine Verkehrsdaten (Art 9 Richtlinie 2002/58/EG) sind, ausdrücklich erlaubt ist, bzw die Einschränkung der Vertraulichkeit der Kommunikation (Art 5 Richtlinie 2002/58/EG) möglich ist<sup>222</sup>. Jene Daten, auf die später in den Ausführungen zu Art 5 dieser Richtlinie eingegangen wird, sind von den Diensteanbietern und Netzbetreibern auf Vorrat zu speichern. Die Daten müssen auch dann gespeichert werden, wenn die Diensteanbieter oder Netzbetreiber Daten im Zuge eines erfolglosen Anrufversuchs erzeugen oder verarbeiten. Kann jedoch überhaupt keine Verbindung zwischen den Endgeräten hergestellt werden, ist dies ein Tatbestand, der nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie unterliegt.

Jene Daten, die gemäß Art 3 iVm Art 5 für mindestens sechs Monate und maximal zwei Jahre ab dem Zeitpunkt der durchgeführten Kommunikation zu speichern sind, müssen in bestimmten Fällen, welche die Mitgliedstaaten selbst festzulegen haben, den zuständigen nationalen Behörden zur weiteren Verwendung übergeben werden<sup>223</sup>. Die gespeicherten Daten und alle sonstigen Informationen zu diesen müssen so gespeichert werden, dass sie im Auskunftsfall unverzüglich an die Behörden weitergegeben werden können.

Zentraler Inhalt dieser Richtlinie ist Artikel 5, der aufgrund seiner Länge und zur besseren Übersichtlichkeit in dieser Arbeit wortwörtlich wiedergegeben wird:

„Artikel 5

*Kategorien von auf Vorrat zu speichernden Daten*

---

<sup>221</sup> Bei den Benutzerkennungen handelt es sich aber nicht um die jeweils zugewiesenen IP-Adressen, da diese schon Verkehrsdaten darstellen. Auch die MAC-Adresse wird keinem bestimmten Benutzer zugewiesen sondern bloß einer Netzwerkinfrastruktur; Vgl dazu *Boka/Feiler in Zankl, Auf dem Weg zum Überwachungsstaat*, 138 mit weiterverweis auf *Stampfel, The EU Data Retention Directive 2006/24/EG from a Technical Perspective*, 39f.

<sup>222</sup> Vgl oben Punkt 3.3.2.

<sup>223</sup> In den bestimmten Fällen, die die Mitgliedstaaten vorsehen, haben sie unter Berücksichtigung des Primärrechts und der Grundrechte (insb Europäische Grundrechtecharta und EMRK) transparente Verfahren vorzusehen, die die von der Richtlinie vorgegebenen Ziele auf verhältnismäßige Weise erreichen.

**(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass gemäß dieser Richtlinie die folgenden Datenkategorien auf Vorrat gespeichert werden:**

a) zur Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle einer Nachricht benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk:

- i) die Rufnummer des anrufenden Anschlusses,
- ii) der Name und die Anschrift des Teilnehmers oder registrierten Benutzers;

2. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:

- i) die zugewiesene(n) Benutzerkennung(en),
- ii) die Benutzerkennung und die Rufnummer, die jeder Nachricht im öffentlichen Telefonnetz zugewiesen werden,
- iii) der Name und die Anschrift des Teilnehmers bzw. registrierten Benutzers, dem eine Internetprotokoll-Adresse (IP-Adresse), Benutzerkennung oder Rufnummer zum Zeitpunkt der Nachricht zugewiesen war;

b) zur Identifizierung des Adressaten einer Nachricht benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk:

- i) die angewählte(n) Nummer(n) (die Rufnummer(n) des angerufenen Anschlusses) und bei Zusatzdiensten wie Rufweiterleitung oder Rufumleitung die Nummer(n), an die der Anruf geleitet wird,
- ii) die Namen und Anschriften der Teilnehmer oder registrierten Benutzer;

2. betreffend Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:

- i) die Benutzerkennung oder Rufnummer des vorgesehenen Empfängers eines Anrufs mittels Internet-Telefonie,
- ii) die Namen und Anschriften der Teilnehmer oder registrierten Benutzer und die Benutzerkennung des vorgesehenen Empfängers einer Nachricht;

c) zur Bestimmung von Datum, Uhrzeit und Dauer einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten:

1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk: Datum und Uhrzeit des Beginns und Endes eines Kommunikationsvorgangs;

2. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:

- i) Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internetzugangsdienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone, zusammen mit der vom Internetzugangsanbieter einer Verbindung zugewiesenen dynamischen oder

*statischen IP-Adresse und die Benutzererkennung des Teilnehmers oder des registrierten Benutzers,*

*ii) Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internet-E-Mail-Dienst oder Internet-Telefonie-Dienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone;*

*d) zur Bestimmung der Art einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten:*

*1. betreffend Telefonfestnetz und Mobilfunk: der in Anspruch genommene Telefondienst;*

*2. betreffend Internet-E-Mail und Internet-Telefonie: der in Anspruch genommene Internetdienst;*

*e) zur Bestimmung der Endeinrichtung oder der vorgeblichen Endeinrichtung von Benutzern benötigte Daten:*

*1. betreffend Telefonfestnetz: die Rufnummern des anrufenden und des angerufenen Anschlusses;*

*2. betreffend Mobilfunk:*

*i) die Rufnummern des anrufenden und des angerufenen Anschlusses,*

*ii) die internationale Mobilteilnehmerkennung (IMSI) des anrufenden Anschlusses,*

*iii) die internationale Mobilfunkgerätekennung (IMEI) des anrufenden Anschlusses,*

*iv) die IMSI des angerufenen Anschlusses,*

*v) die IMEI des angerufenen Anschlusses,*

*vi) im Falle vorbezahlter anonymer Dienste: Datum und Uhrzeit der ersten Aktivierung des Dienstes und die Kennung des Standorts (Cell-ID), an dem der Dienst aktiviert wurde;*

*3. betreffend Internetzugang, Internet-E-Mail und Internet-Telefonie:*

*i) die Rufnummer des anrufenden Anschlusses für den Zugang über Wählanschluss,*

*ii) der digitale Teilnehmeranschluss (DSL) oder ein anderer Endpunkt des Urhebers des Kommunikationsvorgangs;*

*f) zur Bestimmung des Standorts mobiler Geräte benötigte Daten:*

*1. die Standortkennung (Cell-ID) bei Beginn der Verbindung,*

*2. Daten zur geografischen Ortung von Funkzellen durch Bezugnahme auf ihre Standortkennung (Cell-ID) während des Zeitraums, in dem die Vorratsspeicherung der Kommunikationsdaten erfolgt.*

**(2) Nach dieser Richtlinie dürfen keinerlei Daten, die Aufschluss über den Inhalt einer Kommunikation geben, auf Vorrat gespeichert werden.“**

Der Richtliniengeber hat sich bei der Formulierung dieses Artikels an sechs Datenkategorien gehalten, hat dabei aber übersehen, dass es sinnvoller gewesen wäre, sich an den fünf Kommunikationsmethoden<sup>224</sup>, die er in Art 5 aufführt, zu orientieren und für diese jeweils die entsprechenden Daten, die in Bezug auf eines der Kommunikationsmittel gespeichert werden sollen, aufzuzählen. So fällt auf den zweiten Blick auf, dass zB das schlichte „Internetsurfen“ oder IRC<sup>225</sup> und andere Dienste<sup>226</sup> von dieser Richtlinie nicht umfasst sind<sup>227</sup>.

Aufgrund der umfassenden Speicherpflichten der Diensteanbieter und Netzbetreiber, haben diese unbedingt dafür zu sorgen, dass der Schutz dieser Daten gegen unbefugte Zugriffe Dritter, sowie gegen unrechtmäßige Verarbeitungen gewährleistet ist<sup>228</sup>. Weiters dürfen die Verpflichteten nur gewissen ermächtigten Personen Zugriff auf diese Daten einräumen. Die Rechte der Betroffenen, wie sie den Artikeln 22, 23 und 24 Richtlinie 95/46/EG festgelegt<sup>229</sup> sind, sind vor allem im Hinblick auf den Eingriff in die Privatsphäre der Betroffenen vollinhaltlich umzusetzen. Jemandem, der entgegen diesen Bestimmungen auf die gespeicherten Daten zugreift, sind Sanktionen anzudrohen, die auf jeden Fall abschreckend wirken.

### **3.6 Sonstige Rechtsakte**

#### **3.6.1 Allgemeines**

In diesem Abschnitt soll abschließend auf jene Rechtsakte eingegangen werden, die in ihrem Regelungskern zwar keine reinen informationsrechtlichen Inhalte beinhalten, aber doch im weitesten Sinne noch gewisse Aspekte aufweisen, die im Zusammenhang mit dem europäischen IT-Recht stehen.

---

<sup>224</sup> Festnetztelefonie, Mobilfunktelefonie, Internetzugang, E-Mail und Voice over IP.

<sup>225</sup> Internet Relay Chat

<sup>226</sup> Bspw Prepaid-Dienste, anonyme User-Accounts, öffentliche Sprechstellen etc. Zustimmend auch *Otto/Seitlinger*, Die „Spitzelrichtlinie“: Zur (Umsetzungs) Problematik der Data Retention Richtlinie 2006/24/EG, MuR 2006, 234.

<sup>227</sup> Zum weiteren Verständnis dieser Norm empfiehlt sich die gelungene Darstellung von *Boka/Feiler* in *Zankl*, Auf dem Weg zum Überwachungsstaat, 129ff.

<sup>228</sup> Obwohl die Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG schon Bestimmungen enthalten, die dies regeln, war es dem Richtliniengeber anscheinend ein Anliegen abermals gezielt auf die technische und organisatorische Sicherheit der Daten Bezug zu nehmen, was aber angesichts des massiven Eingriffs in die Privatsphäre der Nutzer mE zu Recht geschehen ist. Jene Maßnahmen, die von den Diensteanbietern und Netzbetreibern getroffen wurden, müssen einer von den Mitgliedstaaten benannten öffentlichen Stelle mitgeteilt werden.

<sup>229</sup> Vgl Seite 41f.

## 3.6.2 Rechtsakte

### 3.6.2.1 Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme<sup>230</sup>

Im Zusammenhang mit dem eben dargestellten europäischen Datenschutzrecht kann daher in Anwendung der oben beschriebenen Vorgangsweise weiters der Rahmenbeschluss über Angriffe auf Informationssysteme genannt werden. Während die oben dargestellten Rechtsakte darauf abzielen, den zivilrechtlichen Schutz von Informationssystemen und Daten zu gewährleisten, widmet sich der Rahmenbeschluss den strafrechtlichen Fragen in diesem Bereich.

Die Mitgliedstaaten haben vorzusehen, dass vorsätzliche unbefugte Zugriffe und Störungen auf und von Informationssystemen<sup>231</sup> und Daten unter Strafe gestellt werden. Strafbar sind ebenso der Versuch, sowie die Bestimmungstat als auch die Beitragstat. Von den strafrechtlichen Normen iS des Rahmenbeschlusses sollen auch juristische Personen umfasst sein.

### 3.6.2.2 Verordnung über biometrische Daten in Pässen und Reisedokumenten<sup>232</sup>

Die Verordnung sieht diverse Sicherheitsanforderungen für alle Pässe und Reisedokumente, die von den Mitgliedstaaten ausgestellt werden, vor. Weiters sieht sie die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Ausstellung der oben genannten Dokumente vor<sup>233</sup>. Sie berührt daher ebenfalls die Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie.

---

<sup>230</sup> Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24. Februar 2005 über Angriffe auf Informationssysteme, ABI L 2005/69, 67.

<sup>231</sup> Informationssysteme sind mehrere verbundene oder zusammenhängende Einheiten, deren Zweck in der automatischen Verarbeitung von Daten liegt. Zu den Begriffsbestimmungen vgl auch Art 1 Buchstaben a) bis d) Rahmenbeschluss 2005/222/JI.

<sup>232</sup> Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten, ABI L 2004/385, 1, in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 444/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Mai 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten, ABI L 2009/142, 1.

<sup>233</sup> Bekannteste Ausformung der Erhebung personenbezogener Daten ist der digitale Fingerabdruck.

## 4. Hauptstück – Telekommunikation

### 4.1 Allgemeine Einleitung und Entwicklung nach dem Jahr 2000

Die europäische Union hat schon früh erkannt, dass der Telekommunikationsmarkt einer der wichtigsten Schlüsselfaktoren in der Wirtschaftsstruktur der Union ist. Dementsprechend früh begannen Bemühungen, diesen Markt zu vereinheitlichen und zu fördern. Die ersten Maßnahmen mit Bezug zum Telekommunikationsrecht wurden bereits oben unter Punkt 2.1.1 dargestellt. Aufgrund der Umstände, dass diese Rechtsakte nur mehr in stark veränderter Form oder gar nicht mehr anwendbar sind und weit vor dem Jahr 2000 erlassen wurden, wird im Rahmen dieser Arbeit auf die alten Maßnahmen nicht näher eingegangen.

Die Anpassung an die durch die ONP-Richtlinien neu geschaffene Marktsituation im Bereich des europäischen Telekommunikationsrechts begann ab dem Jahr 1999 durch die Konformitätsrichtlinie 1999/5/EG<sup>234</sup>. Sie schuf erstmals einheitliche Regelungen für die technischen Anforderungen an Endgeräte, die auch einigermaßen dem technischen Entwicklungsstand entsprachen. Ein Jahr später wurden sämtliche Telekommunikationsbetreiber, die sich bereits vor der Liberalisierung im Telekommunikationsmarkt etabliert hatten, per Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 dazu verpflichtet, ihre Anschlüsse zu entbündeln. In dieser Form wurde durch eine zwischenzeitliche Rechtsangleichung richtungsweisend eine Marktliberalisierung vorbereitet. Im Jahr 2002 folgte dann das „erste Telekommunikationsrichtlinienpaket“ bestehend aus den Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG. Welche genauen Ziele diese Rechtsakte jeweils hatten, ist den jeweiligen Ausführungen zum Regelungsgegenstand der einzelnen Maßnahmen zu entnehmen. „Erstes Telekommunikationsrichtlinienpaket“ muss man diese Ansammlung von Rechtsakten aus dem Grund nennen, weil im Jahr 2009 bereits das „zweite Telekommunikationsrichtlinienpaket“, welches aus den Richtlinien 2009/114/EG, 2009/136/EG und 2009/140/EG besteht, vom Richtliniengeber erlassen wurde, um die europäische Rechtslage erneut den technischen Gegebenheiten anzupassen. Das zweite TK-Paket ändert das erste TK-Paket in wesentlichen Punkten, weil die alten Richtlinien nicht nur den

---

<sup>234</sup> Die Langtitel der Rechtsakte werden jeweils bei der Überschrift des betroffenen Rechtsakts angegeben.

technologischen, sondern auch den wirtschaftlichen Entwicklungen angepasst worden sind. Das zweite TK-Paket besteht streng genommen nur aus Änderungsrichtlinien, die jeweils die Bestimmungen der Richtlinien des ersten TK-Pakets ergänzen, ersetzen oder streichen. Wie auch schon im Teil über das Datenschutzrecht, werden die neuen Richtlinien im Rahmen dieser Arbeit nahtlos in die alten Richtlinien eingearbeitet, um dem Leser einen aktuellen Stand des europäischen Telekommunikationsrechts zu gewährleisten.

## **4.2 Die Konformitätsrichtlinie 1999/5/EG<sup>235</sup>**

### **4.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Vor allem im Bezug auf technische Geräte waren die Mitgliedstaaten was die gegenseitige Anerkennung dieser betrifft, vor Erlassung einheitlicher Rechtsakte durch die EU, eher zurückhaltend. Ein offener Binnenmarkt war aus diesen Gründen weitgehend nicht möglich, da Geräte, die in einem Mitgliedstaat erzeugt wurden in einem anderen nicht vertrieben werden durften. Durch verschiedene Rechtsakte wie zB den Richtlinien 73/23/EWG<sup>236</sup>, 89/336/EWG<sup>237</sup> und 98/13/EG<sup>238</sup> wurden erste Bereiche über Endeinrichtungen und Geräte geregelt. Für den Telekommunikationsmarkt, der in einem wesentlichen Teil auch vom Markt der Telekommunikationsendeeinrichtungen abhängig ist, waren diese Richtlinien jedoch nicht spezifisch genug. Schon gar nicht konnten die älteren Richtlinien den neuen technologischen und marktbezogenen Entwicklungen genügen. Die vorliegende Richtlinie schafft daher einen europäischen Rechtsrahmen, der die lückenlose Anerkennung von Telekommunikationsendeeinrichtungen und Funkanlagen normiert. Die oben angeführten Rechtsakte wurden aufgehoben (Richtlinien 98/13/EG, Richtlinie 73/23/EWG und 89/336/EG). Für Geräte, die unter die Bestimmungen

---

<sup>235</sup> Richtlinie 1999/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 1999 über Funkanlagen und Telekommunikationsendeeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität, ABI L 1999/91, 10.

<sup>236</sup> Richtlinie 73/23/EWG des Rates vom 19. Februar 1973 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen, ABI L 1973/77, 29.

<sup>237</sup> Richtlinie 89/336/EWG des Rates vom 3. Mai 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit ABI L 1989/139, 19.

<sup>238</sup> Richtlinie 98/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Februar 1998 über Telekommunikationsendeeinrichtungen und Satellitenfunkanlagen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität, ABI L 1998/74, 1.

dieser Richtlinie fallen, gelten gemäß Art 20 Abs 3 die Bestimmungen der Richtlinie 2006/95/EG<sup>239</sup> (= Nachfolgemeiße name der Richtlinie 73/23/EWG) nicht mehr. Ausgenommen davon sind lediglich Art 2 und Anhänge I, III B und IV der Richtlinie 2006/95/EG. Des weiteren gelten gemäß Art 20 Abs 2 für Geräte iSd Richtlinie nur noch die Vorschriften der Art 5 und 7 und Anhänge I und III der Richtlinie 2004/108/EG<sup>240</sup> (=Nachfolgemeiße name der Richtlinie 89/336/EWG).

Erfüllen Geräte iS dieser Richtlinie die Bestimmungen dieser Richtlinie, ist das ungehinderte Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme der CE-Geräte im europäischen Markt gewährleistet. Von Bedeutung ist, dass diese Richtlinie auch für Medizinprodukte gemäß Richtlinie 93/42/EWG<sup>241</sup>, aktive implantierbare medizinische Geräte gemäß Richtlinie 90/385/EWG<sup>242</sup> und Bauteilen von Fahrzeugen iS der Richtlinie 72/245/EWG<sup>243</sup> oder der Richtlinie 92/61/EWG<sup>244</sup> Anwendung findet, wenn sie Zubehör oder Bauteilen von Geräten iS dieser Richtlinie sind. Diese Richtlinie gilt allerdings nicht für Amateurfunkanlagen, Schiffsausrüstung, Kabel und Drähte, reine Empfangsanlagen (Fernseher, Radios), Zivilluftfahrtausrüstung und Ausrüstung des Flugverkehrsmanagement. Weiters nicht für Geräte, die im Rahmen der öffentlichen Sicherheit, Verteidigung, Sicherheit des Staates betrieben werden oder aus strafrechtlichen Gründen benutzt werden.

## 4.2.2 Regelungsinhalt

Bei einem **Gerät** im Sinne dieser Richtlinie handelt es sich nur um technische Einrichtungen, die eine Funkanlage<sup>245</sup> oder eine Telekommunikationsendeinrichtung

---

<sup>239</sup> Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen (kodifizierte Fassung), ABI L 2006/374, 10.

<sup>240</sup> Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG, ABI L 2004/390, 24.

<sup>241</sup> Richtlinie 93/42/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über Medizinprodukte, ABI L 1993/169, 1.

<sup>242</sup> Richtlinie 90/385/EWG des Rates vom 20 Juni 1990 zu Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über aktive implantierbare medizinische Geräte, ABI L 1990/189, 17.

<sup>243</sup> Richtlinie 72/245/EWG des Rates vom 20. Juni 1972 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Funkentstörung von Kraftfahrzeugmotoren mit Fremdzündung, ABI L 1972/152, 15.

<sup>244</sup> Richtlinie 92/61/EWG des Rates vom 30 Juni 1992 über die Betriebserlaubnis für zweirädrige oder dreirädrige Kraftfahrzeuge ABI L 1992/151, 40.

<sup>245</sup> Häufig genutzte Funkanlagen sind bspw „Jammer“, die sowohl Funkwellen empfangen als auch ausstrahlen um Geschwindigkeitsmessungen von Radarstationen zu vermeiden. Zur Zulässigkeit solcher Anlagen nach österreichischem Recht vgl *Erenli*, Navi, Jammer und Co – Was ist in Österreich erlaubt?, ZVR 2010/64.



ist<sup>246</sup>. Verwunderlich ist, dass der Richtliniengeber eine Definition durch eine Definition definiert, da auch die **Telekommunikationsendeinrichtung** weiter spezifiziert wird. Jene Endeinrichtungen sind Produkte oder wesentliche Bestandteile von Produkten, die die Kommunikation durch den direkten oder indirekten Anschluss an eine Schnittstelle<sup>247</sup> eines Telekommunikationsnetzes, ermöglichen. **Funkanlagen** sind dagegen Produkte die in der Lage sind, terrestrische oder satellitengestützte Funkwellen<sup>248</sup> auszustrahlen oder zu empfangen. Beeinträchtigen, stören oder unterbrechen die Geräte durch einen Störeffekt einen Funknavigationdienst, einen sicherheitsbezogenen Dienst oder einen nach anderen Unionsbestimmungen betriebenen Dienst, verursachen sie eine **funktechnische Störung**.

Eine **Geräteklasse** bezeichnet eine Summe an Geräten, die nach den Bestimmungen dieser Richtlinie ähnliche technische Eigenschaften<sup>249</sup> besitzen. Ein Gerät kann auch mehreren Geräteklassen zugeordnet werden. Die **Konstruktionsunterlagen** des Geräts geben die wichtigsten technischen Daten der Geräte an und veranschaulichen überdies, wie die Anforderungen, die die folgenden Bestimmungen an sie stellen, erfüllt werden.

Eine **harmonisierte Norm** hat bereits das in der Richtlinie 98/34/EG<sup>250</sup> geregelte Verfahren durchlaufen und ist dementsprechend im Auftrag der Kommission von Normungsorganisationen inhaltlich überprüft. Die technischen Spezifikationen, die in diesen Normen festgelegt sind, sind allerdings nicht zwingend einzuhalten, da es sich nur um ein Informationsverfahren handelt.

---

<sup>246</sup> Geräte, die jene Tatbestandsmerkmale nicht erfüllen werden subsidiär von den Richtlinien 2004/108/EG und 2006/95/EG erfasst. Vgl dazu unten Punkt 7.4.2 und Punkt 7.4.3.

<sup>247</sup> Den Anschluss darf man sich aber in diesem Zusammenhang nicht als physische Verbindung des Endgeräts mit dem Telekommunikationsnetz vorstellen, da dies nur noch bei älteren Festnetzmodellen so bewerkstelligt wird. Moderne Endeinrichtungen (Handys, PDAs, Modems) stellen diesen Anschluss drahtlos her. Besteht ein physischer Anschlusspunkt, wird dieser als Netzabschlusspunkt bezeichnet. Besteht kein physischer Anschlusspunkt, dann wird diese Tatsache als Luftschnittstelle bezeichnet. Der Anschluss an ein Telekommunikationsnetz umfasst alle technischen Verbindungen zwischen der Endeinrichtung und dem öffentlichen Kommunikationsnetz. Vgl dazu auch Bönsch in *Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster*, Beck'scher TKG-Kommentar2, § 3 Rz 6b.

<sup>248</sup> Elektromagnetische Wellen in einem Frequenzbereich von 9 kHz bis 3000 GHz.

<sup>249</sup> Wichtigste technische Eigenschaft ist insb die Vorgabe an welche Schnittstellen des Kommunikationsnetzes die Geräte angeschlossen werden können.

<sup>250</sup> Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI L 1998/204, 37.

Alle Geräte haben gemäß Artikel 3 den Schutz der Gesundheit und Sicherheit des Benutzers und aller anderen Personen<sup>251</sup> und die Schutzanforderungen über die elektromagnetische Verträglichkeit iSd Richtlinie 2004/108/EG<sup>252</sup> zu gewährleisten. Funkanlagen müssen darüber hinaus die ihnen zugewiesenen Frequenzen und die Orbitressourcen optimal nutzen. Damit die Kommission für die Geräte europaweit Geräteklassen-Kennungen vergeben kann, muss ihr jeder Mitgliedstaat, die von ihm geregelten Schnittstellen mitteilen, wenn dies nicht bereits nach dem Informationsverfahren der Richtlinie 98/34/EG geschehen ist. Die Mitteilung der Mitgliedstaaten hat dabei die Arten der Schnittstellen, die Netzbetreiber eingerichtet haben und deren genauen technische Spezifikationen zu umfassen. Die Spezifikationen müssen so detailliert sein, dass jeder Hersteller von Endeinrichtungen die Kompatibilität seiner Produkte mit den Schnittstellen gewährleisten kann.

Erfüllen die Geräte die Bedingungen, die in den Bestimmungen dieser Richtlinie – vor allem die Voraussetzungen des Artikels 3 – normiert sind, unterliegen sie keinen weiteren einzelstaatlichen Regelungen. Erfüllen die Geräte die Bedingungen dieser Richtlinie nicht, besteht immer noch die Möglichkeit, dass der Hersteller sein Gerät im Einklang mit den einschlägigen harmonisierten Normen produziert. Kann er diese Tatsache nachweisen, gehen die Mitgliedstaaten prinzipiell davon aus, dass die in Artikel 3 genannten Voraussetzungen von ihm erfüllt wurden. In einzelnen Fällen in denen die harmonisierten Normen nicht das selbe Schutzniveau wie Artikel 3 dieser Richtlinie gewährleisten, kann es passieren, dass die Konformität der Geräte nach dieser Richtlinie nicht mehr gegeben ist.

Geräte, die nach den Grundsätzen dieser Richtlinie hergestellt werden, fallen in vollem Umfang unter die Bestimmungen der Warenverkehrsfreiheit<sup>253</sup>. Die Mitgliedstaaten dürfen das Inverkehrbringen solcher Geräte nicht mehr beschränken oder behindern. Im Zuge des Inverkehrbringens sind die Hersteller der Endgeräte dazu verpflichtet, Informationen über die bestimmungsgemäße Verwendung zu

---

<sup>251</sup> Wie diese Ziele am besten zu erreichen sind, lässt sich dem Anhang I der Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen (kodifizierte Fassung) (Text von Bedeutung für den EWR), ABI L 2006/374, 10.

<sup>252</sup> Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG, ABI L 2004/390, 24.

<sup>253</sup> Art 28ff AEUV.

geben. Funkanlagen, die Frequenzbänder nutzen, welche nicht harmonisiert sind, sind vor Inverkehrbringen der einzelstaatlichen Behörde, mindestens aber 4 Wochen, vor deren Inbetriebnahme bekanntzugeben. In der Bekanntmachung sind Angaben über funktechnische Merkmale<sup>254</sup> der Funkanlage zu machen. Die Mitgliedstaaten gestatten generell die Inbetriebnahme der Geräte, wenn die Geräte die Anforderungen nach Art 3 erfüllen. Die Inbetriebnahme kann nur dann verweigert werden, wenn durch Geräte funktechnische Störungen oder die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit zu erwarten sind. Auch die privaten Netzbetreiber dürfen, wenn das Gerät die Anforderungen des Artikels 3 erfüllt, die Inbetriebnahmen durch den Benutzer aus technischen Gründen nicht untersagen. Nur dann, wenn nachgewiesen ist, dass ein Gerät, das den Bestimmungen dieser Richtlinie genügt, eine schädliche oder störende Wirkung<sup>255</sup> auf ein bereits bestehendes Netz hat, darf der Netzbetreiber nach Einholung einer Sondergenehmigung der nationalen Behörden den Anschluss an sein Netz verweigern. Im Notfall darf der Netzbetreiber unverzüglich entsprechende Maßnahmen setzen, wenn er dem Benutzer alternative Lösungen für die weitere Verwendung des Netzes anbietet.

Die Konformität der Geräte mit den in Art 3 oder in den anderen einschlägig harmonisierten Normen (insb nach den Richtlinien 2004/108/EG und 2006/95/EG) muss durch ein Konformitätsbewertungsverfahren erbracht werden. Dieses Verfahren ist je nachdem, welche technischen Eigenschaften ein Gerät aufweist und nach welchen der oben genannten rechtlichen Möglichkeiten die Hersteller wählen, unterschiedlich ausgestaltet. Die Konformitätsbewertungsverfahren finden sich in den Anhängen II (Interne Fertigungskontrolle), III (Interne Fertigungskontrolle und spezifische Geräteprüfung), IV (Konstruktionsunterlagen) und V (umfassende Qualitätssicherung).

Jene nationalen Aufsichtsbehörden<sup>256</sup>, die die Mitgliedstaaten mit der Aufgabe betrauen, dieses Verfahren abzunehmen, sind der Kommission mitzuteilen<sup>257</sup>. Hat ein Gerät das Konformitätsbewertungsverfahren erfolgreich durchlaufen, dann ist es

---

<sup>254</sup> Technische Merkmale sind dabei insb Frequenzbänder, Kanalabstand, die Art der genutzten Modulation und die Sendeleistung der gesamten Anlage.

<sup>255</sup> Störungen jeglicher Art sind dabei umfasst. Welche Störungen dabei in Frage kommen können wird umfassend in JBL 2007, 127 behandelt.

<sup>256</sup> Die Mitgliedstaaten müssen darauf achten, dass die Aufsichtsbehörden gewisse, in Anhang VI dieser Richtlinie normierten, Mindestanforderungen erfüllen bevor sie benannt werden.

<sup>257</sup> Damit der Hersteller sofort weiß in welchem Mitgliedstaat er sich an welche Behörde zu wenden hat, wenn er ein neues Gerät bewerten lassen will, hat die Kommission weiter eine Liste zu führen, in der alle Behörden aller Mitgliedstaaten angeführt sind. Diese Liste ist im Amtsblatt zu veröffentlichen.

mit dem CE-Kennzeichen<sup>258</sup> zu versehen<sup>259</sup>. Das CE-Kennzeichen ist deutlich und unverwechselbar am Gerät anzubringen. Andere Kennzeichen, die nicht den Eindruck erwecken, es handle sich um CE-Kennzeichen dürfen angebracht werden, wenn die Deutlichkeit des CE-Kennzeichens erhalten bleibt. Um eine lückenlose Nachvollziehbarkeit zu erreichen, sind die Geräte mit Typenbezeichnungen und Seriennummern zu versehen.

Sind die Geräte mit dem CE-Kennzeichen versehen, dürfen die Mitgliedstaaten das Inverkehrbringen und die Inbetriebnahme nicht mehr verbieten, behindern oder beschränken. Es muss also die volle Warenverkehrsfreiheit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gewährleistet werden<sup>260</sup>. Nur dann, wenn die CE-gekennzeichneten Geräte nachweislich nicht die Anforderungen nach diesen Bestimmungen erfüllen, dürfen die Mitgliedstaaten die Warenverkehrsfreiheit wieder angemessen beschränken. Warum diese Beschränkung durchgeführt wird, ist der Kommission mitzuteilen<sup>261</sup>. Auf Messen, Ausstellungen oder Vorführungen dürfen auch Geräte vorgestellt werden, die den Anforderungen dieser Richtlinie noch nicht gerecht werden.

Zur reibungslosen Durchführung dieser Richtlinie wird ein Ausschuss errichtet, der die Kommission bei der Konformitätsbewertung der Endgeräte und bei der Marktüberwachung unterstützt. Die weiteren Bestimmungen dieser Richtlinie bestimmen die Aufgaben dieses Ausschusses. Für die Zielsetzung dieser Arbeit haben die weiteren Bestimmungen jedoch keine Relevanz, weshalb sie nicht weiter erläutert werden.

---

<sup>258</sup> Vgl dazu Anhang VII.

<sup>259</sup> Falls das CE-Kennzeichen durch die Verfahren die im Anhang III, IV und V geregelt sind erlangt wurde, hat der Hersteller zugleich die Kennnummer der abnehmenden Behörde anzugeben. Bei Funkanlagen ist zusätzlich die Kennung der Geräteklasse anzugeben, falls von der Kommission eine geschaffen wurde.

<sup>260</sup> Unberührt bleiben davon aber die obigen Ausführungen zur Inbetriebnahme.

<sup>261</sup> Der Mitgliedstaat hat primär anzugeben, gegen welche Normen (Art 3 dieser Richtlinie oder harmonisierte Normen) das Inverkehrbringen oder die Inbetriebnahme der Geräte verstößt. Die Kommission hat dann weitere Schritte einzuleiten.

### 4.3 Die Entbündelungsverordnung EG/2887/2000<sup>262</sup>

Diese Verordnung wurde bereits wieder durch Art 4 Richtlinie 2009/140/EG aufgehoben, soll aber in der vorliegenden Arbeit wegen ihrer geschichtlichen Wirkung ua auch auf die Universaldiensterichtlinie noch angeführt bleiben<sup>263</sup>.

#### 4.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand

Wesentlich für das weitere Wachstum der wissensbasierten Wirtschaft war, dass die Unionsbürger die Möglichkeit hatten, kostengünstig alle möglichen Kommunikationsformen in Anspruch zu nehmen. Da aufgrund historischer Marktsituationen (zT auch noch Monopole) in einigen Mitgliedstaaten ein Wettbewerb im Telekommunikationssektor jedoch unter den damaligen Voraussetzungen nicht vorstellbar war, leitete die EU mit der vorliegenden Verordnung einen Liberalisierungsprozess im Bereich der Telekommunikation ein.

Die vorliegende Verordnung zielt auf der einen Seite auf eine Intensivierung des Wettbewerbs ab und soll auf der anderen Seite auch weitere technische Innovationen im Bereich der Telekommunikation möglich machen. Als Ergebnis der vorliegenden Verordnung soll erreicht werden, dass Nutzer aus einem breiten Angebot von Diensten zu wettbewerbsabhängigen Preisen wählen können.

#### 4.3.2 Regelungsinhalt

Wichtig für das weitere Verständnis des Regelungsinhaltes waren folgende Begriffsbestimmungen:

Die Verordnung unterschied vorab zwischen den berechtigten Unternehmen und den verpflichteten Unternehmen. Die verpflichteten Unternehmen wurden von der Verordnung **gemeldete Betreiber** genannt. Es handelte sich bei diesen Betreibern um jene, die bereits länger im Markt tätig waren, die entsprechende Infrastruktur

---

<sup>262</sup> Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss ABI 2000/336, 4.

<sup>263</sup> Zu den Wirkungen der Verordnung auf die österreichische Telekommunikationsbranche vgl. *Sutor*, Die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts mit Schwerpunkt auf die Entbündelung in Österreich.

aufgebaut hatten und das Attribut der beträchtlichen Marktmacht erfüllten. Als berechnigte oder auch **begünstigte Unternehmen** waren dagegen jene Unternehmen zu verstehen, die bereits eine Zulassung besaßen und Anspruch darauf hatten, auf die Infrastruktur – hier im speziellen auf den entbündelten Teilnehmeranschluss – der verpflichteten Unternehmen zurückzugreifen.

Der **Teilnehmeranschluss** war jene physische Endeinrichtung, die per Doppelader-Metalleitung mit den Netzabschlusspunkten oder einem Verteiler des öffentlichen Kommunikationsnetzes verbunden war<sup>264</sup>. **Entbündelt** war ein Teilnehmeranschluss dann, wenn die Doppelader-Metalleitung mit ihrem ganzen Frequenzspektrum auch von den begünstigten Unternehmen benutzt werden konnte<sup>265</sup>. Als **Kollokation** bezeichnete man die Zuverfügungstellung sonstiger unabdingbarer Voraussetzungen (Raum, Sendemasten, Kabel uva) für das Anbieten einer Telekommunikationsdienstleistung.

Kernregelung der Verordnung war schließlich, dass die verpflichteten Betreiber den begünstigten Betreibern die entbündelten Teilnehmeranschlüsse zur Verfügung stellen mussten. Das Portfolio (=Standardangebot)<sup>266</sup> der verschiedenen Telekommunikationsdienstleistungen musste dabei so gewählt werden, dass die begünstigten Anbieter auch tatsächlich nur für jene Infrastruktur zahlten, für die das Anbieten ihrer speziellen Telekommunikationsdienstleistung auch essentiell war. Der Zugang zur Infrastruktur hatte in einem transparenten, fairen und nichtdiskriminierenden Verfahren zu geschehen, um in weiterer Folge auch von den zuständigen nationalen Behörden beaufsichtigt zu werden<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> Im Gegensatz zur allgemeinen Definition der Schnittstelle umfasste die Definition des Teilnehmeranschlusses der vorliegenden Verordnung nicht alle Anmeldevorgänge, sondern nur solche, die physisch stattfanden.

<sup>265</sup> Die Entbündelung ist technisch gesehen ein Oberbegriff für mehrere Vorgänge: 1) kann ein Betreiber, der bislang per Drahtverbindung keinen direkten Kundenzugang hatte, nun in der Form dem Kunden seine Dienstleistungen anbieten, indem er vom verpflichteten Unternehmen die Infrastruktur zum Kunden zu regulierten Preisen mietet. 2) bedeutet Entbündelung aber auch, dass es dem Kunden nun möglich ist die Dienste von verschiedenen Anbietern zu wählen. Das bedeutet einfach gesprochen, dass ein Kunde nun bei Wahl eines Internetbetreibers X auch die Festnetztelefonie über den Betreiber X durchführen muss. Der Verbraucher hat nun die Möglichkeit, die verschiedenen Dienste von verschiedenen Betreibern in Anspruch zu nehmen. Daraus resultiert logischerweise auch der von der Verordnung angestrebte verstärkte Wettbewerb, da sich die etablierten Anbieter nun preislich mit weiteren neuen Anbietern messen lassen müssen.

<sup>266</sup> Vgl dazu Anhang Teil A Verordnung (EG) Nr. 2887/2000.

<sup>267</sup> Um einen genauen Überblick über den Ablauf der Entbündelung zu bekommen vgl auch <http://www.rtr.at/de/tk/ULL>.

## 4.4 Die Rahmenrichtlinie 2002/21/EG<sup>268</sup>

### 4.4.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand

Noch vor zehn Jahren sah die Marktstruktur im Telekommunikationssektor so aus, dass es die verschiedensten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gab, die einen Binnenmarkt im Bereich der Telekommunikation unmöglich erscheinen ließen. So existierten vielfach noch rechtliche Monopole oder Unternehmen, die zwar im liberalisierten Markt agierten, aufgrund ihrer Vormachtstellung aber faktisch Monopole innehatten. Da dieser Zustand vor allem in einem Sektor wie der Telekommunikation, die von Natur aus für eine grenzüberschreitenden Nutzung gedacht ist, aus Sicht der Europäischen Union unhaltbar war, ist höchst erfreulich. War die direkte vorangegangene Maßnahme (Richtlinie 90/387/EWG = ONP-Rahmenrichtlinie) noch dazu da, die Mitgliedstaaten auf einen vollkommen liberalisierten Markt im Bereich des Telekommunikationsrechts vorzubereiten, schuf der Richtlinienggeber in Anbetracht des vollkommenen Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation das erste Telekommunikationsrichtlinienpaket<sup>269</sup>, wovon die vorliegende Richtlinie die wichtigste Maßnahme von allen ist. Die vorliegende Richtlinie schafft, was die Regulierungsmechanismen elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste betrifft, einen einheitlichen europäischen Rechtsrahmen. Des Weiteren bildet sie den Rahmen für die anderen im Richtlinienpaket enthaltenen Richtlinien. Diese Richtlinie liberalisiert den Telekommunikationsmarkt und erleichtert es, Mitbewerbern in den Markt einzusteigen bzw schafft ein breites wettbewerbsfähiges Angebot aus denen Kunden wählen können. Darüber hinaus soll der grenzüberschreitende Warenverkehr gefördert werden und ein Wirtschaftswachstum im Bereich der Telekommunikation erreicht werden<sup>270</sup>.

Die Rahmenrichtlinie besteht zum größten Teil aus Bestimmungen, die die mitgliedstaatlichen Verwaltungsvorschriften im Bereich der Regulierung der Telekommunikation angleichen. In der vorliegenden Arbeit wird versucht, die verwaltungsrechtlichen Regelungen dieser Richtlinie – sofern es möglich ist – nur am

---

<sup>268</sup> Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie).

<sup>269</sup> Richtlinien 2002/19/EG – 2002/22/EG.

<sup>270</sup> Art 1 idF Art 1 Abs 1 Buchstaben a) und b) Richtlinie 2009/140/EG.

Rande, zum Zweck der besseren Verständlichkeit mit einzubeziehen. Übersehen werden darf aber idZ nicht, dass Telekommunikationsrecht in großen Teilen auch aus Verwaltungsrecht besteht.

Zusatzdienste, die über Netze oder von Diensteanbietern erbracht werden, sind von dieser Richtlinie nicht umfasst. Die Rahmenrichtlinie gilt stets unbeschadet der diversen Einzelrichtlinien und Einzelmaßnahmen<sup>271</sup>.

#### 4.4.2 Regelungsinhalt

Gemäß ihrer oben beschriebenen primären Aufgabe sieht die Rahmenrichtlinie, geändert durch die Richtlinie 2009/140/EG nun 21 Begriffsbestimmungen vor, die von enormer Bedeutung für das ganze Maßnahmenpaket sind:

**Elektronische Kommunikationsnetze** sind (Informations- )Übertragungssysteme bzw Vermittlungs- und Leitungswegeinrichtungen sowie alle anderweitigen Ressourcen <sup>272</sup> . Richtigerweise geht *Schütz* davon aus, dass ein Telekommunikationsnetz nur dann vorliegt, wenn über dieses Kommunikationsnetz auch tatsächlich Telekommunikationsdienstleistungen erbracht werden können (Funktionsautonomie)<sup>273</sup>. Die Informationsübertragung kann, wie die Richtlinie selbst normiert, per Kabel<sup>274</sup>, Funk<sup>275</sup>, Optik, Elektromagnetik oder Satellit durchgeführt werden<sup>276</sup>.

Auffällig ist, dass der Richtliniengeber durch eine Aufzählung die Technologieneutralität dieser Definition beschränkt. Aus dem Richtlinientext selbst ist nicht erkennbar, ob die Aufzählung der technischen Mittel taxativ oder bloß demonstrativ ist. Sollte sich also die Situation ergeben, dass eine neue technische Übertragungsart erfunden wird, bleibt fraglich, ob auch diese von dieser Definition umfasst ist. Natürlich kann durch solche Umstände wieder ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit entstehen, die dann entweder vom Richtliniengeber selbst oder

---

<sup>271</sup> Art 1 Abs 5 wurde 2007 durch Art 10 Verordnung (EG) 717/2007/EG eingefügt, da erstmalig eine Einzelmaßnahme, die in Marktmechanismen eingriff, erlassen wurde; Vgl unten Punkt 4.8.1.

<sup>272</sup> Durch Art 1 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG sind nun auch die inaktiven Bestandteile (Bestandteile, die technisch gesehen an der Informationsübertragung nicht beitragen wie Verrechnungssysteme) eines Netzes in den Begriff des elektronischen Kommunikationsnetzes mit einbezogen.

<sup>273</sup> *Schütz* in *Büchner*, Beck'scher TKG-Kommentar<sup>2</sup>, § 3 Rz 24a.

<sup>274</sup> Jede Art der Kabelverbindung, wie insb auch Stromkabel sind in diesem Zusammenhang mitumfasst.

<sup>275</sup> Hör- und Fernsehfunk.

<sup>276</sup> Art 2 Buchstabe a) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG.



vom Rechtsanwender zu beseitigen sein wird. Unverständlicherweise hat man in der selben Definition aber rigoros darauf geachtet, dass durch allgemeine Formulierungen wie „anderweitige Ressourcen“ alle Elemente bzw Bestandteile, die in Frage kommen, einem elektronischen Kommunikationsnetz zu zuordnen sind<sup>277</sup>.

Elektronische Kommunikationsnetze können privat oder öffentlich sein. **Öffentliche Kommunikationsnetze** liegen dann vor, wenn es ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlicher Kommunikationsdienste (zB Mobilfunk) dient<sup>278</sup>. Kommunikationsnetze bestehen darüber hinaus auch aus **zugehörige Einrichtungen** (verbundene zugehörige Dienste, körperliche Infrastruktur oder sonstige Komponenten), welche die Signalübertragung durch die Diensteanbieter überhaupt erst möglich machen. Darunter fallen, wie der Richtliniengeber selbst fest schreibt zB Gebäudezugänge, Gebäude, Masten, Verkabelungen, Rohrleitungssysteme inklusive Leerrohre, Antennen, Trägersysteme (Masten), Verteilerkästen etc. An dieser Stelle hat der Richtliniengeber durch Einfügung der Silbe „unter anderem“ unmissverständlich klargestellt, dass es sich bloß um eine demonstrative Aufzählung handelt<sup>279</sup>.

Anbieter, die **elektronische Kommunikationsdienste** betreiben, erbringen gewöhnlich gegen Entgelt die oben beschriebene Signalübertragung zwischen zwei oder mehreren Netzabschlusspunkten über elektronische Kommunikationsnetze<sup>280</sup>.

**Zugehörige Dienste**, sind Dienste, die ebenfalls elektronische Kommunikationsnetze nutzen und den oben beschriebenen elektronischen Kommunikations(haupt)dienst ermöglichen oder ergänzen bzw unterstützen<sup>281</sup>. Bei dieser Definition war der Richtliniengeber durch den Umstand inspiriert, dass sich in den letzten Jahren die Interaktivität der Dienste enorm entwickelt hat. Der eigentliche Dienst (die Informationsübertragung) ist heut zu Tage nur noch einer von vielen

---

<sup>277</sup> Die Definition wurde daher vom Richtliniengeber auf der einen Seite technologieneutral ausgestaltet auf der anderen Seite aber nicht.

<sup>278</sup> Art 2 Buchstabe d) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe c)

<sup>279</sup> Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang, wie die „zugehörigen Einrichtungen“ (Art 2 Buchstabe e) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe d) Richtlinie 2009/140/EG von den Ressourcen und inaktiven Bestandteilen iSd Art 2 Buchstabe a) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG abzugrenzen sind. Schließlich sind die aufgezählten Begriffe auch inaktive Bestandteile eines elektronischen Kommunikationsnetzes. Da diese Unklarheit erst 2009 eingeführt wurde, finden sich dazu noch keine Urteile oder sonstigen Rechtsanwendungsakte, die diese Diskrepanz klarstellen.

<sup>280</sup> Gemäß dem Richtlinientext sind Telekommunikationsnetze und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen ausdrücklich mit einbezogen. Ausgenommen von dieser Richtlinie sind allerdings Dienste der Informationsgesellschaft iSd der E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG iVm Richtlinie 1998/34/EG iVm Richtlinie 1998/48/EG, in denen die Übertragung von Signalen nur eine untergeordnete Rolle spielt.

<sup>281</sup> Art 2 Buchstabe ea) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe f).

möglichen Diensten. Paradebeispiel für einen zugehörigen Dienst, ist zB ein **Zugangsberechtigungssystem**, welches auch schon seit 2002 in den Begriffsbestimmungen normiert war, damals aber unrichtigerweise noch als zugehörige Einrichtung bezeichnet wurde. Natürlich stellt ein Zugangsberechtigungssystem keine Einrichtung mehr iS der Fassung Richtlinie 2009/140/EG dar, sondern einen zugehörigen Dienst. Dieser Dienst ermöglicht es, dass durch technische Maßnahmen nur Nutzer Zugriff haben, die mit dem Diensteanbieter in einem Vertragsverhältnis stehen oder eine individuelle Einwilligung bekommen haben<sup>282</sup>.

Die oben angesprochenen **Netzabschlusspunkte** sind jene physischen Punkte, an denen ein Teilnehmer Zugang zu einem elektronischen Kommunikationsnetz erhält. Tritt der Netzbetreiber nur als Vermittler auf, dann wird dem Namen oder der Nummer des Teilnehmers eine Netzadresse zugewiesen um sicherzustellen, dass die Signale an die gewünschten Teilnehmer übertragen werden<sup>283</sup>.

**Nutzer** sind natürliche und juristische Personen, die einen öffentlich zugänglichen Dienst in Anspruch nehmen oder in Anspruch nehmen wollen<sup>284</sup>. Ein **Endnutzer** ist eine spezielle Form des Nutzers, denn er bietet keinerlei Dienste mehr an und stellt keine Netze bereit. Warum allerdings beim Endnutzer auf einmal auch die öffentlichen Kommunikationsnetze erwähnt werden, obwohl sie der Nutzer-Definition nicht zu entnehmen sind, bleibt fraglich. Durch diese Tatsache ergeben sich zwei verschiedene Ansätze. Ein Nutzer kann, wenn man diese beiden Definitionen gemeinsam liest, auch ein Netzbetreiber sein, der einen Kommunikationsdienst nutzt. Wobei dies aus technischer Sicht allerdings nur begrenzt logisch ist, da normalerweise die Diensteanbieter für die Erbringung ihrer Leistungen eine Netzinfrastruktur benötigen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Richtlinienggeber die Begriffe Nutzer und Endnutzer in keinerlei Zusammenhang setzen wollte. Dies hätte der Richtlinienggeber aber einfach zum Ausdruck bringen können, in dem er die Endnutzer als „Endverbraucher“ bezeichnet hätte, womit auch dieser Interpretationsansatz hinterfragbar bleibt. Da aber der Richtlinienggeber wie unten beschrieben auch noch den Verbraucher ausdrücklich normiert, hat er wohl zweifelsfrei an die Unterscheidung zwischen Nutzer und Endnutzer gedacht.

---

<sup>282</sup> Paradebeispiel solcher Dienste ist modernes Pay-TV.

<sup>283</sup> Art 2 Buchstabe da) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe d) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>284</sup> Zur mehrfachen Verwendung des Nutzerbegriffs im IT-Recht vgl unten Punkt x8.3.1.3.1.

Sinnvollster Ansatz ist mE derjenige, dass der öffentliche Netzbetreiber, der in Art 2 Buchstabe c) Richtlinie 2002/19/EG vom Richtliniengeber durch diese eigene Definition schon klar und deutlich von den Nutzern und Endnutzern abgetrennt ist, kein Endnutzer sein kann, der private Netzbetreiber aber schon. Dass ein Netzbetreiber aber nicht auch ein Nutzer iS des Buchstabe h) sein kann ist nicht ausdrücklich erwähnt. Wie daher auch schon richtigerweise in *Zanger/Schöll* festgeschrieben, kann festgehalten werden, dass der Begriff Nutzer sowohl Endnutzer als auch alternative Betreiber umfasst<sup>285</sup>.

**Teilnehmer** dagegen ist ein eigener Begriff und beschreibt jene natürlichen oder juristischen Personen, die mit einem Diensteanbieter eine vertragliche Beziehung eingehen, um die vom Diensteanbieter angebotenen Dienste in Anspruch zu nehmen<sup>286</sup>. Jeder Teilnehmer ist diesen Definitionen entsprechend zugleich auch ein Nutzer, aber nicht jeder Nutzer ist zwangsläufig auch ein Teilnehmer. **Verbraucher** hingegen sind nur natürliche Personen, die die oben angesprochenen Dienste weder aus gewerblichen oder beruflichen Zwecken nutzen<sup>287</sup>.

Im Jahr 2009 wurden überdies folgende Definitionen ergänzt:

Die **funktechnische Störung** wurde entsprechend der Richtlinie 1999/5/EG wortwörtlich durch Art 1 Abs 2 Buchstabe h) Richtlinie 2009/140/EG als Art 2 Buchstabe r) eingefügt<sup>288</sup>.

Ein **Anruf** ist ein über zwei oder mehrere Netzabschlusspunkte hergestellte Verbindung, bei der eine zweiseitige Echtzeitkommunikation ermöglicht wird<sup>289</sup>.

Die **Frequenzzuweisung** beschreibt den Vorgang der Benennung eines gewissen Frequenzbandes für bestimmte Dienste<sup>290</sup>.

---

<sup>285</sup> Vgl *Zanger/Schöll*, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, § 3 Rz 195ff.

<sup>286</sup> Die Diensteanbieter erbringen dabei die oben zum „elektronischen Kommunikationsdienst“ angeführten Leistungen. Sie haben daher primär die Aufgabe, die Kommunikationssignale über die Netze zu übertragen und die Funktion der „zugehörigen Dienste“ sicherzustellen.

<sup>287</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang besonders, dass zwischen dem europarechtlichen und österreichischen Verbraucherbegriff ein Unterschied besteht. Steht im europarechtlichen Sinne die natürliche Person im Mittelpunkt der Definition, knüpft der österreichische Begriff an das (Nicht-)Vorhandensein der Unternehmereigenschaft an. Auch für Vorbereitungshandlungen auf die Unternehmereigenschaft fällt der Verbraucher iSd österreichischen Auslegung noch in den Genuss der verbraucherspezifischen Vorschriften, währenddessen er iSd europarechtlichen Auslegung idF bereits nicht mehr unter den Begriff des Verbrauchers subsumiert werden könnte. Da die österreichischen Regelungen aber einen größeren persönlichen Anwendungsbereich etablieren als die europarechtlichen Vorschriften ist dies unionskonform. Genauer zur Umsetzung des Verbraucherbegriffs in diversen Mitgliedstaaten vgl auch *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff, 349ff.

<sup>288</sup> Vgl oben Seite 69.

<sup>289</sup> Art 2 Buchstabe s) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe h) Richtlinie 2009/140/EG.

Die Mitgliedstaaten haben nationale Regulierungsbehörden zu benennen und sorgen dafür, dass diese dann die ihnen nach den Richtlinienbestimmungen festgelegten Aufgaben erfüllen. Diese Aufgaben haben die Regulierungsbehörden vollkommen unparteiisch in transparenten Verfahren auszuüben<sup>291</sup>. Die Regulierungsbehörden müssen unabhängig sein, was idZ bedeutet, dass sie rechtlich und funktional von allen Unternehmen unabhängig sind, die sie beaufsichtigen. Mit dem 2009 eingefügten Art 3 Abs 3a setzt der Richtliniengeber weiters genaue Organisationsvorschriften für die nationalen Behörden fest<sup>292</sup>.

Artikel 4 besagt, dass jeder Nutzer oder Anbieter, der von einer Entscheidung der Regulierungsbehörde betroffen ist, gegen diese bei einem Gericht oder einer unabhängigen Verwaltungsbehörde Beschwerde einlegen kann. Diese Norm ist insbesondere im Zusammenhang mit der Richtlinie 2002/20/EG zu beachten, da jeder Anbieter oder Nutzer die Möglichkeit hat, gegen eine nicht erteilte „Allgemeingenehmigung“ Beschwerde einzulegen<sup>293</sup>.

Geregelt ist in der vorliegenden Richtlinie auch ein umfassendes zweistufiges Informationsverfahren. Die Unternehmen der Telekom-Branche haben den nationalen zuständigen Behörden jegliche Informationen – aber vor allem jene, die die Vorleistungsebene<sup>294</sup> betreffen – darzulegen, damit die nationalen Behörden die Ziele dieser Richtlinie bestmöglich verfolgen können. Die nationalen Behörden wiederum haben der Kommission die erforderlichen Informationen weiterzuleiten, die diese benötigt um weiterhin einen einheitlichen Telekommunikationsbinnenmarkt zu gewährleisten<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> Art 2 Buchstabe q) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe h) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>291</sup> Im Sinne der Verfahrensökonomie und um ungerechtfertigte Verzögerungen zu vermeiden, schreibt der Richtlinienentwurf selber vor, dass die diversen Verfahren in einer angemessenen Zeit abzuschließen sind (Art 3 Abs 3 idF Art 1 Abs 3 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG

<sup>292</sup> Da es sich hier um keine technische Norm handelt, geht der Richtliniengeber in diesem Fall an die Grenzen seiner Kompetenzen, da diese Vorschriften nicht nur mehr ein Ziel vorgeben sondern fast schon Verordnungscharakter haben. Vgl dazu auch Punkt die Kritik in Punkt 8.3.2.

<sup>293</sup> Art 4 idF Art 1 Abs 4 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG. Vgl dazu unten Punkt 4.6.2.

<sup>294</sup> Vor allem in historisch monopolistisch geregelten Märkten, kommt es öfter vor, dass gewisse infrastrukturelle Anforderungen oder gewisse Dienste nur von dem Anbieter gewährleistet werden können, der schon vor Marktöffnung existiert hat. Jene Anbieter haben die Pflicht diverse Vorleistungen für andere Unternehmen zu erbringen, die erst seit der Marktliberalisierung in den Markt eingetreten sind. Damit diese neu eintretenden Unternehmen auch die entsprechenden Informationen über Netz- und Dienstentwicklungen bekommen, ist es wichtig, dass die marktführenden Unternehmen über diese Tatsachen berichten müssen. Vgl dazu insb Art 5 Abs 1 idF Art 1 Abs 5 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>295</sup> Die Kommission darf gemäß dem Richtlinienentwurf nicht willkürlich Informationen von den nationalen Behörden einholen. Ein Informationsantrag hat begründet zu sein und darf nur jene Informationen verlangen, die den zu erreichenden Zielen verhältnismäßig gegenüberstehen.

Die nationalen Behörden haben in Entsprechung der Bestimmungen dieser Richtlinie einerseits dafür zu sorgen, dass durch Maßnahmen, wie zB

- die strikte Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen,
- Innovationsförderung und gezielte Investitionen in Infrastruktur,
- effiziente Frequenz- und Nummernzuteilung,
- effizienter interner Verwaltung und
- bestmögliche Kundenparameter wie Auswahl, Preis und Qualität,

der Wettbewerb gefördert wird. Andererseits ist auch die Entwicklung des Binnenmarkts durch Maßnahmen, wie zB

- Gewährleistung einer einheitlichen Infrastruktur einschließlich deren Interoperabilität und Konnektivität<sup>296</sup>,
- Hemmnisse für die Bereitstellung von Netzen und Diensten zu beseitigen,
- Gewährleistung einer einheitlichen Regulierungspraxis und
- grenzüberschreitende Zusammenarbeit der verschiedenen nationalen Behörden

voranzutreiben. Über diese beiden Vorgaben hinaus, müssen die Regulierungsbehörden auch noch die Interessen der Unionsbürger beachten, in dem sie bspw dafür sorgen, dass jedermann die Möglichkeit hat, einen Telekommunikationsdienst in Anspruch zu nehmen, es einen weitgehend identischen Verbraucherschutz im Bereich der Telekommunikation gibt, die Datensicherheit der Nutzer gewährleistet ist<sup>297</sup> und dass das Angebot der verschiedenen Unternehmen transparent<sup>298</sup> ist<sup>299</sup>. Jene Artikel 8 Abs 2,3 und 4, die auch durch die Richtlinie 2009/140/EG im Wesentlichen unverändert geblieben sind<sup>300</sup>, bilden mE das absolute Kernstück dieser Richtlinie. Die Rahmenrichtlinie bringt durch diesen Artikel zum Ausdruck, wie sich der Richtliniengeber theoretisch einen fairen reglementierten

---

<sup>296</sup> Der Begriff Konnektivität beschreibt in diesem Zusammenhang die Verbindungsmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Kommunikationsnetzen, während die Interoperabilität die Zusammenarbeitsmöglichkeit der verschiedenen Netze beschreibt. Die Konnektivität von Kommunikationsnetzen alleine reicht daher für den reibungslosen Betrieb nicht aus, die Kommunikationsnetze müssen auch miteinander interagieren können.

<sup>297</sup> Vgl dazu insb die Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG.

<sup>298</sup> Transparenz des Angebots ist gewährleistet, wenn die Unternehmen den Verbrauchern diverse Informationen wie zB Tariflisten, Optionsrechte, Paketinformationen, zur Verfügung stellen. Dafür sorgen die Regelungen der Universaldiensterichtlinie; Vgl unten Punkt 4.7.2.

<sup>299</sup> Im Rahmen dieser Pflicht haben die Regulierungsbehörden auch die Aufgabe die Bedürfnisse gewisser gesellschaftlicher Gruppen sicherzustellen.

<sup>300</sup> Eingefügt wurde durch Art 1 Abs 8 Buchstabe h) Richtlinie 2009/140/EG des weiteren ein Art 8 Abs 5, der durch eine relativ genaue Textierung sicherstellt, dass die Regulierungsbehörden die in Art 8 Abs 2,3 und 4 angestrebten Ziele auch tatsächlich verwirklichen.

europäischen Binnenmarkt vorstellt. Die nationalen Regulierungsbehörden haben im Einklang mit Art 8 in objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren die Verwaltung der Funkfrequenzen<sup>301</sup> sowie der Nummernressourcen<sup>302</sup> durchzuführen, etwaige Wegerechte<sup>303</sup> zu vergeben und die gemeinsame Nutzung von Infrastruktur durch mehrere Unternehmen zu genehmigen<sup>304</sup>.

Seit 2009 ist selbst im Richtlinien text festgeschrieben, dass die Netzbetreiber und Dienstleister die Sicherheit und Integrität ihrer Netze und Dienste zu gewährleisten haben<sup>305</sup>. Von Bedeutung ist auch noch Art 14, denn dieser regelt nun einheitlich, wann ein Unternehmen eine beträchtliche Marktmacht in einem Markt besitzt. Die weiteren Vorschriften dieser Richtlinie betreffen eher wirtschaftliche Aspekte, es wird daher im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter auf sie eingegangen.

#### **4.5 Die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG<sup>306</sup>**

##### **4.5.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Im Gegensatz zu der Rahmenrichtlinie, die nur allgemeine Bestimmungen beinhaltet, verfolgt die vorliegende Zugangsrichtlinie schon speziellere Ziele. Die vorliegende Richtlinie schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für die – im Telekommunikationsrecht notwendigen – rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der verschiedenen Netzbetreiber und Dienstleister untereinander. Geregelt wird, wie der Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen zu erfolgen hat und wie die Zusammenschaltung solcher Netze erfolgt. Jene Zugänge und Zusammenschaltungen sollen ab Erlass dieser Richtlinie natürlich auch grenzüberschreitend erfolgen, mit dem Ziel einen europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Die Richtlinie dient weiters der Wettbewerbsförderung im gesamten europäischen Raum und versucht, insb in technischer Hinsicht, auch die Interoperabilität der verschiedenen Komponenten zu gewährleisten. Nicht zuletzt

---

<sup>301</sup> Art 9, 9a und 9b idF Art 1 Abs 10 und 11 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>302</sup> Art 10 idF Art 1 Abs 12 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>303</sup> Art 11 idF Art 1 Abs 13 Richtlinie 2009/140/EG .

<sup>304</sup> Art 12 geändert durch Art 1 Abs 14 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>305</sup> Dazu wurde vom Richtliniengeber mit Art 1 Abs 17 Richtlinie 2009/140/EG sogar ein ganzes Kapitel in die vorliegende Richtlinie eingearbeitet (Kapitel III A mit den Artikeln 13a und 13b).

<sup>306</sup> Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABI L 2002/108, 7.

sollen durch diese neuen Umstände auch wieder die Rechte und die Interessen der Verbraucher gefördert werden.

#### 4.5.2 Regelungsinhalt

Gemäß der oben beschriebenen Konzeption des Richtlinienpakets gelten die in der Rahmenrichtlinie besprochenen Definitionen grundsätzlich auch für die vorliegende Richtlinie. Darüber hinaus definiert die vorliegende Richtlinie selbst folgende speziellen Definitionen:

Ein **Zugang** ist die Bereitstellung einer Systemkomponente eines elektronischen Kommunikationsnetzes oder eines Kommunikationsdienstes für ein anderes Unternehmen. Unter bestimmten Bedingungen haben die Unternehmen, in deren Eigentum die besagten Komponenten stehen, anderen Unternehmen den Zugang zu erteilen. Es darf noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die vorliegende Richtlinie die Rechtsbeziehungen der Unternehmen untereinander regelt und nicht die Beziehung der Unternehmer zu den Endnutzern. Der Zugang iS dieser Richtlinie darf daher nie mit dem im alltäglichen Sprachgebrauch verwendeten Zugang verwechselt werden. Wenn in der vorliegenden Richtlinie von Zugang gesprochen wird, darf dies nie so verstanden werden, dass ein Endnutzer Zugang zu einem Dienst oder Netz sucht<sup>307</sup>.

Seit 2009 hat der Richtliniengeber durch einige demonstrative Beispiele festgeschrieben, was er sich unter einem Zugang iS dieser Richtlinie vorstellt: Zugang zu Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen (beachte oben die Definitionen zur Rahmenrichtlinie), einschlägigen Systemen, physischen Einrichtungen wie Masten, Leitungsrohre etc<sup>308</sup>. Ein spezieller Sonderfall des Zugangs ist die **Zusammenschaltung**, bei der eine logische oder physische Verbindung von zwei öffentlichen Kommunikationsnetzen durchgeführt wird, um den Nutzern (Endkunden) ein breiteres Angebot an Diensten zur Verfügung zu stellen<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Dass diese Begriffsbestimmung für Verwirrung sorgen kann, war anscheinend sogar dem Richtliniengeber bewusst, da er in Art 1 Abs 2 letzter Satz ausdrücklich auf die Besonderheit des Ausdrucks „Zugang“ iSd Richtlinie hinweist.

<sup>308</sup> Vgl dazu die umfassende Aufzählung in Art 2 Buchstabe a) idF Art 2 Abs 1 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>309</sup> Im freien Markt ist es üblich, dass unterschiedliche Unternehmen unterschiedliche Dienste anbieten. Da über eine größere Infrastruktur aber oft nur eine Hand voll Unternehmen verfügt, können Kunden potentiell nur aus

Jene körperliche Verbindung (Schnittstelle), mit der die Endeinrichtung der einzelnen Teilnehmer mit dem Netzabschlusspunkt verbunden wird, bezeichnet man als **Teilnehmeranschluss**<sup>310</sup>.

Unternehmen, die im europäischen Raum unionsrechtskonforme technische oder geschäftliche Zugangsvereinbarungen oder Zusammenschaltungen durchführen wollen, dürfen von den staatlichen Behörden daran nicht gehindert werden. Nur dann, wenn es durch den Zugang oder die Zusammenschaltung zu einem grenzüberschreitenden Angebot von Diensten kommt, brauchen die Unternehmen eine behördliche Genehmigung vom betroffenen Mitgliedstaat. Interessant ist, dass die vorliegende Richtlinie zur Erreichung ihrer Ziele die Privatautonomie der Unternehmen beschränkt, da Art 4 vorsieht, dass auf Antrag von befugten Unternehmen dem Netzbetreiber eine Verhandlungspflicht auferlegt bzw letztlich gewissen Unternehmen<sup>311</sup> ein Kontrahierungszwang auferlegt wird<sup>312</sup>.

Unternehmen dürfen Informationen, die sie im Rahmen der Verhandlungen von den Betreibern erhalten, nicht weitergeben und unter gar keinen Umständen für Vorteile im Wettbewerb nutzen. Die nationalen Regulierungsbehörden haben im Einklang mit den in Art 8 Richtlinie 2002/21/EG normierten Grundsätzen die Zugangserteilungen und Zusammenschaltungen zu fördern und darauf zu achten, dass die Interoperabilität stets gewährleistet ist<sup>313</sup>. Darüber hinaus haben die nationalen Behörden noch umfassende Befugnisse, wie zB Durchführung von Marktanalysen, Feststellung ob gewisse Unternehmen beträchtliche Marktmacht verfügen und die Auferlegung, Änderung und Aufhebung von Verpflichtungen für die Unternehmen, die aber alle nur im Rahmen dieser Richtlinie ausgeübt werden dürfen und stets dem

---

dem Angebot dieser wählen. Durch die Zugangserteilung anderer Unternehmer bzw durch die Zusammenschaltung mehrerer Netze können auch Unternehmen in den Markt einsteigen, die vorher nicht über die entsprechende Infrastruktur verfügten um ihr Angebot anzubieten. Durch eine Zusammenschaltung wird der Markt gewöhnlich für neue Marktteilnehmer geöffnet, was in logischer Konsequenz dazu führt, dass auch die Angebotsvielfalt, aus denen Verbraucher wählen können, enorm steigt.

<sup>310</sup> Der Teilnehmeranschluss darf idZ aber nicht mit dem Anschluss an einer Schnittstelle iSd Richtlinie 1999/5/EG verwechselt werden, da der Teilnehmeranschluss ausdrücklich nur physische Verbindungen umfasst, während der Anschluss an eine Schnittstelle auch anders hergestellt werden kann. Art 2 Buchstabe e) idF Art 2 Abs 1 Buchstabe b) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>311</sup> Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iS der Richtlinie 2002/21/EG. Art 5 Abs 1 idF Art 2 Abs 3 Buchstabe a) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>312</sup> Erst durch die Neufassung des Art 4 Abs 1 wurde letztendlich durch einen eindeutigen Verweis auf Art 4 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 2002/20/EG klargestellt, was ein „befugtes Unternehmen“ iSd Bestimmung ist. Befugte Unternehmen sind nur jene Unternehmen, denen gemäß Art 3 Richtlinie 2002/20/EG eine „Allgemeingenehmigung“ erteilt wurde und die darüber hinaus elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste für die Allgemeinheit bereitstellen. Vgl dazu Art 4 Abs 1 idF Art 2 Abs 2 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>313</sup> Vgl oben Seite 80f.



Zweck dieser Richtlinie genügen müssen<sup>314</sup>. Zwei besondere Befugnisse sollen im Rahmen dieser Arbeit hervorgehoben werden:

- Den Netzbetreibern können Transparenzverpflichtungen auferlegt werden, wobei die Behörden den Netzbetreibern insb dazu verhalten können, dass diese eine Veröffentlichung ihres Standardangebots durchführen. Dieses Standardangebot muss ausreichend genug aufgeschlüsselt sein. Die nationalen Behörden haben darüber hinaus die Befugnis dieses Standardangebot zu beeinflussen.
- Die nationalen Behörden können, wie oben schon kurz angesprochen Unternehmer dazu verpflichten, dass diese den offenen Zugang zu Schlüsseltechnologien gewähren. Sie können ferner dazu verpflichtet werden mit anderen Unternehmen Zugangsverträge bzw Zusammenschaltungen zu schließen bzw durchzuführen.

## **4.6 Die Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG<sup>315</sup>**

### **4.6.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Die früheren diversen nationalen Regelungssysteme im Bereich des Telekommunikationsrechts, die teilweise auch noch monopolistische Marktsituationen erlaubten, erfuhren durch die Rahmenrichtlinie allgemeine Anpassung an europäische Standards. Wie aus den obigen Ausführungen erkennbar, verfolgte die Rahmenrichtlinie noch eher marktwirtschaftliche und technische Ziele. Aussagen darüber, welche Zulassungsform für Netzbetreiber und Diensteanbieter in den Mitgliedstaaten gelten sollten, lassen sich, betrachtet man die Rahmenrichtlinie isoliert, nicht entnehmen.

Der Richtliniengeber entschied sich, diese speziellen Ziele in einer eigenen – nämlich der vorliegenden – Richtlinie zu erreichen. Die Genehmigungsrichtlinie hat zum Ziel, dass Netzbetreiber und Diensteanbieter ihre Kommunikationsnetze und -dienste,

---

<sup>314</sup> Vgl Art 9 idF Art 2 Abs 7 Richtlinie 2009/140/EG, Art 10, Art 11, Art 12 idF Art 2 Abs 8 Richtlinie 2009/140/EG, Art 13 idF Art 2 Abs 9 Richtlinie 2009/140/EG und die neu eingefügten Art 13a und 13b idF Art 2 Abs 10 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>315</sup> Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABI L 2002/108, 21.

unabhängig davon, wie diese technisch realisiert sind, nach einer annähernd einheitlichen Zulassung im europäischen Raum bereitstellen können. Die vorliegende Richtlinie schafft rechtlich die endgültige Liberalisierung des europäischen Telekommunikationsmarkts und gilt für sämtliche Genehmigungen, die für die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen oder -diensten von den Mitgliedstaaten erteilt werden. Nationale Vorschriften, die diese Genehmigungen betreffen werden mit dieser Richtlinie angeglichen.

#### 4.6.2 Regelungsinhalt

Gemäß der oben beschriebenen Konzeption des Richtlinienpakets gelten die in der Rahmenrichtlinie besprochenen Definitionen grundsätzlich für die vorliegende Richtlinie. Darüber hinaus definiert die vorliegende Richtlinie folgenden speziellen Begriff<sup>316</sup>:

Die **Allgemeingenehmigung** beschreibt den rechtlichen Rahmen, der das Bereitstellen von allen oder auch nur speziellen Arten von Kommunikationsnetzen und -diensten in den jeweiligen Mitgliedstaaten regelt. Ausdrücklich erwähnt Art 2 Abs 2 nur, dass den Anbietern Rechte gewährt werden. Dass den Anbietern natürlich auch diverse Pflichten auferlegt werden dürfen, ergibt sich aus den Folgebestimmungen dieser Richtlinie. Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Begriff der Allgemeingenehmigung nicht national ausgelegt werden darf. Wie schon dem Richtlinien text eindeutig zu entnehmen ist, handelt es sich bei der Allgemeingenehmigung um keinen verwaltungsrechtlichen Akt, sondern um den jeweiligen Rechtsrahmen, der von einem Mitgliedstaat normiert wird. Dass dieser Begriff insb aus österreichischer Sicht – da wir national unter einer Genehmigung generell einen subjektiv konkreten rechtlichen Akt und weniger objektiv abstrakte Normen subsumieren – problematisch ist, kann dahin gestellt bleiben<sup>317</sup>.

Unternehmen, die nach den Bestimmungen dieser Richtlinie ein Kommunikationsnetz oder einen Kommunikationsdienst betreiben wollen, dürfen an der Aufnahme dieser Tätigkeit generell nicht gehindert werden. So sieht Art 3 Abs 2 vor, dass die

---

<sup>316</sup> Die „funktechnische Störung“ wurde mit Art 3 Abs 1 Richtlinie 2009/140/EG aus Art 2 und somit als Definition ersatzlos gestrichen.

<sup>317</sup> Art 2 Abs 2 Buchstabe a) idF Art 3 Abs 1 Richtlinie 2009/140/EG.

Mitgliedstaaten die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten nur von einer Allgemeingenehmigung abhängig machen dürfen. Würde man diesen Satz isoliert betrachten, könnte man davon ausgehen, dass der Richtliniengeber hier seine eigene Begriffsbestimmung ad absurdum führt, da man bei Interpretation dieses Satzes davon ausgehen muss, dass es sich bei der Allgemeingenehmigung doch wieder um einen subjektiv konkreten Rechtsakt handelt. Im Folgesatz wird aber klar gestellt, dass vom Unternehmer nicht verlangt werden darf, dass er eine ausdrückliche Entscheidung oder sonstigen behördlichen Akt abwarten muss.

Einzige Formalität<sup>318</sup>, die von den Unternehmen verlangt werden darf, ist, dass sie eine Meldung über die Aufnahme des Betriebs eines Kommunikationsnetzes oder –dienstes erstatten<sup>319</sup>. Diese Meldung muss pro Mitgliedstaat, in dem das Unternehmen seine Tätigkeiten ausüben will nur einmal getätigt werden, wenn dies im jeweiligen nationalen Recht verlangt ist<sup>320</sup>. Liest man diese beiden Sätze nun gemeinsam, lässt sich erkennen, dass die Allgemeingenehmigung, wie schon oben richtig definiert, daher kein subjektiv konkreter Rechtsakt ist, sondern es sich dabei um die allgemeinen Betriebsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten handelt<sup>321</sup>. Aus dieser Vorschrift lässt sich weiters zweifelsfrei erkennen, dass der Richtliniengeber im Telekommunikationsbereich auch Zulassungssysteme nicht mehr duldet. Klar ist dadurch auch, dass monopolistische Marktsituationen endgültig beendet sind, da den Mitgliedstaaten auch nicht mehr die Möglichkeit gelassen wurde, faktische Monopole zu begründen bzw aufrecht zu erhalten<sup>322</sup>. Wenn rechtlich gesehen, somit eine unbegrenzte Zahl an Anbietern möglich ist, muss darauf

---

<sup>318</sup> Selbst diese Anzeigepflicht muss in den nationalen Umsetzungen nicht vorgesehen werden, da dies nicht als Minimalvoraussetzung im Richtlinientext normiert ist, sondern als Maximalvoraussetzung; Vgl Art 3 Abs 2.

<sup>319</sup> Aus österreichischer Sicht ist dieses Anmeldeverfahren schon aus dem Vereinsrecht bekannt; Vgl dazu die §§ 2 Abs 1 iVm 13 Abs 1 und 2 VerG. Dieses System wurde durch die vorliegende Richtlinie nun auch in den §§ 14, 15, 16 und 17 TKG realisiert. Erfüllt ein Betreiber in Bezug auf sein Netz gewisse infrastrukturelle Voraussetzungen bzw gewährleistet er einen gewissen Qualitätsgrad seiner Dienste, darf er, mit der erfolgten Anzeige der Aufnahme, den Betrieb bewilligungsfrei aufnehmen.

<sup>320</sup> Diese Tatsache dürfte bis 2009 umstritten gewesen sein, da sich der Richtliniengeber entschied, dies ausdrücklich in Art 2 Abs 2 durch Art 3 Abs 2 Richtlinie 2009/140/EG aufzunehmen.

<sup>321</sup> Die Allgemeingenehmigung bezeichnet daher zweifelsfrei die normativen Grundvoraussetzungen des einzelnen Mitgliedstaats.

<sup>322</sup> Denn hätte der Richtliniengeber weiterhin ein Konzessionssystem beibehalten, wäre es den Mitgliedstaaten durchaus möglich gewesen, die Konzessionen trotz transparenter nichtdiskriminierender Verfahren nur an gewisse Unternehmen zu vergeben. Dies hätte jedoch zu keiner Liberalisierung des Telekommunikationssektors, die sich ja das Richtlinienpaket als Ziel gesteckt hat, geführt. Wie negativ sich ein Zulassungssystem für den Binnenmarkt und die Verbraucher auswirken kann, zeigt bspw die Situation im Glücksspielbereich; Vgl dazu etwa Zankl, Die Sachertorte und das Glücksspiel (Die Presse, Rechtspanorama, 7.2.2010); Zankl, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolx* 2010, 310.

hingewiesen werden, dass die Anzahl der Betreiber durch technische Grenzen limitiert bleibt<sup>323</sup>.

Die erste Ausnahme von dieser generellen Betriebsfreiheit bilden die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, wie sie in Art 52<sup>324</sup> niedergeschrieben sind. Darüber hinaus dürfen Unternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung<sup>325</sup> innehaben, zu den Handlungen, wie sie in den Art 5, 6 und 8 der Zugangsrichtlinie normiert sind verpflichtet werden<sup>326</sup>. Dazu kommen noch die Verpflichtungen, die den marktbeherrschenden Unternehmen nach Art 17 der Universaldiensterichtlinie auferlegt werden dürfen<sup>327</sup>.

Die Mitgliedstaaten haben die in Anhang A, B und C dieser Richtlinie normierten Umstände in nationale Normen einfließen zu lassen. Erfüllt ein Betreiber anschließend diese nationalen Normen, muss er sich, wie oben bereits besprochen, nur noch dem Anmeldeverfahren unterziehen. Der Richtliniengeber hat also, um ein Zulassungssystem weiterhin zu verhindern, die Erfüllung der Voraussetzungen für den Betrieb eines Kommunikationsnetzes oder -dienstes auf die Entsprechung der objektiv abstrakten Normen vorverlagert. Diese Vorgehensweise ist äußerst geschickt, da man so willkürliche oder falsche Entscheidungen der nationalen Aufsichtsbehörden komplett unterbinden kann<sup>328</sup>.

Haben die Unternehmen, dieses Verfahren der Allgemeingenehmigung durchlaufen, sind ihnen schon gemäß dem Richtlinientext folgende Rechte erteilt:

- Bereitstellung von elektronischen Kommunikationsnetzen und/oder –diensten
- Wegerechte bei den nationalen Aufsichtsbehörden zu beantragen<sup>329</sup>, -

---

<sup>323</sup> Sind die verfügbaren Funkfrequenzbereiche ausgeschöpft und drängen weiter neue Bewerber in den Markt, hat bspw Deutschland diese Situation in der Form gelöst, dass dann ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Vgl dazu *Kreitlow/Tautscher* in *Wissmann* (Hrsg), Telekommunikationsrecht, Kapitel 4 Rz 42.

<sup>324</sup> Ex Art 46 EGV; Warum der Richtliniengeber gerade auf die Rechtfertigungsgründe, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zulassen, verweist, bleibt auch in den Erwägungsgründen ungeklärt. Bedauerlicherweise schafft dieser generelle Verweis auf Primärrecht mE zu weite Ermessensspielräume für die Mitgliedstaaten, wobei man natürlich nicht außer Acht lassen darf, dass der EuGH diese zwingenden Gründe des Allgemeininteresses erfreulicherweise restriktiv behandelt; Vgl dazu insb die Entscheidungssammlung zu Art 46 EGV (Art 52 AEUV) auf <http://dejure.org/dienste/lex/EG/46/1.html>.

<sup>325</sup> Wann ein Unternehmen eine mit beträchtlicher Marktmacht vorliegt, ist nach den Art 14, 15 und 16 Richtlinie 2002/21 (Rahmenrichtlinie) zu beurteilen.

<sup>326</sup> Vgl oben Punkt 4.5.2.

<sup>327</sup> Vgl unten Seite 96f.

<sup>328</sup> Art 6 idF Art 3 Abs 4 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>329</sup> Vgl auch Art 11 Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie); Für die Gewährung von Wegerechten auf dem Eigentum Privater dürfen angemessene Entgelte von den Unternehmen verlangt werden (Art 13).

- wenn sie die Kommunikationsnetze und/oder –dienste für die Allgemeinheit anbieten – mit anderen Unternehmen über Zugangsvereinbarungen und Zusammenschaltungen zu verhandeln bzw diese in den Spezialfällen auch tatsächlich erhalten<sup>330</sup>,
- Antragsrecht auf die Erteilung individueller Nutzungsrechte von Funkfrequenzen<sup>331</sup>,
- Nennung als Anbieter eines Universaldienstes<sup>332</sup>.

Die Erteilung von Nutzungsrechten an Funkfrequenzen sollte so weit wie möglich in den Allgemeingenehmigungen geschehen<sup>333</sup>. Ist aus besonderen Gründen eine individuelle Vergabe dieser Rechte nötig, hat dies in transparenten, offenen, objektiven, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Verfahren zu geschehen<sup>334</sup>. Die Vergabe von Nutzungsrechten darf von den Mitgliedstaaten nicht willkürlich beschränkt werden und sollte wenn möglich auch den Wettbewerb nicht verzerren. Will eine nationale Behörde die Einräumung von Nutzungsrechten für Funkfrequenzen beschränken, muss sie dabei darauf achten, dass der Nutzen für die Nutzer maximiert und der Wettbewerb erleichtert wird, alle Beteiligten ein Äußerungsrecht zur erfolgten Beschränkung haben, alles zu veröffentlichen, was die Beschränkung rechtfertigt und die weitere Notwendigkeit der Beschränkung in angemessenen Zeiträumen zu überprüfen<sup>335</sup>.

Werden die nationalen Bestimmungen, die die Ausübung der Tätigkeiten im Sinne dieser Richtlinie verletzt bzw verstößt ein Betreiber oder Anbieter gegen spezielle Nutzungsrechte und/oder Verpflichtungen, darf die Behörde unter Setzung einer angemessenen Nachfrist verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen<sup>336</sup>. Damit die Regulierungsbehörden ihren oben genannten Aufgaben nachkommen können,

---

<sup>330</sup> Art 4 Abs 2 Buchstabe a) iVm Art 5, 6 und 8 Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie).

<sup>331</sup> Art 5 idF Art 3 Abs 3 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>332</sup> Vgl unten Punkt 4.7.2.

<sup>333</sup> Für die Erteilung von Nutzungsrechten darf ein angemessenes Entgelt von den Unternehmen verlangt werden (Art 13).

<sup>334</sup> Die Verhältnismäßigkeit führt der Richtliniengeber dann in Art 5 Abs 3 genauer aus, indem er festschreibt, dass Entscheidungen über die Gewährung von Nutzungsrechten im Fall von Nummern innerhalb drei Wochen und im Fall von Funkfrequenzen innerhalb sechs Wochen zu ergehen haben.

<sup>335</sup> Falls die Funkfrequenznutzung allerdings bereits gemeinschaftsrechtlich oder völkerrechtlich vereinheitlicht wurde, haben die Mitgliedstaaten nicht das Recht, jene harmonisierten Frequenzbänder weiter zu beschränken.

<sup>336</sup> Welche Maßnahmen die nationalen Behörden ergreifen dürfen ist ebenfalls durch den Richtlinien text selber geregelt (Vgl Art 10 Abs 3, 4, 5 und 6 idF Art 3 Abs 6 Buchstaben a), b), c) und d); Verstößt ein Anbieter oder Betreiber nachhaltig gegen die Allgemeingenehmigung, ist natürlich auch die Untersagung des weiteren Betriebs eine verhältnismäßige Maßnahme.

dürfen sie von den Unternehmen gewisse Informationen einholen<sup>337</sup>. Der neu eingefügte Art 11 Abs 2<sup>338</sup> stellt aber seit 2009 unmissverständlich fest, dass diese Informationspflichten nicht als Zugangsbarrieren zum Markt verwendet werden dürfen. Änderungen von Rechten und Pflichten der Unternehmen in der Allgemeingenehmigung oder in den Nutzungsrechten und speziellen Verpflichtungen dürfen nur unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit durchgeführt werden<sup>339</sup>.

### **Exkurs: Umsetzungsfristen**

Die Änderungen und neuen Bestimmungen durch die Richtlinie 2009/140/EG in den Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG und 2002/21/EG sind bis spätestens 25. Mai 2011 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen<sup>340</sup>.

## **4.7 Die Universaldiensterichtlinie 2002/22/EG<sup>341</sup>**

### **4.7.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Telekommunikationsdienste und alle sonstigen mit dieser Technologie in Verbindung stehenden Dienste (SMS, MMS, mobiles Internet etc) sind aus unserer heutigen Gesellschaftsstruktur nicht mehr wegzudenken. Mit den gerade beschriebenen drei Richtlinien aus dem Telekommunikationspaket schaffte die EU die Liberalisierung, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und einen allgemeinen Rahmen für Telekommunikationsdienste und -netze. Im Zuge dieser Marktförderung im Bereich des Telekommunikationssektors, war schnell klar, dass bei einer vollkommenen Freigabe des Marktes unrentable, abgelegene Gebiete in den Mitgliedstaaten schnell ohne ein Mindestmaß an Versorgung mit Telekommunikationsdiensten zu einem leistbaren Preis konfrontiert wären. Wurden solche Gebiete früher durch Monopolisten versorgt, stehen auch diese nach der Marktöffnung unter enormen

---

<sup>337</sup> Informationen dürfen nur zu jenen Themenbereichen, die in den Art 11 Abs 1 Buchstaben a), b), c), d), e), f), g) und h) genannt sind eingeholt werden. Die Informationserlangungsberechtigung für die Behörden muss darüber hinaus immer angemessen und objektiv gerechtfertigt in Anspruch genommen werden. Die Art 11 Abs 1 Buchstaben a), g) und h) wurden durch Art 3 Abs 7 Buchstaben a) und b) geändert.

<sup>338</sup> Art 11 idF Art 3 Abs 7 Buchstabe c) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>339</sup> Art 14 idF Art 3 Abs 8 Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>340</sup> Vgl dazu auch die Übersicht im 9. Hauptstück.

<sup>341</sup> Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldiensterichtlinie), ABI L 2002/108, 51.

Wettbewerbsdruck, sie werden sich daher wie die Mitbewerber mit ihrem Angebot auf die Ballungszentren konzentrieren. Die Unterversorgung einzelner Gebiete durch das Ende der Möglichkeit einer internen Quersubventionierung<sup>342</sup> der Monopolisten war allerdings kein gewollter Effekt der Marktliberalisierung, sodass gesetzliche Rahmenbedingungen zur Garantie einer gewissen Mindestversorgung der Bevölkerung auch in ländlichen, dünn besiedelten Gebieten erdacht wurden.

Der in der vorliegenden Richtlinie geregelte Universaldienst stellt dieses Mindestangebot an Telekommunikationsdienstleistungen dar. Der Universaldienst wird für die Grundversorgung der Öffentlichkeit als unabdingbar angesehen. Die durch Verpflichtungen im Rahmen des Universaldienstes in ihrer freien wirtschaftlichen Gebarung gehinderten Unternehmen sollen bei Bedarf einen Nettokostenersatz aus öffentlichen Mitteln bekommen, da die Kosten für die Endbenutzer erschwinglich<sup>343</sup> bleiben sollen und im Einzelfall womöglich nicht einmal die Errichtungs- und Versorgungsausgaben der betroffenen Unternehmen decken. Zusätzlich oder alternativ dazu können die entstehenden Kosten auch unter allen Anbietern aufgeteilt werden.

Die vorliegende Richtlinie versucht die Verfügbarkeit gemeinschaftsweiter, hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste in allen Fällen zu gewährleisten. Werden die Bedürfnisse des Endnutzers durch den liberalisierten Markt nicht ausreichend befriedigt, ermöglichen es die Bestimmungen dieser Richtlinie konkrete Maßnahmen zu setzen (Art 1 Abs 1). Diese Maßnahme beinhaltet Rechte für Endnutzer und die entsprechenden Pflichten für Diensteanbieter und Netzbetreiber. Die Universaldienstrichtlinie legt ein Mindestangebot an Diensten der Telekommunikation fest, die jedem Endnutzer – egal wo er wohnt – zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung stehen müssen (Art 1 Abs 2). Diese Richtlinie darf keine Bedingungen vorsehen, die den Zugang der Endnutzer zu den Diensten und Anwendungen einschränkt. Seit 2009 ist ausdrücklich klargestellt, dass durch

---

<sup>342</sup> Quersubventionierung bedeutet, dass monopolistische Unternehmen früher die Chance hatten, durch Gewinne, die in den Ballungszentren erzielt wurden, auch den Preis in abgelegeneren Gebieten auf einem akzeptablen Niveau zu halten. Die Verbraucher der Ballungszentren subventionieren dadurch die Aufrechterhaltung der Telekommunikationsversorgung in abgelegenen Gebieten.

<sup>343</sup> Der Begriff der Erschwinglichkeit ist rechtstechnisch gesehen ein sehr breiter Begriff. Was für die eine Bevölkerungsschicht noch „erschwinglich“ ist, ist für eine andere nicht mehr leistbar. Die Tarife, die für die Universaldienste verrechnet werden dürfen, müssen daher in jedem Mitgliedstaat an die Einkommenssituation und die gesamte Preis/Leistungssituation angepasst werden. Näheres zum Begriff der Erschwinglichkeit nach österreichischem Verständnis in *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, § 26 Rz 44ff.

nationale Maßnahmen iS der Richtlinie die Grundrechte der Nutzer gewahrt werden müssen<sup>344</sup>.

#### 4.7.2 Regelungsinhalt

Gemäß der oben beschriebenen Konzeption des Richtlinienpakets gelten die in der Rahmenrichtlinie besprochenen Definitionen grundsätzlich auch für die vorliegende Richtlinie. Darüber hinaus definiert die vorliegende Richtlinie folgende speziellen Begriffe:

Ein **öffentliches Münztelefon** muss gemäß der Definition des Art 2 Buchstabe a) der Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Der Ausdruck „Münztelefon“ wurde wohl eher dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen, weswegen diese Begriffsbestimmung auch sofort klarstellt, dass als Zahlungsmethoden nicht nur Münzen sondern auch alle anderen technischen Mittel wie zB Wertkarten, Kreditkarten, Guthabekarten etc in Betracht kommen. Auch Münztelefone haben geografisch gebundene Nummern iS des Art 2 Buchstabe d). Kerndefinition der vorliegenden Richtlinie ist der **öffentlich zugängliche Telefondienst**. Jener Telefondienst muss zumindest gewährleisten, dass das Führen von Aus- und Inlandsgesprächen möglich ist<sup>345</sup>. Dies kann der jeweilige Anbieter direkt oder indirekt verwirklichen<sup>346</sup>. **Geografisch gebundene Nummern** nutzen bei der Leitwegbestimmung von Anrufen einen Teil der Ziffernfolge, der einem gewissen geografischen Gebiet zugeordnet ist<sup>347</sup>. Alle anderen Nummern, die nicht diese Eigenschaften aufweisen, sind **geografisch nicht gebundene Nummern**<sup>348</sup>.

Universaldienste:

---

<sup>344</sup> Art 1 idF Art 1 Abs 1 Richtlinie 2009/136/EG verweist dazu ausdrücklich auf Artikel 8 (die Achtung der Privatsphäre) und Artikel 6 (Recht auf ein faires Verfahren) der EMRK

<sup>345</sup> Sprache wird dabei als Kommunikationsform zwischen Menschen verstanden, die in Echtzeit gewährleistet werden muss; Vgl dazu auch *Schütz in Büchner/Ehmer/Geppert/Kerkhoff/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar*<sup>2</sup>, § 3 Rz 18a.

<sup>346</sup> Durch Verwendung einer oder mehrerer Nummern eines nationalen oder internationalen Telefonnummernplaners; Art 2 Buchstabe c) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe b) Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>347</sup> Dies ist das in Österreich bekannte Vorwahlsystem; So bezeichnet bereits die erste Ziffer der Vorwahl das Bundesland, in das man wählen will, die restlichen Ziffern den politischen Bezirk und die politischen Gemeinden, sofern diese überhaupt eine eigene Vorwahl aufweisen; Art 2 Buchstabe d) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe b) Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>348</sup> Geografisch ungebundene Nummern sind zB: Mobilfunknummern, Mehrwertnummern oder auch gebührenfreie Dienste; Art 2 Buchstabe f) idF Art 1 Abs 2 Buchstabe d) Richtlinie 2009/136/EG.



- 1) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass sie den effizientesten Ansatz wählen, der es jedem potentiellen Teilnehmer, unabhängig von seinem geografischen Standort, die Möglichkeit eröffnet, bestimmte Dienste zu einem angemessenen Preis<sup>349</sup> in Anspruch zu nehmen (Art 3). Artikel 4<sup>350</sup> schränkt Artikel 3 sogleich dahingehend ein, dass es den Teilnehmer nur an festen Standpunkten möglich sein muss, jene Dienste in Anspruch zu nehmen. Das heißt, dass zB Mobilfunkbetreiber nicht dazu verpflichtet werden können, für eine hundertprozentige Netzabdeckung in einem gewissen Mitgliedstaat zu sorgen. Die Dienste, die Art 3 anspricht, werden von Art 4 abschließend aufgezählt. So muss der bereitgestellte Dienst sowohl die Sprachtelefonie und Telefaxübertragungen gewähren, als auch eine angemessene Datenkommunikation<sup>351</sup>. Die eben genannten Dienste müssen auch in marktwirtschaftlich nicht lukrativen geografischen Gegenden von zumindest einem Unternehmen zu erschwinglichen Preisen angeboten werden.
- 2) Zumindest ein Unternehmen muss ein umfassendes Teilnehmerverzeichnis<sup>352</sup> und einen Telefonauskunftsdienst zur Verfügung stellen (Art 5).
- 3) Die Unternehmen dürfen dazu verpflichtet werden, für eine an die geografischen Gegebenheiten angepasste ausreichende Anzahl an Münztelefonen zu sorgen. Die **Europäische Notrufnummer „112“** und nationale Notrufnummern müssen auch ohne Durchführung irgendeiner oben genannten Zahlungsmethode möglich sein (Art 6)<sup>353</sup>.
- 4) Die verpflichteten Unternehmen haben in Bezug auf die Bereitstellung des Zugangs, der Teilnehmerverzeichnisse, der Auskunftserteilungsdienste und der Bereitstellung von Münztelefonen, gesonderte Maßnahmen für behinderte Nutzer

<sup>349</sup> Die Mitgliedstaaten haben aber nicht nur auf die Erschwinglichkeit der Preise zu achten sondern auch alle anderen wirtschaftlichen Gegebenheiten im Rahmen zu halten, sodass es zu keiner Marktverfälschung kommen kann.

<sup>350</sup> Art 4 idF Art 1 Abs 3 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>351</sup> Nach den Ausführungen des Richtliniengebers ist eine Datenübertragung dann angemessen, wenn die Übertragungsraten dieser Kommunikation die Verwendung des Internets zulassen. Dieser Artikel enthält jedoch mE eine sprachliche Unschärfe, denn selbst wenn die Übertragungsraten den Zugang zum Internet zulassen ist damit noch lange nicht gewährleistet, dass der Nutzer das Internet auch angemessen nutzen kann. So würden Internetanschlüsse mit Übertragungsraten die nicht dem heutigen Stand der Technik entsprechen eine adäquate Nutzung des Internets unmöglich machen, da derzeit höhere Übertragungsraten unabdingbar sind. Es wäre mE als sinnvoll gewesen in der Neufassung des Artikels 4 durch die Richtlinie 2009/136/EG auf den Internetzugang, der dem derzeitigen Stand der Technik entspricht Bezug zu nehmen.

<sup>352</sup> Jenes Teilnehmerverzeichnis muss mindestens einmal pro Jahr aktualisiert werden und muss in elektronischer und/oder Papierform verwirklicht sein. Für die Erstellung und die inhaltlichen Voraussetzungen geltend selbstverständlich die bereits oben beschriebenen Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG, Art 5 idF Art 1 Abs 4 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>353</sup> Art 6 Abs 1 idF Art 1 Abs 5 Richtlinie 2009/136/EG.

zu treffen. Auch Ihnen müssen die Universaldienste uneingeschränkt zur Verfügung stehen (Art 7)<sup>354</sup>.

5) Bereitstellung der Universaldienste 1) – 4) auch zu Preisen, die unter dem Marktniveau liegen<sup>355</sup>.

Die ersten vier angeführten Maßnahmen der Artikel 4, 5, 6 und 7 bilden den **Universaldienst** iS der vorliegenden Richtlinie. Der Begriff Universaldienst beschreibt einerseits – wie es die wörtliche Auslegung ergeben würde – nicht nur einen einzelnen Dienst, sondern auch die Bereitstellung mehrerer unterschiedlicher Dienste und Verpflichtungen zusammen<sup>356</sup>. Andererseits beschreibt der Ausdruck die einzelnen Verpflichtungen nach den Art 4-7.

Die Mitgliedstaaten dürfen, um eine lückenlose Versorgung aller Gegenden zu gewährleisten, ein oder mehrere Unternehmen benennen, die die Universaldienste erbringen müssen. Dabei kann die zuständige Behörde wählen, ob sie es einem Unternehmen aufträgt, alle Universaldienste zu erbringen oder ob sie mehrere Unternehmen beauftragt, jeweils einzelne Universaldienste zu erbringen. Zusätzlich zu den Universaldiensten können die Unternehmen verpflichtet werden, die im Anhang I Teil A und B genannten zusätzlichen Dienstmerkmale zu erbringen (Art 29). Die Nennung des/dieser Unternehmen(s) muss in einem Verfahren durchgeführt werden, welches objektiv, transparent und nichtdiskriminierend sein darf.

Die Tarife, die für die Erbringung der Universaldienste verrechnet werden, werden von den zuständigen Behörden überwacht. Im Rahmen dieser Überwachung dürfen die Behörden auch vorsehen, dass gewisse Tarife zu Konditionen angeboten werden, die unter dem Marktpreis für die jeweilige geografische Gegend liegt, um auch wirtschaftlich benachteiligten<sup>357</sup> Endnutzern die Inanspruchnahme der Dienste zu ermöglichen (Art 9)<sup>358</sup>.

Werden parallel zu den Universaldienstleistungen auch noch zusätzliche besondere Dienste erbracht, muss die vertragliche Verknüpfung der Dienste so gestaltet sein,

---

<sup>354</sup> Uneingeschränkt darf in diesem Zusammenhang nicht als technischer Begriff verstanden werden. Es soll durch diese Wortwahl ausgedrückt werden, dass Endnutzer egal welche Behinderung sie aufweisen, alle aufgezählten Universaldienste ohne Beschränkungen in Bezug auf ihre Behinderung in Anspruch nehmen können; Art 7 idF Art 1 Abs 6 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>355</sup> Vgl dazu unten Artikel 9.

<sup>356</sup> So zB auch wortwörtlich § 26 TKG 2003: „Universaldienst ist ein Mindestangebot an öffentlichen Diensten, (...)“.

<sup>357</sup> Zum Begriff der Erschwinglichkeit vgl Fn 344.

<sup>358</sup> Art 9 idF Art 1 Abs 8 Richtlinie 2009/136/EG.

dass der Endnutzer immer die Möglichkeit hat, die Universaldienste alleine weiter zu nutzen. Endnutzern muss daher zusätzlich die Möglichkeit gegeben werden, ihre Gebühren auf einfache Weise selbst zu überwachen, um so einer möglichen Einstellung der Dienste bei Zahlungsverzug vorzubeugen.

Falls nach Auffassung der nationalen Regulierungsbehörden die Bereitstellung des Universaldienstes möglicherweise „eine unzumutbare Belastung für die Unternehmen darstellt, die zur Erbringung des Universaldienstes benannt sind, berechnen sie die **Nettokosten für die Bereitstellung des Universaldienstes**“ (Art 12). Dafür führen sie eine Kalkulation nach Maßgabe des Art 12 Abs 1 Buchstabe a) und b) durch, deren Methode und Ergebnis auch veröffentlicht werden muss<sup>359</sup>. Falls diese Prüfung ergibt, dass das benannte Unternehmen unzumutbar belastet wird, so kann auf Antrag dieses Unternehmens eine Entschädigung aus öffentlichen Mitteln und/oder eine Aufteilung der Kosten für den Universaldienst auf alle Betreiber von Telekommunikationsdiensten erfolgen (vgl Art 13). Die Mitgliedstaaten können beschließen, bei Unternehmen mit geringem Umsatz von einer Beteiligung an den Kosten abzusehen. Bei allen in Art 13 vorgesehenen Maßnahmen ist stets auf größtmögliche Transparenz und Objektivität sowie auf geringstmögliche Marktverfälschung zu achten.

Bei der **Diensterbringung durch benannte Unternehmen** ist von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass diese „angemessene und aktuelle Informationen über ihre Leistungen bei der Bereitstellung des Universaldienstes veröffentlichen“. Die Regulierungsbehörden sollen auch die Möglichkeit haben, Zielvereinbarungen für bestimmte Unternehmen einzuführen, die durch die Behörden anhand bestimmter Vorgaben (Messwerte, Parameter, Definitionen) überprüft werden können. Wenn ein Unternehmen seine Zielvorgaben über einen längeren Zeitraum nicht erfüllt, können besondere Maßnahmen ergriffen werden. Der notwendige Umfang des Universaldienstes wird durch die Kommission anhand der sozialen, technischen und wirtschaftlichen Entwicklung regelmäßig evaluiert. Die Ergebnisse dieser Überprüfung werden dem Rat und dem Parlament vorgelegt und münden gegebenenfalls in einer Anpassung der Vorgaben für den Universaldienst.

---

<sup>359</sup> Zur Berechnung der Kosten nach österreichischem Recht vgl *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, § 31 Rz 5ff.

Die in Artikel 17 getroffenen Regelungen betreffen den Umgang mit **Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf speziellen Märkten**. Zentrale Regelungsabsicht ist es, dass nationale Regulierungsbehörden den Unternehmen, die „auf dem jeweiligen Endnutzermarkt gemäß Artikel 14 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, geeignete regulatorische Verpflichtungen“ auferlegen zu können<sup>360</sup>.

Ab Artikel 20 sind die Rechte der Endnutzer geregelt. Schon aus der Überschrift dieses Hauptstücks ergibt sich deutlich, dass diese Rechte, wie im vorigen Satz angesprochen, nur den Endnutzern, nicht aber allen Nutzern gewährt werden. Die begriffliche Unterscheidung und Abgrenzung dieser beiden Begriffe<sup>361</sup> ist daher essentiell für die weiteren darzustellenden Bestimmungen. Besonders hervorzuheben ist, dass sämtliche folgenden Bestimmungen durch die Richtlinie 2009/136/EG abgeändert wurden. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Bestimmungen (Art 20 – 30), kann festgestellt werden, dass mit dem zweiten Telekomrichtlinienpaket ein systematischer Ausbau der Informationspflichten und Rechte für (behinderte) Endnutzer bzw Verbraucher stattgefunden hat.

Artikel 20 stellt unmissverständlich klar, dass jene Unternehmen, die die oben genannten Universaldienstleistungen erbringen einem Kontrahierungszwang unterliegen. Auch diese strenge Vorschrift dient im Zusammenspiel mit den anderen Bestimmungen wieder dem Zweck, dass das Ziel dieser Richtlinie gebührend erreicht werden kann. Werden Verträge geschlossen, hat dieser Vertrag eine ganze Reihe von Informationen zu enthalten, die seit 2009 in Art 20 Abs 1 Buchstaben a) ff<sup>362</sup> präzise beschrieben sind. So sind den Verbrauchern und Endnutzern zB über folgende Vertragsbereiche Informationen mitzuteilen:

- Kontaktdaten des Telekommunikationsunternehmens;
- die Dienste, die den Verbrauchern und Endnutzern zur Verfügung stehen wobei hier insbesondere folgende Informationen zu geben sind:
  - ob Zugang zu Notdiensten möglich ist;
  - etwaige Einschränkungen der Universaldienste;

---

<sup>360</sup> Art 17 idF Art 1 Abs 12 Richtlinie 2009/136/EG; Die Art 18 und 19 sind durch Art 1 Abs 13 Richtlinie 2009/136/EG ersatzlos gestrichen worden.

<sup>361</sup> Vgl dazu oben Seite 78.

<sup>362</sup> Art 1 Abs 14 Richtlinie 2009/136/EG dehnte Art 20 auf ca dreifachen Regelungsinhalt auf. Es war dem Richtliniengeber anscheinend ein wichtiges Anliegen, diese Informationspflichten selbst genau vorzuschreiben.

- das Mindestniveau der Dienste- und Netzqualität;
- Beschränkungen für Endeinrichtungen, die beim Kunden positioniert sind;
- Wartungs- und Kundendienste;
- Praktische und rechtliche Informationen zu den Teilnehmerverzeichnissen;
- Preise, Tarife, Zahlungsmodalitäten;
- Vertragslaufzeiten und Beendigungsmöglichkeiten insbesondere:
  - Mindestvertragsdauer und Mindestumsatz iZm mit Werbeangeboten;
  - Portierungsentgelte;
  - Kosten bei vorzeitiger und normaler Vertragsbeendigung;
- Entschädigungen bei Leistungsverkürzung durch den Unternehmer;
- Streitschlichtungsverfahren;
- Maßnahmenwahl bei Sicherheits- und Integritätsverletzungen der Universaldienste.

Vor allem die Informationen zu den Preisen, Entgelten, Mindestvertragsdauern, Beendigungsentgelten und Standardbedingungen für den Zugang sind öffentlich aufzulegen, damit Kunden einfach und übersichtlich zwischen den verschiedenen Angeboten wählen können. Auch Vertragsvermittler können die öffentlichen Informationen im Rahmen ihrer Kundenberatungstätigkeit bereitstellen (Art 21 Abs 1 und 2)<sup>363</sup>. Die nationalen Regulierungsbehörden können darüber hinaus die Unternehmen verpflichten gewisse Arten von Informationen bereitzustellen (Art 21 Abs 3)<sup>364</sup>.

Die Unternehmen haben Informationen über die Qualität ihrer Dienste bereitzustellen, damit Kunden auch in diesem Bereich eine optimale Wahl treffen können. Die Regulierungsbehörden sind darüber hinaus sowohl befugt die Verfahren

---

<sup>363</sup> Dadurch wurde insbesondere die Möglichkeit eröffnet, dass die Telekommunikationsunternehmen Partnerunternehmen benennen können. Jene Partnerunternehmen sind bevollmächtigt Verträge über die Dienstleistungen der Telekommunikationsunternehmen zu schließen. Dadurch erreichen die Telekommunikationsunternehmen eine wesentlich höhere Penetrationsrate durch Verkaufsgeschäfte. Kunden müssen – wenn sie nicht ohnedies den Vertrag per Fernkommunikationsmittel abschließen – daher nicht mehr unbedingt die Zweigstelle eines Telekommunikationsunternehmens aufsuchen, sondern können zwecks Beratung, Vertragsabschluss und Kundenservice auch beauftragte Partnerunternehmen zurückgreifen.

<sup>364</sup> zB gesonderte Entgelte bei Spezialnummer oder -diensten, Änderungen von Notdiensten, Einschränkungen der angebotenen Dienste und Anwendungen, Informationen über Messungs- und Kontrollverfahren zur Erhaltung der Netzsicherheit und -integrität, Informationen über spezielle Produkte für behinderte Personen und datenschutzrechtliche Aspekte iZm den Teilnehmerverzeichnissen; zu den datenschutzrechtlichen Aspekten vgl oben Punkt 3.3.2; Art 21 idF Art 1 Abs 14 Richtlinie 2009/136/EG.

zum Nachweis der Dienstqualität zu normieren<sup>365</sup> als auch befugt einen Mindeststandard für die Qualität der Dienste festzulegen (Art 22)<sup>366</sup>. Eng im Zusammenhang mit der Dienstqualität steht die generelle Verfügbarkeit der Dienste (Art 23). Jener Artikel wurde 2009 grundlegend geändert, was vor allem für die Unternehmen beachtliche Folgen haben wird. Die Unternehmen haben durch die aktuelle Fassung von Artikel 23<sup>367</sup> eine „möglichst vollständige Verfügbarkeit“ der Kommunikationsnetze und -dienste zu gewährleisten<sup>368</sup>. Die Betreiber haben die Erreichbarkeit der Notdienste auch in Fällen der höheren Gewalt zu gewährleisten.

Behinderte Endnutzer müssen ab 2009 ebenfalls in der Lage sein, jene Dienste zu nutzen und Unternehmen als Vertragspartner zu wählen, die der Mehrheit der Endnutzer zur Verfügung stehen (Art 23a)<sup>369</sup>.

Einerseits hat jeder Nutzer das Recht seine Daten in ein öffentliches Teilnehmerverzeichnis aufnehmen zu lassen. Andererseits muss auch jeder Nutzer, der die Universaldienstleistungen nutzt, die Möglichkeit haben, in diese Verzeichnisse Einsicht zu nehmen bzw Auskunftsdienste<sup>370</sup> in Anspruch zu nehmen.

Im Zusammenhang mit **inländischen Notrufdiensten und der europäischen Notrufnummer „112“** (Art 26)<sup>371</sup> haben die Unternehmen folgendes zu beachten:

- Die Erreichbarkeit der Notrufdienste und der Notrufnummer muss immer für alle Nutzer - auch Behinderte (Abs 4) - gewährleistet sein (Vgl Art 23);
- Die Inanspruchnahme der Notrufdienste und der Notrufnummer muss immer kostenlos sein (Abs 1);

---

<sup>365</sup> Den Unternehmen soll es durch eine Vereinheitlichung diverser technischer Messungsverfahren zum Nachweis der Dienstqualität nicht möglich sein, durch eine geschickte Wahl unterschiedlicher Parameter die Endnutzer und Verbraucher zu täuschen. Jedes Unternehmen muss seine Dienste daher an den selben Messungsverfahren unter gleichen Testbedingungen bewerten lassen. Die Mitgliedstaaten können sich bei der Normierung dieser Qualitätssicherungsverfahren an die Angaben in Anhang III orientieren.

<sup>366</sup> Art 22 idF Art 1 Abs 14 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>367</sup> Art 23 idF Art 1 Abs 14 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>368</sup> In der Stamfassung von Artikel 23 war bloß vorgesehen, dass die Unternehmen die Netzintegrität gewährleisten und dafür Sorge zu tragen haben, dass Telefondienste an festen Standorten (geografisch gebundene Nummern) weiterhin verfügbar sind. Wie oben schon aus meinen Erläuterungen zu den Begriffserklärungen hervorgeht, fällt die Mobiltelefonie nicht unter einen Telefondienst mit festem Standort. Die Unternehmen waren daher bis 2009 nicht verpflichtet im Falle eines Vollausfalls weiterhin den Betrieb von mobilen Telefondiensten zu gewährleisten. Mit den Umsetzungen zu der Richtlinie 2009/136/EG werden daher einige weitere Pflichten auf die TK-Unternehmen zukommen. Es ist dann auch die ununterbrochene Erreichbarkeit der nationalen Notrufnummern vor allem aber der Europäischen Notrufnummer „112“ (Art 26) per Handy zu gewährleisten.

<sup>369</sup> Art 23a idF Art 1 Abs 15 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>370</sup> Klar ist, dass ein Unternehmen, welches Auskunftsdienste anbietet, jene Daten, die in den Teilnehmerverzeichnissen gespeichert sind, verarbeiten müssen. Art 25 Abs 5 weist daher folgerichtig ausdrücklich auf die Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG hin.

<sup>371</sup> Art 26 idF Art 1 Abs 17 Richtlinie 2009/136/EG.

- Jedes Unternehmen, das Telefondienste anbietet muss den Zugang zu den Notrufdiensten oder der Notrufnummer gewährleisten (Abs 2);
- Die europäische Notrufnummer genießt die selbe Priorität wie die nationalen Notrufdienste (Abs 3);
- Die TK-Unternehmen haben den Notrufstellen gebührenfrei die Standortdaten der in Not geratenen zu ermitteln und übermitteln (Abs 4)<sup>372</sup>;
- Informationsmaterial zur europäischen Notrufnummer soll die Unionsbürger in Kenntnis setzen;
- Die Kommission kann technische Durchführungsmaßnahmen ergreifen.

Ab 2009 gibt es neben der Notrufnummer eine weitere signifikante Kennzahl. Jene Nummern, die mit den Ziffern „**116**“ beginnen sind Anbietern von **sozialen Diensten** vorbehalten<sup>373</sup>. Darüber hinaus stellt die Rufnummer „**116000**“ die **Hotline für vermisste Kinder** dar (Art 27a)<sup>374</sup>. Für Auslandsgespräche gilt weiterhin, dass die Vorwahl „00“ die Standardvorwahl bleibt<sup>375</sup>.

Im Rahmen der neu geschaffenen Marktstrukturen im Telekommunikationssektor soll es den Endnutzern und Kunden natürlich auch möglich sein, ihre Anbieter leicht zu wechseln. Artikel 30<sup>376</sup> sieht daher vor folgendes vor:

- den Endnutzern wird in gewisser Weise ein Recht auf eine eigene Rufnummer zuerkannt. Dies impliziert, dass die Kunden bei einem Anbieterwechsel ihre Nummer gegen Gebühr behalten dürfen (**Rufnummernportierung**);
- die Rufnummernportierungsgebühr muss angemessen sein und darf nicht dazu führen, dass Anbieterwechsel wirtschaftlich uninteressant werden. Wie und in welcher Art und Weise (Pauschale, erhöhte Grundgebühr, höhere Kündigungskosten) die Unternehmen diese Portierungsgebühr einfordern bleibt weiterhin ihnen überlassen;
- die Übertragung der Rufnummer hat so schnell wie möglich zu geschehen;
- die anfängliche Mindestvertragsdauer wird ab 2009 auf eine Dauer von 24 Monaten beschränkt;

<sup>372</sup> Vgl dazu Art 5 Abs 1 Buchstabe f) Richtlinie 2006/24/EG.

<sup>373</sup> Wann ein Dienst einen sozialen Wert hat, stellt die Entscheidung 2007/116/EG der Kommission vom 15. Februar 2007 über die Reservierung der mit „116“ beginnenden nationalen Nummernbereich für einheitliche Rufnummer für Dienst von sozialem Wert, ABI L 2007/49, 30 in ihrem Artikel 2 klar.

<sup>374</sup> Eingefügt durch Art 1 Abs 18 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>375</sup> Art 27 idF Art 1 Abs 17 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>376</sup> Art 30 idF Art 1 Abs 21 Richtlinie 2009/136/EG.

- die Kündigungsbedingungen und -verfahren müssen angemessen sein und dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass für den Kunden ein Anbieterwechsel, in welcher Weise auch immer, unattraktiv wird.

In den Schlussbestimmungen findet sich vor allem die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, auch weitere Dienste nach eigenem Ermessen öffentlich zugänglich zu machen und für deren Durchführung Unternehmen zu benennen (Art 32). Bei allen Maßnahmen, die Endnutzer und/oder Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze anbieten, betreffen, sind deren Ansichten zu hören und angemessen zu berücksichtigen (Art 33)<sup>377</sup>. Für etwaige Streitigkeiten, die sich unter Beteiligung von Verbrauchern aus dieser Richtlinie ergeben, sind von den Mitgliedstaaten „transparente, einfache und kostengünstige außergerichtliche Verfahren zur Beilegung von Streitfällen“ (Art 34)<sup>378</sup> zur Verfügung zu stellen.

## **4.8 Die Roamingverordnung 717/2007**<sup>379</sup>

### **4.8.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Die Freizügigkeit der Personen ist einer der Grundpfeiler der Europäischen Union. Wie aus den oben beschriebenen Rechtsakten erkennbar ist, wurden die Voraussetzungen geschaffen, dass Unionsbürger Telekommunikationsdienste im gesamten Raum der europäischen Union in Anspruch nehmen können. Nahmen die Unionsbürger allerdings Telekommunikationsdienste außerhalb des Mitgliedstaats, aus denen ihr Anbieter stammte, in Anspruch, wurden für dieses Roaming zumeist unverhältnismäßig hohe Tarife in Rechnung gestellt. Dass die grenzüberschreitende Telekommunikationsfreiheit durch überhöhte Preise beeinträchtigt wurde, war für die Europäische Union von Anfang an besorgniserregend. Der Ordnungsgeber sah sich daher gezwungen, einen Rechtsakt zu schaffen, der eine Preisregulierung für abgehende und ankommende Telekommunikationsdienste im Ausland vorsah. Durch

<sup>377</sup> Art 33 idF Art 1 Abs 23 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>378</sup> Art 34 idF Art 1 Abs 24 Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>379</sup> Verordnung 717/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG, ABI L 2007/171, 32 idF Verordnung (EG) Nr. 544/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABI L 2009/181, 39.



die vorliegende Verordnung soll die Kommunikation zwischen den Menschen gefördert werden. Es soll ein „Europa für Bürgerinnen und Bürger“ verwirklicht werden<sup>380</sup>. Kunden sollen auch im grenzüberschreitenden Bereich von den Regulierungen (Informationspflichten, Tarifwahl etc) der oben beschriebenen Richtlinien in vollen Zügen profitieren. Die vorliegende Verordnung ermöglicht kostengünstige ankommende und abgehende grenzüberschreitende Anrufe. Sie reguliert seit 2009 ebenfalls die Entgelte für das Senden und Empfangen von SMS-Nachrichten und die Entgelte im Bereich der Datenkommunikationsdienste<sup>381</sup>. Die Verordnung gilt sowohl für Businesskunden als auch für Endkunden. Die Kunden sollen darüber hinaus über Tarifwahl, Preise, und angebotene Dienste beim Roaming informiert werden. Es handelt sich bei dieser Verordnung um eine Einzelmaßnahme iS der Richtlinie 2002/21/EG. Die vorliegende Verordnung tritt am 30. Juni 2012 außer Kraft<sup>382</sup>!

#### 4.8.2 Regelungsinhalt

Zusätzlich zu den Begriffsdefinitionen der Art 2 der Richtlinien 2002/19/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG spezifiziert die vorliegende Verordnung in Artikel 2 folgende Begriffe:

Der **Eurotarif** ist jenes von dieser Verordnung gedeckelte Roamingentgelt für Anrufe, SMS und Datendienste, welches die Heimanbieter maximal berechnen dürfen. Der **Heimanbieter** ist jenes Mobilfunkunternehmen, mit dem der Kunde seinen Mobilfunkvertrag im Heimmitgliedstaat geschlossen hat<sup>383</sup>. Damit der Heimanbieter dem Kunden die vertraglich geschuldeten Dienste anbieten kann, benötigt er stets ein Kommunikationsnetz. Dieses Netz kann nun im Sinne dieser Verordnung entweder das **Heimatnetz**, also jenes Netz sein, das in jenem Mitgliedstaat etabliert ist, in dem der Roamingkunde den Vertrag mit dem Mobilfunkanbieter geschlossen hat, oder aber auch das **besuchte Netz**, also jenes

---

<sup>380</sup> Vgl Erwägungsgrund 2.

<sup>381</sup> Art 1 Abs 1 idF Art 1 Abs 2 Buchstabe a) VO (EG) Nr. 544/2009

<sup>382</sup> Art 13 idF Art 1 Abs 14 VO (EG) Nr. 544/2009. Abzuwarten bleibt, ob der Ordnungsgeber die Verordnung tatsächlich zum genannten Termin auslaufen lässt, oder ob er die Verordnung erneut anpasst und deren Geltungsdauer verlängert.

<sup>383</sup> Ob das Mobilfunkunternehmen den Dienst über das eigene Netz oder ein virtuelles Netz betreibt ist dabei unerheblich. Heimanbieter können auch Mobilfunkunternehmen sein, die bloß als Wiederverkäufer am Markt auftreten.

Netz sein, dessen sich der Mobilfunkbetreiber bedient, um seine geschuldeten Dienste dem Kunden auch in anderen Mitgliedstaaten erbringen zu können. Das **gemeinschaftswerte Roaming** beschreibt die Tätigkeit oder Annahme eines innergemeinschaftlichen Anrufes , das Versenden oder den Empfang einer SMS-Nachricht sowie die Inanspruchnahme von Datenkommunikationsdiensten im Binnenmarkt Mithilfe eines Kommunikationsnetzes, das sich in einem anderen Mitgliedstaat als das Heimatnetz befindet. Damit gemeinschaftswertes Roaming möglich ist, muss selbstverständlich eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Heimanbieter und dem Kunden bestehen, die die Inanspruchnahme des Roamings vorsieht<sup>384</sup>.

**Roamingkunde** ist daher ein Kunde nur dann, wenn er die Inanspruchnahme des gemeinschaftswerten Roamings mit seinem Heimanbieter vereinbart hat. Tätigt ein Roamingkunde einen Anruf oder nimmt er einen Anruf entgegen, der innergemeinschaftlich abgewickelt wird, dann handelt es sich um einen **regulierten Roaminganruf**. Verschickt oder Empfängt der Roamingkunde eine SMS-Nachricht, die innergemeinschaftlich abgewickelt wird, dann handelt es sich um eine **regulierte SMS-Roamingnachricht**. Nimmt der Roamingkunde mobile Datenkommunikationsdienstleistungen in Anspruch und werden diese innergemeinschaftlich abgewickelt, dann handelt es sich um **regulierte Datenroamingdienste**. Der **SMS-Eurotarif** ist jenes maximale Entgelt, welches der Heimanbieter dem Kunden im Zusammenhang mit der Abwicklung einer SMS-Nachricht berechnen darf<sup>385</sup>.

Die Roamingverordnung greift direkt in die Preisgestaltung der Anbieter ein und bestimmt Folgendes:

Für regulierte Roaminganrufe gilt:

---

<sup>384</sup> So können diverse Mobilfunkroamingtarife ausdrücklich vorsehen, welche Arten des Roamings möglich/nicht möglich sind. Angeboten werden daher sog Roamingpakete, die sowohl regulierte Roaminganrufe als auch regulierte SMS-Roamingnachrichten und regulierte Datenroamingdienste vorsehen. Möglich sind aber auch Roamingtarife, die bloß zwei oder einen der eben erwähnten Roamingdienste beinhalten. Der Kunde soll die Möglichkeit haben, den für sich benötigten Roamingdienst individuell zu wählen.

<sup>385</sup> Die SMS-Nachricht wird vom Verordnungsgeber selbst als eine Textmitteilung, die hauptsächlich aus alphanumerischen Zeichen besteht und zwischen Mobilfunk oder Festnetznummern verschickt werden kann, definiert. Vgl dazu Art 2 Buchstabe i) idF Art 1 Abs 3 Buchstabe b) VO (EG) Nr. 544/2009.

- Die durchschnittlichen Großkundenentgelte<sup>386</sup> dürfen einschließlich sämtlicher Nebenkosten im Jahr 2008 nicht mehr höher als 0,28 Euro/Minute sein. In weiteren drei Jahreszyklen sind die Entgelte auf 0,26 Euro, 0,22 Euro und schlussendlich auf 0,18 Euro im Jahr 2011 abzusenken;
- Jeder Mobilfunkbetreiber hat seinen Roamingkunden ein Eurotarif zur Verfügung zu stellen<sup>387</sup>. Dieser Eurotarif darf zu keinen erhöhten Vertragskosten oder Vertragsbindungen für den Kunden führen. Die Entgelte des Eurotarifs im Bereich der Sprachtelefonie dürfen für abgehende Anrufe im Jahr 2007 nicht über 0,49 Euro/Minute und für eingehende Anrufe nicht über 0,24 Euro/Minute betragen<sup>388</sup>. In weiteren vier Jahreszyklen sind die Entgelte auf 0,46/0,22 Euro, 0,43/0,19 Euro, 0,39/0,15 Euro und schlussendlich auf 0,35/0,11 Euro im Jahr 2011 abzusenken.
- Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass ab 1.7.2009 die Heimanbieter regulierte Roaminganrufe sekundengenau abzurechnen haben<sup>389</sup>. Ab 1.7.2010 dürfen für den Empfang einer Mailbox-Nachricht auch keine Entgelte mehr berechnet werden<sup>390</sup>.

Für SMS-Roamingnachrichten gilt<sup>391</sup>:

- Die durchschnittlichen Großkundenentgelte<sup>392</sup> dürfen einschließlich sämtlicher Nebenkosten ab dem 1.7.2009 nicht höher als 0,04 Euro/SMS sein. Eine weitere zyklische Verringerung des SMS-Entgelts ist derzeit nicht vorgesehen.
- Wie auch für das Sprachtelefonieroaming muss jeder Mobilfunkbetreiber seinen Kunden einen SMS-Eurotarif zur Verfügung stellen. Der SMS-Eurotarif darf zu keinen sonstigen Grundgebühren führen und muss mit jedem Endkundentarif sowie der Möglichkeit des Roaminganrufs beliebig verknüpfbar

<sup>386</sup> Wie diese zu ermitteln sind, ist Artikel 3 Abs 3 idF Art 1 Abs 4 Buchstabe b) VO (EG) Nr. 544/2009 zu entnehmen.

<sup>387</sup> Jeder Kunde hat die Möglichkeit seine Roamingtarife jederzeit kostenfrei zu wechseln. Den Wechsel der Roamingtarife hat der Mobilfunkbetreiber dabei innerhalb eines Kalendertages zu vollziehen. Wechselt der Kunde von einem Paketroamingtarif in einen Einzelroamingtarif, muss er auf die Vorteile des Paketroamingtarifs verzichten.

<sup>388</sup> Die angegebenen Beträge sind, wie schon erwähnt die absoluten Höchstgrenzen für die Mobilfunkbetreiber. Es darf aber nicht davon ausgegangen werden, dass diese Beträge auch immer automatisch verrechnet werden, da die Beträge gemäß der Verordnung für jeden Anruf variieren dürfen, solange der Höchstbetrag nicht überschritten wird.

<sup>389</sup> Andere Taktungen sind daher im Bereich der Roamingtarife ab diesem Termin untersagt.

<sup>390</sup> Das Abhören der Mailbox stellt dagegen weiterhin einen Entgeltpflichtigen Anruf dar.

<sup>391</sup> Art 4a und 4b eingefügt durch Art 1 Abs 6 VO (EG) Nr. 544/2009.

<sup>392</sup> Wie diese zu ermitteln sind, ist Artikel 4a Abs 3 VO (EG) Nr. 717/2002 idF Art 1 Abs 6 VO (EG) Nr. 544/2009 zu entnehmen

sein. Die Entgelte des SMS-Eurotarifs dürfen ab 1.7.2009 maximal mit 0,11 Euro/SMS bemessen werden<sup>393</sup>.

- Auf alle Endkunden (sowohl Bestandskunden als auch auf neue Kunden) ist ab 1.7.2009 automatisch ein SMS-Eurotarif anzuwenden. Nur jene Kunden, die selbstständig einen SMS-Eurotarif gewählt haben, sind von dieser automatischen Tarifwahl ausgeschlossen. Jeder Kunde ist bis 30.7.2009 über die automatische Wahl eines SMS-Eurotarifs zu informieren. Wie auch bei der Sprachtelefonie können die Kunden jederzeit den SMS-Eurotarif wechseln<sup>394</sup>.

Für Datenroaming gilt<sup>395</sup>:

- Die durchschnittlichen Großkundenentgelte<sup>396</sup> dürfen einschließlich sämtlicher Nebenkosten ab 1.7.2009 nicht mehr höher als 1,00 Euro/Megabyte sein. In weiteren zwei Jahreszyklen sind die Entgelte auf 0,80 Euro/Megabyte und schlussendlich ab 1.7.2011 auf 0,50 Euro/Megabyte abzusenken
- Im Endkundenbereich sind in der Verordnung keine Deckelungen der Entgelte für Datenroamingdienste vorgesehen. Die Kunden müssen vom Mobilfunkbetreiber allerdings darüber aufgeklärt werden, dass sie sich selber diverse Höchstgrenzen setzen können. Die Höchstgrenze kann dabei in Entgelt (Euro) oder aber auch in Datenvolumen (Megabyte) bemessen werden<sup>397</sup>. Bei ca 80% der verbrauchten Kapazitäten hat der Mobilfunkbetreiber den Kunden ausdrücklich darauf hinzuweisen. Erreicht der Endkunde seine gesetzte Höchstgrenze, hat der Mobilfunkbetreiber das Datenroaming unter Hinweis, wie die Datenroamingdienstleistungen weiterhin bezogen werden können, automatisch einzustellen.

Da die oben beschriebenen Entgelte nur Obergrenzen darstellen und somit den Mobilfunkanbietern eine Preisgestaltung unterhalb dieser Grenze frei überlassen ist, sind wiederum umfassende Informationspflichten in Art 6 vorgesehen. Mobilfunkanbieter haben den Roamingkunden darüber zu informieren, dass bei

---

<sup>393</sup> Unter dem Höchstbetrag können die Entgelte für jede regulierte SMS-Roamingnachricht jedoch beliebig variieren.

<sup>394</sup> Art 4b Abs 5, 6 und 7 idF Art 1 Abs 6 VO (EG) Nr. 544/2009.

<sup>395</sup> Art 6a eingefügt durch Art 1 Abs 9 VO (EG) Nr. 544/2009.

<sup>396</sup> Wie diese zu ermitteln sind, ist Artikel 6a Abs 4 Buchstabe c) VO (EG) Nr. 717/2002 idF Art 1 Abs 9 VO (EG) Nr. 544/2009 zu entnehmen.

<sup>397</sup> Die zur Verfügung stehenden Höchstbeträge sind vom Mobilfunkbetreiber frei wählbar, es darf jedoch kein pauschaler Höchstpreis von mehr als 50 Euro pro Monat vorgesehen werden. Das Höchstvolumen der Daten ist ebenfalls frei wählbar, doch muss das höchst möglich wählbare Datenvolumen so bemessen werden, dass es den Betrag von 50 Euro pro Monat nicht übersteigt.

Einreise in einen anderen Mitgliedstaat – also jenen wo sich das Heimatnetz nicht befindet – Roamingentgelte anfallen. Bei Einreise in einen Mitgliedstaat müssen die Kunden weiters kostenlos ohne unnötige Verzögerung über die Höhe der Roamingentgelte (Sprachtelefonie und SMS) in Kenntnis gesetzt werden. Dies hat abhängig davon, ob es sich um normale oder behinderte Roamingkunden handelt in Text oder in Sprachform zu geschehen. Über diese automatische Entgeltinformation hinaus, müssen die Roamingkunden jederzeit die Möglichkeit haben, die Roaminggebühren bei einer eigens eingerichteten kostenlosen Nummer abzufragen. Schon bei Vertragsabschluss ist der Kunde, falls er auch ein Roamingkunde ist, über die anfallenden Kosten bei Auslandsreisen in Kenntnis zu setzen.

Die zuständigen nationalen Behörden überwachen das Vorgehen der Mobilfunkbetreiber und dürfen – sofern nötig – auch von sich aus tätig werden, um die Einhaltung der Vorschriften dieser Verordnung zu garantieren. Sind Kunden oder Endnutzer in Streitfälle betreffenden der Vorschriften dieser Verordnung involviert, müssen dafür die außergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten des Art 34 der Richtlinie 2002/22/EG herangezogen werden.

Fraglich bleibt, warum die Änderungsverordnung (EG) Nr. 544/2009 keine Deckelung der Tarife im Bereich der mobilen Datenroamingdienste vornimmt. In Zeiten, in denen Unionsbürger großteils mit Endgeräten versorgt werden, die nicht bloß dazu bestimmt sind, Anrufe zu tätigen/entgegenezunehmen und SMS/MMS- Nachrichten zu schicken/verschicken, sondern auch dazu bestimmt sind mannigfaltige Funktionen, für die Datenroaming unabdingbare Voraussetzung ist, anzuwenden, ist diese Verordnung mE am Interesse der Verbraucher und Kunden vorbeigeschrammt. Generell ist es meiner Meinung nach unfair gegenüber den technisch nicht so bewanderten Bevölkerungsschichten solch komplizierte Verfahren mit Höchstverbrauchsmengen etc, anstatt einer einfachen Deckelung zu wählen. Selbst der fachkundige Leser verliert bei der Norm des Art 6a leicht den Überblick.

## 4.9 Richtlinien der Kommission zur Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt

### 4.9.1 Allgemeines

Wurden durch das Richtlinienpaket die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen geschaffen, nutzte die Kommission, die ihr durch Art 106 Abs 3<sup>398</sup> gegebene Kompetenz zur Erlassung weiterer Richtlinien, deren primäres Ziel es ist, den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation an die – durch das Richtlinienpaket geschaffene – neue Marktsituation anzupassen. Es wurde daher 2002 im Zuge der Erlassung des Richtlinienpakets einerseits eine Wettbewerbsrichtlinie für elektronische Kommunikationsdienste und -netze und andererseits 2008 eine nun bereits kodifizierte Fassung der Wettbewerbsrichtlinie für Telekommunikationsendeinrichtungen erlassen.

### 4.9.2. Wettbewerbsrichtlinie 2002/77/EG für elektronische Kommunikationsdienste- und netze<sup>399</sup>

Aufgrund der Marktliberalisierung im Telekommunikationsmarkt waren auch einige wettbewerbsrechtliche Aspekte zu beachten: Wichtigstes Ziel der vorliegenden Richtlinie ist es, dass die Gewährung ausschließlicher Rechte an Unternehmen, wie dies noch in vielen Mitgliedstaaten an der Tagesordnung war, ab Erlass dieser Richtlinie verboten ist. Jedes Unternehmen – unabhängig davon, ob es bereits am früheren Markt etabliert war, oder ob es die Liberalisierung des Marktes nun für den Markteintritt nutzte – sollte unter den gleichen Bedingungen die Möglichkeit haben, elektronische Kommunikationsdienste und –netze anzubieten. Besonderes Augenmerk legte die Richtlinie auf Frequenznutzungsrechte (Art 4), vertikal integrierte öffentliche Unternehmen (Art 3)<sup>400</sup>, Auskunftsdienste (Art 5) und Universaldienstleistungen iSd Richtlinie 2002/22/EG (Art 6).

---

<sup>398</sup> Ex Art 86 Abs 3 EGV.

<sup>399</sup> Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl L 2002/249, 21.

<sup>400</sup> idZ sind jene öffentliche Unternehmen angesprochen, die bereits vor der Marktliberalisierung Telekommunikationsdienste erbrachten und Netze errichtet hatten. Natürlich hatten diese Unternehmen – zT auch dank ihrer bis 2002 europarechtliche legalen Monopolstellung – gegenüber neu eintretenden privaten

Im Bereich der Telekommunikationseinrichtungen war vor allem folgendes zu beachten: Grundsätzlich ist durch die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, „(...) dass die Wirtschaftsbeteiligten das Recht haben, Endeinrichtungen einzuführen, zu vertreiben, einzurichten, in Betrieb zu setzen und zu warten“ (Art 3). Unternehmen, die aufgrund dieser neuen Marktsituation damit begannen Endgeräte herzustellen, mussten diese zu meist an bereits bestehende Technologien anpassen. Damit dies möglich ist, sind alle Mitgliedstaaten verpflichtet die genauen Spezifikationen für Endgeräte, Schnittstellen, Anschlüsse und sonstige technischer Voraussetzungen offenzulegen (Art 4ff). Des Weiteren ist auch im Bereich des Telekommunikationsendmarktes die Gewährung ausschließlicher Rechte für einzelne Unternehmen verboten (Art2).

#### **4.10 Sonstige Rechtsakte**

Weitere neuere Rechtsakte stellen noch die beiden Richtlinien 2005/82/EG<sup>402</sup> und 2009/114/EG<sup>403</sup> dar. Jene beiden Richtlinien regeln vor allem die Frequenzbänder, die von den Mitgliedstaaten für die Telekommunikation freigehalten werden müssen, damit eine reibungslose Funktion der Kommunikationsnetze und -dienste gewährleistet werden kann.

Steuerrechtliche Aspekte der Telekommunikationsdienstleistungen finden sich in den Art 24 Abs 2, 56 Abs 1 sowie in Art 132 Abs 1 der Richtlinie 2006/112<sup>404</sup>.

---

Unternehmen Vorteile. Die Nutzung dieser Vorteile zu eigenen Gunsten war ab Erlassung der vorliegenden Richtlinie verboten.

<sup>401</sup> Richtlinie 2008/63/EG der Kommission vom 20. Juni 2008 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendeinrichtungen (kodifizierte Fassung), ABI L 2008/162, 20.

<sup>402</sup> Richtlinie 2005/82/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2005 zur Aufhebung der Richtlinie 90/544/EWG des Rates über die Frequenzbänder für die koordinierte Einführung eines europaweiten terrestrischen öffentlichen Funkrufsystems in der Gemeinschaft, ABI L 2005/344, 38.

<sup>403</sup> Richtlinie 2009/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, ABI L 2009/274, 25.

<sup>404</sup> Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABI L 2006/347, 1.

Im Zusammenhang mit den Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG und 2002/22EG ist auch noch auf die Verordnung (EG) Nr. 1211/2009<sup>405</sup> hinzuweisen, da diese Verordnung die Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (kurz GEREK) vorsieht.

---

<sup>405</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.



## 5. Hauptstück – IT-rechtliche Sonderbestimmungen im Bereich des Vertragsrechts

### 5.1 Allgemeine Einleitung und Entwicklung

Wie bereits oben beschrieben ist es herrschende Ansicht, dass das Internet kein rechtsfreier Raum ist. Jene Fragen, die im Rahmen der Vertragsanbahnung, des Vertragsabschlusses und der Vertragsabwicklung auftauchen, erfahren durch die IT-rechtlichen Sonderbestimmungen eine Lösung im Bereich der Informationstechnologie. Nicht übersehen werden darf, dass die Fragen in den oben genannten Bereichen bereits seit Anbeginn der Informationstechnologie bestanden. Diese grundlegenden Fragen wurden daher mit den konventionellen zivilrechtlichen Gesetzen, allen voran den allgemeinen bürgerlichen Gesetzbüchern beantwortet. Durch die Einführung der Informationstechnologien haben die Fragen im Bereich der oben genannten Bereiche jedoch inhaltliche Änderungen erfahren. Aufgabe der Sonderbestimmungen ist es daher, die bereits bestehenden zivilrechtlichen Bestimmungen an den jeweiligen technologischen Ist-Zustand anzupassen bzw diese zu ergänzen. Die folgenden Rechtsakte ändern daher keine allgemeinen Bestimmungen des konventionellen Zivilrechts<sup>406</sup>.

Im Bezug auf die Regulierung des Internets kann zwischen zwei Regulierungsfeldern<sup>407</sup> unterschieden werden. Auf der einen Seite entstanden durch die Regulierung der Transportebene Rechtsakte im Bereich E-Commerce oder auch Signaturrecht. Auf der anderen Seite entstanden durch die Regulierung der Inhaltsebene neue Rechtsakte im Bereich des Datenschutzes oder auch strafrechtliche Maßnahmen der Union<sup>408</sup>. Erste konkrete Entwicklungen im Bereich des E-Commerce manifestierten sich in einer Empfehlung der Kommission über Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz<sup>409</sup>. Wie bereits in der Entwicklung des europäischen Telekommunikationsrechts, spielten auch

---

<sup>406</sup> Vgl dazu etwa Art 1 zweiter Satz Richtlinie 1999/93/EG.

<sup>407</sup> *Holznagel* in *Eilmansberger*, Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht: Internet und Recht 4ff.

<sup>408</sup> Vgl dazu insb die Regelungen der Convention on Cybercrime CETS Nr. 185.

<sup>409</sup> Empfehlung der Kommission vom 7.4.1992 über die Verhaltenscodices zum Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 1992/156, 21.

übergeordnete Interessen wie der Verbraucherschutz, eine wesentliche Rolle für die Entwicklung des Internetrechts im engeren Sinne.

Die schließlich aus verbraucherschutzrechtlichen Interessen 1997 erlassene Fernabsatzrichtlinie<sup>410</sup> startete die europarechtliche Harmonisierung der auf das E-Business anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften. Bereits ein Jahr später erkannte die EU das enorme wirtschaftliche Potential von diversen Diensten im Internet und erließ im Interesse der Entwickler solcher Dienste zur Absicherung deren finanziellen Interessen die Zugangskontrollrichtlinie.

Als weiterer Schritt war es nötig, dass rechtsverbindliche Erklärungen auf elektronischem Wege übermittelt werden konnten. Dazu musste gewährleistet werden, dass eine Erklärung auch zweifelsfrei einem Absender zugeordnet werden konnte und dass die Erklärung unverfälscht dem Empfänger zukam. Um den elektronischen Rechtsverkehr in der EU weiter voranzutreiben und um Sicherheit im elektronischen Rechtsverkehr zu gewährleisten, wurde am 13.12.1999 die Signaturrechtlinie erlassen. Ende 1998 trieb die Kommission, um über die Signaturrechtlinie hinaus für bestimmte Rechtsfragen einen einheitlichen Rahmen zu schaffen, die Entwicklung der E-Commerce-Richtlinie voran, die folglich am 17.07.2000 im Amtsblatt der europäischen Union kundgemacht wurde.

In Anlehnung an die Fernabsatzrichtlinie erging im Jahr 2002 die Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie, die die bereits bewährten Bestimmungen der Fernabsatzrichtlinie in der Weise anpasste, dass diese den Eigenheiten des Finanzsektors gerecht wurden. Bereits im Jahr 2000 wurde von der EU die Rechtmäßigkeit von elektronischem Geld durch die erste E-Geld-Richtlinie anerkannt. Die alte E-Geld-Richtlinie ist durch die neue E-Geld-Richtlinie im Jahr 2009 aufgehoben und ersetzt worden.

---

<sup>410</sup> Die Langtitel der Rechtsakte werden jeweils bei der Überschrift des betroffenen Rechtsakts angegeben.

## 5.2 Die Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG<sup>411</sup>

### 5.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand

Einhergehend mit der Schaffung des Binnenmarkts und der Einführung neuer Technologien erfuhr der Fernabsatz, also Vertragsschlüsse über Fernkommunikationsmittel, sowohl für Unternehmer als auch für Verbraucher eine enorme Bedeutung im Rechtsverkehr. Im Jahr 1997 sah die EU ein, dass die herkömmlichen vertraglichen Regelungen der Mitgliedstaaten für Verbraucher im Fernabsatz nicht jene Wirkung erreichten, die ihnen bei herkömmlichen Vertragsschlüssen zukam. Es war daher unerlässlich die nationalen Regelungen, die den Vertragsabschluss und die Leistungserbringung normierten, an die neue Situation im Fernabsatz anzupassen und diese Normen gleichzeitig anzugleichen.

Wie auch schon bei der Datenschutzrichtlinie wird darauf hingewiesen, dass die vorliegende Richtlinie enorme Relevanz für das europäische IT-Recht und auch für diverse Nachfolgerichtlinien hat. Sie wird daher trotz Erlass vor dem Jahre 2000 in die Untersuchung der Vollständigkeit halber mit einbezogen. Die Fernabsatzrichtlinie regelt die Angleichung der zivil- und verwaltungsrechtlichen Normen der Mitgliedstaaten über Vertragsschlüsse im Fernabsatz zwischen Unternehmer und Verbrauchern (business to customer b2c). Etwaige speziellere Regeln des Europarechts, die den Fernabsatz regeln, gehen den allgemeinen Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie vor.

Die vorliegende Richtlinie findet jedoch auf folgende Verträge keine Anwendung, selbst wenn diese im Fernabsatz geschlossen wurden:

- Finanzdienstleistungen, die unter die Richtlinie 2002/65/EG fallen<sup>412</sup>;
- Verträge, die über Warenautomaten<sup>413</sup> oder automatisierten Geschäftsräumen<sup>414</sup> zustande gekommen sind<sup>415</sup>;

---

<sup>411</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI L 1997/144, 19.

<sup>412</sup> Art 3 Abs 1 erster Gedankenstrich idF Art 18 Richtlinie 2002/65/EG; Des Weiteren ist Anhang II der vorliegenden Richtlinie durch die Richtlinie 2002/65/EG ersatzlos gestrichen worden.

<sup>413</sup> Warenautomaten sind technische Einrichtungen, die sowohl den Vertragsschluss als auch die Vertragsabwicklung ohne Personaleinsatz ermöglichen. Damit Warenautomaten nicht dem Fernabsatzbestimmungen unterstellt werden, ist unabdingbare Voraussetzung, dass der Leistungsaustausch unverzüglich nach Vertragsschluss durchgeführt wird. Warenautomaten sind bspw Zigaretten- Getränke oder

- Verträge mit Betreiber von Telekommunikationsmitteln;
- Bau und Verkauf von Immobilien exclusive Vermietung derselben;
- Versteigerungen<sup>416</sup>

## 5.2.2 Regelungsinhalt

Die Fernabsatzrichtlinie sieht in Artikel 2 folgende Begriffsbestimmungen vor:

Damit ein Vertrag unter die Bestimmungen dieser Richtlinie fällt, müssen folgende Tatbestandsmerkmale erfüllt sein (Z 1):

- Der **Vertrag** muss zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher zustande kommen (**b2c**)<sup>417</sup>,
- Die **Hauptleistung** des Vertrags muss eine **Ware**<sup>418</sup> oder **Dienstleistung**<sup>419</sup> sein,
- Der Unternehmer muss ein **Vertriebssystem** betreiben, das darauf abzielt Waren und Dienstleistungen im Fernabsatz zu vertreiben<sup>420</sup> und
- Der Vertrag einschließlich des **Vertragsabschlusses** kommt **ausschließlich** in der Form zustande, dass die Willenserklärungen via **Fernkommunikationsmittel**<sup>421</sup> abgegeben wurden<sup>422</sup>. Ein physisches

---

Speiseautomaten. Vgl dazu *Selenkewitsch* in *Bülow/Artz* (Hrsg), Handbuch Verbraucherprivatrecht, § 312b Rz 41.

<sup>414</sup> Automatisierte Geschäftsräume unterscheiden sich von Warenautomaten in der Hinsicht, dass sie nicht in der Öffentlichkeit aufgestellt sind, sondern sich der Verbraucher gezielt zu ihnen hin begeben muss. Auch bei automatisierten Geschäftsraumlösungen findet der Vertragsschluss und die Leistungserbringung in der Regel unverzüglich statt, womit auch diese Ausnahme gerechtfertigt ist. Warenautomaten sind bspw Sonnenstudios, Waschzentren aber auch Räume von Kreditinstituten, die jederzeit erreichbar sind. IdZ vgl auch Saenger in Ermann, Kommentar zum BGB<sup>11</sup>, § 312b Rz 22.

<sup>415</sup> Die Unterscheidung von Warenautomaten und automatisierten Geschäftsräumen ist in der Hinsicht wichtig, dass den Verbraucher bei Warenautomaten – wie der Name schon sagt – nur Waren erbracht werden dürfen, wogegen der Verbraucher in den automatisierten Geschäftsräumen Waren und Dienstleistungen erhalten darf. Die Miteinbeziehung von Dienstleistungen bei den automatisierten Geschäftsräumen scheint mE gerechtfertigt, da sich der Verbraucher idR gezielt in einen automatisierten Geschäftsraum begibt. Er weiß also schon vorher, dass er beabsichtigt Verträge abzuschließen, währenddessen er bei einem Warenautomat auch einem spontanen Entschluss unterliegen kann.

<sup>416</sup> Es ist in diesem Zusammenhang aber bereits herrschende Ansicht, dass Internet-Auktionen keine Versteigerungen iSd Art 3 Abs 1 letzter Spiegelstrich sind. BGH in NJW 2005, 53; *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>, § 5b KschG Rz 7; *Wendehorst* in Münchner Kommentar II<sup>5</sup>, § 312b Rz 42; Zur Situation in Österreich: *Besenböck/Bitriol*, Zum Ersten, zum Zweiten – Rücktritt, *ecolex* 2005, 104.

<sup>417</sup> Es muss also zumindest eine „vertragscharakteristische Leistung“ vom einem Unternehmer geschuldet sein. Gläubiger ist daher idR der Verbraucher; *Wendehorst* in Münchner Kommentar II<sup>5</sup>, § 312b Rz 39f.

<sup>418</sup> Waren iS des Art 28 AEUUV.

<sup>419</sup> Dienstleistung ist im Sinne des Vertrags auszulegen und umfasst damit alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit nicht die Vorschriften der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit sowie der Niederlassungsfreiheit anwendbar sind. Vgl dazu Art 57 AUEV.

<sup>420</sup> Zum Vertriebssystem vgl auch *Hoeren/Becker*, Handbuch Multimediaerecht<sup>23</sup>, 13.4 Rz 31f.

<sup>421</sup> Fernkommunikationsmittel sind alle Einrichtungen, die es den Vertragsparteien ermöglichen ohne physische Präsenz zu kommunizieren. Wie die Fernkommunikationsmittel technisch realisiert sind ist irrelevant.

Zusammenkommen der Parteien bis zum Vertragsabschluss<sup>423</sup>, führt dazu, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht mehr anwendbar sind.

**Verbraucher** sind alle natürlichen Personen, die weder zu gewerblichen noch zu beruflichen Zwecken einen Vertragsabschluss im Fernabsatz durchführen. **Lieferer**<sup>424</sup> sind alle natürlichen oder juristischen Personen die zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken einen Vertragsabschluss im Fernabsatz durchführen.

Der Begriff **Fernkommunikationstechnik (Z4)** wurde technologieunabhängig ausgestaltet und beschreibt jedes Kommunikationsmittel, das in der Lage ist einen Vertragsabschluss ohne gleichzeitige physische Präsenz der beiden Parteien zu ermöglichen<sup>425</sup>. Jede natürliche oder juristische Person des Privat- und des öffentlichen Rechts, die einem Unternehmer iSd Z2 eine solche Fernkommunikationstechnik zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken zur Verfügung stellt, ist ein **Betreiber einer Kommunikationstechnik (Z5)**.

---

<sup>422</sup> Problematisch ist, dass Artikel 2 stets an den Vertragsabschluss anknüpft. Es können aber in der Praxis Fälle auftreten, wo die Verbraucher bevor sie schlussendlich den Vertrag per Fernkommunikationsmittel schließen, eine Beratung in Anspruch nehmen und eine Besichtigung der Ware vornehmen. Folgender gedachter Fall soll die Problematik veranschaulichen: Ein Verbraucher sucht eine Niederlassung, einen Shop etc auf, um sich vor Ort die Ware anzusehen und sich umfassend beraten zu lassen. Persönliche Vertragsverhandlungen finden dabei nicht statt. Noch im Shop bestellt er anschließend die besichtigte Ware mit seinem mobilen Endgerät. Er genießt, obwohl er eigentlich faktisch nicht im Fernabsatz erworben hat, die vertragsrechtlichen Vorteile der gesamten Richtlinie. Ausweg ist, die Bestimmung des Art 2 dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass der Verbraucher die Vorteile dieser Richtlinie nur dann genießen soll, wenn 1. der Vertragsabschluss ausschließlich per Fernkommunikationsmittel zustande kommt und 2. eine persönliche Beratung oder Besichtigung der Ware davor nicht stattgefunden hat. Dieses Problem stellt sich in selber Form auch bei Art 2 Richtlinie 2002/65/EG. Vgl dazu unten Punkt 5.3.2.

<sup>423</sup> Unerheblich ist allerdings, dass die Parteien nach Vertragsabschluss uU den Leistungsaustausch persönlich vornehmen. Es kommt für die Anwendung der Bestimmungen dieser Richtlinie schon gemäß dem Wortlaut „Vertragsabschluss im Fernabsatz“ (Art 2 Z 1) nur darauf an, dass der Vertragsabschluss ohne persönlichen Kontakt des Verbrauchers zu dem Unternehmer vollzogen wurde. So auch *Reich*, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 582.

<sup>424</sup> Der Begriff des „Lieferers“ ist mE unpassend gewählt. Erstens könnte man unter Anwendung des allgemeinen Sprachgebrauchs davon ausgehen, dass sich der Begriff Lieferer nur auf die Lieferung von Waren bezieht, nicht aber auch auf die Erbringung von Dienstleistungen. Zweitens findet sich dieser Begriff in keiner weiteren Richtlinie des europäischen IT-Rechts, er führt daher zusätzlich zu Verwirrungen. Im Folgenden wird daher auch im Sinne dieser Richtlinie von Unternehmer und nicht von Lieferer gesprochen.

<sup>425</sup> Fernkommunikationstechniken sind zB Drucksachen mit oder ohne Anschrift, Standardbriefe, Kataloge, telefonische Kommunikation mit Personen und automatischen Gesprächspartnern, E-Mail, Hörfunk, Fax, Fernsehen, Teletext uva; Beachte aber idZ *Wendehorst* in Münchner Kommentar II<sup>5</sup>, § 312b Rz 49f. In diesem Zusammenhang ist weiters zu beachten, dass Art 10 der Richtlinie die Kommunikation durch Voice-Mail-Systeme und Telefax in der Weise beschränkt, dass diesen Kommunikationsarten der Verbraucher vor Verwendung dieser zustimmen hat. Im Übrigen sind für die Unternehmer nur jene Telekommunikationsformen erlaubt, welche der Verbraucher nicht von vorne herein für sich persönlich ausgeschlossen hat.

### 5.2.2.1 Informationspflichten

Erstes Kernstück dieser Richtlinie sind die umfassenden Informationspflichten, die der Unternehmer zu erfüllen hat, bevor es zum Abschluss eines Vertrags im Fernabsatz kommt. Diese Informationspflichten sollen die fehlende physische Anwesenheit beim Vertragsschluss in der Weise kompensieren, dass der Verbraucher über alle Einzelheiten der Vertragsabschlusssituation in Kenntnis gesetzt wird. Die Informationen müssen der jeweiligen Fernkommunikationstechnik in der Weise angepasst werden, dass diese dem Verbraucher klar und unmissverständlich zukommen<sup>426</sup>. Folgende Informationen müssen dem Verbraucher vor endgültiger Abgabe seiner Willenserklärung zur Verfügung gestellt werden:

- Name und Anschrift des Vertragspartners (Unternehmen),
- Beschreibung der Eigenschaften der gewünschten Ware oder Dienstleistung,
- eine genaue und unmissverständliche Preisangabe (incl der jeweiligen Steuern auf die Ware oder die Dienstleistung),
- Versand- und Lieferkosten, sofern die Leistungserfüllung auf diesem Wege stattfinden soll,
- weitere Einzelheiten bezüglich der weiteren Vertragsabwicklung (insb Zahlungsmethoden, Versand, Lieferung oder Erfüllung),
- Bestehen/Nichtbestehen eines Widerrufsrechts<sup>427</sup>,
- jene Kosten, die zusätzlich zu den Normaltarifen bei Fernkommunikationsmittel anfallen (Mehrwertnummern),
- die Dauer der Gebundenheit des Unternehmers an das Angebot bzw den wiedergegebenen Preis und
- bei Dauerschuldverhältnissen oder Sukzessivlieferungsverträgen<sup>428</sup>, die Mindestdauer dieser.

---

<sup>426</sup> Bei Telefongesprächen muss der Unternehmer dem Verbraucher überdies seine Identität und den Zweck des Anrufs bekanntgeben, bevor es zur Angebotsstellung durch den Unternehmer kommt. Näheres dazu *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>, § 5c KschG Rz 9f.

<sup>427</sup> siehe sogleich unten.

<sup>428</sup> Wesensmerkmal von Sukzessivlieferungsverträgen ist, dass die Leistungserbringung schon wegen der Natur der Ware oder Dienstleistung nicht sofort in einem Stück erbracht werden kann. Es kann sein, dass die diversen Teilleistungen keine Einheit bilden (wie zB bei einem Lexikon mit einer größeren Anzahl von Bänden) oder jede Teilleistung eine selbstständige Einheit bildet (Zeitungs- oder Zeitschriftenabo). Zu den Sukzessivlieferungsverträgen werden auch die Zuleitungs- und Bezugsverträge gezählt; Zur Möglichkeit des Rücktritts nach Ablauf der Widerrufsfrist vlg *Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBI 1998/89 (Teil I – Teil III).

Jene Informationen müssen dem Verbraucher im Rahmen der Vertragsverhandlungen, sowie der Leistungserbringung spätestens aber mit Empfang der Ware oder Erhalt der Dienstleistung schriftlich auf einem dauerhaften Datenträger<sup>429</sup> vorliegen. Es ist daher ratsam dem Verbraucher diesen dauerhaften Datenträger schon vor Vertragsabschluss zukommen zu lassen. Es muss bei diesen Informationen auf jeden Fall über das Bestehen/Nichtbestehen eines Widerrufsrechts aufgeklärt, sowie dem Verbraucher eine Adresse bekanntgegeben werden, wo er Beanstandungen an dem Vertragsgegenstand vorbringen kann. Auch über Garantiebedingungen und Kundendienste, die der Unternehmer anbietet, ist der Verbraucher zu unterrichten. Bei Dauerschuldverhältnissen oder Sukzessivlieferungsverträgen ist der Verbraucher über Kündigungsmöglichkeit, -fristen und -zeitpunkte aufzuklären<sup>430</sup>.

#### 5.2.2.2 Widerrufsrecht

Wesentlicher Unterschied zwischen Vertragsschluss mit persönlichem Kontakt und Vertragsabschluss im Fernabsatz ist, dass den Verbrauchern bei letzterem ein gesetzliches Widerrufsrecht (Art 6) gegeben wurde:

Das Widerrufsrecht kann bei jedem Vertragsabschluss im Fernabsatz ohne Angabe von Gründen innerhalb von mindestens sieben Werktagen<sup>431</sup> erhoben werden. Die Unternehmen dürfen im Zusammenhang mit dem Widerrufsrecht keine Strafzahlungen vorsehen. Macht ein Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, dürfen ihm keine Kosten – abgesehen von jenen, die durch die

---

<sup>429</sup> Dauerhafter Datenträger bedeutet nicht, dass es sich um einen physischen Datenträger wie Papier, CD, Diskette o.Ä handeln muss. Auch eine E-Mail, oder ein PDF-File, welches vom Verbraucher beliebig reproduzierbar und ausdrückbar ist, muss wohl die Anforderungen des dauerhaften Datenträgers erfüllen. Auch Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2002/65/EG (Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie) geht davon aus, dass die Festplatte des Computers des Verbrauchers als dauerhafter Datenträger anzusehen ist. *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, A3 Rz 59ff. Websites sind nur dann dauerhaft, wenn sie unter der Begriff „dauerhaftes Medium“ subsumierbar sind. Das dauerhafte Medium ergibt sich aus der Definition des Art 2 Buchstabe f) Richtlinie 2002/65/EG; bejahend: OLG München 25.1.2001 – 29 U 4113/00 in MMR 2001/536; verneinend: EFTA-Gerichtshof 27.1.2010, Rs E-4/09.

<sup>430</sup> Vgl Fn 428.

<sup>431</sup> Die Dauer der Frist deckt sich unbefriedigender Weise nicht mit der Frist in Art 6 Abs 1 Richtlinie 2002/65/EG. So geht die Frist der vorliegenden Richtlinie von Werktagen aus, währenddessen die Frist nach Art 6 Abs 1 Richtlinie 2002/65/EG in Kalendertagen angegeben ist. Noch dazu haben die Fristen eine unterschiedliche Dauer. Vgl dazu auch unten Fn 458.

Rücksendung der Ware zum Unternehmer entstehen – verrechnet werden<sup>432</sup>. Der Unternehmer hat spätestens binnen 30 Tagen die Rückerstattung der Kosten durchzuführen.

Bei den Fristen für die Ausübung des Widerrufsrecht muss zwischen der herkömmlichen siebentägigen Frist und einer „Straffrist“ von drei Monaten unterschieden werden. Welche Frist im konkreten Fall zur Anwendung kommt, hängt davon ab, ob der Verbraucher die Informationen gemäß Art 5 dieser Richtlinie auf einem dauerhaften Datenträger erhalten hat oder nicht.

Falls die Informationen zu dem in Art 5 genannten Zeitpunkt vorliegen, setzt dies die Frist von sieben Werktagen in Gang. Falls dem Verbraucher die Informationen nicht zu dem in Art 5 genannten Zeitpunkt vorliegen, setzt dies die Dreimonatsfrist in Gang. Sowohl die kurze, als auch die lange Frist beginnen bei Waren mit deren Erhalt und bei Dienstleistungen mit Vertragsabschluss zu laufen. Durch nachträgliche Erfüllung von Art 5 durch den Unternehmer, kann er innerhalb der dreimonatigen Frist die siebentägige in Gang setzen. Mit Eingang der Informationen beim Verbraucher beginnt dann die siebentägige Frist zu laufen.

Mangels abweichender Vereinbarungen sieht der Richtlinien text bei folgenden Verträgen kein Widerrufsrecht vor<sup>433</sup>:

- bei Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten,
- bei Wett- und Lotteriedienstleistungen,
- bei Audio- oder Videomaterial sowie Software, wenn diese vom Verbraucher entsiegelt wurde<sup>434</sup>,
- bei Waren oder Dienstleistungen, die auf individuellen Abruf gestaltet wurden,
- bei Waren, die schnell verderben oder deren Ablaufdatum überschritten wurde,

---

<sup>432</sup> Die Kosten der Sendung zum Verbraucher sind ebenfalls vom Unternehmer zu ersetzen, da dies sonst einer Strafzahlung für den Rücktritt gleichkäme. Dies hat auch vor kurzem der EuGH in EuGH 15.4.2010, C-511/08, *Heinrich Heine gegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen* in dieser Form ausgesprochen.

<sup>433</sup> Der Ausschluss des Rücktrittsrechts soll in den angeführten Spezialfällen den Unternehmer schützen, da er aufgrund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen bei einem Rücktritt des Verbrauchers gröblich benachteiligt wäre.

<sup>434</sup> Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher die Daten in irgendeiner Weise vervielfältigt und diese dann anschließend wieder zurückschickt. Wie *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>, § 5f KschG Rz 5 richtigerweise ausführt muss das Verbot der Rücktrittsrecht auch dann gelten, wenn Software heruntergeladen wird. Der Zeitpunkt der Vertragserfüllung bestimmt sich hier mit dem vollständigen Erhalt aller nötigen Daten.



- bei Lieferung von Waren oder Dienstleistungen, wenn der Preis von äußeren Gegebenheiten abhängt (zB Finanzmarkt),
- bei Dienstleistungen, mit deren Erbringung schon vor Ende der siebentägigen Frist begonnen wird, sofern der Verbraucher damit auch einverstanden ist.

Sollte der Unternehmer selbst oder ein Drittfinanzierer dem Verbraucher einen Kredit (egal ob teilfinanziert oder vollfinanziert) zum Erwerb der Ware oder Dienstleistung gewährt haben, muss dieser Finanzierungsvertrag bei Ausübung des Widerrufsrechts ebenfalls ohne Nachteile für den Verbraucher aufgelöst werden.

Die Informationspflichten und das Widerrufsrecht kommen nicht zu Anwendung, wenn Verträge eine Lieferung von Gegenständen des täglichen Bedarfs an den Wohnsitz, Aufenthaltsort oder den Arbeitsplatz im Rahmen von Verkaufsfahrten des Unternehmers vorsehen. Des Weiteren kommen die Art 4 – 6 ebenfalls nicht zur Anwendung, wenn es sich um eine Dienstleistungserbringung im Tourismussektor oder im Freizeitbereich handelt, wenn sich der Unternehmer zu einem Fixgeschäft<sup>435</sup> verpflichtet. In diesem Fall gilt auch Art 7 Abs 1 nicht, der vorschreibt, dass der Unternehmer die Lieferung der Ware oder die Erbringung der Dienstleistung innerhalb von 30 Tagen ab Bestellung durch den Verbraucher durchführen muss.

### 5.2.2.3 Sonstige Bestimmungen

Bei nachträglicher Unmöglichkeit, die der Unternehmer zu vertreten hat, werden die allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen in der Art abgeändert, dass der Unternehmer den Verbraucher über die Unmöglichkeit unterrichten muss. Der Verbraucher hat sodann die Möglichkeit, sich binnen 30 Tagen seine Zahlungen<sup>436</sup> rückerstatten zu lassen. Weiters besteht die Möglichkeit, dass der Verbraucher eine Aliud-Lieferung oder ähnliche Dienstleistung in Anspruch nimmt, falls diese Option schon vorab im Vertrag vereinbart wurde. Ist der Verbraucher mit der Aliud-Lieferung nicht einverstanden und nimmt er sein Widerrufsrecht in Anspruch, dann gehen in

---

<sup>435</sup> Fixgeschäfte sind Geschäfte, die entweder kraft Vereinbarung oder kraft der Geschäftsnatur vom Schuldner nur zu einem vorgegebenen Zeitpunkt erbracht werden können. Zur Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Fixgeschäften samt Beispielen vgl auch *Kolmasch* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar (2010), § 919 Rz 1ff.

<sup>436</sup> Da der Richtlinien text schon von „Zahlungen“ spricht, kann davon ausgegangen werden, dass damit sowohl der Preis der Ware bzw Dienstleistung als auch sonstige Zahlungen wie zB Versandkosten etc mit inbegriffen sind.

diesem speziellen Fall auch die Kosten des Rückversandes zu Lasten des Unternehmers. Der Verbraucher ist von der Möglichkeit der Anderslieferung und der Kostenübernahme vorab zu unterrichten.

Um die Risiken für Verbraucher im Zusammenhang mit Zahlungen per Kreditkarten oder Bankomatkarten zu minimieren, müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art 60 Richtlinie 2007/64/EG<sup>437</sup> Regelungen vorsehen, die es den Verbrauchern ermöglichen Beträge, die ohne ihren Willen abgebucht wurden, zu stornieren. Die zu Unrecht abgebuchten Beträge sind dem Verbraucher gutzuschreiben<sup>438</sup>.

Hinweis zum österreichischen Recht: Entsprechend den Anpassungen, die durch Umsetzung der Richtlinie 2007/64/EG notwendig waren, ist § 31a KschG mit 31.10.2009<sup>439</sup> außer Kraft getreten. Missbrauchsfälle im Bereich des Electronic Bankings sind daher gem § 44 ZaDiG<sup>440</sup> zu beurteilen! Missbrauchsfälle, die vor dem 31.10.2009 begangen wurden, sind noch entsprechend der alten Rechtslage zu beurteilen.

Die Lieferung von Waren oder Dienstleistungen durch einen Unternehmer der keine vorherigen Bestellungen durch Verbraucher erhalten hat ist unzulässig, wenn mit der Lieferung zugleich eine Zahlungsaufforderung an den Verbraucher erfolgt. Werden Waren oder Dienstleistungen ohne Bestellung des Verbrauchers geliefert, darf der Unternehmer unter keinen Umständen eine Gegenleistung dafür erwarten. Das Schweigen der Verbraucher gilt – wie im allgemeinen Zivilrecht auch<sup>441</sup> – nicht als Zustimmung.

Alle Ausführungen zur Fernabsatzrichtlinie sind einseitig zwingend, dh sie dürfen zu Lasten des Verbrauchers nicht abgeändert werden. Die Verbraucher können auch

---

<sup>437</sup> Artikel 8 der vorliegenden Richtlinie wurde durch Art 89 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABI L 2007/319, 1 ersatzlos gestrichen. Die Nachfolgeregelung findet sich, wie im Fließtext angegeben in Art 60 Richtlinie 2007/64/EG.

<sup>438</sup> Der Verbraucher trägt durch Einführung dieser Bestimmung nur mehr ein geringes Risiko bei Zahlungen mittels Kreditkarte im Internet. So verlangt der Kreditkarteninhaber (Verbraucher) im Falle des Missbrauchs vom Kreditkartenaussteller (meistens eine Bank) die Rückbuchung der Zahlung. Das primäre Risiko trägt in diesem Fall dann der Unternehmer, weil er gegen den Verbraucher keinen gesicherten Zahlungsanspruch hat. Ist die zu Unrecht gebuchte Zahlung vom Unternehmer etwa weil dieser insolvent geworden ist, nicht mehr möglich, entsteht der Bank dadurch der Nachteil der Uneinbringlichkeit der Forderung und nicht dem Kunden; Der Kunde trägt allerdings dann das Risiko, wenn ihn selber ein Verschulden trifft. Näheres zu den verschiedenen Fallkonstellationen vgl *Wiebe* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> Rz 3/36ff.

<sup>439</sup> BGBl I 2009/66.

<sup>440</sup> Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz), BGBl I 2009/66.

<sup>441</sup> *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>2</sup>, § 863 Rz 19f.

nicht gänzlich auf ihre Anwendung verzichten. Den Mitgliedstaaten bleibt es allerdings vorbehalten, in ihren nationalen Rechtsordnungen strengere Regelungen, als dies in den Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie vorgesehen ist, zu erlassen<sup>442</sup>.

Den Verbrauchern und den diversen privaten und öffentlichen Verbraucherschutzverbänden sind die entsprechenden zivilprozessrechtlichen Grundlagen zu eröffnen, um die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu gewährleisten.

### **5.3 Die Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie 2002/65/EG<sup>443</sup>**

#### **5.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Wie aus Art 3 Abs 1 erster Gedankenstrich Richtlinie 1997/7/EG idaf zu entnehmen war, waren jegliche im Anhang II (aufgehoben) der Richtlinie 1997/7/EG angeführten Finanzdienstleistungen von den speziellen Regelungen des Fernabsatzes ausgenommen. Die EU wollte jedoch den Binnenmarkt auch in diesem speziellen Bereich vollenden und wollte den Anbietern von Finanzdienstleistungen die Möglichkeit geben, ihre Dienste im gesamten Gebiet der Union anzubieten. Auch die Verbraucher sollten von einer Öffnung des Markts im Bereich der Finanzdienstleistungen vom Wettbewerb profitieren. Natürlich war in diesem speziellen Bereich, ähnlich den allgemeinen Regelungen der Richtlinie 1997/7/EG, eine Angleichung und Anpassung der nationalen Vorschriften betreffend die Erbringung von Finanzdienstleistungen nötig, um den Schutz der Verbraucher im selben Maße zu gewährleisten, wie dies die oben genannte Richtlinie bereits für allgemeinere Rechtsgebiete geschafft hat<sup>444</sup>. Die Fernfinanzdienstleistungsrichtlinie stellt eine konsequente Weiterentwicklung und Anpassung der Fernabsatzrichtlinie

---

<sup>442</sup> Die führt bis zu einem gänzlichen Verbot von Vertragsabschlüssen im Fernabsatz über Produkte, die zwar nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sind, aber auf Grund ihrer Gefährlichkeit das Interesse der Allgemeinheit beeinträchtigen, wie insb Arzneimittel und Medikamente.

<sup>443</sup> Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABI L 2002/271, 16.

<sup>444</sup> So wurden die Finanzdienstleistungen in der Richtlinie 97/7/EG schon absichtlich vom Anwendungsbereich dieser ausgenommen, weil die EU schon im Zeitpunkt des Erlasses der Fernabsatzrichtlinie eine eigene Regelung für Finanzdienstleistungen in Planung hatte. Siehe dazu auch *Forgo*, Die Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 2002, 133.

auf die Eigenheiten des Verbraucherrechts im Bereich der Finanzdienstleistungen dar. Ihre Aufgabe ist es, die nationalen zivil- und verwaltungsrechtlichen Normen, die den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher regeln total zu harmonisieren.

Die vorliegende Richtlinie gilt primär nur für die Geschäftsvereinbarung<sup>445</sup> zwischen dem Anbieter und dem Verbraucher und nicht für die einzelnen Geschäftsfälle<sup>446</sup>. Werden nur einzelne Geschäftsfälle der Reihe nach abgewickelt, dann gilt die vorliegende Richtlinie nur teilweise (nur die Art 3 und 4 der vorliegenden Richtlinie finden auf solche Sachverhalte Anwendung) und jeweils nur für den ersten Geschäftsfall. Liegt zwischen zwei einzelnen Geschäftsfällen eine Zeitspanne von mehr als einem Jahr, zählt dies nicht mehr zu der ursprünglichen Reihe von Geschäftsfällen. Die Art 3 und 4 sind daher auf diesen "neuen" Geschäftsfall wieder anwendbar.

### 5.3.2 Regelungsinhalt

Wie auch bei der Fernabsatzrichtlinie, werden in Artikel 2 die Begriffsbestimmungen normiert. Verwunderlich dabei ist, dass nicht auf die Definitionen der Richtlinie 1997/7/EG verwiesen wird und die vorliegende Richtlinie nur die speziellen Begriffe normiert, sondern alle Begriffe – trotz teilweiser kompletter Übereinstimmung zur Fernabsatzrichtlinie – abermals umschrieben werden:

Der **Fernabsatzvertrag** iS der vorliegenden Richtlinie identifiziert sich durch folgende Tatbestandsmerkmale:

- Der **Vertrag** muss zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher zustande kommen (**b2c**),

---

<sup>445</sup> Der Richtliniengeber ging bei der Erlassung der Richtlinie davon aus, dass die vertragliche Beziehung zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden meistens auf Dauer angelegt ist. Es ist daher durchaus sinnvoll zwischen der Geschäftsbeziehung ( zB ein Girokontovertrag) und den einzelnen Geschäftsfällen (einzelne Überweisung, die aber im Rahmen des Girokontovertrags durchgeführt wird) zu unterscheiden. Auch im österreichischen Recht geht *Iro* in *Aphaty/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup> Rz 1/27 deshalb zu Recht davon aus, dass die Bank-AGB nur beim Abschluss der Geschäftsbeziehung akzeptiert werden müssen, nicht aber bei jedem Geschäftsfall. Dies lässt sich uA auch aus ökonomischen Gründen auf die Bereitstellung der Informationen im Rahmen der vorliegenden Richtlinie übertragen. Der Kunde soll die Informationen beim Abschluss der Geschäftsbeziehung übermittelt bekommen, nicht aber bei jedem einzelnen Geschäftsfall.

<sup>446</sup> Geschäftsfall ist idR jene einzeln ausgeführte Transaktion, die im Rahmen einer Geschäftsbeziehung mit der Bank durchgeführt wird. Würde der Kunde bei jedem Geschäftsfall die vorgeschriebenen Informationen erhalten wäre dies eher störend als wünschenswert.

- Der Anbieter muss ein **Vertriebssystem** betreiben, das darauf abzielt Waren und Dienstleistungen im Fernabsatz zu vertreiben<sup>447</sup> und
- Der Vertrag einschließlich des **Vertragsabschlusses** kommt **ausschließlich** in der Form zustande, dass die Willenserklärungen via **Fernkommunikationsmittel**<sup>448</sup> abgegeben wurden. Ein physisches Zusammenkommen der Parteien bis zum Vertragsabschluss, führt daher dazu, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht mehr anwendbar sind<sup>449</sup>.

**Finanzdienstleistungen** sind alle Leistungen einer Bank oder einer Wertpapierfirma, die im Zusammenhang mit Zahlungen, Finanzierungen, Anlagetätigkeiten inkl Altersvorsorge, Versicherungen und Kreditgewährungen erbracht werden.

**Anbieter** sind natürliche und juristische Personen des Privat- und öffentlichen Rechts, die Finanzdienstleistungen gewerblich oder beruflich erbringen. **Verbraucher** sind natürliche Personen, die Finanzdienstleistungen zu privaten – also weder zu gewerblichen noch zu beruflichen – Zwecken in Anspruch nehmen.

Die **dauerhaften Datenträger**, die in der Fernabsatzrichtlinie noch nicht definiert waren, werden von der vorliegenden Richtlinie als jene Medien bezeichnet, die dem Verbraucher die Möglichkeit geben, die an ihn gerichteten Informationen in einer Art und Weise zu speichern, dass sie bei Bedarf wieder unverändert beliebig oft abrufbar sind. Die Dauer der Speicherung muss dabei nicht endgültig sein, es genügt, wenn die Informationen für eine angemessene Dauer eingesehen werden können<sup>450</sup>.

Die Bedeutung der Begriffe **Fernkommunikationsmittel** und **Betreiber oder Anbieter eines Fernkommunikationsmittels** kann den Ausführungen zu den Definitionen in Punkt 5.2.2 entnommen werden.

---

<sup>447</sup> Wann ein Fernabsatzsystem vorliegt, wird von der Richtlinie selbst nicht ausdrücklich normiert. Die hL geht aber davon aus, dass der Unternehmer die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen in der Form erfüllen muss, dass ein regelmäßiger Fernabsatz von Waren oder Dienstleistungen bewältigbar ist. Vgl dazu insb *Wendehorst* in Münchner Kommentar Ila<sup>4</sup> § 312b Rn 49.

<sup>448</sup> Fernkommunikationsmittel sind Kommunikationsmittel, die es den Vertragsparteien ermöglichen ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit den Vertrag anzubahnen. Es sind darunter aber nicht nur moderne Kommunikationsmethoden, wie email, Telekommunikation, Internet, Fax etc zu verstehen, sondern auch der konventionelle Briefverkehr ist unter den Begriff der Fernkommunikationsmittel subsumierbar.

<sup>449</sup> Zur Problematik der bloßen Anknüpfung an den Vertragsabschluss im Fernabsatz siehe Fn 422.

<sup>450</sup> Damit kann auch eine vom Anbieter eingerichtete Website als dauerhafter Datenträger angesehen werden, wenn die Verbraucher auf ihr die Möglichkeit haben, die Informationen jederzeit abzurufen und auch die sonstigen Voraussetzungen des Art 2 Buchstabe f) erfüllt sind. Vgl Fn 429.

### 5.3.2.1 Informationspflichten

In Anlehnung an den Aufbau der Fernabsatzrichtlinie sind auch bei dieser Richtlinie die Informationspflichten das erste Kernstück dieser Richtlinie. Wie sich gleich zeigen wird, geht der Umfang der Informationspflichten bei der vorliegenden Richtlinie weit über jene hinaus, die bis jetzt in dieser Arbeit dargestellt wurden. So müssen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags folgende Informationen zukommen:

- Über den Anbieter:
  - Identität des Anbieters, seinen Hauptunternehmensgegenstand, die Anschrift der Hauptniederlassung und sonstiger für den Vertrag maßgeblichen Niederlassungen – falls vorhanden die Registernummer des Anbieters,
  - die Identität und Anschrift des Compliance-Officers<sup>451</sup> des Anbieters,
  - die Identität und Anschrift jener Person, der selbstständig die Dienstleistungen der Anbieter vermittelt<sup>452</sup>,
  - die zuständige Aufsichtsbehörde, soweit die Tätigkeit einer Aufsicht unterliegt.
- Über die Finanzdienstleistung:
  - Beschreibung des Charakters der Finanzdienstleistung<sup>453</sup>,
  - Gesamtpreis der Finanzdienstleistungen inclusive aller weiterer Kosten<sup>454</sup>, die anfallen können; zumindest aber die Berechnungsmethode der voraussichtlichen Kosten, wenn keine genaue Preisangabe möglich ist,
  - Aufklärung über Risiken und die wesentliche Charakteristika von Finanzprodukten, deren Entwicklung von den Finanzmärkten abhängig ist (Aktien, Aktienfonds, Optionen),
  - Hinweis auf mögliche Steuern, die nicht vom Anbieter abgeführt werden müssen und Kosten, die nicht direkt vom Anbieter verrechnet werden

---

<sup>451</sup> Darunter ist ein rechtlich unselbstständiger Vertreter also idR eine Zweigstelle oder eine andere physische Repräsentanz, die das Unternehmen im Mitgliedstaat des jeweiligen Verbrauchers vertritt zu verstehen; Vgl auch *Blume/Hammer/Blaschek*, Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, 94.

<sup>452</sup> zB die gewerblichen Vermögensberater nach § 94 Z 75 GewO 1994 idF BGBl I 2010/66.

<sup>453</sup> Dem Verbraucher sollen im Rahmen dieser Informationspflicht vor allem die wechselseitigen Rechte und Pflichten, die sich durch die Geschäftsbeziehung ergeben erläutert werden.

<sup>454</sup> Vermittlungsprovisionen, Gebühren, Steuern, Abgaben, Aufschläge etc.

- inkl möglicher Zusatzkosten bei der Inanspruchnahme konkreter Fernkommunikationsmittel,
- Gültigkeitsdauer der übermittelten Informationen
- Einzelheiten über Zahlung und Abwicklung des Vertrags
- Über den Fernabsatzvertrag
  - Bestehen/Nichtbestehen eines Widerrufsrechts, Frist der Möglichkeit zur Ausübung des Rechts und die damit verbundenen Kosten, sowie praktische Hinweise zur Inanspruchnahme des Widerrufsrechts,
  - Mindestvertragsdauer, ordentliche und außerordentliche Kündigungsrechte samt Vertragsstrafen bei Dauerschuldverhältnissen,
  - Informationen darüber welches materielle und formelle Recht auf den Vertrag anwendbar ist
  - Angaben darüber in welchen Sprachen die Vertragsparteien miteinander in Kontakt treten können bzw die Leistung des Vertrags erbringen.
- Über die Rechtsbehelfe
  - Möglichkeit und Voraussetzungen der Inanspruchnahme von außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtshilfeverfahren,
  - Angaben über das Bestehen eines Garantiefonds<sup>455</sup> oder einer Einlagensicherung<sup>456</sup>.

Die Informationspflichten beschränken sich im Falle der Nutzung fernmündlicher Kommunikation auf Folgende:

- Identität der Kontaktperson und deren Stellung zum Anbieter
- Beschreibung des Charakters der Finanzdienstleistung,
- Gesamtpreis der Finanzdienstleistungen inclusive aller weiterer Kosten, die anfallen können; zumindest aber die Berechnungsmethode der voraussichtlichen Kosten, wenn keine genaue Preisangabe möglich ist,

---

<sup>455</sup> Sofern das jeweilige Kreditinstitut solche eingerichtet hat.

<sup>456</sup> Die Aufklärung umfasst daher mE den Hinweis auf die jeweiligen nationalen Bestimmungen die im Einklang mit den Maßnahmen der Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABI L 1997/84 ,22 und Richtlinie 2009/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist, ABI L 2009/68, 3 ergangen sind.

- Hinweis auf mögliche Steuern, die nicht vom Anbieter abgeführt werden müssen,
- Bestehen/Nichtbestehen eines Widerrufsrechts, Frist der Möglichkeit zur Ausübung des Rechts und die damit verbundenen Kosten,
- Den Hinweis darauf, dass die oben genannten weiteren Informationen über andere Mittel der Fernkommunikation nachgereicht werden können.

Sämtliche Informationen müssen der Art und Weise des Fernkommunikationsmittels angepasst werden. Diese Informationen müssen klar und verständlich erteilt werden (Art 3).

Die eben ausgeführten Informationspflichten verdrängen nicht die weiteren Informationspflichten, die die einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen enthalten (Art 4). Es kann daher sein, dass noch weitere Informationen zu den oben genannten hinzukommen <sup>457</sup>. Auch nationale Regelungen, die strengere Informationspflichten auferlegen, als die eben ausgeführten, dürfen weiterhin aufrechterhalten werden, wenn diese mit dem Unionsrecht im Einklang stehen.

Vor Abgabe einer bindenden Willenserklärung – falls nicht anders möglich spätestens aber unverzüglich nach Vertragsabschluss – sind die in Art 3 und Art 4 genannten Informationen dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln (Art 5).

### 5.3.2.2 Widerrufsrecht

Wie auch bei der Fernabsatzrichtlinie bildet der zweite Schwerpunkt der vorliegenden Richtlinie das Widerrufsrecht, welches jedoch in einigen Punkten von dem Widerrufsrecht der Fernabsatzrichtlinie abweicht:

Dem Verbraucher steht bei jedem Vertragsabschluss im Fernabsatz eine 14tägige – bzw eine 30tägige, wenn es sich um Lebensversicherungen oder Altersvorsorgeverträge von Einzelpersonen handelt – Rücktrittsfrist zu, in dem er den

---

<sup>457</sup>Siehe zB Art 19 Abs 3, 29 Abs 1, 44 Abs 1 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABI L 2004/145, 1.



Vertrag ohne Angabe von Gründen widerrufen kann<sup>458</sup>. Die Fristen beginnen jeweils ab dem Tag zu laufen, ab dem der Vertrag abgeschlossen wurde oder an jenem Tag, an dem der Verbraucher die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger (Art 5) erhält<sup>459</sup>. Bei Lebensversicherungen beginnt die Frist erst dann zu laufen, wenn der Versicherungsnehmer über den Vertragsabschluss informiert wurde. Die Wirkung der diversen Finanzdienstleistungen kann für die Dauer der Rücktrittsfrist ausgesetzt werden.

Übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht aus, dann sind innerhalb von 30 Tagen sämtliche bereits erbrachten Leistungen rückabzuwickeln. Anders als bei der Fernabsatzrichtlinie dürfen die Anbieter vom Verbraucher aber ein angemessenes Entgelt für bereits erbrachte Dienste verlangen. Dieses Entgelt ist aber so zu bemessen, dass es in Relation der bereits erbrachten Leistungen zu der gesamten – ursprünglich – geschuldeten Leistung steht. Keinesfalls aber darf das Entgelt betraglich so angesetzt werden, dass dies der Setzung einer Vertragspönale gleichkäme. Die Anbieter können darüber hinaus auch diesen Betrag nur verlangen, wenn der Verbraucher in den Informationspflichten auf diese Tatsache hingewiesen wurde<sup>460</sup> und der Anbieter nicht gegen den Willen des Verbrauchers innerhalb der Widerrufsfrist begonnen hat die Dienstleistungen zu erbringen.

Das Widerrufsrecht ist gemäß dem Richtlinien text ausgeschlossen bei<sup>461</sup>:

- Finanzdienstleistungen, die Preisschwankungen unterliegen, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat<sup>462</sup>,
- Versicherungsverträge, deren Laufzeit nicht länger als einen Monat dauert<sup>463</sup>,

---

<sup>458</sup> Warum die vorliegende Richtlinie eine 14 bzw 30-tägige Frist festsetzt, währenddessen die allgemeinere Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG eine Frist von sieben Werktagen vorsieht, bleibt fraglich. ME ist diese Vorgehensweise aber keineswegs zielführend, da sie sowohl bei Rechtskundigen als auch bei Laien zu groben Unsicherheiten führen kann. Gerade die Richtlinien textte sollten mE das Entstehen eines "Fristendschungels" tunlichst vermeiden.

<sup>459</sup> Die Beweislast für den Erhalt der Informationen trifft stets den Unternehmer/Anbieter.

<sup>460</sup> Vgl Art 3 Abs 1 Nummer 3 Buchstabe a).

<sup>461</sup> Primär dienen die Ausschlüsse dem Zweck, Spekulationsmissbräuchen vorzubeugen. *Cristea*, EU-Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen: der Entwurf und seine Rechtsfolgen, Kreditwesens 2002, 60.

<sup>462</sup> zB Aktien, Fonds, Futures, Anleihen, Anteile, Optionen, Finanztermingeschäfte, Zinsgeschäfte also jene Finanzprodukte, deren Wert schon während der Widerrufsfrist erheblichen Schwankungen unterliegen kann und auf die der Anbieter keinen Einfluss hat. Sehr wohl besteht natürlich nach Art 3 Abs 1 Nummer 2 Buchstabe a) iVm Buchstabe b) iVm Nummer 3 Buchstabe a) eine Aufklärungspflicht des Anbieters darüber, dass Kursschwankungen eintreten können und auf Grund dessen kein Rücktrittsrecht besteht.

<sup>463</sup> darunter sind sämtliche Reiseversicherungen zu subsumieren, deren Zweck es ist, den Versicherungsnehmer nur für eine sehr kurze Dauer risikolos zu stellen. Da der Richtlinien text aber selber nur von Versicherungs-Polizzen spricht, ist davon auszugehen, dass andere Dienstleistungsverträge – trotz Dauer von unter einem Monat – vom Ausschluss des Widerrufsrecht nicht umfasst sind.

- Verträge die auf Wunsch des Verbrauchers schon vor Ablauf der Widerrufsfrist beidseitig erfüllt worden sind.

Das Widerrufsrecht kann von den Mitgliedstaaten weiters für folgende Bereiche ausgeschlossen werden<sup>464</sup>:

- bei Krediten, die im Zusammenhang mit der Erstfinanzierung/Renovierung/Aufwertung von Immobilien,
- bei Krediten, die durch ein dingliches Recht gesichert sind,
- bei Geschäften unter Mitwirkung eines Amtsträgers (Notars).

Zur Risikominimierung bei Kreditkartenzahlungen<sup>465</sup> und dem Erhalt unaufgeforderter Dienstleistungen kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, da der Richtlinien text bei diesen Bestimmungen übereinstimmt<sup>466</sup>.

Wollen Anbieter per Anrufautomaten oder Fax mit den Verbrauchern kommunizieren, dann haben sie vorab die ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers auf die gewählte Kommunikationsart einzuholen. Generell gilt, dass Kommunikationsarten dann unzulässig sind, wenn sie vom Verbraucher nicht akzeptiert werden.

Die Verbraucher können auf die Rechte, die ihnen durch die Bestimmungen dieser Richtlinie eingeräumt sind nicht verzichten. Ob strengere nationale Regelungen wie sie die Fernabsatzrichtlinie zulässt möglich sind, lässt die vorliegende Richtlinie offen. Das bedeutet, dass nicht klar ist, ob die Regelungen dieser Richtlinie einseitig oder zweiseitig zwingend sind<sup>467</sup>.

Den Verbrauchern und den diversen privaten und öffentlichen Verbraucherschutzverbänden sind die entsprechenden zivilprozessrechtlichen Grundlagen zu eröffnen, um die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie zu

---

<sup>464</sup> Die Inanspruchnahme der Möglichkeit des Ausschlusses des Widerrufsrechts ist der Kommission mitzuteilen.

<sup>465</sup> Zur alten Rechtslage zum Missbrauch von Kreditkarten vgl insbesondere die Ausführungen von *Gruber*, Die Artt 8-10 in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen: Missbrauch von Zahlungskarten, unaufgeforderter Dienstleistungen und unerwünschte Mitteilungen, VR 2004, 19.

<sup>466</sup> Artikel 8 der vorliegenden Richtlinie wurde durch Art 90 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG ersatzlos gestrichen. Die Nachfolgeregelung findet sich in Art 60 Richtlinie 2007/64/EG. Vgl oben Seite 118.

<sup>467</sup> Für eine Unzulässigkeit strengerer nationaler Vorschriften plädiert *Burki*, E-Banking: Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in der EU, SJZ 2001, 394.

gewährleisten, wobei die Mitgliedstaaten darauf zu achten haben, dass sie die außergerichtliche Streitbeilegung fördern<sup>468</sup>.

## **5.4 Die Signaturrechtlinie 1999/93/EG<sup>469</sup>**

### **5.4.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Erste grundlegende Elemente des Vertragsrechts, welche im IT-Recht Besonderheiten aufweisen, sind die Willenserklärungen. Sie sind bekanntlich jene verbindlichen Erklärungen der beiden Parteien, deren Übereinstimmung notwendig ist, damit überhaupt ein Vertrag zustande kommen kann<sup>470</sup>. Sind zwar die rechtlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines gültigen Vertrags auch im IT-Recht noch die Selben, wie in den nationalen zivilen-bürgerlichen Gesetzen, treten bei den Willenserklärungen – vor allem bei deren Übermittlung – Sonderprobleme auf.

So weiß ein Vertragspartner im konservativen Rechtsverkehr zumeist, wer sein Vertragspartner ist; er kann daher problemlos auch diesem die relevanten Willenserklärungen zuordnen. Schließen die Parteien allerdings einen Vertrag im Fernabsatz, stellt das eben Angesprochene bereits einen Problemfall dar. Im Allgemeinen müssen Willenserklärungen nämlich stets authentisch sein, außerdem muss die Identität des Erklärenden bestimmt oder bestimmbar sein. Dies ist bei einer Willenserklärung per Fernkommunikation nicht mehr ohne Weiteres gewährleistet. Ziel der vorliegenden Richtlinie ist es also die Authentizität<sup>471</sup> der Willenserklärung und die Identität<sup>472</sup> des Absenders zu gewährleisten. Durch die Behandlung dieser vertragsrechtlichen Fragen dient die Signaturrechtlinie auch der Förderung des Binnenmarkts im Bereich des Fernabsatzes. Diese Richtlinie schafft einen

---

<sup>468</sup> Zur Sanktionswahl des österreichischen Gesetzgebers iSd Art 11 siehe *Kühnberg*, Sanktionen und Rechtsschutz in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 2004, 23

<sup>469</sup> Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABI L 2000/13, 12.

<sup>470</sup> Vgl dazu *Bydlinski* in *Aphyaty*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> I Allgemeiner Teil, Rz 4/4ff.

<sup>471</sup> Willenserklärungen werden nach der Vertrauensstheorie (*Bydlinski* in *Aphyaty*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> I Allgemeiner Teil, Rz 6/42) in der Form wirksam, dass ihnen jener Inhalt zukommt, den der Empfänger durch das an ihn Erklärte zu verstehen hat. Es ist daher besonders – vor allem im Bereich des IT-Rechts – wichtig, dass gewährleistet ist, dass der Erklärungsinhalt dem Empfänger auch tatsächlich in der Form zugeht, wie sie vom Erklärenden abgeschickt worden ist. Die Authentizität kann so vor allem beim Vertragsschluss per e-mail ohne Nutzung einer elektronischen Signatur nicht gewährleistet werden.

<sup>472</sup> Da die elektronische Signatur einem Rechtssubjekt zugeordnet ist, kann die elektronische Signatur auch sicherstellen, dass die Willenserklärung von einer gewissen Person stammt.

europäischen Rahmen für die Zulassung, Anerkennung und Verwendung von elektronischen Signaturen im Binnenmarkt (Art 1). Nationale Normen, die das Zustandekommen eines Vertrags bzw auch etwaige Formen für Verträge regeln, bleiben von der vorliegenden Richtlinie unberührt (Art 1 Satz 2).

#### 5.4.2 Regelungsinhalt

Dass es sich im Signaturrecht im Wesentlichen um Technologierecht handelt, zeigt abermals die Fülle an Begriffsbestimmungen, die besprochen werden müssen:

Die **elektronische Signatur** bezeichnet einen Datensatz<sup>473</sup>, der zu den zu übermittelnden Daten (zB Willenserklärungen) hinzugefügt oder in der Weise verknüpft wird, dass die Nachricht authentifiziert ist. **Fortgeschrittene elektronische Signaturen** erfüllen neben den oben genannten technischen Gegebenheiten zusätzlich noch folgende Wesensmerkmale<sup>474</sup>:

- Zuordnung zu einem Unterzeichner (=Signator);
- Identifikationsmöglichkeit des Signators;
- Signator erstellt unter alleiniger Kontrolle den Datensatz;
- Nachträgliche Änderungen an den zu übermittelnden Daten werden erkannt;
- sie beruht auf einem qualifizierten Zertifikat.

Demnach kann in vertragsrechtlicher Hinsicht Folgendes festgestellt werden:

*Elektronische Signaturen gewährleisten Authentizität!*

*Fortgeschrittene elektronische Signaturen gewährleisten Authentizität und Identität!*

Der **Unterzeichner** erstellt mithilfe einer **Signaturerstellungseinheit**<sup>475</sup>, also einer entsprechenden Soft- und/oder Hardware<sup>476</sup>, die **Signaturerstellungsdaten**, die in

---

<sup>473</sup> Um Missverständnissen vorzubeugen soll an dieser Stelle erwähnt werden, dass der Begriff Daten iSd Signaturrechts mit dem Begriff der Daten iSd Datenschutzgesetzes in keinster Weise übereinstimmt. Bei Daten iSd Signaturgesetzes handelt es sich um binäre Daten (0 und 1) und nicht um Personeninformationen.

<sup>474</sup> Nur fortgeschrittene elektronische Signaturen sind rechtlich mit der Unterschrift gleichgestellt. Zur Gleichstellung von Unterschrift und Signatur im österreichischen Recht siehe insbesondere *Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, *ecolex* 1999, 610.

<sup>475</sup> Erfüllen die Signaturerstellungseinheiten die Anforderungen die in Anhang III dieser Richtlinie aufgestellt werden, sind sie **sichere Signaturerstellungseinheiten**.

<sup>476</sup> Jene Hard- und Softwareprodukte, die im Zusammenhang mit der Erstellung und Bereitstellung von elektronischen Signaturen verwendet werden, bezeichnet die Richtlinie selbst als **Produkte für elektronische Signaturen**.

den zuzustellenden Daten implementiert werden. Dadurch entsteht die elektronische Signatur, mit der anschließend rechtsgeschäftlich authentisch gehandelt werden kann<sup>477</sup>. Die **Signaturerstellungsdaten** sind jene mit kryptografischen Schlüssel oder Codes erstellten individuellen binären Daten, die den zu übermittelnden Daten angefügt werden, um aus dem Ergebnis der Anfügung/Verknüpfung eine elektronische Signatur zu erstellen. Die **Signaturprüfdaten** sind das begriffliche Gegenteil der Signaturerstellungsdaten und dienen dazu die elektronische Signatur zu prüfen und anschließend den vorher beigefügten Datensatz wieder zu entfernen um dem Empfänger die zu übermittelnden Informationen anzuzeigen. Dieser Vorgang geschieht durch die **Signaturprüfeinheit**.

**Zertifikate** stellen jenen technischen Vorgang dar, in dem die Signaturprüfdaten einer Person zugeordnet werden. Durch das Zertifikat kann somit auch auf die Identität der jeweiligen Person geschlossen werden. Zertifikate sind **qualifizierte Zertifikate**, wenn sie die in Anhang I normierten Grundsätze erfüllen<sup>478</sup>. Beide Zertifikatsformen werden von den **Zertifizierungsdiensteanbietern** (ZDAs) ausgestellt, wobei jene ZDAs, die qualifizierte Zertifikate ausstellen wollen, abermals gewisse zusätzliche Voraussetzungen (Anhang II) erfüllen müssen<sup>479</sup>.

Grundsätzlich gilt, wie auch im Bereich der Telekommunikation für ZDAs Zulassungsfreiheit, das heißt ein ZDA braucht keine vorherige Genehmigung durch eine staatliche Behörde, um die Bereitstellung von Zertifizierungsdiensten aufzunehmen. Des Weiteren ist jeder ZDA befugt seine Dienste über die Grenzen seines Mitgliedstaates hinweg anzubieten. Es muss darüber hinaus auch gewährleistet sein, dass die in Fn 471 angesprochenen Produkte für elektronische Signaturen frei im Binnenmarkt verkehren können<sup>480</sup>. Die Mitgliedstaaten dürfen jedoch zur Anhebung des technischen Niveaus im Bereich der elektronischen Signaturen eine **freiwillige Akkreditierung** einführen. Auf jeden Fall müssen die

---

<sup>477</sup> Zur Problematik der Verwendung der Signatur durch Dritte vgl. *Bettendorf* in *Erber-Faller*, Elektronischer Rechtsverkehr, 22ff.

<sup>478</sup> Zu den Anforderungen des Anhangs I siehe *Fina*, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht, ZfRV 2001, 3.

<sup>479</sup> Vgl. *Fina*, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht, ZfRV 2001, 4.

<sup>480</sup> Zu diesem Zweck kann die Kommission, die ihr nach Art 3 Abs 5 iVm Art 9 dieser Richtlinie eingeräumte Kompetenz nutzen, um einheitliche technische Normen festzulegen. Diese Normen sind im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen. Signatur-Produktehersteller sollten sich tunlichst an diese Normen halten, da dann auf jeden Fall die Interoperabilität und Kompatibilität der Produkte gegeben ist.

Mitgliedstaaten aber eine zuständige Stelle benennen, die die Tätigkeiten der ZDAs überwacht. Sollen elektronische Signaturen auch im öffentlichen Rechtsverkehr (also mit oder zwischen Behörden) eingesetzt werden, dürfen von den elektronischen Signaturen zusätzliche Anforderungen, die über jene die diese Richtlinie festlegt, hinaus gehen, verlangt werden.

Artikel 5 enthält die Kernbestimmung dieser Richtlinie, da er vorschreibt, dass qualifizierten Zertifikaten folgende Eigenschaften zukommen müssen:

- Sie erfüllen die gleiche Form, wie die Schriftlichkeit auf Papier<sup>481</sup> und
- Sie werden in den Gerichtsverfahren<sup>482</sup> als Beweismittel anerkannt<sup>483</sup>.

Im Bereich der Beweismittel geht die Richtlinie noch einen Schritt weiter und lässt auch einfache, von nicht akkreditierten ZDAs ausgestellte und nicht per sicherer Signaturerstellungseinheiten erstellte Zertifikate als Beweismittel zu. Auch, dass das Zertifikat nur in elektronischer Form vorliegt, darf von den Gerichten nicht als Beweismangel angesehen werden<sup>484</sup>.

Da wie oben beschrieben den qualifizierten Zertifikaten schon wesentliche rechtliche Folgen entspringen können, sah sich der Richtliniengeber auch gezwungen, Haftungsregelungen für die ZDAs vorzusehen. ZDAs, die qualifizierte Zertifikate ausstellen oder Unternehmen, die aufgrund sonstiger Vereinbarungen für qualifizierte Zertifikate ausdrücklich einstehen<sup>485</sup>, haften jedem, der in Bezug auf die Richtigkeit der Daten im Zertifikat vertraut, dafür, dass

- die Richtigkeit der Informationen im Zertifikat gewährleistet ist,
- das Zertifikat alle nötigen Angaben enthält,

---

<sup>481</sup> Vgl dazu etwa *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB3, §886 Rz 1a.

<sup>482</sup> Der Begriff Gericht ist im vorliegenden Fall europarechtlich auszulegen, was dazu führt, dass auch andere unabhängige, weisungsfreie Behörden darunter subsumiert werden können. Ein Gericht iSd Art 267 AEUV muss gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH folgende Voraussetzungen erfüllen: 1) Unabhängigkeit der Einrichtung, 2) Tätigkeitsausübung aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, 3) Es muss Rechtsprechungscharakter und nicht bloß Rechtspflegecharakter aufweisen, 4) eine ständige Einrichtung sein, 5) durch nationale Normen obligatorisch vorgesehen sein, 6) aufgrund transparenter Verfahrensvorschriften handeln und 7) die Entscheidung muss sich auf Rechtsnormen stützen; Zur Aufzählung samt Entscheidungsnachweise siehe *Borchardt* in *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge<sup>5</sup>, Art 267 Rn 22.

<sup>483</sup> Vgl dazu etwa § 294 ZPO idGF BGBl I 2010/58.

<sup>484</sup> Vgl dazu *Bittner* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III<sup>2</sup>, § 292 Rn 10.

<sup>485</sup> So eröffnete der Richtliniengeber auch ZDAs aus Drittstaaten die Möglichkeit ihre Signaturdienstleistungen im Raum der Europäischen Union anzubieten; Vgl sogleich unten.

- der im Zertifikat bezeichnete Unterzeichner zum Zeitpunkt der Ausstellung des Zertifikats auch im Besitz der entsprechenden Signaturerstellungsdaten war<sup>486</sup>,
- der Widerruf der des Zertifikats unverzüglich registriert wird,
- Signaturerstellungs- und Signaturprüfdaten in komplementärer Weise genutzt werden können.

Der ZDA kann sich von allen oben genannten Tatbeständen freibeweisen, indem er nachweist, dass er nicht fahrlässig gehandelt hat. ZDAs müssen darüber hinaus auch die Möglichkeit haben, die Verwendung ihres Zertifikats für gewisse Anwendungen zu beschränken und einen Wert für die Grenze der Transaktionen einzuführen. Werden solche Maßnahmen gesetzt, müssen aber auch stets Dritte darüber informiert sein. Eine Haftung für unsachgemäße Verwendung und Überschreitung des Transaktionsvolumens ist für den ZDA dann ausgeschlossen.

Auch Zertifikate, die von einem ZDA mit Sitz in einem Drittstaat ausgestellt wurden müssen von den Mitgliedstaaten anerkannt werden, wenn

- Der ZDA die Anforderungen der vorliegenden Richtlinie erfüllt oder sich freiwillig akkreditieren lässt,
- Ein ZDA, der in der Gemeinschaft niedergelassen ist, für das Zertifikat einsteht<sup>487</sup>,
- Bilaterale oder multilaterale Verträge zwischen der EU und dem/der Drittstaat(en) bestehen.

Sowohl im Rahmen der Tätigkeiten der ZDAs als auch bei den Tätigkeiten der nationalen Aufsichtsbehörden ist das Recht auf Datenschutz der Unterzeichner zu wahren. Daten dürfen daher nur im Rahmen der Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG verarbeitet werden. Eine Besonderheit ist auch, dass die Zertifikatswerber nicht ihren vollständigen Namen in das Zertifikat aufnehmen

---

<sup>486</sup> Die Sorgfaltspflicht der ZDAs endet also mit dem Abschluss der Ausstellung des Zertifikats. Im Zuge der Ausstellung müssen die ZDAs in Form geeigneter Maßnahmen (Ausweiskontrolle) selbstverständlich die Identität des Zertifikatwerbers prüfen. Damit kann der ZDA das Zertifikat einer bestimmten Person zuordnen. Gibt der Unterzeichner anschließend selbst seine Daten an Dritte weiter und handeln diese mit dem Zertifikat im Namen des Unterzeichners, dann haftet der unbefugte Vertreter für diese Umstände schon gemäß den Bestimmungen über die Stellvertretung (falsus procurator) selbst. Es war nicht Ziel des Richtliniengebers den ZDA für ein Verschulden eines anderen Rechtssubjekts haften zu lassen. Kommt daher der ZDA im Zuge der Ausstellung des Zertifikats seinen Sorgfaltspflichten nach, kann er nur mehr auf Grund der anderen oben genannten Tatbestände haften.

<sup>487</sup> Vgl dazu auch die Haftungsbestimmung (Art 6 Abs 1).

lassen müssen; sie können sich auch dafür entscheiden, im Zertifikat ein Pseudonym zu verwenden. Nicht übersehen werden darf, dass der ZDA schon durch die Sorgfaltspflicht des Art 6 Abs 2 Buchstabe b verpflichtet ist, die Identität des Unterzeichners festzustellen. Es kann daher natürlich – in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen – der Namen, der sich hinter dem Pseudonym verbirgt, ermittelt werden.

Die Richtlinie schuf weiters einen Ausschuss für elektronische Signaturen, der der Kommission beigelegt wurde und sieht diverse Notifikationspflicht der Mitgliedstaaten vor.

## **5.5 Die E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG<sup>488</sup>**

### **5.5.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Wie oben in meinen ersten Ausführungen zu entnehmen ist, sind sowohl das Internet als auch alle ähnlichen Technologien, die einen elektronischen Geschäftsverkehr ermöglichen, zu jeder Zeit und überall nutzbar. Daraus folgt auch, dass sich der elektronische Geschäftsverkehr schon aus seiner „Rechtsnatur“ heraus nicht an nationale Grenzen hält. Unterschiedliche Regelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten bedeuten für potentielle Akteure im elektronischen Rechtsverkehr allerdings enorme Ausübungshemmnisse. Wichtigste Maßnahme für die Erschaffung eines starken Binnenmarkts im Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft ist die Gewährleistung von Rechtssicherheit im Binnenmarkt. Rechtssicherheit kann dadurch gewährleistet werden, dass die nationalen Regelungen, die den elektronischen Rechtsverkehr regeln, angeglichen und noch nicht vorhandene Regelungen eingeführt werden.

In Anbetracht der Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs ist das Ziel dieser Richtlinie, ein hohes Niveau der rechtlichen Integration in der Gemeinschaft sicherzustellen, um einen vollwertigen europäischen Raum ohne Binnengrenzen für die Dienste der Informationsgesellschaft zu verwirklichen. Damit soll sichergestellt

---

<sup>488</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"), ABI L 2000/178, 1.



werden, dass die Weiterentwicklung der Dienste der Informationsgesellschaft nicht durch rechtliche Hemmnisse, insbesondere durch unterschiedliche innerstaatliche Rechtsvorschriften und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit, behindert wird.

Gegenstand dieser Richtlinie sind sämtliche Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere der elektronische Geschäftsverkehr im Binnenmarkt. Die Richtlinie sorgt dafür, dass die nationalen „Regelungen, die den Binnenmarkt, die Niederlassung der Diensteanbieter, kommerzielle Kommunikationen, elektronische Verträge, die Verantwortlichkeit von Vermittlern, Verhaltenskodizes, Systeme zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten, Klagemöglichkeiten sowie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten betreffen“ (Art 1 Abs 2), angeglichen werden. Das unionsrechtlich etablierte Verbraucherschutzniveau bleibt, so wie die allgemeine Dienst- und Niederlassungsfreiheit, unberührt.

Die Regelungen der internationalen Zuständigkeit der Gerichte sowie die bereits bestehenden Regelungen des internationalen Privatrechts bleiben durch die vorliegende Richtlinie ebenfalls unberührt und werden von ihr nicht ergänzt.

Bereiche in denen der Vertrag (AEUV) oder das aus ihm abgeleitete Europarecht die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht in vollem Umfange gewährt, werden vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen. Es handelt sich dabei um folgende Bereiche:

- Besteuerungswesen,
- Glücksspiele, Lotterien, Wetten und sonstige Gewinnspiele mit Einsatz<sup>489</sup>,
- Die Regelungen der Notare und ihnen ähnliche Berufsfeldern, wenn sie mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut sind, sowie die der Rechtsanwälte und
- das Kartellwesen.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie sind weiters Sachverhalte betreffend Dienste der Informationsgesellschaft, wenn diese nach den Richtlinien 95/46/EG<sup>490</sup> oder 2002/58/EG<sup>491</sup> zu beurteilen sind.

---

<sup>489</sup> Warum gerade ein Marktsegment, das potentielle Gefahren für Verbraucher bietet, vom Anwendungsbereich sämtlicher Richtlinien ausgenommen ist bleibt allerdings fraglich. Vgl dazu die Kritik in Punkt 8.5.

<sup>490</sup> 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 1995/281, 31; Vgl oben Punkt 3.2.

## 5.5.2 Regelungsinhalt

Welche grundlegende Bedeutung die vorliegende Richtlinie für den elektronischen Rechtsverkehr inne hat, zeigt schon die Fülle an Begriffsdefinitionen, die im Folgenden erläutert werden:

Verwunderlich ist gleich zu Beginn, dass die Wichtigste aller Definitionen sich im Richtlinienentwurf selbst nicht findet, sondern von der E-Commerce-Richtlinie bloß auf die Richtlinie 98/34/EG idF Richtlinie 98/48/EG<sup>492</sup> verwiesen wird: Ein(e) **Dienst/Dienstleistung der Informationsgesellschaft** wird in der Regel gegen Entgelt erbracht. Die Abwicklung bis zur Vertragsschließung muss elektronisch, also im Fernabsatz geschehen, damit der Vorgang und die Definition subsumierbar ist. Weiters werden nur solche Dienstleistungen umfasst, die individuell auf eine Person zugeschnitten sind, also auf Abruf erbracht werden. Einmalig ist auch, dass weitere Phrasen der gesamten Definition genauer ausgeführt werden. So bedeutet „**Fernabsatz**“, dass die Dienstleistung ohne physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht werden muss<sup>493</sup>. „**Elektronisch**“ bedeutet, dass Daten von dafür vorgesehenen Geräten (PC, Mobiltelefon, PDA, etc) erzeugt, gespeichert und empfangen werden<sup>494</sup>. Der Transport der Daten muss dabei über optischen Weg, über Funk oder Draht oder auf andere elektromagnetische Weise erfolgen. „**Individueller Abruf**“ bedeutet, dass die Dienstleistung auf die Bedürfnisse einer Person zugeschnitten ist und nicht einer unbegrenzten Anzahl von Personen von Beginn an in der selben Form vorliegt<sup>495</sup>.

---

<sup>491</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), ABI 2002/201, 37; Vgl oben Punkt 3.3.

<sup>492</sup> Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI L 1998/217, 18.

<sup>493</sup> Nicht im Fernabsatz erbracht sind Dienste wie zB die Untersuchung durch einen Arzt mit einem elektronischen Gerät, Einsicht in einen elektronischen Katalog am Sitz des Unternehmens, Buchung eines Flugtickets, wenn dies nicht von daheim sondern in einem Reisebüro geschieht.

<sup>494</sup> Nicht elektronisch erbracht sind sämtliche Dienste im Zusammenhang mit Telefaxdiensten und Dienste, die keine Verarbeitungs- und Speicherungssysteme für Daten vorsehen, Geldausgabe oder Fahrkartenaufnahmen aber auch der Vertrieb von Offline-Diensten wie zB Software auf körperlichen Datenträgern.

<sup>495</sup> Nicht auf individuellen Abruf sind daher etwa Funkdienste (inkl Video on Demand), Hörfunkdienste (Radio, Internetradio etc) und auch Teletext, wenn dieser keine interaktiven Anwendungen enthält. Diese Ausnahme ist allerdings diskussionsbedürftig, da die begriffliche Unterscheidung von Massenkommunikation (Rundfunk) und Individualkommunikation (Internet) zunehmend verschwimmt. Vgl dazu auch Hamann, Der Entwurf einer E-Commerce-Richtlinie unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten, ZUM 2000, 290ff. Eine individuelle Abrufbarkeit von Radio- und TV-Sendungen ist heute zu Tage bereits technisch voll realisiert worden.

Jeder, der den eben beschriebenen Dienst der Informationsgesellschaft durch Nutzung der notwendigen technischen Mitteln und Technologien anbietet, ist ein **Diansteanbieter**<sup>496</sup>. Ein **niedergelassener Diansteanbieter** muss darüber hinaus über eine feste Einrichtung (= Niederlassung) im jeweiligen Mitgliedstaat verfügen um sich als solcher bezeichnen zu dürfen.

Im Nachfragesegment muss zwischen den Verbrauchern und den Nutzern unterschieden werden. **Nutzer**<sup>497</sup> können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, die zu einem gewissen Zweck – egal ob dieser privat oder geschäftlich ist – einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nehmen um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen. **Verbraucher**<sup>498</sup> hingegen sind ausschließlich natürliche Personen, die weder im Rahmen ihrer beruflichen, gewerblichen oder geschäftlichen Tätigkeit im elektronischen Rechtsverkehr aktiv werden.

Jegliche Kommunikation, die zur Förderung des Verkaufs von Waren oder zum Durchführen von Dienstleistungen, aber auch zum Zwecke der Werbung dient wird **kommerzielle Kommunikation** genannt. Keine kommerzielle Kommunikation stellen Angaben wie Homepageadressen und Emailadressen dar, sowie Angaben über Produkte dar, die ohne finanzielle Gegenleistung erbracht werden. Die **kommerzielle Kommunikation** muss von einer natürlichen Person oder einer juristischen Person, die gewerblich tätig ist, ein Handels- oder Handwerksunternehmen betreibt oder einen reglementierten Beruf<sup>499</sup> ausübt, durchgeführt werden, um als solche qualifiziert zu werden.

---

<sup>496</sup> Jeder bedeutet, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen als Diansteanbieter auftreten können.

<sup>497</sup> Zur mehrfachen Verwendung dieses Begriffs im europäischen IT-Recht siehe Punkt 8.3.1.3.1.

<sup>498</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang besonders, dass zwischen dem europarechtlichen und österreichischen Verbraucherbegriff ein Unterschied besteht. Steht im europarechtlichen Sinne die natürliche Person im Mittelpunkt der Definition, knüpft der österreichische Begriff an das (Nicht-)Vorhandensein der Unternehmereigenschaft an. Auch für Vorbereitungshandlungen auf die Unternehmereigenschaft fällt der Verbraucher iSd österreichischen Auslegung noch in den Genuss der verbraucherspezifischen Vorschriften, währenddessen er iSd europarechtlichen Auslegung idF bereits nicht mehr unter den Begriff des Verbrauchers subsumiert werden könnte. Da die österreichischen Regelungen aber einen größeren persönlichen Anwendungsbereich etablieren als die europarechtlichen Vorschriften ist dies unionskonform. Genaueres zur Umsetzung des Verbraucherbegriffs in diversen Mitgliedstaaten vlg auch *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff, 349ff.

<sup>499</sup> Reglementierte Berufe sind jene Berufe, die in Art 1 Buchstabe d) Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen bzw in Art 1 Buchstabe f) Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG genannt sind. Die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass den diversen Berufsfeldern unter Beachtung der jeweiligen einschlägigen Standesvorschriften eine Werbemöglichkeit eingeräumt wird. Die Berufsausübenden haben sich im Rahmen der Bewerbung entsprechend der Würde und Ehre ihres Berufsfelds zu halten (Art 8).

Im Hinblick auf die vorangegangenen Definitionen bedeutet dies, dass ein Verbraucher – schon gemäß seiner Definition – keine kommerzielle Kommunikation führen kann, ein Nutzer aber sehr wohl.

Als **koordinierter Bereich** wird jene Summe an nationalen Rechtsnormen<sup>500</sup> bezeichnet, deren Inhalt sich mit der Tätigkeit der Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft auseinandersetzt. Diese **Normen** sehen zB Modalitäten für die Aufnahme der Tätigkeiten der Anbieter, Ausübungsvorschriften, Qualitätssicherung, Verantwortlichkeit, Werbung sowie zT auch konkrete Inhalte in den Diensten der Informationsgesellschaft vor. Die Normen des koordinierten Bereichs beinhalten allerdings keine Anforderungen betreffend der Waren iS des Art 28<sup>501</sup> AEUV, deren Lieferung, als auch über Vorgänge, die nicht elektronisch erbracht werden<sup>502</sup>. Die gewählte Formulierung wirft allerdings folgende Problematik auf:

Wie oben schon ausgeführt wurde von der Richtlinie 98/48/EG beim Dienst der Informationsgesellschaft ebenfalls definiert, wie „Fernabsatz“, „elektronisch“ und „individueller Abruf“ auszulegen ist. Die Formulierung des „koordinierten Bereichs“ bezieht sich aber bezüglich der Ausnahme der Anforderungen ausdrücklich nur auf nicht elektronisch erbrachte Dienste. Bei genauerer Betrachtung könnte man also davon ausgehen, dass Anforderungen im Hinblick auf „Fernabsatz“ und „individueller Abruf“ sehr wohl erlaubt sind. Aus den Erwägungsgründen ergibt sich aber eindeutig, dass diese Richtlinie nur Anforderungen für Dienste der Informationsgesellschaft treffen darf und die allgemeinen Regeln unberührt lässt. Der Dienst der Informationsgesellschaft setzt sich aber – wie schon oben beschrieben – eben aus den Bereichen „Fernabsatz“, „elektronisch“ und „individueller Abruf“ zusammen. Warum Buchstabe ii) in weiterer Folge nur mehr „elektronisch“ bei der Ausnahme für Anforderungen erwähnt wird und somit den Eindruck erweckt, dass es sich nicht mehr um Dienste der Informationsgesellschaft handelt, bleibt dahingestellt. Sowohl aus dem Richtlinien text selbst als auch aus den Erwägungsgründen ergeben sich keine Ansätze, die zur Lösung dieser kleinen Unklarheit führen. Abermals kann davon ausgegangen werden, dass Art 2 Buchstabe ii) nur im Hinblick auf die Ausnahme der Telefax- und Sprachtelefoniedienste eingeführt worden ist.

---

<sup>500</sup> Inkludiert sind dabei sowohl allgemeine als auch spezielle Normen.

<sup>501</sup> Ex Art 23 EGV.

<sup>502</sup> Vgl dazu insb die Fn 494.

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass elektronisch geschlossenen Verträgen die selben rechtlichen Qualifikationen zukommen, als herkömmlich geschlossenen Verträgen. Die nationalen Rechtsordnungen sind dementsprechend anzupassen. Von dieser rechtlichen Gleichstellung dürfen einzelne oder alle Verträge in folgenden Bereichen ausgenommen werden:

- Familien- und Erbrecht,
- Bürgschaften, Garantien und sonstige Verträge, die Sicherheiten begründen, wenn sie von Verbrauchern geschlossen werden,
- Gerichtliche Vergleiche, Anerkenntnisse oder sonstige Verträge, an denen ein Gericht, eine Behörde oder Notare mitwirken und
- Verträge betreffend Immobilien.

#### 5.5.2.1 Herkunftslandprinzip und Zulassungsfreiheit

Art 3 der vorliegenden Richtlinie normiert kurz aber klar das sog **Herkunftslandprinzip**. Konkret bedeutet dies, dass ein Diensteanbieter bei der Aufnahme oder Ausübung seiner Tätigkeit jeweils nur die nationalen Normen zu erfüllen hat, in der er auch seine Niederlassung hat (was gleichzeitig bedeutet, dass die von ihm angebotenen Dienste dort ihre Herkunft haben)<sup>503</sup>. Rechtliche Folge des Herkunftslandprinzip ist, dass das Internationale Privatrecht doppelt verdrängt wird:

- Tätigkeiten der Anbieter müssen von den innerstaatlichen Gerichten immer nach der nationalen Norm beurteilt werden, in dessen Mitgliedstaat der Diensteanbieter seine Niederlassung hat,
- Verweisungsnormen der angewandten nationalen rechtlichen Grundlagen dürfen nicht beachtet werden, da dies sonst zu einer Umgehung des Herkunftslandprinzip führen würde<sup>504</sup>.

Diensteanbieter haben also die jeweiligen nationalen Anforderungen des koordinierten Bereichs zu erfüllen, dürfen aber umgekehrt dann bei der Ausübung

---

<sup>503</sup> Kritisiert wird, dass diese Regelung zu einem "race to the bottom" führen könnte. Diensteanbieter könnten sich in Zukunft in jenen Mitgliedstaaten niederlassen, die die geringsten Aufnahme- und Ausübungsvoraussetzungen verlangen. Dies könnte in weiterer Folge uU zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

<sup>504</sup> Vgl dazu auch *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>, Rn 273.

ihrer Tätigkeit im gesamten Raum der Union nicht beschränkt werden<sup>505</sup>. Bestimmte Dienste<sup>506</sup> dürfen jedoch aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, aus religiösen und ethischen Gründen, zum Schutz der Gesundheit und Sicherheit sowie aus Gründen des Verbraucherschutzes beschränkt werden.

Gemäß dem Grundsatz der **Zulassungsfreiheit** haben die Mitgliedstaaten sicher zu stellen, dass die **Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit eines Anbieters für Dienste der Informationsgesellschaft nicht zulassungspflichtig ist** und keiner sonstigen Anforderung gleicher Wirkung unterliegt. Unberührt davon bleibt eine Zulassungspflicht nach der Richtlinie 2002/20/EG, sofern entsprechende Telekommunikationsdienste erbracht werden.

#### 5.5.2.2 Informationspflichten

Ein Kernbereich der vorliegenden Richtlinie ist die Bereitstellung von Informationen durch die Anbieter. Wann und welche Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, hängt davon ab, in welcher rechtlichen Verbindung der Anbieter den Nutzern und Verbrauchern gegenübersteht:

Nimmt ein Anbieter die Tätigkeit als Access-, Host- oder Cachingprovider auf, hat er unaufgefordert jedem Besucher<sup>507</sup> leicht, unmittelbar und verständlich folgende Informationen zur Verfügung zu stellen (Art 5):

- seinen Namen, und die geographische Anschrift seiner Niederlassung<sup>508</sup>;
- Kontaktangaben, die auch einen unmittelbaren Kontakt ermöglichen<sup>509</sup>;
- Registernummer des jeweiligen nationalen Verzeichnisses;

---

<sup>505</sup> Diese rechtliche Regelung ist allerdings nicht anwendbar, wenn es sich um Bereiche wie zB Urheberrecht, Ausgabe von elektronischem Geld, Rechtswahl, Anwendbarkeit von Konsumentenschutzgesetzen oder auch um die formale Gültigkeit von Verträgen handelt; Vgl dazu Anhang I der vorliegenden Richtlinie. Zur weiteren Ausführung vgl auch Ruess, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, 42ff.

<sup>506</sup> Umfasst sind dabei insb Dienste, die pornografische oder politisch bedenkliche Inhalte haben, sowie auch sog „Abzocker“-Dienste.

<sup>507</sup> Der Begriff Besucher soll dabei jegliche möglichen Parteien von Verbraucher über Nutzern bis hin zu den zuständigen Behörden umfassen.

<sup>508</sup> Kritik an der etwas allgemeinen Formulierungen der Art 5 Buchstaben a) und b) übt Hoeren, Vorschlag über eine EU-Richtlinie über E-commerce, MMR 1999, 192. Meines Erachtens kann aber unter der geografischen Anschrift nur die postalische Anschrift verstanden werden.

<sup>509</sup> Da der Richtlinien text selber „Angaben (...) einschließlich Email-Adresse“ vorsieht, ist davon auszugehen, dass die Diensteanbieter auf jeden Fall ihre Email-Adresse bekannt geben müssen. Darüber hinaus muss aber auch noch eine alternative Kommunikationsform, die eine unmittelbare Kontaktaufnahme ermöglicht, angeboten werden.

- Bezeichnung der zuständigen Aufsichtsbehörde, sofern eine Beaufsichtigung vorgesehen ist;
- Berufsverband bzw Kammerzugehörigkeit, wenn der Diensteanbieter im Rahmen eines reglementierten Berufs tätig wird;
- Umsatzsteueridentifikationsnummer (UID)<sup>510</sup>;
- Genaue Preisangaben mit verständlicher Darstellung, ob Steuern bereits inbegriffen sind oder nicht, sofern Preise genannt sind.

Bedient sich ein Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft der kommerziellen Kommunikation iSd Art 2 Buchstabe f), muss er zusätzlich zu den in Art 5 genannten Informationen noch folgende Informationen zur Verfügung stellen (Art 6):

- Die kommerzielle Kommunikation muss in einer Art und Weise bezeichnet werden, dass dies jedem Empfänger klar ersichtlich ist;
- Die Auftraggeber der kommerziellen Kommunikation muss ebenso durch geeignete Angaben eindeutig identifizierbar sein;
- Falls Preisnachlässe, Gratisbeigaben oder Werbegeschenke gewährt werden, müssen diese klar als solche erkennbar sein. Der Empfänger ist darüber zu informieren, wie er in den Genuss dieser Vorteile kommen kann und mit welchen Konsequenzen er bei einer Inanspruchnahme dieser Vorteile zu rechnen hat;
- Falls Preisausschreiben oder Gewinnspiele<sup>511</sup> durchgeführt werden, müssen diese klar als solche erkennbar sein. Die potentiellen Teilnehmer sind darüber zu informieren, wie die Spielbedingungen lauten und mit welchen Konsequenzen sie durch eine Teilnahme zu rechnen haben.

Gerät ein Verbraucher im Rahmen des Bestellvorgangs tatsächlich mit dem Dienst der Informationsgesellschaft in Kontakt, dann muss ihm der Anbieter zusätzlich zu

---

<sup>510</sup> Die Umsatzsteueridentifikationsnummer soll zur Harmonisierung der einzelnen Steuersysteme in den Mitgliedstaaten beitragen. Sie ist in geregelt in Art 213 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABI L 2006/347, 1.

<sup>511</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Generalausnahme von Glücksspielen bleibt fraglich, ob Preisausschreiben oder Gewinnspiele europarechtlich derzeit als Glücksspiele zu qualifizieren sind. Dies kann bei Untersuchung der derzeit geltenden europarechtlichen Rechtslage nicht abschließend beantwortet werden, da in Bezug auf das Glücksspielrecht derzeit keine sekundären Rechtsakte der Union vorliegen. Zwar hat sich der EuGH einmal mit der Frage, ob Preisausschreiben und Gewinnspiele in EuGH 26.5.1997, C-368/95, *Familiapress* beschäftigt, doch handelte es sich beim konkreten Verfahren um ein Vorabentscheidungsverfahren. Urteile, die im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens ergehen, haben jedoch keine Wirkungen auf Primär- und Sekundärrecht. Sie können daher zur Klärung der europarechtlichen Fragestellung im konkreten Zusammenhang keinen Beitrag leisten.

den in Art 5 – und bei Verknüpfung des Vertragsabschlusses mit anschließender Bewerbung des Verbrauchers zu den in Art 6 – angeführten Informationen, in klarer, eindeutiger und einfacher Weise zusätzlich folgende Informationen vor Vertragsabschluss zur Verfügung stellen (Art 10):

- die für den Vorgang des Vertragsabschlussprozesses zur Verfügung stehenden Sprachen;
- alle technischen und organisatorischen Schritte, die der Verbraucher bis zur Abgabe seine endgültigen Willenserklärung durchlaufen muss;
- ob der Vertragstext in weiterer Folge weiterhin gespeichert wird, ob und wo dieser abrufbar ist<sup>512</sup>;
- dass dem Verbraucher durch geeignete technische Vorkehrungen die Möglichkeit gegeben ist, fehlerhafte Angaben vor endgültiger Abgabe seiner Willenserklärung zu korrigieren.

Hat der Verbraucher den elektronischen Bestellvorgang abgeschlossen, ist in weiterer Folge noch zu beachten, dass der Anbieter dem Verbraucher unverzüglich eine Bestätigung über den Vertragsabschluss zukommen lassen muss<sup>513</sup>. Weiters gelten elektronische Willenserklärungen als zugegangen, sobald sie in den Herrschaftsbereich des Empfängers eintauchen, dh im konkreten Fall sobald sie durch den Empfänger abrufbar sind (Art 11).

Nutzer können in vertraglichen Absprachen mit den Anbietern von den eben ausgeführten speziellen Informationspflichten des Art 10 abweichen, sowie auch die Modalitäten von Art 11 abändern. Erkennbar ist, dass alle Nutzer und insb die Verbraucher bei Inanspruchnahme von Diensten der Informationsgesellschaft mit Informationen überhäuft werden. Wie und ob sich dies mit den restlichen Bestimmungen des europäischen IT-Rechts deckt, wird weiter unten ausführlich untersucht<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> Die allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen dem Verbraucher und dem Nutzer allerdings jederzeit in der Form zur Verfügung gestellt werden, dass diese speicher- oder reproduzierbar sind.

<sup>513</sup> Siehe oben Seite 113ff.

<sup>514</sup> Siehe unten Punkt 8.3.2.



### 5.5.2.3 Verantwortlichkeit der Anbieter für Inhalte

Nächster wesentlicher Kernbereich der vorliegenden Richtlinie sind die Haftungsvorschriften bezüglich der Access-, Host-, und Cachingprovider. Abhängig davon, um welche Art es sich bei dem Provider handelt, kommen ihm diverse Haftungsbefreiungen zu Gute. Fälschlicherweise werden die folgenden Bestimmungen oft als Haftungsvorschriften bezeichnet. Die Richtlinie normiert tatsächlich aber Haftungsbefreiungsvorschriften für verschiedene Arten von Diensteanbietern. Sind die Voraussetzungen für die Haftungsbefreiungen erfüllt, kommt den Diensteanbietern eine horizontale Haftungsbeschränkung zu Gute<sup>515</sup>. Die Haftungsbefreiungsvorschriften werden nun in der gebotenen Kürze dargestellt:

Access-Provider, also jene Anbieter, die es den Nutzern und den Verbrauchern ermöglichen, Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu erlangen bzw die Übermittlung von Inhalten durch die Nutzer und Verbraucher ermöglichen, sind für die übermittelten Inhalte nicht verantwortlich, wenn der Anbieter

- die Übermittlung der Inhalte nicht veranlasst hat,
- der Adressat der Inhalte nicht von ihm ausgewählt wird oder
- er eine reine Durchleitung von Inhalten vornimmt, ohne diese zu verändern<sup>516</sup>.

Hosting-Provider, also jene Anbieter, die den Nutzern und Verbrauchern virtuellen Speicherplatz zur Verfügung stellen, damit diese Inhalte im Kommunikationsnetz für Andere zugänglich sind, sind diese für die gespeicherten Inhalte nicht verantwortlich, wenn der Anbieter

- keine tatsächliche Kenntnis von den illegalen Inhalten hat und diese auch nicht für ihn offensichtlich rechtswidrig sind<sup>517</sup> oder
- er sofort Maßnahmen ergreift, wenn ihm bekannt wird, dass rechtswidrige Inhalte über ihn gehostet werden.

---

<sup>515</sup> Horizontale Haftungsbefreiung bedeutet, dass der Diensteanbieter bei Erfüllung der Haftungsbefreiungsvoraussetzungen weder straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlich belangt werden können. Vgl dazu insb *Zankl*, Kommentar zum E-Commerce-Gesetz, § 13 Rn 186ff.

<sup>516</sup> Eine kurze technische Zwischenspeicherung (Caching) durch den Access-Provider ist für seine Verantwortlichkeit unerheblich, wenn diese Speicherung nur so lange dauert, wie dies für den Übermittlungsvorgang der Inhalte unbedingt nötig ist. Wichtig ist bloß, dass der Access-Provider die Information in keinsten Weise abändert. Vgl dazu *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, Rz 195 und 198.

<sup>517</sup> Kenntnis ist dabei mit der Wissentlichkeit iSd Strafrechts zu vergleichen. Vgl *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, Rz 235.

Caching-Provider, also jene Anbieter, die zwecks einer effizienteren Anfragebeantwortung gewisse Inhalte, die von Nutzern oder Verbrauchern übermittelt wurden, zwischenspeichern, sind für die gespeicherten Inhalte nicht verantwortlich, wenn der Anbieter

- den Inhalt so wie er vom Nutzer übermittelt wurde unverändert lässt,
- sich an die Bedingungen für den Zugang zu dem spezifischen Inhalt hält,
- den Inhalt regelmäßig aktualisiert,
- er keine Technologien behindert, die rechtmäßig Daten über die Nutzung der spezifischen Inhalte sammeln,
- sofort Maßnahmen ergreift, wenn ihm bekannt wird, dass er rechtswidrige Inhalte zwischengespeichert hat.

Die Haftungsregelungen der vorliegenden Richtlinie lassen allerdings gerichtliche- und behördliche Maßnahmen, die zu einer Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung führen, unberührt. Auch die Löschung der Inhalte oder die Sperrung des Zugangs zu den Inhalten bleibt von den oben ausgeführten Bestimmungen unberührt. Die Anbieter trifft auch keine flächendeckende Überwachungspflicht in Bezug auf die von den Nutzern übermittelten und gespeicherten Inhalte, womit wohl im weitesten Sinne den Regelungen des Datenschutzrechts entsprochen wird. Erlangt der Anbieter aber Kenntnis von einer Rechtsverletzung, hat er dies sehr wohl den zuständigen Behörden mit zu teilen und auch dafür Sorge zu tragen, dass die Personen, die die betreffenden Inhalte übermittelt oder gespeichert haben ausgeforscht werden können. In weiterer Folge sieht die Richtlinie aber auch vor, dass dem Verletzten selbst (also ohne Umwege über eine Behörde) die entsprechenden wirksamen Rechtsbehelfe einzuräumen sind.

#### 5.5.2.4 Unerwünschte kommerzielle Kommunikation (Werbung – Spam)

Werden potentielle Nutzer mit elektronischer Post beworben, haben jene Anbieter, die die Werbung verschicken darauf zu achten, dass diese bei den Empfängern klar und eindeutig als solche identifizierbar ist. Zusätzlich zu den Regelungen gemäß der

Richtlinie 2002/58/EG<sup>518</sup> über unerwünschte Werbung, etabliert die vorliegende Richtlinie die Robinson-Liste. Die Robinson-Liste ist eine von den jeweiligen nationalen Behörden<sup>519</sup> geführte Liste, in die sich jede natürliche Person eintragen lassen kann, die keine weitere Werbung via elektronischer Post mehr wünscht. Die Richtlinie schafft daher für die Nutzer eine „opt-out“ Möglichkeit, an die sich die Diensteanbieter zu halten haben. Welche konkreten Sanktionen den Anbietern bei Verletzung des Werbeverbots auferlegt bzw. ob für den Verstoß überhaupt Sanktionen vorgesehen werden, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Wie auch die Regelungen der Richtlinie 2002/58/EG kann die Robinson-Liste allerdings den Großteil unerwünschter Spam-Mails nicht verhindern. Die Regelungen gelten jeweils nur für in der EU niedergelassene Anbieter, Spam-Mails werden allerdings häufig aus Drittländern verschickt.

## **5.6 Die E-Geldrichtlinie 2009/110/EG<sup>520</sup>**

### **5.6.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Im Zeitalter elektronischer Kommunikation und elektronischer Vertragsabschlüsse sah sich die EU im Jahr 2000 gezwungen, elektronisches Geld (E-Geld) einzuführen. Zwar waren auch schon die Kreditinstitute iS der Richtlinie 2000/12/EG<sup>521</sup> befugt E-Geld auszugeben, doch wollte die EU im Bereich des elektronischen Geldes eine Mindestharmonisierung der nationalen Rechtsordnungen erreichen. Die vorliegende Richtlinie sollte diese Ziele erreichen. Im Zuge der Überprüfung dieser Richtlinie durch die Kommission kam jedoch als Ergebnis heraus, dass die Richtlinie sogar die Entstehung eines Binnenmarkts verhindert habe. So wurde die Richtlinie

---

<sup>518</sup> Vgl. oben Seite 52.

<sup>519</sup> In Österreich wird die Robinson-Liste von der RTR-GmbH (der Rundfunk & Telekomregulierungs-GmbH) geführt. Die österreichische Umsetzung geht in Bezug auf den Umfang der Robinson-Liste noch über den Wortlaut des Richtlinienartikels hinaus, in dem sie auch Unternehmen, also auch juristische Personen gestattet, sich in die Robinson-Liste eintragen zu lassen. Dieser erweiterte Schutz – auch für juristische Personen – stellt aus europarechtlicher Sicht jedoch kein Problem dar; Vgl. § 7 Abs 2 ECG.

<sup>520</sup> Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG, AB L 2009/267, 7.

<sup>521</sup> Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, AB L 2000/126, 1.

2000/46/EG<sup>522</sup> aufgehoben und durch die Richtlinie 2009/110/EG ersetzt. Sie stellt ua klar, dass elektronisches Geld von den Mitgliedstaaten als vollwertiger elektronischer Ersatz für Münzen und Banknoten erachtet werden muss.

Ausführungen zu der Beaufsichtigung und den Aufnahmebedingungen für E-Geld Institute sollen in dieser Arbeit unterbleiben, da diese Normen keinerlei IT-rechtlichen Inhalt aufweisen. Im Folgenden soll aber kurz, auf die für diese Arbeit relevanten Bestimmungen der Richtlinie eingegangen werden und erklärt werden, wie die zivilrechtliche Abwicklung in der Praxis aussieht.

### 5.6.2 Regelungsinhalt

Elektronisches Geld wird definiert als monetärer Wert, der in Form einer Forderung gegen die jeweils ausgebende Stelle vorliegt. Elektronisches Geld wird gegen Entgegennahme von Bar- oder Buchgeld im Verhältnis 1:1 in der Form ausgegeben, dass es auf einem Datenträger – gleich welcher Art und Form – gespeichert wird. Weitere Voraussetzung ist, dass dieser gespeicherte Betrag dann von anderen Unternehmen oder natürlichen Personen als diesen, die das E-Geld ausgegeben haben, als Zahlungsmittel anerkannt wird. In der Praxis liegt E-Geld entweder in Form von Kartengeld oder Netzgeld vor. Beim Kartengeld wird die Forderung gegen die ausgebende Stelle auf einer Chipkarte gespeichert (Hardwarebasiert)<sup>523</sup>. Im Falle von Netzgeld wird die Forderung auf einem Datenträger des Nutzers gespeichert. Mit einer speziellen Software oder einem Online-Konto (zB paypal) verfügt der Nutzer über seine Forderung (Softwarebasiert)<sup>524</sup>.

In der Praxis läuft eine Zahlung so ab, dass ein Nutzer Buchgeld an eine Bank oder ein E-Geld Institut überweist. Die Bank bzw das E-Geld Institut muss nun gemäß Art 1 Abs 3 Buchstabe b) elektronisches Geld im Verhältnis 1:1 zurückübermitteln<sup>525</sup>. Der Nutzer hat nun eine nachweisbare Forderung gegen die Bank bzw das E-Geld Institut. Akzeptiert das Unternehmen, bei dem der Nutzer etwas kauft oder von dem sich der Nutzer eine Dienstleistung erbringen lässt, die Zahlung des Kunden in Form

<sup>522</sup> Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, ABI L 2000/275, 39.

<sup>523</sup> Neumann in Lammer, Handbuch E-Money, E-Payment und M-Payment (2006), 125ff.

<sup>524</sup> Kilian/Heussen, Computerrecht (Losblattsammlung Stand 2010), Teil 11 Rn 60.

<sup>525</sup> Die Übermittlung und Speicherung des elektronischen Geldes hat unter Beachtung der wissenschaftlich anerkannten Sicherheitsstandards zu geschehen.

von E-Geld, wird als Gegenwert zur Ware oder der Dienstleistung, die Forderung gegen die Bank bzw das E-Geld Institut vom Verbraucher an den Unternehmer übertragen. Nun kann der Forderungsempfänger diese Forderung gegenüber der Bank nachweisen; er erhält dadurch wieder Buchgeld im Verhältnis 1:1 zurück<sup>526</sup>.

Eine weitere wichtige zivilrechtliche Bestimmung, die das Vertrauen in das elektronische Geld stärken soll, legt fest, dass der Inhaber von elektronischem Geld jederzeit dessen Rücktausch in Buchgeld verlangen kann. Die E-Geld Emittenten dürfen im Rahmen dieses Umtausches nur dann Kosten verrechnen, wenn ein Rücktausch vor Vertragsablauf verlangt wird, ein Ablaufdatum vereinbart wurde und der Kunde sein E-Geld früher zurückverlangt oder der Kunde das E-Geld erst ein Jahr nach Beendigung des Vertrags zwischen ihm und dem E-Geld Emittenten den Rücktausch verlangt. Rücktauschbar sind sowohl Teile der Forderung als auch die Forderung als Ganzes.

Die Rücktauschbedingungen sind zwischen den Vertragspartien stets ausdrücklich und eindeutig zu vereinbaren. Die meisten E-Geld Institute verlangen nur für den Tauschvorgang von E-Geld in Buchgeld Gebühren. Kaufen Verbraucher daher in der Praxis mit E-Geld ein, entstehen ihnen – zumindest beim Zahlungsverkehr im Binnenmarkt – meist keine Kosten, da sie kein elektronisches Geld empfangen und somit keine Forderungen gegen die ausgebende Stelle geltend machen<sup>527</sup>.

Als E-Geld Emittenten müssen folgende Einrichtungen anerkannt werden:

- Kreditinstitute und Zweigniederlassungen iS der Bankenrichtlinie<sup>528</sup>,
- E-Geld Institute iS der vorliegenden Richtlinie,
- Postscheckämter, sofern diese zur Ausgabe von E-Geld berechtigt sind,
- Die EZB und
- die Mitgliedstaaten, wenn sie durch Gebietskörperschaften handeln.

---

<sup>526</sup> Zur Abwicklung einer Zahlung im Mobile Commerce vgl *Zankl*, Von E-Commerce zu M-Commerce, *ecolex* 2003, 507.

<sup>527</sup> Zur Gebühr der E-Geld Institute vgl zB Punkt 8. Der Pay-Pal-Nutzungsbedingungen; [https://cms.paypal.com/at/cgi-bin/?&cmd=\\_render-content&content\\_ID=ua/UserAgreement\\_full&locale.x=de\\_DE#8.Fees](https://cms.paypal.com/at/cgi-bin/?&cmd=_render-content&content_ID=ua/UserAgreement_full&locale.x=de_DE#8.Fees).

<sup>528</sup> Richtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss, 86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen, ABI L 2006/224, 1.

## **5.7 Sonstige Rechtsakte**

### **5.7.1 Allgemeines**

In diesem Abschnitt soll abschließend auf jene Rechtsakte eingegangen werden, die in ihm ihrem Regelungskern zwar keine reinen informationsrechtlichen Inhalte beinhalten, aber doch im weitesten Sinne noch gewisse Aspekte aufweisen, die im Zusammenhang mit dem europäischen IT-Recht stehen. Des Weiteren werden kurz jene Rechtsakte angesprochen, deren Erlass vor der – für diese Arbeit relevanten – Zeitspanne stattfand.

### **5.7.2 Rechtsakte**

#### **5.7.2.1 Zugangskontrollrichtlinie<sup>529</sup>**

Nicht jeder Dienst der Informationsgesellschaft (sowie auch Radiosendungen und Fernsehsendungen, die von der Richtlinie umfasst sind) ist dafür vorgesehen, jedem Nutzer zur Verfügung zu stehen<sup>530</sup>. Diverse Dienste sollen dem Nutzer erst nach persönlicher Erlaubnis des Diensteanbieters – unabhängig davon, ob das Interesse des Diensteanbieters gewerblicher oder privater Natur ist – uneingeschränkt zur Verfügung stehen<sup>531</sup>. Ein wesentliches Interesse der Diensteanbieter liegt darin, dass solche Zugangsbeschränkungen nicht illegal umgangen werden. Die vorliegende Richtlinie zielt daher darauf ab, jegliche Vorrichtungen und Mittel, die dazu geeignet wären, Zugangskontrollen zu umgehen bzw. unschädlich zu machen, zu verbieten. In diesem Sinne sind die Mitgliedstaaten angehalten, geeignete Sanktionen und Rechtsbehelfe zu schaffen, die die Herstellung, die Einfuhr, den Vertrieb, den Verkauf, die Vermietung und den Besitz solcher illegaler Vorrichtungen und Mittel soweit als möglich zu vermeiden.

---

<sup>529</sup> Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABI L 1998/320, 54.

<sup>530</sup> Dienste der Informationsgesellschaft sollen daher ähnlich wie urheberrechtliche Werke geschützt werden können. Siehe dazu insbesondere die Überlegung vom österreichischen Gesetzgeber in eolex 2000, 487.

<sup>531</sup> Die Beispielliste solcher Dienste ist schier endlos, sie beginnt bei Homepages mit pornografischen Inhalt und endet bei Homepages, die nur zahlenden Besuchern diverse Kochrezepte zur Verfügung stellen.

### 5.7.2.2 Beschluss zur sicheren Nutzung des Internets und neue Online-Technologien<sup>532</sup>

Im Jahr 2005 haben der Rat und das Europäische Parlament ein dreijähriges Gemeinschaftsprogramm zur Förderung der sicheren Nutzung des Internets und neue Online-Technologien erlassen. Zwar ist dieses Programm bereits ausgelaufen, doch beinhaltet es jene Komponenten, die auch in Zukunft im Zusammenhang mit der Nutzung des Internets und anderen Online-Technologien unbedingt beachtet werden sollten. Das Programm legte dazu folgende Punkte fest:

- Vermeidung und Kampf gegen illegale Inhalte im Internet,
- Vermeidung und Bekämpfung schädlicher und unerwünschter Inhalte im Internet,
- Förderung eines sicheren „Online-Umfeldes“,
- Sensibilisierung der Nutzer.

### 5.7.2.3 Empfehlung zum Schutz der Menschenwürde im Zusammenhang mit dem Internet und neue Online-Technologien<sup>533</sup>

Ergebnis des oben genannten dreijährigen Gemeinschaftsprogramms war die vorliegende Empfehlung der Kommission. Befassen sich die oben beschriebenen Rechtsakte (Punkt 5.2 - 5.6) mit den zivilrechtlichen Fragestellungen, versucht diese Empfehlung auf grundrechtliche und moralische Fragen im Zusammenhang mit dem europäischen IT-Recht einzugehen und zu thematisieren.

### 5.7.2.4 Steuerrecht

Zu steuerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit den elektronischen Dienstleistungen kann auf die Art 56 Abs 1 und 2, 204 Abs 1, 358, 359, 363, 364,

---

<sup>532</sup> Beschluss Nr. 854/2005/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über ein mehrjähriges Gemeinschaftsprogramm zur Förderung der sichereren Nutzung des Internet und neuer Online-Technologien, ABI L 2005/149, 1.

<sup>533</sup> Empfehlung 2006/952/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über den Schutz Minderjähriger und den Schutz der Menschenwürde und über das Recht auf Gegendarstellung im Zusammenhang mit der Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Industriezweiges der audiovisuellen Dienste und Online-Informationendienste, ABI L 2006/378, 72.

365, 368, 369 Abs 2 der Richtlinie 2006/112/EG<sup>534</sup> verwiesen werden, die die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2002/38/EG<sup>535</sup> ersetzt hat und in weiterer Folge diese Richtlinie aufgehoben hat.

---

<sup>534</sup> Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABI L 2006/347, 1.

<sup>535</sup> Richtlinie 2002/38/EG des Rates vom 7. Mai 2002 zur Änderung und vorübergehenden Änderung der Richtlinie 77/388/EWG bezüglich der mehrwertsteuerlichen Behandlung der Rundfunk- und Fernsehdienstleistungen sowie bestimmter elektronisch erbrachter Dienstleistungen (Aufgehoben), ABI L 2002/128, 41.



## 6. Hauptstück – Grundzüge des Immaterialgüterrechts im Bereich der Informationstechnologie

### 6.1 Allgemeines

Wie schon in der Aufzählung der Fachanwaltsordnung<sup>536</sup> zu entnehmen ist, stellt das Urheberrecht einen Bereich dar, der zwar prinzipiell vom Informationstechnologierecht differenziert werden kann. Doch bestehen auch im Zusammenspiel dieser zwei Rechtsgebiete Überschneidungen. Parallel zur europarechtlichen Entwicklung des Informationstechnologierechts schritt auch die Harmonisierung des europäischen Urheberrechts voran. Denn im Bereich des Urheberrechts waren aufgrund der technischen Errungenschaften – ähnlich wie im Informationstechnologierecht selbst – diverse urheberrechtliche Anpassungen an technische Neuerungen nötig. Im – für diese Arbeit – relevanten Zeitraum wurde 2001 die erste Richtlinie erlassen, die es zum Ziel hatte, eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften des Urheberrechts und anderer verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft zu schaffen<sup>537</sup>. Gewährleistet wird dadurch der rechtliche Schutz des Urheberrechts, angepasst an die neuen gesellschaftsrechtlichen und technologischen Strukturen. Im Jahr 2004 folgte eine Richtlinie, die die einheitliche Durchsetzung von Rechten im Bereich des geistigen Eigentums ermöglichte<sup>538</sup>. Im Jahr 2006 erfolgte eine Harmonisierung der Vermiet- und Verleihrechte im Urheberrecht und im Bereich der verwandten Schutzrechte<sup>539</sup>, die in der Richtlinie von 2001 noch nicht berücksichtigt wurden. Des Weiteren wurde 2006 auch noch die Schutzdauer der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte harmonisiert<sup>540</sup>. Letzte Harmonisierungsmaßnahmen erfolgten im Jahr 2009 durch den bislang letzten Rechtsakt, welcher den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen in einer

---

<sup>536</sup> Vgl dazu oben Seite 8f.

<sup>537</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL L 2001/167, 10.

<sup>538</sup> Richtlinie 2004/48/EG Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABI L 2004/157, 45.

<sup>539</sup> Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABI L 2006/376, 28.

<sup>540</sup> Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABI L 2006/372, 12.

kodifizierten Fassung angleicht<sup>541</sup>. Im Folgenden soll nun in Grundzügen auf jene oben der genannten Rechtsakte eingegangen werden, die Schnittstellen mit dem Informationstechnologierecht aufweisen.

## **6.2 Die Harmonisierungsrichtlinie 2001/29/EG<sup>542</sup>**

### **6.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Zweck dieser Richtlinie ist es, innerhalb des Binnenmarktes den Wettbewerb vor urheberrechtlich bedingten Verzerrungen zu schützen. Eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte trägt dazu bei. Durch die somit erhöhte Rechtssicherheit und Wahrung eines hohen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums werden Investitionen in Kreativität und Innovation gefördert. Die Rechtssicherheit trägt somit zum Wachstum und erhöhter Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie bei. Eine einheitliche Harmonisierung auf der gesamten Ebene der Gemeinschaft ist notwendig, um der rechtlichen Inkohärenz entgegenzuwirken, die zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes führen würde. „Der bestehende Gemeinschaftsrechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte ist daher anzupassen und zu ergänzen, soweit dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist“<sup>543</sup>. Die vorliegende Richtlinie gewährleistet den rechtlichen Schutz des Urheberrechts. Von den Bestimmungen der vorliegenden Richtlinie bleiben allerdings weiterhin folgende Bereiche des Urheberrechts unberührt:

- Rechtlicher Schutz von Computerprogrammen<sup>544</sup>;
- Vermiet- und Verleihrechte und sonstige Schutzrechte im Bereich des geistigen Eigentums;
- Rechtlicher Schutz von Datenbanken<sup>545</sup>;
- Patent-, Marken-, Gebrauchsmuster- und Musterrechte;

<sup>541</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABL L 2009/111, 16.

<sup>542</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL L 2001/167, 10.

<sup>543</sup> Erwägungsgrund 7 Richtlinie 2001/29/EG.

<sup>544</sup> Vgl dazu unten Punkt 6.3.1.

<sup>545</sup> Vgl dazu unten Punkt 6.4.1.

- Topografien von Halbleitern;
- Zugangskontrolle;
- Wettbewerbsvorschriften;
- Datenschutz;
- Vertragsrecht.

### 6.2.2. Regelungsinhalt

Die Richtlinie sieht das ausschließliche Recht vor, eine „vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung<sup>546</sup> auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten:

- für die Urheber in Bezug auf ihre Werke,
- für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen,
- für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger,
- für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und die Vervielfältigungsstücke ihrer Filme,
- für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden“ (Art 2).

Außerdem ist das ausschließliche Recht vorgesehen, die öffentliche Wiedergabe der Werke „einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten (...) und zu erlauben oder zu verbieten, dass die nachstehend genannten Schutzgegenstände drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind:

- für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen;

---

<sup>546</sup> Die Vervielfältigung wird definiert als Prozess, der geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise wiederholt unmittelbar oder mittelbar erneut wahrnehmbar zu machen; Vgl dazu Nordemann/Vinck/Hertin, Urheberrecht Kommentar<sup>9</sup>, § 16 Rz 1ff.

- für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger;
- für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und auf Vervielfältigungsstücke ihrer Filme;
- für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden“ (Art 3).

Die Definition der Vervielfältigung iS des Urheberrechts spielt vor allem für den Bereich der Informationstechnologie eine essentielle Rolle, da bei unzähligen Vorgängen die Beantwortung der Frage der Vervielfältigung zu einer urheberrechtlich rechtswidrigen oder rechtskonformen Handlung führt<sup>547</sup>. Eine Bewertung der einzelnen informationstechnologischen Vorgänge im Hinblick auf die urheberrechtliche Zulässigkeit würde jedoch abermals den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen<sup>548</sup>.

Dem Urheber steht das ausschließliche Recht zu, die Verbreitung des Originals oder der Vervielfältigungsstücke zu erlauben oder zu verbieten. Um die Durchsetzung dieser Rechte lückenlos zu gewährleisten, sieht die Richtlinie außerdem einen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen vor<sup>549</sup>.

Es ist ein rechtlicher Schutz vorgesehen, um gegen Personen vorzugehen, die wissentlich unerlaubterweise eine der nachfolgenden Handlungen begehen und denen bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass sie damit Urheberrechte, sonstige Schutzrechte oder das Sui-generis-Recht der Richtlinie 96/9/EG<sup>550</sup> verletzen, die Verletzung ermöglichen oder verschleiern:

---

<sup>547</sup> ZB Routing, Caching, Browsing, Setzung von Meta Tags, Thumbnails uva.

<sup>548</sup> Eine gute Darstellung der urheberrechtlichen Zulässigkeit von diversen informationstechnologischen Vorgängen bietet jedoch die Ausführungen von *Werner* in *Ensthaler/Weidert*, Handbuch Urheberrecht und Internet<sup>2</sup>, 158ff.

<sup>549</sup> Technische Maßnahmen sind alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die für gewöhnlich dazu dienen, die Handlungen und Rechtausübung bezüglich Werken oder sonstigen Schutzgegenständen den berechtigten Personen vorzubehalten. Es soll durch die Maßnahmen also verhindert werden, dass Personen, die keine Erlaubnis vom Urheber oder der berechtigten Person haben, die Werke oder Schutzgegenstände nutzen. Technische Maßnahmen können dabei im Rahmen von Zugangskontrollen, sowie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstigen Maßnahmen realisiert werden. Zur Legaldefinition der technischen Maßnahme vgl zB *Peukert* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts<sup>2</sup>, § 34 Rz 1.

<sup>550</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl L 1996/77, 20.

- die Entfernung oder Änderung elektronischer Informationen für die Wahrnehmung der Rechte,
- die Verbreitung, Einfuhr zur Verbreitung, Sendung, öffentliche Wiedergabe oder öffentliche Zugänglichmachung von Werken, bei denen elektronische Informationen für die Wahrnehmung der Rechte unbefugt entfernt oder geändert wurden.

### **6.3 Die Richtlinie zum Rechtsschutz von Computerprogrammen 2009/24/EG<sup>551</sup>**

#### **6.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Computer sind aus unserer heutigen Gesellschaft nicht mehr wegzudenken. Auch im Bereich der wissensbasierten Wirtschaft, die heute einen Großteil der gesamten Wirtschaftsleistung erbringt, spielen Computer eine immer größere Rolle. Damit diese aber jene Funktionen erfüllen, die man ihnen aufträgt, benötigt die Hardware eines Computers stets die geeignete Software. Diese besteht zum größten Teil aus komplexen Computerprogrammen. Die Entwicklung solcher Programme erfordert sowohl technische, menschliche als auch finanzielle Höchstleistungen. Ist die Entwicklung abgeschlossen, sind die Kosten zur Vervielfältigung der Programme aber zu vernachlässigen, denn generell gilt bei digitalen Gütern, dass das Gesetz steigender Grenzkosten bei Annäherung an die Kapazitätsgrenzen nicht gilt, da Kapazitätsgrenzen faktisch nicht mehr vorhanden sind<sup>552</sup>. Aufgrund dieser Tatsache ist es für das Funktionieren eines Binnenmarkts unerlässlich, die nationalen Rechtsordnungen im Bezug auf den rechtlichen Schutz von Computerprogrammen zu harmonisieren.

Wie auch bei der Harmonisierungsrichtlinie bleiben

- Patent-, Marken-, Muster und Gebrauchsmusterrechte,
- das Wettbewerbsrecht,
- das allgemeine Vertragsrecht sowie

<sup>551</sup> Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABI L 2009/111, 16.

<sup>552</sup> Vgl. dazu auch Nienhaus in Apolte/Bender/Berg/Cassel/Erlei/Grossekettler/Hartwig/Hübl/Kerber/Nienhaus/Ott/Siebke/Smeets/Thieme/Vollmer, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik II<sup>9</sup> 524ff.

- Rechte auf Halbleitererzeugnissen

von den Bestimmungen dieser Richtlinie unberührt.

### 6.3.2 Regelungsinhalt

Computerprogramme und deren Teile sind als Werke der Literatur anzusehen und genießen daher uneingeschränkten urheberrechtlichen Schutz<sup>553</sup>. Unter Werke der Literatur sind gemäß Art 1 der vorliegenden Richtlinie aber auch schon bloße Entwurfsmaterialien zu subsumieren. Generell gilt, dass ein Computerprogramm nur dann ein Werk iS des Urheberrechts ist, wenn dazu eine geistige Schöpfung eines Individuums nötig war<sup>554</sup>. Werden daher Computerprogramme ausschließlich von anderen Computerprogrammen erstellt, handelt es sich um keine Werke iS dieser Richtlinie.

Dass für ein Computerprogramm eine eigentümliche geistige Schöpfung nötig ist, unterstreicht einleitend Art 2 erneut, indem er regelt, dass der Urheber jene natürliche Person ist, die das Programm geschaffen hat. Als Schöpfer kommt gemäß dem Richtlinienentwurf aber auch eine Personenmehrheit in Betracht, die dann jeweils als Miturheber in Erscheinung treten. Auch juristische Personen können – soweit in den nationalen Bestimmungen vorgesehen – Urheber sein. Miturhebern stehen in weiterer Folge die Verwertungsrechte immer gemeinsam zu. Wird ein Werk im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen, geht die Richtlinie automatisch davon aus, dass der Arbeitgeber der Urheber ist. Vertragliche Vereinbarungen können von dieser Regel allerdings abweichend formuliert werden.

Folgende Handlungen sind nur mit Zustimmung der Rechteinhaber erlaubt:

---

<sup>553</sup> Vgl zB §§ 2 Z 1 iVm 40a UrhG, §§ 2 Abs 1 Z 1 iVm 69a dUrhG.

<sup>554</sup> Das Werk muss einer „schöpferischen Geistestätigkeit“ des Urhebers entspringen. Um als Werk iS des Urheberrechts anerkannt zu werden muss also das Computerprogramm eine „persönliche Note“ des Schöpfers erhalten. Wurde zum österreichischen Verständnis des Werks iS einer „eigentümlichen geistigen Schöpfung“ vgl auch *Dillenz/Gutman*, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftengesetz<sup>2</sup>, § 1 Rz 1; Zur korrespondierenden deutschen Auslegung, die aber bloß auf eine „geistige Schöpfung“ abstellt vgl *Nordemann/Vinck/Hertin*, Urheberrecht Kommentar<sup>9</sup>, § 2 Rz 3ff.

- Vervielfältigungen in jeglicher Art und Umfang<sup>555</sup>,
- Übersetzungen, Bearbeitungen, Arrangement und andere Umarbeitungen,
- Jegliche Form der Verbreitung des Originals oder Kopien,
- Vermietung des Originals oder der Kopien.

Das Verbreitungsrecht des Programms ist mit dem ersten Inverkehrbringen des Programms durch den Urheber oder den Rechteinhaber im Unionsgebiet erschöpft.

### 6.3.2.1 Freie Werknutzungen

- Sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde, darf ein rechtmäßiger Lizenznehmer Vervielfältigungen sowie auch Bearbeitungen, Übersetzungen und sonstige Umarbeitungen, soweit diese für den Betrieb des Programms nötig sind, auch ohne Zustimmung des Rechteinhabers durchführen<sup>556</sup>. Von der Befugnis, dass ein rechtmäßiger Lizenznehmer eine Sicherheitskopie des Programms erstellt, darf vertraglich allerdings nicht abgegangen werden.
- Ist eine Person dazu berechtigt, eine Kopie des Programms zu nutzen, bedürfen Testläufe und weitere Untersuchungen im Rahmen des gewöhnlichen Gebrauchs<sup>557</sup> des Programms keiner weiteren Zustimmung des Rechteinhabers
- Ohne Zustimmung des Rechteinhabers ist das Auslesen diverser Informationen aus dem Programmcode im Rahmen der Kompatibilitätsprüfung zu anderen Programmen erlaubt, sofern
  - dies durch berechtigte oder autorisierte Personen oder Lizenznehmer geschieht,
  - die Informationen nur eingeschränkt einsehbar sind,

---

<sup>555</sup> Insb sind darunter auch vorübergehende Speicherungen des ganzen Programms oder einzelnen Teilen davon zu verstehen. Unzulässig sind daher auch sämtliche Handlungen, die eine technische Zwischenspeicherung erfordern. So auch *Lehmann in Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts<sup>2</sup>, § 76 Rz 7ff.

<sup>556</sup> Dass für Bearbeitungen, Übersetzungen und sonstigen Umarbeitungen des Computerprogramms bereits eine erworbene Lizenz vorausgesetzt wird, schließt die Anwendbarkeit der Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch von vorne herein aus. Dies ist bspw auch der österreichischen Umsetzung zu Vorgängerrichtlinie der vorliegenden Richtlinie eindeutig zu entnehmen, wonach gem § 40d Abs 1 UrhG die Anwendbarkeit des § 42 UrhG für Computerprogramme ausdrücklich ausschließt.

<sup>557</sup> Der gewöhnliche Gebrauch umschreibt dabei Tätigkeiten, die auch ein Laie mit dem Programm durchführen könnte, wie insb die Anzeige, Speicherung, Übertragung sowie das Ablaufen lassen und das Laden des Programms. In gesonderten vertraglichen Vereinbarungen mit dem Rechteinhaber kann festgelegt werden in wie weit die berechtigte Person Tätigkeiten durchführen darf, die über die vorhin genannten hinausgehen.

- nur in jenem Umfang und zu jenem Zweck ausgelesen werden, als dies unbedingt nötig ist,
- nicht an Dritte weitergegeben werden und
- die Informationen nicht für die Entwicklung eines Konkurrenzprodukts genutzt werden.

Unzulässig ist die eben beschriebene Dekompilierung, wenn dadurch die Interessen des Rechteinhabers in unvertretbarer Weise beeinträchtigt werden.

Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Maßnahmen vor, um gegen den unberechtigten Besitz, sowie das unberechtigte Inverkehrbringen von unerlaubten Kopien umgangssprachlich fälschlicherweise oft als Raubkopien bezeichnet, vorzugehen. Im Rahmen dieser Maßnahmen dürfen unerlaubte Kopien auch beschlagnahmt werden.

## **6.4 Sonstige Rechtsakte**

Im Folgenden wird kurz auf jene Rechtsakte eingegangen, deren Erlass vor der – für diese Arbeit relevanten – Zeitspanne stattfand:

### **6.4.1 Die Datenbankenrichtlinie 96/9/EG<sup>558</sup>**

Schon im Jahr 1996 hatte die EU eine Richtlinie erlassen, die stets unabhängig von den oben genannten Richtlinien zur Anwendung gelangen sollte<sup>559</sup>. Schon damals wurde ausdrücklich festgestellt, dass Datenbanken aufgrund ihrer individuellen Zusammenstellung<sup>560</sup> in ihrer Gesamtheit als eigentümliche geistige Schöpfungen – also Werke iS des Urheberrechts – anzusehen sind. Datenbanken genießen daher ebenfalls alle besonderen Rechte des Urheberrechts. Ausgenommen vom Schutz der vorliegenden Richtlinie sind allerdings Computerprogramme, mit denen die Datenbanken erstellt werden<sup>561</sup>.

<sup>558</sup> Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABI L 1996/77, 20.

<sup>559</sup> Vgl oben die Aufzählung unter Punkt 6.2.1.

<sup>560</sup> So definiert schon der Richtlinienentwurf selber Datenbanken als Sammlungen von Werken oder Daten und andere unabhängigen Elementen, in denen Nutzer systematisch oder methodisch mit herkömmlichen oder elektronischen Mitteln zugreifen können.

<sup>561</sup> Diesen Schutz gewährleistet sodann wiederum die Richtlinie 2009/24/EG. Vgl oben Punkt 6.3.2.



## 7. Hauptstück – Sonstige Bereiche

### 7.1 Allgemeines

In diesem Hauptstück wird vorerst auf die Verordnungen eingegangen, die die TLD (top level domain) „.eu“ eingeführt haben und deren Durchführung regeln. Zwar haben diese Rechtsakte nur wenig zivilrechtliche Aspekte, dennoch sollen sie wegen ihres direkten Bezugs zum Internet im Folgenden kurz dargestellt werden.

Weiters wird im folgenden Hauptstück abschließend noch auf jene Rechtsakte eingegangen, die in den vorigen Hauptstücken nicht erwähnt wurden, weil sie das europäische IT-Recht inhaltlich bloß in geringem Maße beeinflussen.

### 7.2 Die TLD – „.eu“ Festlegungsverordnung 733/2002<sup>562</sup>

#### 7.2.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand

Top Level Domains<sup>563</sup> sind elementarer Bestandteil der Namensauflösung<sup>564</sup> im Internet. Sie dienen der Interoperabilität des Internets. Durch die Einführung der TLD „.eu“ soll der bereits real existierende Binnenmarkt auch virtuell im Internet wiedergegeben werden. Natürliche und juristische Personen haben die Möglichkeit, ihre Verbundenheit – sei sie wirtschaftlich oder nicht – zur Union durch die Wahl der TLD „.eu“ im Internet sichtbar zu machen. Die EU sieht die Einführung dieser speziellen TLD als Eckstein des elektronischen Geschäftsverkehrs. Als positiven Nebeneffekt brachte die Einführung dieser TLD mit sich, dass die Auswahl am Domainmarkt<sup>565</sup> wieder gestiegen ist. Die vorliegende Verordnung führt die TLD „.eu“ in der Union ein und regelt die Benennung des Registers.

---

<sup>562</sup> Verordnung (EG) Nr. 733/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. April 2002 zur Einführung der Domäne oberster Stufe ".eu", ABI L 2002/113, 1.

<sup>563</sup> Im Folgenden kurz TLD.

<sup>564</sup> Zur genauen Vorgangsweise der Namensauflösung siehe *Anderl*, Die Domain-Vergabe in Österreich und Deutschland (Dissertation 2003).

<sup>565</sup> In den letzten Jahren trat durch die weitgehende Versorgung der Bevölkerung mit Internetanschlüssen eine Knappheit auf dem Domainnamenmarkt auf. Will man bspw einen Domainnamen, der mit seinem tatsächlichen Namen oder der Firmenbezeichnung übereinstimmt, ist aufgrund der weitgehenden Penetration der Bevölkerung durch das Internet die Chance sehr hoch, dass die Wunschdomain bereits von einer anderen natürlichen oder

## 7.2.2 Regelungsinhalt

Das oben angesprochene **Register** ist jene Einrichtung, die die Verwaltung der TLD „eu“ vornimmt. Zur Verwaltung zählt insb die Führung entsprechender Datenbanken, die Registrierung von Domains, Einrichtung von Abfragediensten oder etwa auch der Betrieb des zugehörigen Namens-Servers für die TLDs. Eine **Registrierstelle** ist jene Einrichtung, die vom Register vertraglich ermächtigt ist, natürlichen oder juristischen Personen ihre Wunschdomain einzurichten.

Das Register selbst wird im Wege der Ausschreibung vertraglich von der Union betreut, die oben genannten Aufgaben wahrzunehmen. Sämtliche Rechte, einschließlich dem Recht, ein anderes Register zu beauftragen, verbleiben bei der EU.

Hauptaufgaben des Registers<sup>566</sup> sind:

- Verwaltung der TLD „eu“ nach den Grundsätzen der Effizienz, Zuverlässigkeit, Qualität und Zugänglichkeit,
- Eintragung der beantragten Domainnamen,
- Erhebung von Gebühren im Zusammenhang mit der Domainregistrierung entstehen,
- Funktion als außergerichtliche Schlichtungsstelle im Falle von Streitigkeiten von Domainwerber/Domaininhaber,
- Regelung der Zulassung der Registrierstellen und
- Gewährleistung der Integrität der Datenbanken und Domänennamen.

Die Kommission erlässt nach Anhörung des Registers geeignete Regelungen<sup>567</sup>, um Folgendes zu gewährleisten:

- Möglichkeit der außergerichtlichen Streitfallentscheidung,

---

juristischen Person besetzt war. Verbleibende Möglichkeiten sind daher die Abänderung der Wunschdomain oder aber auch die Wahl einer anderen TLD. Durch die Öffnung der TLD „eu“ wurde zumindest wieder einer geringen Zahl an Usern geholfen entsprechende Wunschdomain zu registrieren. Natürlich stellt die Schaffung einer neuen TLD in Anbetracht der momentanen Domainnamenknappheit nur einen Tropfen auf den heißen Stein dar. Zur derzeitigen Situation am Domainmarkt siehe auch: <http://www.fair-news.de/news/Die+Domain-Branche++Ein+Markt+mit+Zukunftsperspektive/28840.html>

<sup>566</sup> Derzeit ist die European Registry of Internet Domain Names (kurz EurRID) das von der Union betraute Unternehmen; (<http://www.eurid.eu/en/about>).

<sup>567</sup> Dieser Artikel bildet die Grundlage für die Durchführungsverordnung zur TLD „eu“, siehe Artikel 1 der Verordnung 874/2004/EG; Vgl sogleich unten.

- Maßnahmen, die eine faire und nicht-diskriminierende Registrierung der Domainnamen ermöglicht,
- Widerrufsmöglichkeiten für bereits vergebene Domainnamen
- Fragen im Bezug auf sprachliche Probleme zu klären und
- Sicherung des Rechts auf geistiges Eigentums und anderer Rechte.

### **7.3 Die TLD – „-eu“ Durchführungsverordnung 874/2004<sup>568</sup>**

#### **7.3.1 Allgemeines und Regelungsgegenstand**

Wie oben bereits ausgeführt wurde die Kommission durch Art 5 Verordnung (EG) Nr. 733/2002/EG ermächtigt, weitere Ausführungsbestimmungen zur TLD „-eu“ zu erlassen. Die vorliegende Richtlinie bestimmt daher nach den in Art 5 Verordnung 733/2002/EG genannten Kriterien, die Beantragung und Registrierung von Domainnamen sowie auch detaillierte Regelungen über deren Widerruf. Darüber hinaus werden Regelungen über die Zulassung der Registrierstellen und über die Streitbeilegung in einem alternativen außergerichtlichen Verfahren erschaffen. Die vorliegende Verordnung wurde jeweils bedingt durch den Beitritt neuer Mitgliedstaaten durch die Verordnungen (EG) Nr. 1654/2005<sup>569</sup>, (EG) Nr. 1255/2007<sup>570</sup> und (EG) Nr. 560/2009<sup>571</sup> in geringem Maße im Anhang verändert, um dem in Art 8 statuierten Prinzip der sprachlichen Vielfalt in der Union zu entsprechen und die Sonderzeichen in den Domainnamen zuzulassen<sup>572</sup>. Die folgende Darstellung dieser Verordnung konzentriert sich – wegen ihrer zivilrechtlichen Relevanz – primär auf Zulassung und Entzug der Domainnamen. Die Bestimmungen zur Zulassung von Registrierstellen und die sonstigen Bestimmungen sind eher im

<sup>568</sup> Verordnung (EG) Nr. 874/2004 der Kommission vom 28. April 2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe ".eu" und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABI L 2004/162, 40.

<sup>569</sup> Verordnung (EG) Nr. 1654/2005 der Kommission vom 10. Oktober 2005 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 874/2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe „-eu“ und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABI L 2005/266, 35.

<sup>570</sup> Verordnung (EG) Nr. 1255/2007 der Kommission vom 25. Oktober 2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 874/2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe .eu und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABI L 2007/282, 16.

<sup>571</sup> Verordnung (EG) Nr. 560/2009 der Kommission vom 26. Juni 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 874/2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe .eu und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung, ABI L 2009/166, 3.

<sup>572</sup> Art 6 Abs 4 Verordnung (EG) 560/2009.

Bereich des europäischen Verwaltungsrechts einzuordnen und werden daher im Rahmen dieser Arbeit nicht näher erörtert.

## 7.3.2 Regelungsinhalt

### 7.3.2.1 Allgemeine Registrierung

Die Antragsberechtigten, also

- Unternehmen, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der Union ist,
- Organisationen, deren Niederlassung in der Union ist oder
- natürliche Personen, deren Wohnsitz innerhalb der Union ist<sup>573</sup>,

dürfen einen oder mehrere Domainnamen unter der TLD „.eu“ registrieren lassen. Wurde eine Registrierung nach den Vorschriften dieser Verordnung durchgeführt, dann ist der gewählte Domainname für andere Antragsberechtigte nicht mehr frei, solange die Registrierung nicht ausläuft oder sie vom Register im Rahmen eines außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens widerrufen wird<sup>574</sup>. Werden gleiche Domainnamen von mehreren Antragsberechtigten gewünscht, dann richtet sich die Vergabe der gewünschten Domain nach dem „Windhundprinzip“<sup>575</sup>. Dieses Prinzip besagt, dass jener Antragsberechtigte die Wunschdomain zugeteilt bekommt, dessen technisch und rechtlich korrekter Antrag als erster bei der zuständigen Registrierstelle eingelangt ist<sup>576</sup>. Wirksam, also freigeschalten wird der Domainnamen erst dann, wenn alle geforderten Gebühren bezahlt sind.

Es soll in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass die Registrierung stets nur für einen bestimmten – vereinbarten – Zeitraum aufrecht

---

<sup>573</sup> Vgl Art 4 Abs 2 Buchstabe b) Unterbuchstabe i) – ii) Verordnung (EG) Nr. 733/2002.

<sup>574</sup> Vgl unten Punkt 7.3.2.3.

<sup>575</sup> Losgelöst vom rechtlichen Zusammenhang besagt dieses Prinzip, dass eine mengenmäßig begrenzte Ressource demjenigen zugeteilt wird, der am ehesten seine Bedarfsmeldung nach dieser Ressource in korrekter Weise abgegeben hat ("first come first serve"). Dieses Prinzip ist demgemäß auch im Alltag weit verbreitet wie zB bei der Vergabe von Flugtickets, Konzertkarten uva. Natürlich hat dieses Prinzip gewisse Lücken, die Betrugs- und Missbrauchsfälle nicht gänzlich vermeiden können. So kann beispielsweise jemand, der eine Ressource gar nicht unmittelbar benötigt sich diese durch geschickte Wahl des Zeitpunkts sichern und diese dann an potentielle Nachfrager, die die Ressource unbedingt benötigen, teurer weitergeben. Um dies zu vermeiden, wurde ua die oben bereits angesprochene Möglichkeit des Widerrufs von Domainnamen geschaffen.

<sup>576</sup> Zu den sich daraus ergebenden Problemen am Domainmarkt siehe *Kirn*, E-Business im Mittelstand, 43ff.

bleibt<sup>577</sup>. **Domainnamen können daher nicht gekauft werden.** Werden sie nach Ablauf dieser Zeitspanne nicht erneuert, dann wird der Domainname wieder für die allgemeine Registrierung zur Verfügung gestellt.

Anträge müssen, um rechtlich und technisch vollständig und richtig zu sein, folgenden Inhalt aufweisen:

- die Identität und Anschrift des Antragstellers;
- eine Erklärung des Antragstellers, dass sein Sitz, seine Hauptverwaltung, Hauptniederlassung oder Wohnsitz innerhalb der Union liegt;
- eine Bestätigung darüber, dass der Antragsteller mit seiner gewählten Wunschdomain keine Rechte Dritter verletzt;
- eine Zustimmung zu sämtlichen Registrierbedingungen und der außergerichtlichen Streitbeilegung nach den Vorschriften dieser Verordnung<sup>578</sup>;

### 7.3.2.2 Gestaffelte Registrierung

Wie oben schon beschrieben findet die Vergabe der Domainnamen nach dem „Windhundprinzip“ statt. Damit dieses Prinzip nicht von Anfang an zu Missbräuchen führt, sah die Kommission in der Verordnung eine gestaffelte Registrierung vor. Es gab daher kurz nach Erlass dieser Verordnung eine viermonatige Frist, in der Unternehmen, die bereits Inhaber früherer Rechte<sup>579</sup>, die in den Mitgliedstaaten oder der Union anerkannt waren, konnten ihre Domainnamen vorab registrieren lassen. Auch den öffentlichen Einrichtungen der Union und den diversen internationalen Organisationen wurde ein solches Vorzugsrecht gewährt. Die Wahl der Domainnamen wurde aber von der Verordnung selbst – in Anlehnung an die

---

<sup>577</sup> In der Praxis werden Erstregistrierungen für die Dauer von einem Jahr abgeschlossen, es sind allerdings auch längere Intervalle bis hin zu zehn Jahren möglich. Nach Ablauf der Frist, sofern die Zahlungen des Domaininhabers weiterhin erfolgen, wird der Domainname automatisch für eine weitere Periode verlängert. Bleiben die Zahlungen für die weitere Bereitstellung des Domainnamens aus oder erlischt die Domain aus anderen Gründen, wird der Domainname in die sog. „redemption grace period“ versetzt, sie wird also blockiert. Die Dauer dieser Periode beträgt 30 Tage. Innerhalb dieser Frist hat der Domaininhaber weiterhin die Chance den Domainnamen wieder zu reaktivieren. Nutzt er diese Möglichkeit nicht, dann wird der Domainnamen in der Regel innerhalb von fünf Tagen wieder für die allgemeine Registrierung freigegeben.

<sup>578</sup> Die diversen Erklärungen und Bestätigungen des Antragstellers werden nur in elektronischer Form anerkannt, da der Verordnungstext dies selbst vorschreibt.

<sup>579</sup> zB Marknamen, Unternehmensbezeichnungen, Handelsnamen, Titel geschützter literarischer oder künstlerischer Werke uva.

Bezeichnung der Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen – eng begrenzt. Da diese gestaffelte Registrierungsphase derzeit nicht mehr läuft, wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher darauf eingegangen.

Registrierungen von TLD – „.eu“ Domainnamen richten sich daher ausschließlich nach dem oben beschriebenen allgemeinen Registrierungsverfahren.

### 7.3.2.3 Sperrung, Übernahme und Widerruf von bereits registrierten Domainnamen

Werden im Domainnamen rassistische, rufschädigende oder sonstige Passagen verwendet, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, hat das Register den betreffenden Domainnamen zu sperren. Ob und inwiefern ein Domainnamen rassistische, rufschädigende oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Ansätze in sich birgt, obliegt der Entscheidung eines Gerichts. Stellt ein Gericht eines Mitgliedstaats fest, dass ein Verstoß vorliegt, hat das Register den Domainname zu widerrufen und anschließend dauerhaft zu sperren<sup>580</sup>. Die Sperre bleibt solange aufrecht, solange das dazu ergangene Urteil rechtskräftig ist.

Bei einer natürlichen Person kann im Falle des Todes, bei einer juristischen Person im Falle der Auflösung – gleichwohl ob diese Auflösung freiwillig oder unfreiwillig (Insolvenz) geschieht – von den Erben bzw möglichen Unternehmensnachfolgern verlangt werden, dass der Domainname übertragen wird. Damit die Domain übernommen werden darf, bedarf es in beiden Fällen geeigneter Nachweise durch die Erben/Nachlassverwaltung oder die potentiellen Unternehmensfortführer, die die Übertragung des Domainnamens rechtfertigen. Wurde ein solcher Antrag bis zum Ablauf der Registrierungsperiode nicht gestellt, dann wird der Domainnamen in eine 40 tägige Blockierungsfrist gesetzt<sup>581</sup>. Werden auch innerhalb dieser Frist keine weiteren Schritte von den Domaininhabern gesetzt, wird der Domainname wieder für die allgemeine Registrierung freigegeben.

---

<sup>580</sup> Es ist im Verordnungstext selbst ausdrücklich bestimmt, dass über die Verstöße die nationalen Gerichte und nicht die Gerichte der Union zu entscheiden haben. Der Begriff „Gericht“ ist aber in diesem Zusammenhang mE sehr wohl europarechtlich auszulegen, wodurch nicht nur Gerichte im engeren Sinn darunter zu subsumieren sind, sondern auch unabhängige Verwaltungsbehörden. Zur genauen Umschreibung des Begriffs „Gericht“ im europarechtlichen Sinne vgl oben Fn 482.

<sup>581</sup> Vgl Fn 577.

Der Widerruf von Domainnamen kann in zwei verschiedenen Vorgangsweisen geschehen:

Ohne jegliches Verfahren hat das Register einen Domainnamen zu widerrufen, wenn:

- fällige Registrierungsentgelte vom Domaininhaber nicht beglichen werden,
- die Angaben des Domainnamenwerbers in Bezug auf seinen Sitz, Wohnsitz, seine Hauptniederlassung oder Hauptverwaltung in der Form fehlerhaft waren, dass ein solcher in der Union tatsächlich nicht vorhanden ist,
- gegen sonstige Registrierungsbedingungen, wie sie nach dieser Verordnung normiert sind, verstoßen wird.

In jedem der drei Fälle ist der Domaininhaber über den Missstand zu informieren, es ist ihm die Gelegenheit einzuräumen, die beanstandeten Missstände zu beenden.

Im Rahmen eines außergerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens hat das Register einen Domainnamen dann zu widerrufen, wenn erwiesen ist, dass ein Domaininhaber einen Domainnamen

- ohne berechtigtem Interesse registriert hat.
- registrieren hat lassen, obwohl er selbst keinerlei Rechte an diesem Domainnamen geltend machen kann.
- in böser Absicht registrieren hat lassen.

In diesem Zusammenhang legt der Verordnungstext selbst noch genau fest, wann eine Domain ohne berechtigtes Interesse oder böswillig registriert worden ist:

Ein berechtigtes Interesse liegt demnach nur vor, wenn der Domaininhaber nachweisen kann, dass er den Domainnamen im Zusammenhang mit seinem Angebot von Waren oder Dienstleistungen verwendet hat oder auch wenn er gedenkt, eine Vertriebsstruktur mit dem besagten Domainnamen einzurichten<sup>582</sup>. Weiters besteht auch dann ein berechtigtes Interesse, wenn der Domaininhaber nachweisen kann, dass auch trotz fehlender anerkannter Rechte (Namens-, Marken-,

---

<sup>582</sup> Während sich der folgende angeführte Grund ausdrücklich auf natürliche und juristische Personen bezieht, lässt sich aus dem Wortlaut des eben angeführten Grundes nur indirekt darauf schließen, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen umfasst sind. Denkt man im Zusammenhang mit dem Vertrieb und Anbieten von Waren und Dienstleistungen primär an Unternehmen, können auch natürliche Personen im Rahmen von Einzelunternehmen diese Tätigkeiten ausüben. Es ist daher möglich, dass auch natürliche Personen diesen ersten Rechtfertigungsgrund in Anspruch nehmen.

Patentrechte etc) der Allgemeinheit bekannt ist, dass der Domaininhaber in engem Zusammenhang mit dem gewählten Domainnamen steht. Über diese beiden wirtschaftlichen Interessen hinaus, hat man an einem Domainnamen aber auch ein Interesse, wenn man diesen rechtmäßig und in nicht kommerzieller Absicht nutzt. Einzige Voraussetzung dabei ist, dass man in keine bestehende Rechte anderer Rechtssubjekte eingreift.

Böswilligkeit liegt dann vor, wenn

- nachgewiesen werden kann, dass der Domaininhaber den Domainnamen primär zu spekulativen Zwecken registriert hat<sup>583</sup>.
- der Domainname bloß registriert wurde, um ihn für Domainwerber mit berechtigtem Interesse oder für diverse öffentliche Einrichtungen nicht mehr verfügbar zu machen, wenn
  - dem Domaininhaber diese Absicht nachgewiesen werden kann oder
  - er den Domainnamen mindesten zwei Jahre nicht einschlägig selber nutzt oder
  - in einem alternativen Streitbeilegungsfall vom Domaininhaber versprochen wurde, diese in den nächsten sechs Monaten einschlägig zu nutzen, dies aber tatsächlich nicht geschehen ist.
- mit der Registrierung andere Wettbewerbsteilnehmer gestört werden sollen.
- ein Domainname absichtlich in einer Weise registriert wurde, dass er wegen der Ähnlichkeit zu einem bereits bestehenden berechtigtem Domainnamen Nutzer bewusst in die Irre führt.
- der Name einer fremden Person gewählt wurde und keinerlei Bezug zu dieser nachgewiesen werden kann.

Abschließend normiert die Verordnung im Gegensatz zu den Richtlinien der anderen IT-Rechtsgebiete eines der umfangreichsten außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren. Auf dieses Verfahren wird im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht näher eingegangen, da es primär zivilprozessrechtliche Fragestellungen beinhaltet.

---

<sup>583</sup> Vgl Fn 575.



## **7.4 Sonstige Rechtsakte**

Im Folgenden soll abschließend auf jene Rechtsakte hingewiesen werden, die im Zusammenhang mit dem Betrieb diverser Betriebsmittel bzw Geräte, die für Anwendungen im Bereich des IT-Rechts genutzt werden<sup>584</sup>, stehen. Diese Rechtsakte haben vor allem für den Arbeitnehmerschutz sowie generell für den Schutz von Personen, die mit den oben angesprochenen Betriebsmitteln arbeiten, Bedeutung.

### **7.4.1 Die Richtlinie 1998/34/EG<sup>585</sup> idF Richtlinie 1998/48/EG<sup>586</sup> betreffend der Notifizierung nationaler technischer Vorschriften**

Nationale technische Vorschriften, die noch von keinem europäischen Rechtsakt vereinheitlicht wurden, stellen Handelshemmnisse im Binnenmarkt dar. Um diesen Hemmnissen entgegenzuwirken, hat der europäische Gesetzgeber parallel mit dem Einsetzen der Normierung im Bereich des Informationstechnologierechts die Notifizierungsrichtlinie erlassen.

Die vorliegende Richtlinie verpflichtet alle Mitgliedstaaten, dass diese vor Änderung oder Erlass technischer Vorschriften, jene Entwürfe der betroffenen Normen, der Kommission vor Inkrafttreten mitteilen. Die Kommission, die anderen Mitgliedstaaten sowie die von der EU eingerichteten Normungsgremien, können Stellungnahmen zu dem Entwurf abgeben. Die Stellungnahmen haben anschließend – so weit wie möglich – in den Normtexten der beabsichtigten technischen Normen einzufließen. Wie lange die Mitgliedstaaten ihre technischen Normen vorübergehend nicht in Kraft setzen dürfen, ist in Art 9 geregelt.

Wie eng die Verbindung der vorliegenden Richtlinie zum europäischen Informationstechnologierecht ist, zeigt insb der Verweis des Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 2000/31/EG auf Art 1 Nummer 2 der vorliegenden Richtlinie<sup>587</sup>.

---

<sup>584</sup> Darunter sind global jene Geräte und Endgeräte zu verstehen, die zur Ausübung der verschiedenen Informationstechnologien nötig sind, wie zB (Computer inkl Peripherie, Telefone, mobile Endgeräte, Fernseher, Radios uva)

<sup>585</sup> Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI L 1998/204, 37.

<sup>586</sup> Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/48/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABI L 1998/217, 18.

Technische Rechtsvorschriften, die in Umsetzungen der europäischen Normen – somit auch jenen, die in dieser Arbeit dargestellt sind – erlassen werden, unterliegen nicht dem Notifizierungsprozess iS der vorliegenden Richtlinie<sup>588</sup>.

#### **7.4.2 Die Richtlinie 2006/25/EG zum Arbeitnehmerschutz bei physikalischen Einwirkungen<sup>589</sup>**

Heutzutage müssen Menschen in sämtlichen Wirtschaftsbereichen mit elektronischen Betriebsmitteln arbeiten. Nicht wenige dieser Betriebsmittel senden dabei oft mehr oder weniger schädliche optische Strahlen aus. Die vorliegende Richtlinie versucht zumindest im Bereich des Arbeitsplatzes dafür zu sorgen, dass die optische Strahlung von Betriebsmitteln innerhalb normaler Parameter bleibt und so zu keiner Schädigung von Augen oder Haut führt. Die Richtlinie sieht zu diesem Zweck eine Klassifizierung der verschiedenen Betriebsmittel vor. Weiters sollen die Arbeitnehmer auch im Umgang mit gefährlichen Betriebsmitteln geschult werden. Die Arbeitgeber in der Union werden durch diese Richtlinie im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Arbeitnehmern verpflichtet, die vorgegebenen Grenzwerte zu beachten.

#### **7.4.3 Die Richtlinie 2004/108/EG zur elektromagnetischen Verträglichkeit von Betriebsmittel und Geräten<sup>590</sup>**

Vor allem im Zusammenhang mit dem Betrieb elektronischer Geräte, treten oft elektromagnetische Emissionen auf. Die vorliegende Richtlinie versucht diese Emission auf ein angemessenes Niveau zu beschränken<sup>591</sup>.

Als Betriebsmittel und Geräte iS dieser Richtlinie sind sämtliche Apparate zu verstehen, die in irgendeiner Weise elektromagnetische Störungen verursachen

---

<sup>587</sup> Vgl auch oben Seite 133f.

<sup>588</sup> Vgl Art 10 Abs 1 erster Spiegelstrich.

<sup>589</sup> Richtlinie 2006/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (künstliche optische Strahlung), ABI L 2006/114, 38.

<sup>590</sup> Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG, ABI L 2006/390, 24.

<sup>591</sup> Diese Richtlinie hat im Gegensatz zur Richtlinie 2006/25/EG nicht den Schutz der Menschen und Tiere als Gegenstand, sondern ausschließlich den Schutz anderer elektronischer Geräte.

können und für den Betrieb durch den Endbenutzer bestimmt sind. Diese Geräte dürfen im Unionsgebiet nur in Verkehr gebracht werden, wenn ihre elektromagnetischen Emissionen nicht dazu führen, dass Funk- oder Telekommunikationseinrichtungen sowie andere Betriebsmittel gestört werden. Umgekehrt müssen die Geräte auch gegenüber einem gewissen Immissionspegel unempfindlich sein. Erfüllen die Betriebsmittel die Bestimmungen dieser Richtlinie, wird ihnen wie auch den Geräten iS der Richtlinie 1999/5/EG und 2006/25/EG eine CE-Kennzeichnung zugestanden<sup>592</sup>. Tragen die Geräte das Konformitätszeichen, dann dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr solcher Betriebsmittel nicht weiter beschränken.

#### **7.4.4 Die Richtlinie 2006/95/EG betreffend der Verwendung von Betriebsmittel innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen<sup>593</sup>**

Alle Betriebsmittel, die mit einer elektrischen Spannung von 50 bis 1000V Wechselspannung oder 75 bis 1000V Gleichspannung arbeiten, müssen so hergestellt werden, dass die Sicherheit von Mensch, Tier und anderen Sachwerten gewährleistet ist. Erfüllen die Betriebsmittel die Bestimmungen dieser Richtlinie, wird ihnen wie auch den Geräten iS der Richtlinie 1999/5/EG eine CE-Kennzeichnung zugestanden<sup>594</sup>. Tragen Betriebsmittel ein CE-Kennzeichen, dann sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass der freie Verkehr dieser Betriebsmittel aus Sicherheitsgründen nicht weiter behindert wird.

---

<sup>592</sup> Vgl oben Seite 71f.

<sup>593</sup> Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen, ABI L 2006/374, 10.

<sup>594</sup> Vgl oben Seite 71f und oben Punkt 7.4.3.

#### 7.4.5 Die Energieverbrauchsrichtlinie 2010/30/EU<sup>595</sup>

Der Betrieb von fast allen Produkten – vor allem aber Produkte, die im Zusammenhang mit der Informationstechnologie betrieben werden – benötigt elektrische Energie. Es ist weiters Tatsache, dass die Kosten für die Erzeugung von elektrischer Energie stetig ansteigen. Die vorliegende Richtlinie hat es sich daher zum Ziel gesetzt, die Verbraucher über den Energieverbrauch von Geräten und dessen Verbrauch bestimmter Ressourcen zu informieren. Vorgesehen ist, dass über jedes energieverbrauchsrelevantes Produkt die nötigen Informationen (Art 4) mitgeliefert werden, damit der Verbraucher weiß, wie viel Energie das Gerät tatsächlich verbraucht. Dadurch soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, die Produkte leichter miteinander zu vergleichen. Die Produkte sind von den Produzenten alle samt mit Datenblättern zu bestücken.

---

<sup>595</sup> Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABI L 2010/153, 1.

## **8. Hauptstück – Analyse und wissenschaftliche Untersuchung des europäischen IT-Rechts**

### **8.1 Allgemeines**

Nachdem nun in den Hauptstücken 3 – 7 ein kurzer aber kompakter Überblick über das europäische Informationstechnologierecht ermöglicht wurde, wird dieses im folgenden Hauptstück einer Gesamtbetrachtung unterzogen. Bei dieser Gesamtbetrachtung werden einige auffällige Punkte, die das europäische Informationstechnologierecht aufweist, aufgezeigt. Es wird aufgezeigt, dass der primäre Zweck der diversen Rechtsakte nicht nur in der Vereinheitlichung und Angleichung nationalen Rechts besteht. Des Weiteren wird sowohl die formelle Formwahl der Rechtsakte (Richtlinie/Verordnung) untersucht, als auch die inhaltliche Ausgestaltung dieser. Die sich daraus ergebenden Folgen werden thematisiert. Es wird darüber hinaus aufgezeigt, in wie weit sich die diversen Rechtsakte beeinflussen und der Inhalt eines Rechtsakts von den Inhalten anderer Rechtsakte abhängt.

Im Zusammenhang mit den Regelungsinhalten des europäischen Informationstechnologierechts werden die normativen Eckpfeiler der Gesamtbetrachtung in diesem Bereich explizit herausgearbeitet. Gleichzeitig kann dabei die Gesamtbetrachtung auf mögliche Homogenität/Inhomogenität untersucht werden. Maßnahmenübergreifende Besonderheiten des europäischen IT-Rechts werden herausgearbeitet und aufgezeigt.

### **8.2 Zweck der Regelungen und normative Grundlagen der Rechtsakte**

#### **8.2.1 Allgemeines**

Eine Besonderheit des europäischen Gesetzgebungsverfahrens ist es, dass jeder Rechtsakt, der erlassen werden soll, entweder eine normative Grundlage im Primär- oder daraus abgeleitet im Sekundärrecht benötigt. Die EU selbst besitzt, anders als nationale Gesetzgeber, keine Kompetenz-Kompetenz. Dieses Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt daher sowohl in formaler also auch in materieller Hinsicht.

Praktisch gesehen bedeutet dies, dass die Organe zur Erlassung sekundärrechtlicher Rechtsakte die passende primärrechtliche Kompetenznorm wählen müssen. Diese Kompetenznorm regelt sowohl, welche Handlungsformen (formelle Einzelermächtigung) die Organe wählen dürfen, als auch die grundlegenden inhaltlichen Vorgaben (materielle Einzelermächtigung) für die Organe. Diese Besonderheit im Zusammenhang mit dem europäischen Gesetzgebungsverfahren setzt den Rechtsanwender in die besondere Lage, dass er anhand der primärrechtlichen gewählten Grundlage einen ersten Denkansatz bekommt, welche Ziele der vorliegende Rechtsakt erreichen will.

Untersucht man die primärrechtlichen Grundlagen der oben ausgeführten Rechtsakte, kann man feststellen, dass die Rechtsakte bis auf wenige Ausnahmen auf die primärrechtliche Kompetenznorm des Art 114<sup>596</sup> AEUV gestützt wurden. Dieser Artikel – eingeführt durch die EEA<sup>597</sup> - erleichterte die Vorantreibung der Rechtangleichung durch die EU<sup>598</sup>. Einerseits wird im Gegensatz zu Art 115<sup>599</sup>, der für Maßnahmen Einstimmigkeit verlangt, im Bereich des Art 114 auf das Rechtssetzungsverfahren des Art 294<sup>600</sup> verwiesen, womit eine politische Durchsetzbarkeit von Maßnahmen zur Errichtung des Binnenmarkts wesentlich erleichtert wird. Andererseits enthält Art 95 keine Sachbereichsbegrenzung, da sein Anwendungsbereich nur von Art 26<sup>601</sup> und dem Zweck der Errichtung und Funktionieren des Binnenmarkts eingegrenzt wird<sup>602</sup>. Da Art 114 EGV innerhalb des Geflechts von Kompetenznormen im AEUV aber eine allgemeine Norm zur Angleichung der Rechtsvorschriften ist, lassen sich aus ihr allerdings keine primären Regelungsabsichten nachvollziehen. Weiter tritt Art 114, wie schon aus dem Regelungstext selbst zu entnehmen ist, gegenüber den speziellen

---

<sup>596</sup> Ex Art 95 EGV.

<sup>597</sup> Die Einheitliche Europäische Akte war eine der ersten wichtigen Änderungen der Gründungsverträge und führte am 1.7.1987 zu einer Verstärkung der Integration. Die EAA ermöglichte durch weitgehende Einführung von Mehrheitsbeschlüssen in den Organen der EU auch eine leichtere politische Willensbildung. Vgl dazu *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht<sup>4</sup> Rz 102 ff.

<sup>598</sup> Genaueres dazu vgl oben Punkt 2.2.

<sup>599</sup> Ex Art 94 EGV.

<sup>600</sup> Ex Art 251 EGV.

<sup>601</sup> Ex Art 14 EGV.

<sup>602</sup> Ausführlich dazu *Trüe*, Das System der Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union (2002), 262ff; siehe zur Kompetenzabgrenzung im Bereich des Art 94 und 95 auch *Taschner* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, EU-/EG-Vertrag Kommentar<sup>5</sup>, Art 100 Rz 16ff.

Kompetenznormen des AEUV zurück; sie stellt eigentlich nur eine subsidiäre Kompetenznorm dar<sup>603</sup>.

Der europäische Gesetzgeber hat daher im Bereich des Informationstechnologierechts vorrangig mit dem Ziel der Errichtung des Binnenmarkts im Bereich der IT gehandelt. Auch der Hauptanwendungsbereich des Art 114 liegt dabei ebenfalls bei der Verwirklichung des freien Warenverkehrs, sofern dafür nicht eine besondere Kompetenzgrundlage herangezogen werden kann. Dieses Ziel zeigt sich am deutlichsten in der Richtlinie 1999/5/EG, wo gezielt auf einen Abbau technischer Hemmnisse für den freien Warenverkehr hingewirkt wird, und in den Richtlinien 1997/7/EG und 2000/31/EG wo gezielt auf den Abbau rechtlicher Hemmnisse eingewirkt wurde. Die Tatsache, dass eine Generalkompetenznorm zur Erlassung der Maßnahmen herangezogen wurde, vereitelt allerdings die Erforschung eines weiteren ursprünglichen Willen des Gesetzgebers. Der Zweck einer Maßnahme lässt sich daher nur anhand der gewählten Kompetenznorm nicht ermitteln.

### 8.2.2 Kritikpunkte im formellen Bereich der Kompetenzwahl

Im Zusammenhang mit der vorwiegenden Wahl der Kompetenznorm von Art 114 ist jedoch im Bereich des IT-Rechts besonders auf die VO (EG) Nr. 2887/2000 und auf die VO (EG) Nr. 717/2007 hinzuweisen. Wie schon oben beschrieben<sup>604</sup> und auch der Literatur zu entnehmen ist<sup>605</sup>, stellen Verordnungen in der von Art 288<sup>606</sup>

---

<sup>603</sup> In diesem Zusammenhang darf die Subsidiarität des Artikels 114 gegenüber den anderen Kompetenznormen aber nicht mit dem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip verwechselt werden. Jenes Prinzip regelt das Handeln der Organe der EU, falls keine ausdrücklichen Kompetenznormen im Primärrecht vorhanden sind. Da Art 114 aber eine Kompetenznorm darstellt, die nur ihrerseits gegenüber den anderen Kompetenznormen subsidiär ist, kommt die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips an dieser Stelle mE nicht in Frage. Die Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten ergibt sich nämlich im Rahmen des Art 114 iVm Art 26 aus der „Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts“ und nicht aus dem allgemeinen Prinzip des Art 5 EUV (= Art 5 EGV). Weiters ist weder Art 26, noch Art 114 eine sprachliche Wendung zu entnehmen, die auf den subsidiären Charakter iS des Subsidiaritätsprinzips hinweisen würde. Vgl dazu auch *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht<sup>4</sup>, Rz 938ff; *Taschner* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag<sup>5</sup>, Art 100 Rz 16ff; aA *Herrfeld* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar, Art 94 Rz 18f; *Callies*, Subsidiaritäts- und Solitaritätsprinzip in der Europäischen Union<sup>2</sup>, 129f.

<sup>604</sup> Vgl oben Punkt 2.3.1.

<sup>605</sup> Vgl insb *Oppermann*, Europarecht<sup>2</sup>, Rz 540f; *Streinz*, Europarecht<sup>7</sup>, Rz 427ff.

<sup>606</sup> Ex Art 249 EGV.

vorgegebenen Form „europäische Gesetze“ dar. Sie dienen daher nicht bloß der Rechtsangleichung sondern primär der Schaffung europäischen Einheitsrechts<sup>607</sup>.

Kombiniert man die obigen Ausführungen zur Verordnung aber mit der Textierung des Art 114, der ausdrücklich nur von der „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ spricht, gelangt man prima facie zu einer Kompetenzüberschreitung der Europäischen Union. Eine genauere Untersuchung zeigt jedoch, dass Art 114 die Handlungsformen nicht wie Art 115 bloß auf Richtlinien beschränkt<sup>608</sup>. Im Umkehrschluss und im Einklang mit der Literatur muss daher davon ausgegangen werden, dass den Organen der EU im Bereich des Art 114 alle Maßnahmen iS des Art 288 zur Verfügung stehen<sup>609</sup>. Zwar ist im Bereich des Art 114 vornehmlich auf Richtlinien zurückzugreifen, grundsätzlich ist aber der Verwendung von Verordnungen als Maßnahme der Rechtsangleichung nichts entgegenzusetzen<sup>610</sup>.

Diese Verordnungen sind aber trotz all dem nur dann mit Art 114 als Kompetenzgrundlage zu begründen, wenn deren Inhalt im Bereich der Rechtsangleichung bleibt. Die Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 erfüllt zweifelsfrei jene Vorgaben des Art 114, allerdings kann dies aber im Fall der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 bzw 544/2009 massiv bestritten werden. Wie oben ausgeführt bilden die Richtlinien 2002/19/EG – 2002/22/EG in ihren jeweiligen Fassungen durch die Richtlinien 2009/136/EG und 2009/140/EG den grundsätzlichen Rechtsrahmen im Bereich des Telekommunikationsrechts. Ausdrücklich weist Art 1 Abs 5 Richtlinie 2002/21/EG<sup>611</sup> darauf hin, dass es sich bei der Roamingverordnung nur um eine Einzelmaßnahme handelt. Da aber auch die nationalen Rechtsordnungen im Wesentlichen dem europäischen Rechtsbestand gleichen und die freie Preisgestaltung der Mobilfunkbetreiber in den Richtlinien nicht geregelt wurde, handelt es sich mE um eine bloß ergänzende Wirkung, die diese Verordnung erfüllt. Die Roamingverordnung beeinträchtigt daher nicht den nationalen Rechtsbestand der Mitgliedstaaten, sondern fügt dem vorhandenen Rechtsbestand unmittelbar

---

<sup>607</sup> Fischer/Karollus/Köck, Europarecht<sup>4</sup>, Rz 1254.

<sup>608</sup> Taschner in Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag<sup>5</sup>, Art 100 Rz 41ff;

<sup>609</sup> Herrfeld in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, Art 95, Rz 35ff.

<sup>610</sup> Diese Tatsache wird massiv von der aktuellen Fassung des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (ABI C 2007/306, 150ff) untermauert, wonach der generelle Vorzug der Richtlinie gegenüber der Verordnung, wie er noch in Ziffer 6 Satz 3 des alten Protokolls (ABI C 1997/304, 105) ausdrücklich vorgesehen war in der aktuellen Textierung nicht mehr vorhanden ist; Vgl auch Herrfeld in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, Art 95, Rz 36.

<sup>611</sup> idF Art 10 Verordnung (EG) Nr. 717/2007.



anwendbares Unionsrecht bei. Nach *Herrnfeld* liegt somit im Falle der Roamingverordnung eine Kompetenzüberschreitung der EU vor<sup>612</sup>.

Der Ansicht von *Herrnfeld* kann in praktischer Hinsicht aber folgendes entgegengehalten werden:

Es kann einerseits argumentiert werden, dass eine effektive Beeinflussung der Preisgestaltung nur durch Verordnungsbestimmungen erreicht werden kann, da diese im Gegensatz zu Richtlinienbestimmungen nicht umgesetzt werden müssen und sofort bzw unmittelbar gelten. Andererseits kann argumentiert werden, dass mit Richtlinienbestimmungen ein „ad hoc – Eingriff“ in die Preisgestaltung der Mobilfunkbetreiber nicht möglich gewesen wäre, da Richtlinien stets Umsetzungsfristen für die Mitgliedstaaten vorsehen. Daraus resultiert, dass eine zeitlich ad hoc einsetzende Deckelung der Entgelte nicht gewährleistet hätte werden können.

Wären die entsprechenden Bestimmungen im Rahmen von Richtlinienbestimmungen erlassen worden, hätte man sich im Falle des Umsetzungsverzugs durch die Mitgliedstaaten auch keine Abhilfe über die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Richtlinienbestimmungen helfen können. Theoretisch wäre zwar der Verzug der Mitgliedstaaten mit der Umsetzung der jeweiligen Bestimmungen erfüllt gewesen, doch hätten die Bestimmungen nicht zu einer Begünstigung im vertikalen Verhältnis geführt<sup>613</sup>, womit die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen an dieser Voraussetzung gescheitert wäre<sup>614</sup>.

Darüber hinaus kann zusätzlich festgehalten werden, dass die EU mit der Roamingverordnung nicht beabsichtigte, dauerhaft in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten einzugreifen. Wie sich nämlich aus Art 13 VO (EG) Nr. 717/2007<sup>615</sup> ergibt, tritt die Maßnahme am 30. Juni 2012 wieder außer Kraft, womit sich die von *Herrnfeld* behauptete Kompetenzüberschreitung ebenfalls erübrigt.

Rein rechtlich gesehen weist daher die Wahl der Kompetenzgrundlage der Roamingverordnung gewisse Fragen im Bereich des Prinzips der begrenzten

---

<sup>612</sup> *Herrnfeld* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar, Art 95 Rz 37.

<sup>613</sup> Zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen siehe *Fischer/Karollus/Köck*, *Europarecht*<sup>4</sup>, Rz 1273f.

<sup>614</sup> So ist es auch bereits gefestigte Rechtsprechung des EuGH, dass einer Richtlinienbestimmung im horizontalen Verhältnis keine unmittelbare Anwendbarkeit zukommt: EuGH 26.2.1986, C-152/84, *Marshall I*, EuGH 14.7.1994, C-91/92, *Faccini Dori*.

<sup>615</sup> idF Art 1 Abs 14 Verordnung (EG) Nr. 544/2009.

Einzelermächtigung auf<sup>616</sup>. Praktisch und wirtschaftlich gesehen war der Erlass einer Verordnung im Zusammenhang mit der Preisregulierung der Roamingtarife jedoch der einzig sinnvolle Weg, der sich dem europäischen Gesetzgeber eröffnete.

Abgesehen von den angesprochenen Verordnungen bereitet die Kompetenznormwahl für die Richtlinie 2006/24/EG ebenfalls einige Ungereimtheiten. Wie oben ausführlich ausgeführt, dient Art 114 der Beseitigung von Hindernissen und Verzerrungen des Binnenmarkts. Untersucht man jedoch die Regelungen der Richtlinie 2006/24/EG genauer, kann man zweifelsfrei feststellen, dass deren primäres Ziel nicht die Vermeidung der Beeinträchtigung des Binnenmarkts ist<sup>617</sup>, sondern eindeutig der besseren Strafverfolgung dienen insb jener Straftaten, die im Zusammenhang mit dem Terrorismus stehen. Bestätigt wird dieses strafrechtliche Ziel vor allem dadurch, dass auch schon die Idee der Einführung einer solchen Maßnahme im Rahmen des EU Cybercrime Forums massiv vorangetrieben wurde<sup>618</sup>.

Folgerichtig hätte daher damals die Vorratsdatenspeicherung in Form eines Rahmenbeschlusses gestützt auf Art 34 EGV<sup>619</sup> erlassen werden müssen. Allerdings lässt die Textierung von Art 34 EGV („einstimmig“) sofort erkennen, dass dieses Vorhaben im Rahmen der dritten Säule politisch nicht durchsetzbar war<sup>620</sup>. Um die Einstimmigkeit zu umgehen, wurde daher abermals auf die Kompetenznorm des Art 114 zurückgegriffen<sup>621</sup>. Abgesehen von den Mehrheitserfordernissen, sah sich auch das Europäische Parlament mit der Wahl von Art 34 EGV regelrecht überrumpelt, da es im Bereich dieser Kompetenznorm keinerlei Mitspracherechte eingeräumt bekam.

---

<sup>616</sup> So wurde die Frage der Wahl von Art 114 für den Erlass der Roamingverordnung auch vom High Court of Justice im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH thematisiert. Der EuGH befand im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens jedoch, dass Art 114 die geeignete Kompetenznorm für den Erlass der Verordnung (EG) Nr. 717/2007 war. Siehe EuGH 8.6.2010, C-58/08, *Vodafone*, Rn 48.

<sup>617</sup> So argumentiert die Kommission in den Erwägungsgründen (6) bspw, dass die unterschiedlichen rechtlichen und technischen Voraussetzungen der Vorratsdatenspeicherung den Telekommunikationsbinnenmarkt beeinträchtigen. Dies ist allerdings meines Erachtens nur schwer argumentierbar, da eine verdachtsunabhängige Speicherung von Verkehrsdaten bislang in der Form in keinem Mitgliedstaat bestand. Verdachtsunabhängig durften Daten eben nur im Rahmen der Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG gespeichert werden. Im Bereich der Vorratsdatenspeicherung in der elektronischen Kommunikation bestand also zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Maßnahmen gar kein europäischer Markt.

<sup>618</sup> Vgl dazu EU Forum on Cybercrime, Discussion Paper for Expert's Meeting [6. 11. 2001] on Retention of Traffic Data vom 29. 10. 2001 ([http://ec.europa.eu/information\\_society/topics/telecoms/internet/crime/wpapnov/text\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/internet/crime/wpapnov/text_en.htm)).

<sup>619</sup> Art 34 EGV wurde durch den Vertrag von Lissabon ersatzlos gestrichen.

<sup>620</sup> Zur geschichtlichen Entwicklung und der grundrechtlichen Problematik der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie vgl *Liebwald*, Die systematische Aufzeichnung der Daten über elektronische Kommunikation zu Überwachungszwecken, *jusIT* 2010, 58

<sup>621</sup> Art 114 verweist selbst auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Art 294), in dessen Rahmen bloß eine Mehrheit für die Annahme der Maßnahme verlangt wird.

Warum die Abgeordneten im Mitentscheidungsverfahren dann aber die Maßnahme doch in ihrer erlassenen Intensität zuließen bleibt weiterhin fraglich.

Objektiv betrachtet stellt die Wahl von Art 114 für den Erlass der Vorratsdatenspeicherung wohl zweifelsfrei eine formelle Kompetenzüberschreitung dar. Gegen diese falsche Wahl der Kompetenznorm wurde von Irland noch im Jahr 2006 eine Nichtigkeitsklage gemäß dem Verfahren nach Art 263<sup>622</sup> eingebracht, die aber vom EuGH am 10.2.2009 ebenfalls abgeschmettert wurde<sup>623</sup>. Argumentiert wurde vom EuGH in erster Linie, dass die Richtlinie weder Auskunftsregelungen noch Regelungen, die den Tausch der Daten zwischen den unterschiedlichen Behörden vorsehen, beinhalte.

### **8.2.3 Kritikpunkte bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Maßnahmen**

Wie aus der Darstellung des europäischen IT-Rechts ersichtlich ist, besteht es zum größten Teil aus Richtlinien. Richtlinien sind, wie oben bereits erwähnt, nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Konkret bedeutet es in diesem Zusammenhang, dass die einzelnen Richtlinienbestimmungen in der Form ausgestaltet werden müssen, dass sie dem nationalen staatlichen Adressaten jenen Handlungsspielraum überlassen, als dies nicht über den Zweck der Ermächtigungsnorm (Art 114) hinausgeht<sup>624</sup>. Art 114 dient, wie bereits mehrfach erwähnt primär dem Zweck, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in der Form anzugleichen, dass es zu einer Verbesserung des innergemeinschaftlichen Marktes gereicht.

Bei der genaueren Untersuchung des europäischen IT-Rechts fällt auf, dass die Regelungsintensität mit der Zeit stets zugenommen hat. Konkret bedeutet dies, dass Richtlinienbestimmungen vom europäischen Gesetzgeber inhaltlich immer ausführlicher und detaillierter ausgestaltet werden. Es ist also im Zeitraum, der meiner Untersuchung zugrunde gelegt wurde, eine enorme Regelungsintensitätszunahme feststellbar. Grundsätzlich ist dies im Bereich technischer Normen, wenn dies dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt und

---

<sup>622</sup> Ex Art 230 EGV.

<sup>623</sup> EuGH 10.2.2009, C-301/06, *Irland/Parlament und Rat*.

<sup>624</sup> *Daig/Schmidt* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>4</sup>, Art 189 Rz 37.

sich der Richtliniengeber im Rahmen der Ziele der Kompetenznorm bewegt, zulässig und meines Erachtens nicht weiter problematisch.

Dass der europäische Gesetzgeber aber vor allem in den jüngeren Maßnahmen teilweise über das Ziel hinausschießt, soll anhand eines praktischen Beispiels gezeigt werden. Zur Veranschaulichung der Regelungsintensität einer jüngeren Richtlinienbestimmung wird daher ein Ausschnitt aus Art 3a Richtlinie 2002/21/EG<sup>625</sup> herangezogen:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Leiter einer nationalen Regulierungsbehörde oder gegebenenfalls Mitglieder des Kollegiums nach Unterabsatz 1, das diese Aufgabe wahrnimmt, oder die Stellvertreter nur entlassen werden können, wenn sie die in den nationalen Rechtsvorschriften vorab festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung ihres Amtes nicht mehr erfüllen. Die Entscheidung über die Entlassung des Leiters der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde oder gegebenenfalls von Mitgliedern des Kollegiums, das diese Aufgabe wahrnimmt, muss zum Zeitpunkt der Entlassung veröffentlicht werden. Der entlassene Leiter der nationalen Regulierungsbehörde oder gegebenenfalls die entlassenen Mitglieder des Kollegiums, das diese Aufgabe wahrnimmt, müssen eine Begründung erhalten und haben das Recht, die Veröffentlichung dieser Begründung zu verlangen, wenn diese Veröffentlichung nicht ohnehin erfolgen würde; in diesem Fall ist die Begründung zu veröffentlichen.“*

Klar ersichtlich ist, dass in diesem Bereich den nationalen Gesetzgebern nicht mehr viel Handlungsspielraum überlassen wird. Ist der rechtskundige Leser solche detaillierten Verfahrensvorschriften bspw aus dem nationalen Aktien- oder GmbH-Recht zwar durchaus gewöhnt, hat die Bestimmung in der vorliegenden Intensität aber meines Erachtens in einer Richtlinienbestimmung nichts verloren. Diese Norm enthält weder technische Details, die es verlangen, auf den letzten Strich angeglichen zu werden, noch dient diese Norm meines Erachtens in irgendeiner Weise der weiteren Verbesserung der binnenmarktrechtlichen Situation. Durch diese Norm wird weiters bereits massiv in die nationale Gesetzgebung eingegriffen, wenn man sich bei der Umsetzung an die Grundsätze der Kommission und des EuGH hält<sup>626</sup>. Vollkommen zu Recht erkennt *Stabentheiner*, dass Richtlinien-texte oft

---

<sup>625</sup> Art 3a Richtlinie 2002/21/EG idF Art 1 Abs 3 Buchstabe b) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>626</sup> Vgl dazu etwa *Magnus*, Verhandlungen des 12. ÖJT II/2 (1994) 110, der sich für eine "engere wortgetreue Umsetzung" ausspricht. Auch der EuGH legt bei den Umsetzungen meist einen strengen Maßstab an. Siehe dazu insb EuGH 28.2.1991, C-131/88, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*.

unverständlich und kompliziert aufgebaut sind. Dies resultiere primär daraus, dass oft ein multinationales Verständnis in die Formulierung der Richtlinien Texte einfließt<sup>627</sup>.

Zwar ist das oben angeführte Einzelbeispiel isoliert betrachtet nicht gefährlich, häufen sich jedoch die Fälle solch intensiven Richtlinienbestimmungen im Bereich des IT-Rechts, kann dies dazu führen, dass die bessere Anpassungsmöglichkeit von nationalen Eigenheiten einer Rechtsordnung an Richtlinien vereitelt wird. Es kann nämlich unter Beachtung der von *Stabentheiner* ausgeführten Überlegungen im Extremfall dazu führen, dass solch detaillierte Richtlinienbestimmungen in größerer Fülle nicht mehr ohne weiteres gemäß den Vorgaben der Kommission und des EuGHs in nationale Gesetze umsetzbar sind, da sie die spezifische Eigenheit der jeweiligen nationalen Gesetze zu wenig beachten. Der nationale Gesetzgeber steht im Falle des vermehrten Auftretens solcher intensiven Richtlinienbestimmungen vor einer unlösbaren Aufgabe. Er kann einerseits versuchen, die Richtlinienbestimmungen nach den Vorgaben der Kommission und des EuGH umzusetzen, riskiert dann aber unter Umständen eine Verfremdung seines nationalen Gesetzes. Er kann andererseits die Richtlinienbestimmungen so umsetzen, dass sie mit dem Rest des nationalen Gesetzes harmonisieren, riskiert dann allerdings ein Vertragsverletzungsverfahren wegen unzureichender Umsetzung der Richtlinienbestimmungen. Ein weiteres Argument gegen die weitere Intensivierung der Richtlinienbestimmungen kann darin gesehen werden, dass der Unterschied im Hinblick auf den „Wirkungsgrad der Maßnahme“ zwischen Verordnungen und Richtlinien langsam aber sicher verloren geht.

#### **8.2.4 Zusammenfassung der Ergebnisse**

Schlussendlich kann festgestellt werden, dass die Mitgliedstaaten der EU im Bereich der Informationstechnologie weitreichende Kompetenzen übertragen haben. Dies ist erfreulich, da wie schon erwähnt, mit der Entwicklung neuen Technologien nur noch im Rahmen grenzüberschreitender rechtlicher Anpassungsmaßnahmen Schritt gehalten werden kann. Wie sich gezeigt hat, dienen alle oben beschriebenen

---

<sup>627</sup> *Stabentheiner*, Probleme bei der Umsetzung zivilrechtlicher EU-Richtlinien am Beispiel der Time-Sharing-Richtlinie, JBl 1997, 65.

Rechtsakte dem Ziel zur Verwirklichung des Binnenmarkts beispielsweise in folgender Form:

- Die Richtlinien 1999/5/EG, 2006/25/EG, 2004/108/EG, 2006/95/EG der Beseitigung produktbezogener (technischer) Handelshemmnisse;
- Die Richtlinien 2002/19/EG – 2002/22/EG der Beseitigung noch bestehender öffentlicher Monopole;
- Die Richtlinien der Hauptstücke Datenschutz; Vertragsrecht und Urheberrecht der Beseitigung rechtlicher Handelshemmnisse.

Bis auf die strittige Verordnungen (EG) Nr. 717/2007 und (EG) Nr. 544/2009 und die Richtlinie 2006/24/EG haben sich die Organe auch stets in den von ihnen durch das Primärrecht vorgegebenen Kompetenzgrenzen gehalten. Bedenklich bleibt allerdings, dass sich die EU gelegentlich über die Grenzen des rechtlich zulässigen hinwegsetzt, wenn die diversen gewünschten Maßnahmen politisch im Bereich der rechtlich eigentlich vorausgesetzten Kompetenznorm nicht durchsetzbar sind. Insbesondere die Vorgehensweise im Bereich der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie lässt als objektiver Betrachter jegliches Feingefühl der EU vermissen.

Festgestellt wurde ebenfalls, dass die inhaltliche Komplexibilität der Richtlinienbestimmungen im Laufe der Zeit stetig zunimmt. Auch in diesem Bereich muss die EU daher meines Erachtens Feingefühl beweisen und versuchen, die Handlungsspielräume der nationalen Gesetzgeber auch weiterhin in ausreichendem Maße zu wahren. Bei weiterer Zunahme an detaillierten Regelungen kann es dazu kommen, dass die speziellen Eigenheiten des nationale Rechtsbestands über kurz oder lang verloren gehen.

## 8.3 Maßnahmenübergreifende Besonderheiten des europäischen Informationstechnologierecht

### **8.3.1 Definitionen/Begriffsbestimmungen**

#### 8.3.1.1 Allgemeines zur Verwendung von Begriffsbestimmungen in Rechtsnormen

Wie oben schon angemerkt und in der Darstellung des europäischen Informationstechnologierechts durchgehend ersichtlich, bedient sich der europäische Gesetzgeber in den Maßnahmen im Rahmen des IT-Rechts einer Fülle an Begriffsbestimmungen. Bis auf die urheberrechtlichen Richtlinien betrifft diese Vorgehensweise jede einzelne Maßnahme. Insbesondere mit der Rechtsnatur einer Richtlinie entstehen in einem maßnahmenübergreifenden Kontext allerdings Fragen, die anschließend besprochen werden sollten.

Einleitend führt die genauere Untersuchung von Begriffsbestimmungen an den Anfang der juristischen Methodenlehre zurück. So ist auch der europäische Gesetzgeber gezwungen, sich der menschlichen Sprache zu bedienen. Da diese unvollkommen ist, weist jede Regelung gewisse sprachliche Unschärfen auf. Zwar ist jedes Wort seinem Kernbereich nach deutlich abgrenzbar, doch treten im Begriffshof eines jeden Wortes bereits diverse Zuordnungsprobleme auf<sup>628</sup>. Ersichtlich ist auf Grund der Fülle an Begriffsdefinitionen, dass der europäische Gesetzgeber im Bereich des IT-Rechts gröbere Auslegungsfragen tunlichst vermeiden will. Kehrseite diese Vorgangsweise ist, dass die Begriffsbestimmungen aber nicht zu detailliert ausgestaltet werden dürfen, da dies einerseits zu umständlichen Formulierungen führen würde und andererseits der Abstraktionsgrad der Begriffsbestimmungen zu niedrig gewählt werden kann, was dazu führt, dass es zu Regelungslücken kommt. Dass gerade im Bereich der Informationstechnologie die korrekte Wahl der juristischen Sprache von enormer Bedeutung ist, ist unbestritten. So ist es ein Wesensmerkmal des IT-Rechts für immer komplizierter werdende technische Vorgänge, technische Geräte und Interaktion zwischen Rechtssubjekten, die juristischen Grundlagen zu bilden.

---

<sup>628</sup> Vgl dazu auch *Kletecka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>, 17.

Konkret befindet sich der europäische Gesetzgeber im Bereich des IT-Rechts in folgendem Spannungsverhältnis. Einerseits muss die Ausgestaltung der Begriffsbestimmungen so allgemein gewählt werden, dass die Bestimmungen auch weiterhin eine gewisse Technologieneutralität wahren, andererseits dürfen die Begriffsbestimmungen nicht zu neutral ausgestaltet werden, da sonst vor allem im Bereich der Informationstechnologie sofort Abgrenzungsprobleme entstehen.

Wie schnell es zu Unklarheiten im Bezug auf die Anwendung der verschiedenen Maßnahmen auf die unterschiedlichen Technologien kommen kann, zeigt die wichtigste Begriffsbestimmung - „Dienst der Informationsgesellschaft“ - der Richtlinie 2000/31/EG<sup>629</sup>. Wie oben bereits erwähnt, wird dieser Begriff durch Art 1 Abs 2 Buchstabe a) Richtlinie 1998/48/EG in der Form definiert, dass eine elektronisch im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung, die individuell auf Abruf eines Empfängers erbracht wird, ein Dienst iS der E-Commerce-Richtlinie ist. Anhang V der Richtlinie 1998/48EG schreibt allerdings weiters fest, dass Dienste, die per Telefax oder Teletext erbracht werden, sowie Dienste die über die Sprachtelefonie erbracht werden, keine Dienste der Informationsgesellschaft sind. Sofort äußerte *Ruess* daher Zweifel darüber, ob auch das Mobile-Commerce, also die Dienstleistung über mobile Telekommunikationsendgeräte von der E-Commerce-Richtlinie umfasst sind<sup>630</sup>. Wie aber schlussendlich auch *Ruess* bin ich der Meinung, dass die Definition der Dienste der Informationsgesellschaft nach der Art der erbrachten Dienste und nicht nach dem jeweiligen Netz (Internet bzw elektronisches Kommunikationsnetz) bewertet werden muss. So geht auch *Zankl* davon aus, dass sämtliche unter die E-Commerce-Richtlinie subsumierbaren Aktivitäten im Bereich des M-Commerce eben dieser unterstehen<sup>631</sup>.

Dieses konkrete Beispiel zeigt deutlich, wie schwer die Aufgabe des europäischen Gesetzgebers wiegt, stets einen angemessenen Ausgleich zwischen neutraler und detaillierter Definition zu finden.

Zu all den eben genannten Problemen gesellt sich aber schlussendlich auch noch die oben angesprochene Problematik, dass die europäischen Bestimmungen oft Einwirkungen aus verschiedenen Rechtskreisen erfahren. Im Folgenden sollen nun

---

<sup>629</sup> Zum österreichischen Verständnis des "Dienstes der Informationsgesellschaft" vgl. OGH 18.11.2003, 4 Ob 219/03i.

<sup>630</sup> *Ruess*, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht, 27.

<sup>631</sup> *Zankl*, Vom E-Commerce zum M-Commerce, *ecolex* 2003, 507.



die Begriffsbestimmungen im Hinblick auf ihre Ausgestaltung und Probleme untersucht werden.

### 8.3.1.2 Authentische Interpretation vs. Legaldefinition

Jedem Gesetzgeber selbst eröffnen sich zur Einflussnahme auf den vom Rechtsanwender durchzuführenden Subsumtionsprozess zwei unterschiedliche Möglichkeiten. Er kann bereits im Gesetzestext selber normieren, in welcher Form verschiedene relevante Begriffe zu verstehen sind (Legaldefinition) oder er fügt einem bereits bestehenden Gesetzestext eine nachträgliche Erklärung an, die dem Rechtsanwender vorschreibt, wie gewisse Gesetzesstellen auszulegen sind (authentische Interpretation). Dass die authentische Interpretation keine klassische Auslegungsmethode ist, schreibt bspw schon § 8 ABGB vor, der vorsieht, dass nur der Gesetzgeber selbst dazu ermächtigt ist, unklare Gesetze durch neue Gesetze authentisch zu interpretieren<sup>632</sup>.

Bis zum Jahr 2009 bediente sich der europäische Gesetzgeber im Bereich des IT-Rechts ausschließlich dem Modell der Legaldefinitionen. Schon bei Erlass der jeweiligen Maßnahmen fand sich stets ein Artikel, der die relevanten Rechtsbegriffe definierte. Diese Vorgehensweise ist meines Erachtens sinnvoll, da hier von vornherein der Spielraum der verschiedenen nationalen Rechtsanwender in der Form eingeschränkt wird, dass es zu keinen größeren Unterschieden in der Auslegung und Anwendung der jeweiligen nationalen Umsetzungen kommen kann.

Seit dem Erlass der beiden Richtlinien 2009/136/EG und 2009/140/EG stellt sich allerdings die Frage, wie die neu eingefügten Definitionen (Art 2 Buchstaben da), ea) q), r) und s)<sup>633</sup> Richtlinie 2002/21/EG und Art 2 Buchstabe h)<sup>634</sup> Richtlinie 2002/58/EG) bzw die novellierten Definitionen zu bewerten sind:

Bezüglich der neu eingefügten Begriffsbestimmungen ist festzuhalten, dass sich die betroffenen Begriffe in den älteren Fassungen der Richtlinien nicht auffinden ließen. Dies führt zu dem logischen Schluss, dass auch in diesen Fällen der europäische Gesetzgeber nicht nachträglich authentisch interpretiert hat, sondern zeitgleich mit

---

<sup>632</sup> Vgl dazu auch Posch in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>, § 8 Rn 1 ff.

<sup>633</sup> idF Art 1 Abs 2 Buchstaben d), f) und h) Richtlinie 2009/140/EG.

<sup>634</sup> idF Art 2 Abs 2 Buchstabe c) Richtlinie 2009/136/EG.

dem Erlass der überarbeiteten Fassung, die die neuen Begriffe beinhaltet, die jeweiligen Begriffsbestimmungen dazu normierte. Auch bei den 2009 neu eingefügten Begriffsbestimmungen handelt es sich daher eindeutig um Legaldefinitionen.

Gleichartig stellt sich aber auch die Lage bei einer Novellierung einer Gesetzesstelle dar. Der Gesetzgeber passt in diesem Fall die Begriffsbestimmungen bloß dem novellierten Text an. Er nimmt daher ebenfalls keine authentische Interpretation vor, sondern erneuert die Formulierung der Legaldefinitionen.

Als Ergebnis ist schlussendlich festzuhalten, dass sämtliche Definitionen des europäischen IT-Rechts als Legaldefinitionen zu bewerten sind. Dieses Ergebnis kann insbesondere aus Sicht des Rechtsanwenders äußerst positiv gewertet werden, da der Rechtsanwender davon ausgehen kann, dass ein Begriff im Rahmen des europäischen IT-Rechts stets nach dem Normtext der jeweiligen Maßnahme auszulegen ist. Weitere Rechtsquellen des europäischen IT-Rechts müssen nicht ergänzend herangezogen werden.

#### 8.3.1.3 Auffälligkeiten im Bereich der Legaldefinitionen des europäischen IT-Rechts

Wie ausgeführt dienen Legaldefinitionen vor allem dem Erkenntnisprozess der verschiedenen Rechtsanwender. Lässt man dazu die diversen Erläuterungen der Begriffsbestimmungen in den Hauptstücken 3-7 revuepassieren, fällt auf, dass der europäische Gesetzgeber bei der Verwendung der Legaldefinitionen nicht gespart hat. Es findet sich daher im gesamten europäischen IT-Recht eine Legaldefinitionsanzahl im dreistelligen Bereich! Hat die genauere maßnahmenübergeordnete Untersuchung im Bereich der Legaldefinitionen zwar gezeigt, dass größtenteils keine Widersprüche auftauchen, sind diese aber dennoch vorhanden. Im Folgenden werden nun die eruierten Problemfälle dargestellt:

#### 8.3.1.3.1 „Nutzer“, „Nutzer“, „Nutzer“, „Benutzer“

Vorweggenommen werden kann, dass die Überschrift aus keiner Fehlfunktion meines Schreibgerätes entstammt, sondern offenlegt, wie oft der Begriff des Nutzers/Benutzers in den diversen Maßnahmen des europäischen IT-Rechts vorgefunden wurde. In vier verschiedenen Richtlinien finden sich folglich vier verschiedene Formulierungen der Legaldefinition Nutzer/Benutzer:

Art 2 Buchstabe d) Richtlinie 2000/31/EG *„Nutzer“ jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen;*“

Art 2 Buchstabe h) Richtlinie 2002/21/EG *„Nutzer“: eine natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt;*“

Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 2002/58/EG *„Nutzer“ eine natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben;*“

Art 2 Buchstabe b) Richtlinie 2006/24/EG *„Benutzer“ jede juristische oder natürliche Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke nutzt, ohne diesen Dienst notwendigerweise abonniert zu haben;*“

Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass es selbstverständlich für den europäischen Gesetzgeber zulässig ist, für jede einzelne Maßnahme den Nutzer/Benutzerbegriff in der Form zu formulieren, wie es für die jeweilige Maßnahme nötig ist. Isoliert betrachtet bietet diese Vorgehensweise des Gesetzgebers auch für den Rechtsanwender (allen voran die Umsetzungsorgane der Mitgliedstaaten) keinerlei Probleme. Es ist ebenso in den nationalen Gesetzen durchaus üblich, dass einem Begriff iS eines gewissen Gesetzes eine andere Bedeutung zukommt als dem selben Begriff iS eines anderen Gesetzes.

Auf Grund dieser ersten Überlegungen kann daher bereits festgehalten werden, dass der Nutzerbegriff iS der Richtlinie 2000/31/EG aus der folgenden Untersuchung ausscheiden muss. E-Commerce und Telekommunikation sind zwar beide unter den Begriff des IT-Rechts subsumierbar, bilden jedoch weitgehend eigenständige Normenkomplexe, die sich daher auch eigenständiger getrennter Begriffsbestimmungen bedienen können, ohne dass dies zu weiteren Widersprüchen

führt. Problematischer wird diese genaue Trennung schon beim M-Commerce, da hier der Rechtsanwender stets aufpassen muss, in welchem Normenkomplex er sich nun befindet. Es kann daher in Zukunft passieren, dass im Bereich des M-Commerce der Nutzer bezüglich eines Sachverhaltsteiles im Sinne des E-Commerce-Rechts auszulegen ist und bezüglich eines anderen Sachverhaltsteiles im Sinne des Telekommunikationsrechts.

Die eben angesprochenen Probleme im Bereich des M-Commerce erfahren im Bereich des europäischen Telekommunikationsrechts ihre Vollendung. So wird nämlich der Begriff des Nutzers im Telekommunikationsrecht mit Schnittpunkt Datenschutzrecht dreimal unterschiedlich normiert. Wieder könnte man argumentieren, dass dies keine weiteren Probleme aufwirft, wenn man jeden Rechtsakt isoliert betrachtet. Dass diese isolierte Betrachtung in diesem Fall jedoch nicht mehr statthaft ist, zeigen aber folgende Tatsachen:

- Die Richtlinie 2002/58/EG weist selber darauf hin, dass prinzipiell die Begriffsbestimmungen der Richtlinie 2002/21/EG gelten, sofern nichts anderes normiert ist;
- Die Richtlinie 2006/24/EG verweist auf die Richtlinien 2002/58/EG und 2002/21/EG;
- Viele nationale Umsetzungen (darunter auch die österreichische) haben die Richtlinien 2002/21/EG, 2002/58/EG und 2006/24/EG in einem Gesetz umgesetzt.

Tatsache ist also, dass sich die Legaldefinitionen der Richtlinien 2002/21/EG und 2002/58/EG bei maßnahmenübergreifender Betrachtung offensichtlich widersprechen, denn während die Definition der Richtlinie 2002/58/EG nur natürliche Personen umfasst, umfasst die Definition der Richtlinie 2002/21/EG sowohl natürliche als auch juristische Personen.

Maßnahmenintern betrachtet wiederum kein Problem. Enorme Probleme bedeuten diese unterschiedlichen Begriffsbestimmungen für die nationalen Gesetzgeber. Denn auch viele von den nationalen Gesetzgebern, betrachten die jeweiligen Maßnahmen nicht isoliert, sondern fassen ähnliche Maßnahmen in nationalen Gesetzen

zusammen. So wurde im österreichischen Telekommunikationsgesetz<sup>635</sup> in § 3 Z 14 eigentlich nur der Nutzerbegriff der Richtlinie 2002/21/EG nicht aber auch jener der Richtlinie 2002/58/EG korrekt umgesetzt. Richtigerweise haben auf diese Diskrepanz auch schon *Zanger/Schöll* hingewiesen, ohne allerdings einen Lösungsansatz für den Rechtsanwender bereitzustellen<sup>636</sup>.

Folgender Lösungsansatz wäre denkbar: Hält man sich an die richtlinienkonforme Auslegung, dann kann die Lösung dieses Problems meines Erachtens nur so erreicht werden, dass der Rechtsanwender in einem ersten Schritt untersuchen muss, welche nationale Norm – die den Begriff des Nutzers beinhaltet – welcher Richtlinie entstammt. In einem zweiten Schritt ist dann der Begriff des Nutzers in der nationalen Norm entweder im Sinne der Richtlinie 2002/21/EG oder im Sinne der Richtlinie 2002/58/EG auszulegen.

Diese anwendungstechnischen Probleme dürfen aber auch nicht vergessen lassen, dass es zB im Falle der österreichischen Umsetzung durchaus zu einem Vertragsverletzungsverfahren kommen könnte, obwohl der europäische Gesetzgeber selbst für diese Unklarheiten gesorgt hat. Schließlich wurde der Begriff des Nutzers iS der Richtlinie 2002/58/EG nicht korrekt in österreichisches Recht umgesetzt. Argumentiert werden könnte aber, dass die österreichische Umsetzung auch juristische Personen in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG mit einbezieht. Ob aber in diesem Fall die strengere nationale Regelung auch erlaubt ist, bleibt wieder fraglich. Massiv dagegen spricht allerdings, dass es sich primär um eine Maßnahme des Telekommunikations- bzw Datenschutzrechts handelt und nicht um eine Maßnahme des Konsumentenschutzes. Da aber schon – mangels ausdrücklicher Erwähnung – im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Richtlinie 2002/65/EG ungeklärt ist, ob strengere nationale Regelungen statthaft sind, kann die Statthaftigkeit strengerer nationaler Vorschriften im Falle der Richtlinie 2002/58/EG wohl noch wehementer bestritten werden<sup>637</sup>.

Die Problematik dieser Definition wird schließlich durch den Benutzerbegriff der Richtlinie 2006/24/EG auf die Spitze getrieben. Diese Begriffsbestimmung bietet, wie die Textierung erkennen lässt, eine Mischung des Nutzerbegriffs der Richtlinien

---

<sup>635</sup> Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2010/50, welches die Richtlinien 2002/19/EG – 2002/22/EG und die Richtlinie 2002/58/EG umsetzt. Vgl dazu auch unten 9.Hauptstück.

<sup>636</sup> *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup>, § 3 Rz 195ff.

<sup>637</sup> Vgl in diesem Zusammenhang oben Seite 118f und 126.

2002/21/EG und 2002/58/EG. Dazu kommt, dass gemäß Art 2 Abs 1 Richtlinie 2006/24/EG auch weiterhin die Begriffsbestimmungen der Richtlinie 2002/21/EG und 2002/58/EG heranzuziehen sind. Hebt sich also der Benutzerbegriff der Richtlinie 2006/24/EG von den beiden Nutzerbegriffen der anderen Richtlinien ab? Die Textierung des Begriffs selbst würde eindeutig dafür sprechen, denn warum hat der europäische Gesetzgeber nun bewusst den Begriff „Benutzer“ und nicht den Begriff „Nutzer“ gewählt. Die Textierung der Begriffsbestimmung spricht wiederum eindeutig dagegen, da sich der europäische Gesetzgeber der Textierungen beider Nutzerbegriffe bedient. Eine Klarstellung durch den europäischen Gesetzgeber und auch durch den EuGH auf diese Frage blieb bis heute aus.

In österreichischer Hinsicht darf auch nicht vergessen werden, dass voraussichtlich auch die Bestimmungen der Richtlinie 2006/24/EG im Telekommunikationsgesetz umgesetzt werden, womit dann auch noch der Begriff des "Benutzer" umzusetzen wäre, da dieser sich textlich von den bisherigen Nutzerbegriffen unterscheidet.

Im Ergebnis kann daher konstatiert werden, dass sich insbesondere im Zusammenhang mit dem Nutzerbegriff Fragen über Fragen ergeben, die bis dato unbeantwortet geblieben sind. Die einzig sinnvolle Lösungsmöglichkeit für die nationalen Umsetzungsorgane besteht daher mE darin, dass die Richtlinien jeweils in eigenständigen, nationalen Gesetzen umgesetzt werden. So kann sich der nationale Gesetzgeber an die Umsetzungsbedingungen der Kommission und des EuGH<sup>638</sup> halten und schiebt die Problematik der Begriffsbestimmungsunklarheiten auf europäische Ebene, also auf jene Ebene, in der die Unklarheiten ihren Ursprung haben, zurück.

#### 8.3.1.3.2 „Telefondienst“ vs. „öffentlich zugänglicher Telefondienst“

Wie auch im Falle des Nutzers finden sich in zwei verschiedenen Richtlinien zwei unterschiedliche Definitionen des Telefondienstes:

Art 2 Buchstabe c) Richtlinie 2002/22/EG *„öffentlich zugänglicher Telefondienst“ einen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellten Dienst, der das Führen aus- und eingehender Inlands- oder*

---

<sup>638</sup> Vgl dazu Fn 626.

*Inlands- und Auslandsgespräche direkt oder indirekt über eine oder mehrere Nummern eines nationalen oder internationalen Telefonnummernplanes ermöglicht;*“

Art 2 Buchstabe c) Richtlinie 2006/24/EG „*Telefondienst*“ *Anrufe (einschließlich Sprachtelefonie, Sprachspeicherdienst, Konferenzschaltungen und Datenabrufungen), Zusatzdienste (einschließlich Rufweiterleitung und Rufumleitung) und Mitteilungsdienste und Multimediadienste (einschließlich Kurznachrichtendienste (SMS), erweiterte Nachrichtendienste (EMS) und Multimediadienste (MMS));*“

In diesem Fall ist die Unterschiedlichkeit der Begriffsbestimmungen nicht weiter problematisch, da die Richtlinie 2006/24/EG bloß genauer ausführt, was unter einem Telefondienst zu verstehen ist, während die Richtlinie 2002/22/EG umschreibt, wozu ein öffentlicher Telefondienst benutzt werden kann. Eine Begriffsbestimmung umschreibt daher die Mindestvoraussetzungen, die ein Telefondienst erfüllen muss, die andere Begriffsbestimmung beschreibt, durch welche Dienste diese Mindestvoraussetzungen technisch realisierbar sind. Die beiden Definitionen widersprechen sich offensichtlich nicht, sie können daher mE auch problemlos zusammen in ein nationales Gesetz eingearbeitet werden.

#### 8.3.1.3.3 „Vertragsabschluss im Fernabsatz“ vs. „Fernabsatzvertrag“

Auch der Bereich des Internetrechts im engeren Sinne bleibt von Mehrfachdefinitionen nicht verschont. So finden sich für ein und den selben Vorgang folgende Begriffsbestimmungen:

Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 2002/65/EG „*Fernabsatzvertrag*“ *jeden zwischen einem Anbieter und einem Verbraucher geschlossenen, Finanzdienstleistungen betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Anbieters geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zu und einschließlich dessen Abschlusses ausschließlich ein oder mehrere Fernkommunikationsmittel verwendet;*“

Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 1997/7/EG „*Vertragsabschluß im Fernabsatz*“ *jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zu dessen Abschluß einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet;*“

Erkennbar ist, dass die Begriffsbestimmung erläutern soll, wann und wie ein zivilrechtlicher Vertrag im Fernabsatz geschlossen werden kann. Dass im Falle der Richtlinie 2002/65/EG ausschließlich Dienstleistungen als Vertragsinhalt angeführt sind, während die Richtlinie 1997/7/EG den Verkauf von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen als möglichen Vertragsinhalt nennt, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit den zwei unterschiedlichen Formulierungen eigentlich der selbe tatsächliche Vorgang gemeint ist. Zwar widersprechen die beiden Begriffsbestimmungen sich nicht gegenseitig, doch ist es mE unsinnig, dass der europäische Gesetzgeber sich in der Richtlinie 2002/65/EG, die ja nichts anderes darstellt, als eine konkrete Weiterentwicklung der Richtlinie 1997/7/EG, sich über seine eigene bereits gefundene Begriffsbestimmung hinwegsetzt. Diese Vorgehensweise, ist nämlich ua ein Grund dafür, dass das europäische IT-Recht eine derart unübersichtliche Begriffsbestimmungsansammlung aufweist. Auch in diesem Fall hätte ein schlichter Verweis in Art 2 Richtlinie 2002/65/EG auf die Begriffsbestimmungen der Richtlinie 1997/7/EG zum gewünschten Ziel geführt.

#### 8.3.1.3.4. „Lieferer“, „Anbieter“, „Unternehmer“, „Diensteanbieter“

Eine weitere Unart des europäischen Gesetzgebers ist die stets unterschiedlich gewählte Terminologie der Unternehmer- bzw Anbieterseite. Wie sich aus den zitierten Begriffsbestimmungen in Punkt 8.3.1.3.3 ergibt, macht der Richtliniengeber für die Umschreibung der Unternehmer in unterschiedlichen Maßnahmen von einem anderen Begriff Gebrauch. Zwar birgt die unterschiedliche Bezeichnung der Unternehmer keinerlei rechtliche Probleme in sich, allerdings ist diese Unterscheidung insb deswegen komplett unnötig, weil die sachlichen Anwendungsbereiche der jeweiligen Maßnahmen sowieso stets durch deren Art 1 klar und deutlich bestimmt sind. Wenn also im Rahmen einer jeweiligen Maßnahme schlicht vom Unternehmen bzw Unternehmer gesprochen wird, ist durch Art 1 ausreichend klar beschrieben, welche Tätigkeiten der Unternehmer erbringen darf. Eine begriffliche Unterscheidung der Unternehmerbegriffe ist daher kontraproduktiv und führt im bereits dargelegten Definitionschaos zu zusätzlicher Verwirrung.



### 8.3.1.3.5 Zusammenfassung und Kritikpunkte an den Begriffsbestimmungen des europäischen IT-Rechts

Wie die Untersuchung sämtlicher Begriffsbestimmungen gezeigt hat, bedient sich der europäische Gesetzgeber höchst unterschiedlichen Formen bei der Normierung der Begriffsbestimmungen. Werden manchmal, wie insbesondere im Richtlinienpaket 2002/19/EG – 2002/22/EG<sup>639</sup> oder im Datenschutzrecht<sup>640</sup> globale Verweise herangezogen, bedient sich der europäische Gesetzgeber in anderen Fällen wieder Spezialverweisen, wie zB im Falle der E-Commerce-Richtlinie<sup>641</sup>. Kommt es teilweise vor, dass gewisse Begriffsbestimmungen, wie zB der Verbraucherbegriff<sup>642</sup>, in verschiedensten Versionen vorgefunden werden können, kommt es in anderen Fällen wiederum vor, dass auf wichtige Begriffsbestimmungen überhaupt erst im Rahmen des Richtlinien textes Bezug genommen wird<sup>643</sup>.

Durch diese inkonsequente Vorgehensweise des europäischen Gesetzgebers entstand daher im Bereich des IT-Rechts ein fast unüberschaubares Wirrwarr an Begriffsbestimmungen. Selbst für fachkundige Leser sind einige der Widersprüche nur schwer zu beheben. Erschwerend kommt hinzu, dass von einigen Rechtsakten keine kodifizierten Fassungen vorliegen, was konkret bedeutet, dass viele Begriffsbestimmungen bereits wieder durch andere Begriffsbestimmungen ersetzt wurden, dies aber aus einer isolierten Betrachtung der Stammfassungen nicht hervor geht<sup>644</sup>.

Dieser Ist-Zustand ist aus mehreren Gründen nicht zufriedenstellend:

- Gerade im Bereich der Informationstechnologie ist es, wie oben ausgeführt, wichtig klare rechtliche Bedingungen für die Anwendung dieser Technologien zu schaffen. Klare Bedingungen erfordern aber, dass die Normen so einfach

---

<sup>639</sup> Siehe dazu etwa Art 2 erster Satz Richtlinie 2002/22/EG, Art 2 Abs 1 Richtlinie 2002/20/EG, Art 2 erster Satz Richtlinie 2002/19/EG.

<sup>640</sup> Siehe dazu etwa Art 2 erster Satz Richtlinie 2002/58/EG.

<sup>641</sup> Siehe dazu etwa Art 2 Buchstabe a) Richtlinie 2000/31/EG.

<sup>642</sup> Siehe dazu etwa Art 2 Buchstabe d) Richtlinie 2000/31/EG, Art 2 Nummer 2 Richtlinie 1997/7/EG, Art 2 Buchstabe d) Richtlinie 2002/65/EG, Art 2 Buchstabe i) Richtlinie 2002/21/EG.

<sup>643</sup> Vgl dazu etwa Art 8 Richtlinie 1995/46/EG, der definiert, was sensible (besondere) Kategorien von personenbezogenen Daten sind.

<sup>644</sup> Vgl dazu etwa die Richtlinien 2009/136/EG und 2009/140/EG, die etliche Begriffsbestimmungen der Richtlinien 2002/19/EG – 2002/22/EG abändern. Zwar wurden die Begriffsbestimmungen im Rahmen der vorliegenden Arbeit kodifiziert wiedergegeben, doch besteht alleine aus den Informationen der Rechtsdatenbank der EU (eurlex) kein Hinweis, welche Begriffsbestimmungen durch welche ersetzt wurden.

wie möglich gehalten werden und sie sich nicht schon auf höchster Ebene widersprechen bzw zu Unklarheiten führen.

- Dass gerade der europäische Gesetzgeber, dessen Aufgabe es eigentlich wäre, Klarheit in das Chaos der nationalen Rechtsordnungen zu bringen, mit seiner Vorgehensweise selbst chaotische Zustände unterstützt, ist umso bedauerlicher.
- Negativ wirkt sich das unüberschaubare Konvolut an Begriffsbestimmungen ebenfalls auf die Rechtssicherheit aus, auf die später noch gesondert eingegangen wird.

Änderungen in den Begriffsbestimmungen und deren maßnahmenübergreifenden Wirkungen, die durch Novellierungen der diversen Rechtsakte stattfanden, wurden bereits in den jeweiligen Ausführungen zu den Begriffsbestimmungen der einzelnen Rechtsakte eingearbeitet.

### **8.3.2 Informationspflichten**

#### 8.3.2.1 Allgemeines

Bei einer genaueren maßnahmenübergreifenden Untersuchung des europäischen Informationstechnologierecht fällt prima facie sofort auf, dass die Informationspflichtenbestimmungen im Normenkomplex des europäischen IT-Recht eine dominante Rolle einnehmen. Diese Informationspflichtenbestimmungen durchziehen fast das gesamte IT-Recht wie einen roten Faden. Obwohl die begriffliche Ähnlichkeit von „Informationstechnologie“ und „Informationspflichten“ vermuten lässt, dass diese Begriffe einen weiteren Zusammenhang als bloß den wörtlichen aufweisen, ist dem definitiv nicht so. Es muss also strikt zwischen dem Begriff der Informationstechnologie und dem Begriff der Informationen iS der diversen IT-rechtlichen Bestimmungen unterschieden werden.

Beschreibt das Wort Information in ersterem Begriff den technischen Vorgang der Informationsübertragung durch diverse moderne Technologien, beschreibt Zweiterer tatsächlich stets bestimmte Arten von Informationen, auf die ein Individuum zum Schutz seiner Gesundheit, zum Schutz seiner Privatsphäre oder zum Schutz seiner

vertragsrechtlichen Position angewiesen ist. Die Informationstechnologie beschreibt einen Vorgang, der es einem Individuum ermöglicht seine Informationen freiwillig, mit einem unbestimmten Adressatenkreis zu teilen. Es ist dabei unerheblich, ob die Informationsempfänger einen Kontakt (im rechtlichen Sinne) zu dem Informationsverteiler aufweisen oder nicht. Die Informationen iS der Informationspflichtenbestimmungen werden dagegen größtenteils bereits im Rahmen einer konkreten rechtlichen Sonderbeziehung zwischen den Betroffenen zur Verfügung gestellt<sup>645</sup>. Wie auch schon die Wortinterpretation des Begriffs „Informationspflichten“ sofort erkennen lässt, werden darüber hinaus die Informationen iS der Informationspflichten im Gegensatz zu den Informationen iS der Informationstechnologie nicht freiwillig bereitgestellt.

Informationspflichten, die als Adressaten den Rechtsanwender vorsehen, sind im europäischen Informationstechnologierecht enthalten in:

- Art 6 Richtlinie 2006/25/EG,
- Art 10 und 11 Richtlinie 1995/46/EG,
- Art 11 und 12 Verordnung (EG) Nr. 45/2001,
- Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG,
- Art 4 Richtlinie 1997/7/EG,
- Art 20 Richtlinie 2002/22/EG,
- Art 5, 6 und 10 Richtlinie 2000/31/EG,
- Art 9 Richtlinie 2004/108/EG,
- Art 6 Verordnung (EG) Nr. 717/2007,
- Art 4 Richtlinie 2010/30/EG.

Es wird darauf hingewiesen, dass die folgenden Ausführungen nicht das Ziel haben die jeweiligen Informationspflichten im Bereich eines einzelnen Rechtsakts isoliert zu untersuchen<sup>646</sup>. Vielmehr soll problematisiert werden, wie das maßnahmenübergreifende Phänomen der Informationspflichten in ihrer Gesamtheit und deren Zusammenwirken auf die Rechtssubjekte einwirkt. In die Untersuchung werden keine Informationspflichten mit einbezogen, die gegenüber einer Behörde eines Mitgliedstaats oder einem Organ der EU bestehen.

---

<sup>645</sup> Siehe sogleich unter Punkt 8.3.2.2.

<sup>646</sup> Soweit die isolierte Untersuchung der diversen Informationspflichten zweckmäßig war, ist diese den obigen Ausführungen zu den einzelnen Rechtsakten zu entnehmen.

### 8.3.2.2 Zweck und Qualifikation der Informationspflichtenbestimmungen im europäischen IT-Recht

Prima facie fällt bei einer umfassenden Untersuchung aller Maßnahmen des IT-Rechts auf, dass die Informationspflichten primär dem Ziel des Verbraucherschutzes dienen. Der Verbraucher soll aufgrund angemessener Informationen die Möglichkeit haben, Waren oder Dienstleistungen zu jenen Konditionen, die ihm selbst am besten erscheinen, im gesamten Raum der europäischen Union zu erwerben bzw in Anspruch zu nehmen. Allerdings fällt bei einer weiteren Untersuchung aller Rechtsakte auf, dass es durchaus auch Informationspflichten gibt, die mit dem Verbraucherschutz weder unmittelbar noch mittelbar in Zusammenhang stehen.

Festgestellt werden kann, dass die Informationspflichten im Bereich des IT-Rechts stets einem der folgenden Zwecke dienen:

- Informationspflichten zum Schutz der Arbeitnehmer und der Gesundheit: Vor allem in Bereichen, wo Arbeitnehmer oder auch Verbraucher gezwungen sind, sich den Emissionen <sup>647</sup> von technischen Geräten der Informationstechnologie auszusetzen, sieht die EU Informationspflichten vor, die vor den Gefahren dieser Emissionen warnen sollen<sup>648</sup>.
- Informationspflichten zum Schutz der Privatsphäre: So sieht das Datenschutzrecht, dass ja einen grundlegenden Bestandteil des IT-Rechts bildet, vor, dass die Betroffenen stets darüber zu unterrichten sind, welche Daten von ihnen erhoben wurden. Dies dient einerseits dazu, dass der Betroffene nachvollziehen kann, wer von ihm welche Daten besitzt<sup>649</sup>. Andererseits dienen die Informationspflichten auch der Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Datenschutzrichtlinie<sup>650</sup>. Jene Informationspflichten bestehen gegenüber dem Betroffenen, der sich nicht nur begrifflich vom Verbraucher unterscheidet sondern im Gegensatz zum Verbraucherbegriff auch juristische Personen umfassen kann.

---

<sup>647</sup> zB optische Strahlung oder elektromagnetische Strahlung

<sup>648</sup> Vgl dazu Art 6 Richtlinie 2006/25/EG oder auch Anhang IV Richtlinie 1999/5/EG bei dem die Hersteller von Geräten schon im Rahmen der Konstruktion von Geräten verpflichtet werden, den zuständigen Stellen sämtliche Informationen über das einzuführende Gerät zur Verfügung zu stellen.

<sup>649</sup> Vgl dazu oben Punkt 3.2.2.

<sup>650</sup> Vgl Art 10, 11 Richtlinie 1995/46/EG, Art 11 Verordnung (EG) Nr. 45/2001.

- Informationspflichten zum Schutz der vertragsrechtlichen Position von Verbrauchern: Die Informationspflichten, die im Rahmen der vertragsrechtlichen Maßnahmen der EU vorgesehen sind, haben primär den Zweck, die vertragsrechtliche Position des Verbrauchers vor und während dem Vertragsabschluss zu verbessern. Allgemein vertragsrechtlich bedeutet dies, dass die Informationspflichten dem wirtschaftlichen Machtgefälle zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher zu Gunsten des Verbrauchers entgegenwirken sollen<sup>651</sup>. Im Hinblick auf die Informationstechnologie konkret bedeutet dies, dass die Informationspflichten, den Nachteil der physischen Nichtpräsenz bei der Vertragsanbahnung und dem Vertragsabschluss beseitigen wollen. Wie schon aus den diversen Ausführungen zu den Maßnahmen oben entnommen werden kann, ist es gerade ein Wesensmerkmal des IT-Rechts, dass Verträge auch ohne physische Zusammenkunft der Parteien geschlossen werden können. Die Richtlinien 1997/7/EG und 2002/65/EG erheben die physische Präsenz/Nichtpräsenz der Vertragsparteien sogar zum Anwendungsmoment der gesamten Maßnahme. Durch die Nichtanwesenheit der Parteien beim Vertragsschluss entsteht dementsprechend ein enormes Informationsdefizit auf Seiten des Verbrauchers, da er nicht mehr wie beim konventionellen Vertragsschluss die Ware selbst vor Vertragsabschluss begutachten kann und keine weiteren Informationen vom Unternehmer bekommt. Durch die vertragsabschlussbezogenen Informationspflichten soll diesem Informationsdefizit entgegengesteuert werden<sup>652</sup>.

Schon aus den Formulierungen der diversen Informationspflichtenbestimmungen (insb Art 5 Richtlinie 2002/65/EG, Art 4 Richtlinie 1997/7/EG Art 10 Abs 3 Richtlinie 2000/31/EG), geht hervor, dass der Verbraucher zur Erlangung der Informationen keinen Beitrag leisten muss. Das bedeutet, dass der Unternehmer sowohl die Erbringung der Informationen, als auch deren tatsächliches Vorliegen beim Verbraucher vor Vertragsabschluss zu verantworten hat<sup>653</sup>. Sämtliche

---

<sup>651</sup> Vgl dazu *Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 774.

<sup>652</sup> Vgl Art 20 Richtlinie 2002/22/EG, Art 4, 5 Richtlinie 1997/7/EG, Art 3 Richtlinie 2002/65/EG, Art 5, 6 und 10 Richtlinie 2000/31/EG.

<sup>653</sup> Natürlich unter der Voraussetzung, dass der Verbraucher dem Unternehmer auch die korrekten Kontaktinformationen zur Verfügung gestellt hat. Dass aber der Unternehmer zu einem gewissen Teil auch dafür zu sorgen hat, dass er die richtigen Kontaktdaten vom Verbraucher bekommt, kann mE aus Art 10 Abs 1 Buchstabe c) abgeleitet werden. Der Unternehmer hat nämlich die Obliegenheit Eingabefehler des Verbrauchers

Informationspflichten können daher als eine Form der „Bringobliegenheit“ des Unternehmers angesehen werden<sup>654</sup>. Die Nichterbringung dieser Informationsbereitstellungsobliegenheit wird dabei vom europäischen Gesetzgeber mit verschiedenen Sanktionen geahndet<sup>655</sup>. Eine Ungültigkeit des Vertrags ex lege, falls die Informationspflichten überhaupt nicht erfüllt werden, sieht der Gesetzestext in keiner der Maßnahmen vor. Die Informationspflichten werden daher mE als „Bringobliegenheiten“ des Unternehmers und nicht wie *Bürkle* meint als „Bringschuld“ qualifiziert<sup>656</sup>. Dies wird dadurch bestätigt, dass die Verletzung der Informationsobliegenheit nur zu nachteiligen Folgen für den Obliegenheitsverletzer führt und nur in ganz besonderen Fällen zu Vertragsauflösungsansprüchen zu Gunsten des Verbrauchers führt. Bei Verletzung der Informationsobliegenheit durch den Unternehmer, drohen diesem daher nachteilige Folgen<sup>657</sup>.

Weiterhin ungeklärt ist auf europarechtlicher Ebene im Bereich des Informationstechnologierechts, ob den Unternehmer eine Informationsbeschaffungspflicht für Informationen, die nicht ohne weiteres ermittelbar sind, trifft. Eine solche Beschaffungspflicht ergibt sich weder aus den Richtlinien selbst, noch aus den nationalen Umsetzungen. Wie in diesem Fall vorzugehen ist, bleibt offen. Meines Erachtens deutet aber die Wortfolge "muß (...) über folgende Informationen verfügen" in Art 4 Abs 1 Richtlinie 1997/7/EG schon in die Richtung einer Informationsbeschaffungspflicht für die Unternehmen. Natürlich kann ein Unternehmen aber auf die vollständige Erteilung aller Informationen verzichten, muss aber dann mit den in Fn 648 ausgeführten Folgen rechnen.

---

durch geeignete technische Maßnahmen zu vermeiden. Diese Obliegenheit endet aber mE dort, wo der Verbraucher mutwillig falsche Angaben tätigt; in diesem Fall wäre er ohnehin nicht mehr schützenswert.

<sup>654</sup> *Bürkle*, Die Bedeutung der Information für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Verbraucherinteressen, EuZW 2006, 687.

<sup>655</sup> Vgl dazu etwa Art 6 Abs 1 Richtlinie 1997/7/EG oder Art 6 Abs 1 Richtlinie 2002/65/EG. Zu diesen schon sekundärrechtlich geregelten Sanktionen können aber auch noch nationale Sanktionen hinzutreten (siehe dazu bspw Art 20 Richtlinie 2000/31/EG).

<sup>656</sup> Dafür sprechen auch die Ausführungen von *Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 792f.

<sup>657</sup> Die nachteiligen Folgen ergeben sich nationalrechtlich schließlich aus den verschiedensten Instrumentarien des allgemeinen Zivilrechts. Bei unklaren Informationen kann es daher zur Nichteinbeziehung dieser Informationen kommen; es gilt dann wieder das dispositive Gesetzesrecht. Weiters sind auch Schadenersatzpflichten des Unternehmers denkbar, wenn dem Verbraucher durch die Unterlassung der Informationserteilung Schäden erwachsen. Im Extremfall kann die Unterlassung der Informationserteilung im Rahmen der Irrtumsanfechtung aber auch zur Auflösung des Vertrags führen. Diese Lösungsmöglichkeit besteht in weiterer Folge selbstverständlich ungeachtet des Widerrufsrechts und dessen Fristen. Eine adäquate Übersicht über die Rechtsfolgen der Verletzung der Informationspflichten bietet *Wendehorst* in Münchner Kommentar IIa<sup>4</sup> § 312b Rn 71ff.

Meines Erachtens völlig zu Recht erkennt *Bürkle*, dass durch den Akt der Zurverfügungstellung von Informationen, nicht nur die Unternehmer in die Pflicht genommen werden, sondern auch die Verbraucher eine „Holobliegenheit“ aus den Informationen heraus erfüllen müssen. So haben sich die Verbraucher die für sie wichtigen Informationen aus der Gesamtheit aller Informationen zu filtern. Konkret bedeutet dies, dass die Verbraucher von dem Informationsangebot auch Gebrauch machen müssen. Dass auch den Verbraucher eine gewisse Verantwortung treffe, hat auch der EuGH ausgesprochen, da er in seinem Urteil „SAT 1“ von einem „angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ ausgeht<sup>658</sup>.

### 8.3.2.3 Kritikpunkte an den Informationspflichten

Wie oben bereits angemerkt, ist es nicht das Ziel dieser Arbeit die Informationspflichten isoliert zu untersuchen. Vielmehr setzen meine Kritikpunkte primär am Zusammenspiel der diversen Informationspflichten und nur punktuell an der einzelnen Informationspflichtenbestimmung an. Wie aus den Ausführungen in den Hauptstücken 3-7, in denen der Schwerpunkt der Darstellung bewusst auf die Erläuterungen der Informationspflichten gelegt wurde, erkennbar ist, spiegelt sich die Situation der Fülle an Begriffsbestimmungen bei den Informationspflichten wieder.

So stehen sich im europäischen IT-Recht eine Fülle an Informationspflichtenbestimmungen gegenüber<sup>659</sup>, deren Zusammenwirken durch die Richtlinien und Verordnungen selbst aber größtenteils nicht geregelt ist. Größtenteils deswegen da in einem speziellen Fall die Anwendung der Informationspflichtenbestimmungen ausdrücklich geregelt ist. Die Richtlinie 1997/7/EG sieht dementsprechend in Art 3 Abs 1 erster Gedankenstrich vor, dass sie selber nicht auf Finanzdienstleistungen iS der Richtlinie 2002/65/EG anwendbar ist. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG bzw Art 4 Richtlinie 1997/7/EG schließt daher stets die Anwendbarkeit der jeweils anderen Informationspflichtenbestimmung aus. Diese Vorgehensweise ist sinnvoll, da die Bestimmungen zum größten Teil den selben Inhalt aufweisen, wobei jedoch darauf

---

<sup>658</sup> EuGH 16.9.2004, C-329/02, SAT 1, Rn 24.

<sup>659</sup> Zur taxativen Aufzählung aller im europäischen Informationstechnologierecht enthaltenen Bestimmungen über Informationspflichten, die nicht gegenüber staatlichen Behörden oder Organen der EU bestehen, siehe oben Punkt 8.3.2.1.

hinzuweisen ist, dass Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG die Spitze der Informationspflichtenbestimmungen darstellt.

Der eben beschriebene Fall stellt allerdings im europäischen IT-Recht die alleinige Ausnahme im Geflecht der Informationspflichtenbestimmungen dar. Weitere massive Überschneidungen weisen demnach auch die Bestimmungen der Art 5 Richtlinie 2000/31/EG, Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG, Art 4 Richtlinie 1997/7/EG und Art 10 und 11 Richtlinie 1995/46/EG auf. Zwar ist mangels ausdrücklicher Regelung davon auszugehen, dass der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* jeweils zur Anwendbarkeit der spezielleren Informationspflichtenbestimmung führt, allerdings führt die Beantwortung der Frage, welche Norm in einem Fall die Speziellere ist stets zu Problemen.

Zur Konkretisierung des Problems wird als Beispiel ein im Internet geschlossener Vertrag über eine Finanzdienstleistung herangezogen. In diesem Fall ist unstrittig, dass die Bestimmung des Art 4 Richtlinie 1997/7/EG unbeachtet bleiben muss. Weiterhin in Konkurrenz bleiben aber die restlichen oben genannten Bestimmungen. Denn mit Sicherheit wird es sich beim Abschluss eines Vertrags im Internet um einen (auf Anbieterseite realisierten) „Dienst der Informationsgesellschaft“ handeln. Abgesehen von dieser durchgeführten Subsumtion stellt aber auch schon der europäische Gesetzgeber in den Erwägungsgründen<sup>660</sup> zur Richtlinie 2000/31/EG klar, dass die Informationspflichten dieser Richtlinie die Informationspflichten der Verbraucherschutzrichtlinien (zu denen insb auch die Richtlinien 1997/7EG und 2002/65/EG zählen) stets unberührt lassen.

Zu diesem „Informationspflichtenduo“<sup>661</sup> welches im Bereich des Informationstechnologierechts beim Abschluss von Verbraucherverträgen wohl die Regel darstellt, gesellt sich schlussendlich noch die Vorschrift des Art 10 Richtlinie 1995/46/EG, da die Eingabe von Daten, die für den Abschluss des Finanzdienstleistungsvertrags benötigt werden, auch stets eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt. Unbestritten ist, dass der Verbraucher, der in diesem Fall auch der Betroffene iS des Datenschutzrechts ist, in die Verarbeitung der Daten einwilligt, dennoch ist die Vorschrift des Art 10 Richtlinie 1995/46/EG weiterhin

---

<sup>660</sup> Vgl Erwägungsgrund (11) Richtlinie 2000/31/EG.

<sup>661</sup> Art 5, 6 und 10 Richtlinie 2000/31/EG iVm Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG oder iVm Art 1997/7/EG.



anwendbar. Aus dem „Informationspflichtenduo“ wird daher in der Regel ein „Informationspflichtentrio“

Vergleicht man anschließend die drei angesprochenen Bestimmungen, ist auf den ersten Blick ersichtlich, dass gewisse Informationspflichten doppelt und dreifach normiert sind, da die Vorschriften, wie oben bereits erläutert, sich stets unberührt lassen. Prima facie mag diese Tatsache aus Verbraucherschutzrechtlicher Sicht zwar erfreulich sein, allerdings ist diese Konkurrenz der diversen Bestimmungen für die Unternehmer mühsam. Die Fülle an Informationspflichtenbestimmungen gepaart mit dem unregelmäßigen Vorrang, führt nämlich zu einem enormen Rechercheaufwand für jeden noch so kleinen Unternehmer, falls er die jeweiligen Waren und Dienstleistungen im Rahmen des E-Commerce anbieten will<sup>662</sup>.

Der Pflicht der Unternehmer, all diese Informationen zu erbringen, steht das Recht der Verbraucher auf den Erhalt dieser Fülle an Informationen gegenüber<sup>663</sup>. Meines Erachtens ergeben sich daher auch aus Verbraucherschutzrechtlicher Sicht Defizite durch diese fast unkontrollierte und unkontrollierbare Masse an Informationen. Unbestritten und schon aufgrund der Natur der Informationstechnologie geboten ist, dem Verbraucher ein angemessenes Maß an Informationen bereit zu stellen. Gefährlich wird die Informationsmenge aber dann, wenn sie eine regelrechte Informationsflut wird, die dann möglicherweise beim Verbraucher ein Gefühl der Resignation auslöst. In diesem Zusammenhang darf weiters nämlich nicht übersehen werden, dass die Informationsflut den Verbraucher nicht vom Erwerb der Ware oder der Dienstleistung selbst abhält, sondern dazu führt, dass er geblendet von der Unzahl der ihm zur Verfügung stehenden Informationen die für ihn wichtigen Informationen nicht mehr ausfiltern kann und damit außer Acht lässt.

So ist bekannt, dass sich in der Praxis das „Kleingedruckte“ schon vor Erlass der diversen europarechtlichen Maßnahmen nicht der allergrößten Beliebtheit erfreute. Gepaart mit der Fülle an Informationen – von der unbestreitbar auszugehen ist, wenn alleine schon der Regelungstext des Art 3 und 4 Richtlinie 2002/65/EG zwei Seiten in Normalschrift ausfüllt – führt dies zu den oben angesprochenen Defiziten aus Verbraucherschutzrechtlicher Sicht. Das Maß der Informationspflichten müsste daher

---

<sup>662</sup> Nicht berücksichtigt sind weiters die medienrechtlichen Bestimmungen (Offenlegungs- und Impressumspflicht), die zu der Fülle an Informationspflichtenbestimmungen ebenfalls noch hinzutreten.

<sup>663</sup> Vgl oben Seite 193ff.

meines Erachtens, in der Weise gewählt werden, dass sich deren beabsichtigte positive Wirkung, nicht in das Gegenteil umkehrt. Zu vermeiden sind außerdem die diversen Überschneidungen der Bestimmungen untereinander.

Darüber hinaus darf auch nicht übersehen werden, dass einerseits der EuGH von einem selbstverantwortlichen Verbraucher ausgeht<sup>664</sup>, dieser Verbraucher aber andererseits vom europäischen Gesetzgeber mit Informationsrechten überschüttet wird. Dass sich diese Tatsachen logisch nicht miteinander verknüpfen können, mag dahingestellt bleiben.

#### 8.2.3.4 Ergebnis der Untersuchung

Fügt man die obigen Ausführungen in einem Gedanken zusammen, kann man vollinhaltlich der Meinung von *Fleischer* folgen: „Der gegenwärtige Stand der Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht bildet das Ergebnis eines nicht immer durchdachten und mitunter auch zufälligen Einwicklungsprozesses. Den verstreuten Einzelvorschriften fehlt es an innerer Geschlossenheit und äußerer Organisation“<sup>665</sup>.

Dieser Zustand verursacht sowohl auf Unternehmer- als auch auf Verbraucherseite gewisse Rechtssicherheitsdefizite.

### **8.3.3 Zulassungsfreiheit im Bereich des Informationstechnologierechts**

Wie den Ausführungen in den Hauptstücken 4-5 zu entnehmen ist, sehen die Maßnahmen im Kernbereich des europäischen IT-Rechts einheitlich auf der Anbieterseite<sup>666</sup> keine Konzessionssysteme vor<sup>667</sup>. Einerseits ist Art 4 Richtlinie

---

<sup>664</sup> *Leible*, EuzW 1998, 529; EuGH 16.7.1998, C-210/96, *Gut Springheide*; EuGH 16.9.2004, Rs C-329/02, *SAT 1*, Rn 24.

<sup>665</sup> *Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 793.

<sup>666</sup> Der Begriff des Anbieters ist im gegebenen Zusammenhang als Oberbegriff vorgesehen und umfasst sowohl Diensteanbieter iS der Richtlinie 2000/31/EG als auch Unternehmen iS der Richtlinie 2002/20/EG und Lieferer iS der Richtlinie 1997/7/EG bzw Anbieter iS der Richtlinie 2002/65/EG.

<sup>667</sup> Es wird in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass die Richtlinie 2009/110/EG (E-Geld-Richtlinie) im Kernbereich nicht dem europäischen IT-Recht unterliegt. Die E-Geld-Richtlinie ist, wie ihre Bestimmungen zeigen, primär dem europäischen Banken- und Börserecht zu zuordnen. Sie wurde in der Arbeit allerdings wegen ihrer Relevanz für den Bereich des IT-Rechts am Rande mit einbezogen.

2000/31/EG zu entnehmen, dass das Anbieten von Diensten der Informationsgesellschaft keiner Zulassung oder ähnlichen Ausübungsbarrieren unterliegt. Die Zulassungsfreiheit für Dienste der Informationsgesellschaft berührt aber nicht die nationalen Vorschriften, die nicht im Zusammenhang mit den Diensten der Informationsgesellschaft stehen (zB Gewerberechtsvorschriften oder berufsrechtliche Vorschriften)<sup>668</sup>. Andererseits sieht die Richtlinie 2002/20/EG für das Bereitstellen von Telekommunikationsdiensten und -netzen eine Allgemeingenehmigung vor. Wie oben sehr ausführlich erläutert, erweckt das Wort Allgemeingenehmigung aber nur prima facie den Verdacht, dass es sich im Bereich der Telekommunikation um ein Konzessionssystem handeln könnte. Bei genauerer Untersuchung hat sich jedoch gezeigt, dass es sich bloß um ein Anmeldeverfahren – ähnlich dem des österreichischen Vereinsrechts – handelt<sup>669</sup>.

Konkret kann also für den gesamten Bereich der Informationstechnologie konstatiert werden, dass Anbieter mit keinen oder bloß mit objektiven Ausübungsschranken konfrontiert werden. Erfüllen Anbieter die objektiven Voraussetzungen, ist ihnen das Anbieten ihrer jeweiligen Leistung von den Mitgliedstaaten nicht mehr untersagbar. Die Anzahl der Anbieter am Markt ist daher rechtlich nicht mehr beschränkt<sup>670</sup>. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten die Anzahl auf Anbieterseite nationalrechtlich zu limitieren, wurde durch die vollkommene Verbannung des Konzessionssystems im Kernbereich des europäischen IT-Rechts vom europäischen Gesetzgeber ebenfalls verboten.

Wie bereits oben ausgeführt ist diese Vorgangsweise äußerst sinnvoll, da sie der Willkür der Mitgliedstaaten bei der Zulassung endgültig ein Ende setzte. Hätte der europäische Gesetzgeber weiterhin Konzessionssysteme zugelassen, hätte dies zu

---

<sup>668</sup> So ist vor allem im Zusammenhang mit den Richtlinien 1997/7/EG, 2000/31/EG und 2002/65/EG darauf hinzuweisen, dass für gewisse Tätigkeiten, die nicht das Anbieten von Online-Diensten betreffen, berufliche Qualifikationen oder Gewerbebescheine nachzuweisen sind. Sind diese allerdings gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts erbracht, dürfen keine weiteren Voraussetzungen verlangt werden, wenn Anbieter beschließen, ihre Tätigkeit auch auf den Online-Bereich auszudehnen. Dementsprechend finden sich in den Richtlinien 1997/7/EG und 2002/65/EG auch keine Vorschriften über die konkrete Tätigkeit, eines Anbieters. Art 4 Abs 2 Richtlinie 2000/31/EG weist in diesem Zusammenhang konkret darauf hin, dass die Zulassungsfreiheit für Diensteanbieter keine Ausübungsvorschriften berührt, die schon das konventionelle Anbieten von Waren oder Dienstleistungen im Offline-Bereich regeln. In diesem Sinne siehe auch *Burgstaller*, Herkunftslandprinzip – Anwendung österreichischen Gewerberechts, MuR 2009, 343; Auch die medienrechtlichen nationalen Vorschriften werden von Art 4 Richtlinie 2000/31/EG nicht berührt. Diese Genehmigungs- und Anzeigepflichten sind daher auch weiterhin zu erfüllen. Vgl dazu etwa *Micklitz in Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien<sup>1</sup>, § 4 TMG Rn 4.

<sup>669</sup> Vgl dazu oben Punkt 4.6.2.

<sup>670</sup> Eine Beschränkung auf Anbieterseite ergibt sich allenfalls durch technische Schranken. Vgl dazu oben Fn 323.

faktischen Monopolsituationen in den Mitgliedstaaten führen können. Zwar hätte rechtlich gesehen das Zulassungsverfahren ebenfalls eine unbegrenzte Anzahl auf Anbieterseite ermöglicht, dennoch wäre den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen gestanden, das Zulassungsverfahren in einer Form auszugestalten, dass es für Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten entweder gar nicht passierbar oder nur mit erheblichen Mehraufwand passierbar gewesen wäre<sup>671</sup>.

Wie sich aus dem EuGH-Urteil *Engelmann* ergibt, sind diskriminierende Zulassungssysteme schon mit den Bestimmungen des Vertrags selbst unvereinbar<sup>672</sup>. Dennoch beinhaltet eine nicht vorhandene Regulierung gewisse temporäre Nachteile gegenüber einer sekundärrechtlichen Regulierung, die von Anfang an klar stellt, welche Grundvoraussetzungen für das Anbieten von Informationstechnologien nötig sind.

Durch die Einführung der lückenlosen Zulassungsfreiheit im Kernbereich des IT-Rechts hat der europäische Gesetzgeber ein enormes Gefühl der Rechtssicherheit auf Anbieter- und Verbraucherseite geschaffen. Des Weiteren führt die Regelung eines gewissen Sektors immer zu folgenden Vorteilen gegenüber einer Beschränkung der Anbieterseite:

- Wird in einem Markt weder auf Anbieter- noch auf Nachfrageseite rechtlich einschränkend eingegriffen, greift der marktwirtschaftliche Prozess der freien Preisbildung in vollen Umfang. Verbraucher haben somit die Möglichkeit jeweils das beste Angebot, bestehend aus Qualität und Preis, zu wählen. Auf Anbieterseite entsteht ein uneingeschränkter Wettbewerb um die Kunden. Es kommt in diesem Fall zu einem „race to the top“. Durch geringe Markteinstiegskosten und der Gewissheit bei erfüllen der rechtlichen Voraussetzungen an den Märkten teilhaben zu dürfen, drängen so lange Anbieter auf den Markt, bis sich das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage einpendelt.
- Monopolsituationen können in Extremfällen die Nachfrage der Verbraucher in einem Sektor nicht ausreichend befriedigen. Es steigt daher die Gefahr, dass die Verbraucher das fehlende Angebot bei Unternehmen suchen, die keiner

---

<sup>671</sup> Ein Monopol, das unter dem Deckmantel eines Konzessionssystems realisiert wurde, wurde erst vor kurzer Zeit vom EuGH in Österreich im Bereich des Glücksspielsektors als ungültig erklärt. EuGH 9.9.2010, C-64/08, *Engelmann*.

<sup>672</sup> EuGH 9.9.2010, C-64/08, *Engelmann*, Rn 27f.

Regulierung unterliegen. Verbraucher werden durch monopolartige Marktstrukturen möglicherweise in den Bereich des Illegalen gedrängt. Es entstehen daher Schwarzmärkte, in denen der Verbraucherschutz wenig bis gar nicht garantiert werden kann. Durch das System der Zulassungsfreiheit im Kernbereich des IT-Rechts, werden die Anreize für die Entstehung eines innergemeinschaftlichen Schwarzmarktes auf ein Minimum gesenkt. Aus der Unterwerfung der Anbieter unter die informationstechnologierechtlichen europäischen Rahmenbedingungen resultiert daher ein Maximum an Kunden- und Verbraucherschutz

- Eine weitere Verbesserung des Niveaus des Kunden- und Verbraucherschutzes entsteht durch den uneingeschränkten Wettbewerb im Rahmen des Informationstechnologierechts. So tritt zB im Bereich des Telekommunikationsrechts zu der staatlichen Aufsicht auch eine wettbewerbsrechtliche Beaufsichtigung der Marktteilnehmer untereinander. Die Unternehmen beobachten und überwachen im Kampf um Kundschaft auch die Wettbewerbspraktiken der anderen Marktteilnehmer und werden bei unlauteren Geschäftspraktiken der Anderen sofort selbst (regulierend) aktiv. Die Beseitigung dieser Missstände geschieht zwar direkt und primär im Interesse des Unternehmens, wirkt sich logischerweise indirekt und sekundär aber ebenfalls positiv auf die Situation der Verbraucher aus.
- Durch annähernd selbe Rahmenbedingungen inkl Zulassungsfreiheit in allen 27 Mitgliedstaaten im Bereich des IT-Rechts, wird zudem dem grenzüberschreitenden Charakter der Informationstechnologien in angemessener Weise Rechnung getragen.

Alles in allem ist die Situation im Bereich der Zulassung von Anbietern der auf Informationstechnologie basierenden Dienste äußerst befriedigend. Zulassungsfreiheit im Zusammenspiel mit ausreichend klarer Regulierung gewährleistet ein hohes Maß an Rechtssicherheit im Bereich des IT-Rechts<sup>673</sup>. Auf Anbieterseite führt dieses hohe Maß an Rechtssicherheit zu einer befriedigenden wettbewerbsrechtlichen Lage im Binnenmarkt. Auf der Nachfrageseite führt die Rechtssicherheit zu einem hohen Verbraucherschutzniveau.

---

<sup>673</sup> Ausgenommen davon sind die oben bereits erörterten kleineren Unklarheiten im Bereich der Definitionen und der Informationspflichtenbestimmungen.

### **8.3.4 Außergerichtliche Streitbeilegung im Bereich des Informationstechnologierechts**

#### 8.3.4.1 Allgemeines

Ein weiterer maßnahmenübergreifender „Trend“ im Informationstechnologierecht ist die Bereitstellung außergerichtlicher Streitbeilegungsmöglichkeiten. Die Wortwahl „Trend“ soll in diesem Zusammenhang aber vorweg gleich darauf hinweisen, dass sich die außergerichtliche Streitbeilegung im europäischen IT-Recht erst entwickelt und nicht bereits zur Regel geworden ist.

So sieht einzig und alleine nur Art 34<sup>674</sup> Richtlinie 2002/22/EG (im Bereich des Telekommunikationsrechts) zwingend die Einräumung einer außergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeit vor. Die Textierungen der Art 11 Abs 4 Richtlinie 1997/7/EG und Art 14 Richtlinie 2002/65/EG führen im Ergebnis dazu, dass es den Mitgliedstaaten überlassen ist, fakultativ in den jeweiligen Bereichen dieser Richtlinie außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten vorzusehen. Allerdings ist auch diesen beiden Textierungen eine sprachliche Intensivierung zu entnehmen. Während Art 11 Abs 4 Richtlinie 1997/7/EG die Wortwahl „können“ noch auf eine gewisse Unentschlossenheit seitens des europäischen Gesetzgebers hindeutet, lässt die Wortwahl „fördern“ in Art 14 Richtlinie 2002/65/EG schon eindeutig auf den oben angesprochenen „Trend“ schließen. Art 22 Verordnung (EG) Nr. 874/2004 sieht das außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren ebenso wie Art 11 Abs 4 Richtlinie 1997//EG nur als Alternative zu dem herkömmlichen streitigen Verfahren an.

Art 17 Abs 1 Richtlinie 2000/31/EG schreibt weiters vor, dass die außergerichtlichen Streitbeilegungsmöglichkeiten in der Form ausgestaltet werden müssen, dass sie auch die Beteiligung am Verfahren im elektronischen Wege nicht weiter behindern.

#### 8.3.4.2 Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung

Die in den Richtlinien getätigte Wortwahl „außergerichtliche Streitbeilegung“ bildet bloß einen Überbegriff für diverse Erscheinungsformen der Streitschlichtung im

---

<sup>674</sup> idF Art 1 Abs 24 Richtlinie 2009/136/EG.

außerordentlichen Wege. In den folgenden Ausführungen soll kurz erläutert werden, welche Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung zur Zeit in der Praxis zur Verfügung stehen und ob diese gemäß den Richtlinienbestimmungen tatsächlich anwendbar sind:

- Schiedsverfahren: in diesem Fall werden privatrechtliche Streitigkeiten aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung durch nichtstaatliche Entscheidungsorgane entschieden. Das Schiedsverfahren ist oft Teil der nationalen Zivilprozessordnungen<sup>675</sup> und beschränkt die weitere Beschreitung des ordentlichen Zivilrechtswegs<sup>676</sup>. Da diese Möglichkeit also die nationalen gerichtlichen Verfahren nicht unberührt lässt, ist es schon gemäß dem Richtlinien-text unzulässig<sup>677</sup>.
- Mediation: in diesem Fall werden Streitfälle von Parteien unter Beziehung eines neutralen Dritten (dem Mediator) von den Parteien selbst konstruktiv gelöst. Hervorzuheben ist, dass in diesem Verfahren dem Mediator keinerlei Zwangs- und Entscheidungsgewalt zukommt. Dieses Verfahren wäre zwar gemäß den Bestimmungen der Richtlinien zulässig, ist allerdings meines Erachtens unbefriedigend, da der Mediator nicht schlichtend eingreifen kann.
- Schlichtungsstellen: in diesem Fall sorgt ein unparteiischer Dritter (Schlichter) dafür, dass die Parteien weiterhin miteinander im Gespräch bleiben. Im Unterschied zum Mediator sind Schlichter meist sachverständige Angehörige der entsprechenden Fachgruppe. Die Parteien haben sich einer im Vorhinein festgeschriebenen Verfahrensordnung<sup>678</sup> zu unterwerfen, auf Grund derer dem Schlichter auch diverse Zwangs- und Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden können. Diese Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung wird daher in der Regel von den Mitgliedstaaten gewählt. Diese Methode hat gegenüber der Wahl des Mediators den entscheidenden Vorteil, dass der Schlichter meist fachkundig ist und daher Entscheidungen

---

<sup>675</sup> Vgl zB §§ 577ff ZPO, oder auch §§ 1025ff dZPO.

<sup>676</sup> So wirkt nach österreichischem Recht der Schiedsspruch wie ein ordentliches Urteil (§ 594 Abs 1 ZPO). Die weitere Anrufung der ordentlichen Gerichte ist daher nicht ohne weiteres möglich. Erst wenn der Schiedsspruch im Wege der Aufhebungsklage aufgehoben worden ist, ist die Beschreitung des ordentlichen Zivilrechtswegs wieder möglich. Allerdings ist die Aufhebungsklage an strenge Voraussetzungen gebunden. Vgl dazu *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup>, Rn 965ff.

<sup>677</sup> Siehe Art 34 Abs 4 Richtlinie 2002/22/EG.

<sup>678</sup> Siehe bspw die Verfahrensordnung der RTR-GmbH:  
<http://www.rtr.at/de/tk/SchlichtungsstelleRTR/Verfahrensrichtlinien.pdf>

der Schlichtungsstellen öfters eine – nach Ansicht der Parteien – faire und gerechte Note bekommt.

#### 8.3.4.3 Ergebnis und Zusammenfassung

Zusammenfassend kann resümiert werden, dass der europäische Gesetzgeber im Bereich des IT-Rechts versucht, die Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegungsmethoden zu etablieren. Der europäische Gesetzgeber will den Verbrauchern und den Kunden in schnelllebigen und dauerhaften Geschäftsbeziehungen, die zumeist elektronisch abgewickelt werden, auch die Möglichkeit einer schnellen und dauerhaften Schlichtung von Streitfällen zur Verfügung stellen. Meines Erachtens ist diese Vorgehensweise äußerst sinnvoll. In diesem Sinne kann ich dazu außerdem meinerseits unterstützend folgende positive Aspekte hervorheben, die die außergerichtliche Streitbeilegung gegenüber dem ordentlichen Zivilrechtsweg im Bereich der Informationstechnologien aufweist:

- Gerichtliche Verfahren bergen oft die Gefahr, dass eine erfolgreiche vertragliche Beziehung<sup>679</sup> im Rahmen eines Streitverfahrens einen eklatanten Vertrauensbruch erfährt und in weiterer Folge meist in einem Ende der Geschäftsbeziehung resultiert. Ein Schlichtungsverfahren dagegen hat in erster Linie das Ziel, dass die Parteien eine konstruktive Lösung ihrer Probleme suchen. Durch dieses Verhandeln auf Augenhöhe ergeben sich oft weit bessere Lösungsmöglichkeiten als in einem starr vorgefertigten Gerichtsprozess.
- Es liegt mittlerweile in der Natur der ordentlichen Gerichtsverfahren, dass diese bis zu deren endgültiger Beendigung eine oft unangemessene zeitliche Dauer in Anspruch nehmen. Dadurch wird für eine lange Zeit nicht nur die Geschäftsbeziehung der Parteien belastet, sondern bleibt auch die Lösung der Probleme und die weitere Zukunft der Geschäftsbeziehung lange Zeit

---

<sup>679</sup> Umfasst sind dabei Dauerschuldverhältnisse, wie sie vor allem im Bereich der Telekommunikations- und Internetdienstleistungserbringung anzutreffen sind als auch längere Geschäftsbeziehungen, die sich durch ständigen einzelgeschäftlichen Kontakt durch die Parteien auszeichnen



ungewiss. Ein Schlichtungsverfahren bietet die Möglichkeit, Problemfälle in einem angemessenen Zeitraum befriedigend zu lösen<sup>680</sup>.

- Wie bereits oben angesprochen werden die Schlichtungsverfahren meist von sachkundigen unparteiischen Dritten geleitet. Die Streitparteien haben daher den Vorteil, dass sich mit ihrem konkreten Fall eine Stelle befasst, die tagtäglich mit ähnlich gelagerten Fällen konfrontiert ist. Diese Tatsache ist vor allem in einem so eigenständigen Bereich wie dem Informationstechnologierecht erfreulich, da in diesem Bereich ein gewisses Grundverständnis der Sachmaterie sehr hilfreich ist. Dass in konkreten Fällen sachkundigen Stellen eine vorgelagerte außergerichtliche Entscheidungsbefugnis eingeräumt wird, ist auch für das Vertrauen der Verbraucher in diese Verfahren essentiell.
- Schlichtungsverfahren finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Die Vertraulichkeit aller Parteien ist in diesem Verfahren daher optimal geschützt. Auch diese Tatsache ist im Bereich der Informationstechnologie ein wesentlicher Vorteil, da Betreiber und Verbraucher gegenüber unbeteiligten Dritten keine technischen Verfahren oder Daten preisgeben müssen.
- Schlichtungsverfahren können einen Rechtsstreit erfolgreich beenden. Im Gegensatz zu den Schiedsverfahren bleibt den Streitparteien aber trotz dieser Entscheidung die Möglichkeit den ordentlichen Zivilrechtsweg zu beschreiten, falls sich diese durch die Entscheidung der Schlichtungsstelle benachteiligt fühlen.

---

<sup>680</sup> So schreibt bspw in Österreich § 6 der Verfahrensrichtlinien für das Schlichtungsverfahren mit Betreibern von Telekommunikationsdienstleistungen nach § 122 Abs 1 Z 1 TKG in der Regel eine Maximaldauer von sechs Monaten vor. Innerhalb diesen sechs Monaten muss die Schlichtungsstelle idR das Verfahren beenden.

## 8.4 Das Postulat der Rechtssicherheit als Wesensmerkmal des Binnenmarktkonzepts

### 8.4.1 Allgemeines zur Rechtssicherheit

Der Begriff der Rechtssicherheit ist normativ weder ausdrücklich behandelt noch gesetzlich näher definiert. Er ist jedoch in seiner allgemeinen Bedeutung sowohl europarechtlich<sup>681</sup> als auch nationalrechtlich im Privatrecht<sup>682</sup> und öffentlichen Recht<sup>683</sup> anerkannt. Der Begriff der Rechtssicherheit kann damit als vorausgesetzt angesehen werden; er lässt sich durch folgende drei Wesensmerkmale charakterisieren<sup>684</sup>:

- Klarheit
- Bestimmtheit
- Beständigkeit

Zwar beziehen sich diese Wesensmerkmale primär auf Entscheidung der staatlichen Organe. Da allerdings Entscheidungen der staatlichen Organe stets auf normativen Grundlagen basieren, geltend diese drei Wesensmerkmale mittelbar auch für die Ausgestaltung von (europäischen) Gesetzen.

Wie sich aus den Ausführungen ergibt, hat der Begriff der Rechtssicherheit in demokratisch legitimierten Rechtsordnungen somit fundamentale Bedeutung. Sie ist daher im Rahmen der Gesetzgebung und Entscheidungsfindung der Rechtsanwender stets anzustreben. *Walter/Mayer* sprechen dem Begriff der Rechtssicherheit ebenfalls einen hohen Stellenwert zu, indem sie ihn in Verbindung mit dem rechtstaatlichen Prinzip des österreichischen Verfassungsrechts setzen<sup>685</sup>.

Ob die Rechtssicherheit einen höheren Stellenwert als die Gerechtigkeit des Rechts einnimmt ist in der Lehre umstritten. So geht einerseits *Zankl* davon aus, dass „manchmal sogar ungerechte Lösungen der Rechtssicherheit halber in Kauf

---

<sup>681</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Rn 1836.

<sup>682</sup> *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>, 39.

<sup>683</sup> *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rn 165.

<sup>684</sup> Vgl. *Duden* Recht A-Z. Fachlexikon für Studium, Ausbildung und Beruf. 1. Aufl. Mannheim: Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus 2007.

<sup>685</sup> *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rn 165ff.

genommen werden müssen“<sup>686</sup>. Dass dieser Vorrang zu Gunsten der Rechtssicherheit aber nicht allumfassend ist, führt *Bydlinski* aus, indem er behauptet, dass die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit dort zu weichen habe, wo der Widerspruch vom positiven Recht zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht<sup>687</sup>. Nähert man sich jedoch dieser Streitfrage aus praktischer Sicht, fällt sofort auf, dass Rechtssicherheit objektiv gegenüber allen Rechtsunterworfenen wirkt, wogegen Gerechtigkeit ein eher subjektives Empfinden des Einzelnen darstellt. Das Recht hat aber nicht die Aufgabe subjektive Wünsche des Einzelnen zu erfüllen, sondern klare objektive Verhältnisse zu schaffen. In diesem Sinne kann mE der Ansicht von *Zankl* durchaus in uneingeschränktem Maße gefolgt werden.

Als praktisches Beispiel zum Verhältnis der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit, dienen bspw die Pflichten der Richtlinien 1997/7/EG und 2002/65/EG. So mag es manchen durchaus ungerecht erscheinen, dass auch der kleinste Einzelunternehmer, der in den Anwendungsbereich einer dieser Richtlinien fällt, alle Informationspflichten zu erfüllen hat und – obwohl er wirtschaftlich sogar seinen Kunden unterlegen sein kann – ihm das grundlose Widerspruchsrecht der Kunden gegenübersteht. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist diese vermeintliche „Ungerechtigkeit“ allerdings – wie *Zankl* richtig ausführt – in Kauf zu nehmen.

#### 8.4.2 Rechtssicherheit im IT-Recht

Wie sich aus meinen Ausführungen zu den diversen Maßnahmen ergibt, sind die übergeordneten Ziele auf der Nachfrageseite schon oft durch die Überschriften der jeweiligen Maßnahmen klar und deutlich ersichtlich. Ein weiteres übergeordnetes Ziel im Bereich des IT-Rechts, das bei genauerer Untersuchung immer wieder zum Vorschein tritt, ist die Herstellung von Rechtssicherheit im Bereich der Informationstechnologien<sup>688</sup>.

Vor allem auf Anbieterseite ist die Rechtssicherheit für die Gewährleistung eines vollkommenen Binnenmarkts unverzichtbar. Gesetzliche Rahmenbedingungen, wie

---

<sup>686</sup> *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>, 39.

<sup>687</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>, 292f.

<sup>688</sup> So ist etwa der Begriff der Rechtssicherheit wortwörtlich in den Erwägungsgründen der Richtlinien 2009/136/EG, 2009/140/EG, 2000/31/EG, 2009/110/EG und 2001/29/EG vorzufinden.

sie im Bereich des IT-Rechts großflächig vorhanden sind, spielen insb im grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr eine wesentliche Rolle. Anbieter, die es vorziehen ihr Angebot auch auf weitere Mitgliedstaaten auszuweiten, finden in den diversen (angeglichenen) nationalen Rechtsordnungen die optimalen Voraussetzungen für die Zukunftsplanung. Rechtssicherheit sorgt auf Anbieterseite in erster Linie dazu, dass die Anbieter von Vorne herein wissen, welche Kosten und Mühen bzw rechtlichen Voraussetzungen sie in einem Wahlmitgliedstaat zu erfüllen haben, um ihr Angebot auf den Markt dieses Mitgliedstaates auszuweiten. Anbieter müssen mit keinen willkürlichen Entscheidungen der diversen Aufsichtsbehörden rechnen und werden vor allem durch die Zulassungsfreiheit, die im Bereich des IT-Rechts gegeben ist, in hohem Maße dazu motiviert, ihr Angebot auf den gesamten Raum der europäischen Union zu etablieren und auszuweiten.

Auf der Nachfrageseite sind die Vorteile eines regulatorischen Rahmens, der für Rechtssicherheit sorgt immens. Verbraucher haben die Sicherheit, dass in jedem der 27 Mitgliedstaaten Sachverhalte bei grenzüberschreitender Nachfrage im Bereich des IT-Rechts in einer ähnlichen Art und Weise behandelt und beurteilt werden, wie dies in ihrem Heimatmitgliedstaat geschieht<sup>689</sup>. Auch die Nachfragenden können daher von Anfang an ihre Kosten und Risiken kalkulieren und haben bei Problemfällen die Gewissheit, dass diese in der vorgeschriebenen Weise gelöst werden.

Dass gerade die Informationstechnologien – unabhängig davon ob man von Anbieterseite oder Nachfrageseite ausgeht – massiv auf supranationale Rechtssicherheit angewiesen sind, braucht aufgrund des bereits mehrmals erörterten grenzüberschreitenden Charakters der Informationstechnologien in diesem Zusammenhang nicht mehr besonders hervorgehoben werden<sup>690</sup>. Im Sinne der obigen Ausführungen stellt daher mE die Rechtssicherheit den „Motor“ der Herstellung eines Binnenmarkts im Bereich des IT-Rechts dar. Ihr kommt gegenüber den Zielen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit, des Verbraucherschutzes, des Schutzes der Gesundheit und des Schutzes der Privatsphäre eine übergeordnete

---

<sup>689</sup> Dass die diversen nationalen Rechtsordnungen im Bereich des IT-Rechts annähernd ident sind, hängt einerseits davon ab, dass wie bereits erwähnt, alle nationalen IT-Rechtsbestände im Wesentlichen ausschließlich durch europäisches IT-Recht geprägt sind. Andererseits verlangt, wie bereits in Fn 626 erwähnt, die Kommission und der EuGH eine möglichst wortgetreue Umsetzung der Richtlinienbestimmungen in nationales Recht. Diese zwei Faktoren führen im Bereich des IT-Rechts schließlich dazu, dass die Unterschiede in den einzelstaatlichen Regelungen minimal sind.

<sup>690</sup> Siehe dazu etwa Seite 75, 100f oder 177.

Rolle zu. Sie führt in Verbindung mit den angeführten Zielen zu einem sicheren rechtlichen Umfeld für den innergemeinschaftlichen Geschäftsverkehr.

## **8.5 Fazit über das europäische Informationstechnologierechts**

Im folgenden letzten Punkt soll abschließend kurz und in übersichtlicher Weise auf die Ergebnisse der Gesamtuntersuchung des europäischen IT-Rechts eingegangen werden.

### **8.5.1 Übergeordnete Ziele**

Feststellbar ist, dass das europäische IT-Recht abgesehen von den wirtschaftlichen Zielen der

- Warenverkehrsfreiheit (Richtlinien 1999/5/EG, 2010/30/EG sowie die Wettbewerbsrichtlinien 2002/77/EG und 2008/63/EG);
- der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Richtlinien 2000/31/EG, 2002/21/EG, 2002/20/EG, 2002/19/EG, 1999/93/EG und 2000/46/EG bzw 2009/110);
- sowie der Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Richtlinien 2000/46/EG bzw 2009/110/EG);

folgenden übergeordneten Zielen dient:

- Verbraucherschutz (Richtlinien 1997/7/EG, 2002/65/EG, 1999/93/EG, 2002/22/EG und 2010/30/EG);
- Schutz der Privatsphäre (sämtliche Maßnahmen des 3. Hauptstücks);
- Schutz der personenbezogenen Daten (sämtliche Maßnahmen des 3. Hauptstücks);
- Schutz der Gesundheit (Richtlinien 2006/25/EG, 2006/95/EG und 2004/108/EG);
- Schutz des geistigen Eigentums (sämtliche Maßnahmen des 6. Hauptstücks und im weitesten Sinne Richtlinie 1996/9/EG);
- Rechtssicherheit (siehe Punkt 8.4).

### **8.5.2 Auffallende regulatorische Besonderheiten, Homogenität**

Wie sich in der Untersuchung gezeigt hat, weist das europäische Informationstechnologierecht bis auf die oben angeführten Problembereiche der Begriffsbestimmungen und Informationspflichten einen hohen Grad an Homogenität auf. Wie insb die Vielzahl der Verweise in dieser Arbeit gezeigt hat, ist das IT-Recht größtenteils in sich schlüssig. Zwar ergeben sich durch die nichtkodifizierte Wiedergabe der Maßnahmen in der Rechtsdatenbank der EU oft prima facie diverse Widersprüchlichkeiten, so lösen sich diese allerdings bei genauerer Untersuchung, samt Einbeziehung der spezifischen Neuerungen, schlussendlich wieder in Luft auf. So kann resümiert werden, dass im Rahmen der genaueren Untersuchung keine fraglichen Verweise oder sonstige inhaltliche Unstimmigkeiten im Bereich der Kernmaßnahmen vorgefunden wurden.

Das derzeit geltende europäische IT-Recht weist daher zweifelsfrei eine beachtliche Homogenität auf. Umso unbefriedigender ist in diesem Zusammenhang aber erneut, dass die elektronische Rechtsdatenbank der EU keine kodifizierten Fassungen wiedergibt. Will man alleine aus den Rechtserkenntnismitteln, die von der EU selbst zur Verfügung gestellt werden, einen Überblick über das aktuell geltende IT-Unionsrecht zu ermitteln, ist dies stets mit einem Aufwand verbunden, der in keiner Relation zu dem Ergebnis steht. Natürlich ist diese Tatsache auch im Hinblick auf die in Punkt 8.4 ausführlich besprochene Rechtssicherheit bedauerlich, da die Rechtssicherheit durch diese Umstände enorm leidet.

Wie bereits in Punkt 8.3 ausführlich untersucht, weisen die Maßnahmen des europäischen IT-Rechts folgende auffällige maßnahmenübergreifende Gemeinsamkeiten auf:

- Definitionen,
- Informationspflichten,
- Zulassungsfreiheit,
- außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten.

### **8.5.3 Kritikpunkte am Gesamtkonzept**

#### 8.5.3.1 Fehlende Umsetzungsfristen

Wie die Tabelle in Punkt 9.2 zeigt, sind einige Maßnahmen - vor allem jene im Bereich des Urheberrechts - aber bspw auch die Richtlinien 2009/114/EG und 2006/95/EG mit keinen Umsetzungsfristen versehen. Generell bildet diese Tatsache kein Problem, wenn man den Mitgliedstaaten unterstellen könnte, dass sie für eine Umsetzung in angemessener Frist sorgen werden. Dass die Umsetzungsmoral einiger Mitgliedstaaten allerdings zu wünschen übrig lässt, zeigt auch ein konkretes Beispiel in dieser Arbeit. So wurde die Richtlinie 2006/24/EG trotz einer ausdrücklich normierten Umsetzungsfrist von Österreich noch nicht in nationales Recht umgesetzt. Wenn sich Mitgliedstaaten schon über Umsetzungen von Maßnahmen hinwegsetzen, die ausdrückliche Umsetzungsfristen beinhalten, werden sie dies wohl oder übel auch bei Maßnahmen, die keine Umsetzungsfristen beinhalten, in dieser Form zelebrieren.

Dass einige Maßnahmen aber keine Umsetzungsfristen haben, führt auch zu Nachteilen der Rechtsunterworfenen. Denn wie oben ausführlich erläutert wurde, können Richtlinienbestimmungen zu keiner unmittelbaren Anwendbarkeit gelangen, wenn der Mitgliedstaat nicht mit deren Umsetzung säumig ist. Sehen Maßnahmen keine Umsetzungsfristen vor, kann diese eine Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen logischerweise nie bejaht werden. Tatsache ist, dass die Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmungen jener Maßnahmen, die keine Umsetzungsfristen vorsehen einzig und alleine vom "good will" der Mitgliedstaaten abhängig ist. Diese Tatsache läuft aber dem Ziel der Rechtssicherheit, welches ja auch von der EU anerkannt ist, diametral zuwider.

#### 8.5.3.2 Kritik bei den ausgenommenen Bereichen

Wie die Ausführungen dieser Arbeit gezeigt haben, schafft das europäische IT-Recht größtenteils eine sinnvolle Regulierung der verschiedenen Tätigkeiten von Unternehmer (bzw Anbieter) und Verbraucher im Bereich des Internet- und

Telekommunikationsrechts. Einen kleinen Wehrmutstropfen stellt allerdings die Tatsache dar, dass einige wirtschaftlich nicht unbedeutende Bereiche ausdrücklich von den diversen Maßnahmen des IT-Rechts ausgenommen sind:

- So sind Glücksspiele (allen voran das Online-Glücksspiel) von der Richtlinie 2000/31/EG ausdrücklich nicht umfasst. Warum diese Ausnahme allerdings vorgesehen wurde, lässt sich den Erwägungsgründen nicht entnehmen. Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass H2 Gambling Capital, die Bruttoerträge im Online-Glücksspiel im Jahr 2012 weltweit mit ca 25,5 Milliarden Euro beziffert<sup>691</sup>. Daraus lässt sich zweifelsfrei ableiten, dass das Online-Glücksspiel wirtschaftlich nicht zu vernachlässigen ist. Das Online-Glücksspiel ist in Europa weder vom europäischen IT-Recht noch von sonstigen sekundären Rechtsakten geregelt. Die Begründung dafür liegt wohl eher in einer massiven Lobby-Bewegung gegen eine Regulierung, weshalb sich die Tatsache der Komplettausnahme weiteren rechtswissenschaftlichen Untersuchungen entzieht. Bedauerlich ist nur, dass in einem gesamten (bedeutenden) Online-Wirtschaftszweig, die in Punkt 8.4 ausführlich erörterte Rechtssicherheit weder auf Anbieter- noch auf Verbraucherseite gewährleistet ist.
- Art 3 Abs 2 Richtlinie 1997/7/EG schreibt fest, dass für Reise- und Time-Sharing-Verträge, sowie für Fernabsatzverträge über Lebensmittel, Getränke und sonstigen täglichen Haushaltsbedarf die Informationspflichten (Art 4), die schriftliche Unterrichtung (Art 5) und das Rücktrittsrecht (Art 7) nicht zur Anwendung gelangen. Praktisch gesehen bedeutet die Ausnahme der oben genannten Verträge von den drei Artikeln eine Komplettausnahme, da die wichtigsten Rechte der Verbraucher in diesem Zusammenhang nicht gelten. Auch diese Ausnahme wurde auf rechtswissenschaftlicher Basis vom europäischen Gesetzgeber nicht argumentiert und ist daher, wie *Micklitz* richtigerweise argumentiert, ebenfalls ein Produkt gezielter Lobbypolitik<sup>692</sup>. Vor allem im Bereich der Reise- und Time-Sharing-Verträge wird die Etablierung eines europäischen Markts durch diese Ausnahme massiv behindert. Ebenso unverständlich ist, warum Lebensmittel, vom Fernabsatz ausgeschlossen sein

---

<sup>691</sup> H2 Gambling Capital (<http://www.h2gc.com>), eGaming Data from 2.12.2009.

<sup>692</sup> *Micklitz*, Die Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG, ZEuP 1999, 878f.



sollen. Auch in diesen Bereichen herrscht daher nur eingeschränkte Rechtssicherheit.

#### **8.5.4 Ausblick**

Informationstechnologien werden sich weiterhin enorm entwickeln und noch mehr als heute unsere Gesellschaft beeinflussen. Die klassischen Bereiche des Internet und der Telekommunikation, aber auch der Bereich des Rundfunks werden in Zukunft zunehmend miteinander verschmelzen. Des Weiteren wird die Interaktivität – also die aktive Einbindung der Verbraucher (Nutzer) – stetig zunehmen. Zutreffend hat daher die EU, wie bereits schon oben angeführt folgende primäre Ziele im Auge:

- Vermeidung und Kampf gegen illegale Inhalte im Internet,
- Vermeidung und Bekämpfung schädlicher und unerwünschter Inhalte im Internet,
- Förderung eines sicheren „Online-Umfeldes“,
- Sensibilisierung der Nutzer.

Diese Ziele bieten meines Erachtens die Grundpfeiler einer „friedlichen Koexistenz“ von Mensch und Informationstechnologie.

#### **Exkurs: Gefährlichkeit der Informationstechnologien**

Wie bereits oben in der Einführung besprochen hat der EuGH in seinen jüngsten Entscheidungen zum Glücksspielrecht ausgeführt, dass das Internet für Verbraucher im Bereich des Online-Glücksspiels besondere Gefahren eröffne<sup>693</sup>. Einerseits kann natürlich der Bereich des Online-Glücksspiels nicht ohne Weiteres mit den oben ausgeführten Bereichen des IT-Rechts verglichen werden, da das Glücksspiel, wie oben ausgeführt, von den Anwendungsbereichen der jeweiligen Maßnahmen ausdrücklich ausgenommen ist<sup>694</sup>. Das Online-Glücksspiel ist daher im Gegensatz zu den anderen Bereichen der Hauptstücke 3-7 nicht reguliert. Andererseits besteht natürlich weiterhin die Gefahr, dass der EuGH seine fragwürdigen Ansichten aus

---

<sup>693</sup> Vgl dazu oben Punkt 2.4.2.2.

<sup>694</sup> Art 1 Abs 5 Buchstabe d) Spiegelstrich 3 Richtlinie 2000/31/EG.

dem Bereich des Online-Glücksspiels auch auf die regulierten Bereiche des IT-Rechts überträgt. Denn auch in den regulierten Bereichen treten sich die Parteien trotz Regulierung nicht persönlich gegenüber.

Die folgenden Ausführungen sollen weiterhin allerdings nicht der Würdigung der Ansichten des EuGH zum Glücksspielrecht dienen. Auch über die Tatsache, dass das Glücksspiel von der Regulierung der Informationstechnologien ausgenommen ist, soll nicht weiter behandelt werden. Es soll vielmehr gezeigt werden, ob Informationstechnologien per se wirklich gefährlich sind. Des Weiteren soll dem Leser – dem ich in den Hauptstücken 3-7 hoffentlich einen groben Überblick über das europäische IT-Recht verschaffen konnte – ein Denkanstoß vermittelt werden, inwiefern die Informationstechnologien von den diversen Regelungen beeinflusst werden.

Nähert man sich der Frage der Gefährlichkeit der Informationstechnologien von der juristischen Seite, fällt vor allem im Rahmen des europäischen IT-Rechts auf, dass die Informationstechnologien nicht per se gefährlicher sind als das „reale Leben“. Nur so lässt es sich erklären, dass der europäische Gesetzgeber für Diensteanbieter im Rahmen der Richtlinie 2000/31/EG<sup>695</sup> und für Betreiber von Telekommunikationsdiensten und –netzen (Richtlinie 2002/20/EG)<sup>696</sup> ausdrücklich keine besonderen Zulassungsvoraussetzungen normiert. Der europäische Gesetzgeber geht also von einer Neutralität der Informationstechnologien aus.

Gleichzeitig ist aber völlig unbestritten, dass sich im Bereich der Informationstechnologien Gefahren für das rechtsgeschäftliche Handeln ergeben. Dies hängt vor allem mit der Ubiquität des Internets und damit zusammen, dass die Informationstechnologien generell (allen voran Internet und Telekommunikation) aufgrund ihrer dezentralen Kommunikationsarchitektur kaum beherrschbar sind. In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht übersehen werden, dass rechtsgeschäftliches Handeln seit eh und je gewisse Gefahrenpotentiale für die Beteiligten mit sich gebracht hat. Diese Probleme und Gefahren wurden daher durch die Einführung der Informationstechnologien nicht neu erschaffen, sie treten im Bereich des IT-Rechts bloß in veränderter Form wieder in Erscheinung.

---

<sup>695</sup> Vgl oben Punkt 5.5.2.

<sup>696</sup> Vgl oben Punkt 4.6.2.

War es schon immer die Aufgabe, die Gefahren und Probleme im rechtsgeschäftlichen Verkehr durch angemessene Regulierung auf ein Minimum zu beschränken, ist es auch im Zeitalter der Informationstechnologie die Pflicht des Gesetzgebers – allen voran des europäischen Gesetzgebers – auf die veränderten Problemkreise und Gefahren angemessen zu reagieren. Dass die Reaktion des Gesetzgebers im Bereich des europäischen IT-Recht bereits in großen Umfang durch entsprechende Regulierung geschehen ist, zeigen insb die Hauptstücke 3-7 meiner Arbeit. So wurde einerseits gezielt auf die – vom EuGH in Santa Casa und Carmen Media angesprochenen – Gefahren, die sich durch die nichtpersönliche Kontaktaufnahme der Vertragsparteien ergeben, Rücksicht genommen. Andererseits erließ der europäische Gesetzgeber aber auch Maßnahmen – wie zB die Richtlinie 2006/24/EG –, die Informationstechnologien gezielt dazu nutzen, in die geschützten Bereiche der Persönlichkeitsrechte der Rechtsunterworfenen einzugreifen<sup>697</sup>.

Fügt man die eben aufgeführten Tatsachen in einem Gedankenschritt zusammen, kommt man zu folgendem Ergebnis:

Informationstechnologien per se sind nicht gefährlich, vielmehr verhalten sich diese im Bezug zum Rechtsunterworfenen stets neutral. Es liegt, wie vor allem der Bereich des IT-Rechts zeigt, im Ermessen des Gesetzgebers durch entsprechende Regelungen die Wirkungen der Informationstechnologien auf den Rechtsunterworfenen einerseits positiv zu beeinflussen (zB Richtlinien 1997/7/EG, 2000/31/EG und 2002/65/EG) andererseits aber auch negativ zu nutzen (Richtlinie 2006/24/EG). Informationstechnologien werden daher erst dann zu einer Gefahr, wenn der Gesetzgeber diese gegenüber dem Rechtsunterworfenen in dieser Form normiert. Auch in dieser Hinsicht bleibt daher zu hoffen, dass der europäische Gesetzgeber weiterhin versucht, die Auswirkungen der Veränderung diverser Gefahrenpotentiale positiv zu beeinflussen und Maßnahmen, die die Informationstechnologien zur Eröffnung von Gefahrenpotentialen für Rechtsunterworfene zwingen, tunlichst zu unterlassen.

---

<sup>697</sup> IdZ insbesondere auf das Recht auf Privatsphäre (Art 8 EMRK, Art 7 Charta der Grundrechte der Europäischen Union) und das Recht auf Datenschutz (Art 8 Charta der Grundrechte der Europäischen Union) hinzuweisen.

## 9. Hauptstück - Stand der österreichischen Umsetzungen im Bereich des Informationstechnologierechts

### 9.1 Allgemeines

Wie bereits ausgeführt, entfalten Richtlinien im Gegensatz zu den europäischen Verordnungen keine oder nur beschränkte unmittelbare Wirksamkeit<sup>698</sup>, für die einzelnen Rechtssubjekte, solange diese nicht von den nationalen Gesetzgebern in generell abstrakte nationale Normen umgesetzt worden sind<sup>699</sup>. Der Begriff „generell abstrakt“ im europäischen Sinne wird in der österreichischen Rechtsdogmatik sowohl von Gesetzen, als auch von Verordnungen erfüllt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen darüber informieren, in wieweit die, in dieser Arbeit dargestellten und untersuchten Rechtsakte, bereits in österreichisches Recht umgesetzt worden sind. Aus den oben bereits dargelegten Gründen kann in dieser Übersicht auf eine Nennung der europäischen Verordnungen im Bereich des Informationstechnologierechts verzichtet werden<sup>700</sup>.

Die Folgende Auflistung führt entsprechend der bereits oben vollzogenen Zuteilung der Richtlinien zu einem Teilrechtsgebiet des europäischen Informationstechnologierechts, die einzelnen europäischen Maßnahmen an. Anschließend werden dann jene österreichischen Gesetze oder Verordnungen aufgezählt, in denen die jeweiligen Richtlinien umgesetzt wurden. Angegeben wird auch das jeweilige Bundesgesetzblatt, das die durch die Richtlinien notwendig gewordenen Änderungen in den nationalen Gesetzen oder Verordnungen vorgenommen hat bzw die Gesetze und Verordnungen in den österreichischen Rechtsbestand eingefügt hat.

Es zeigt sich dabei, dass die österreichische Regierung größtenteils die Termine für die nationalen Umsetzungen eingehalten hat. Die Richtlinie 2006/24/EG wurde allerdings, obwohl bereits von der Möglichkeit des Art 15 Abs 3 der genannten Richtlinie Gebrauch gemacht wurde, um die Umsetzung weitere 18 Monate hinauszuzögern, noch immer nicht in den österreichischen Rechtsbestand eingefügt.

---

<sup>698</sup> Vgl oben Punkt 2.3.2.

<sup>699</sup> Vgl *Oppermann*<sup>4</sup> § 10 Rz 103.

<sup>700</sup> Vgl oben Punkt 2.3.1.

Dies mag ua daran liegen, dass sich gegenüber dieser Richtlinie, die eindeutig zu weit in die persönlichen Rechte des Einzelnen eingreift, ein breiter Widerstand gebildet hat. Selbst die österreichische Regierung wies im Vertragsverletzungsverfahren, welches am 28.5.2009 gemäß Art 258<sup>701</sup> eröffnet wurde, auf die datenschutzrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung hin<sup>702</sup>. Trotz all dem wurde Österreich am 29.7.2010 wegen einer Verletzung der Richtlinienbestimmung (Art 15) vom EuGH zur sofortigen Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG verurteilt<sup>703</sup>.

---

<sup>701</sup> Ex Art 226 EGV.

<sup>702</sup> EuGH 29.7.2010, C-198/09, *Kommission/Österreich*, Rn 11.

<sup>703</sup> EuGH 29.7.2010, C-198/09, *Kommission/Österreich*.

## 9.2 Umsetzungstabelle

Richtlinie	umgesetzt durch	(in) Gesetze/Verordnungen
<b>Datenschutz:</b>		
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	BGBl I 1999/165, BGBl I 2006/33	Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 1999/165, Registerzählungsgesetz BGBl I 2006/33, Meldegesetz 1997 BGBl 1992/2, Postgesetz 1991 BGBl I 1998/18
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)	BGBl I 2003/70, BGBl I 2005/133	Telekommunikationsgesetz 2003 BGBl I 2003/70, Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBl I 2001/134, KommAustria-Gesetz BGBl I 2001/32, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBl 1994/650
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	-	Umsetzungsfrist unter Ausnahmeregelungen bis 15.9.2007, spätestens aber bis 15.3.2009  <b>säumig</b>

<b>Telekommunikation:</b>		
Richtlinie 1999/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 1999 über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und die gegenseitige Anerkennung ihrer Konformität	BGBI I 2001/134	Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBI I 2001/134, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBI 1994/650
Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie)	BGBI 2003/70, BGBI 2005/133, BGBI 2004/97	Telekommunikationsgesetz 2003 BGBI I 2003/70, KommAustria-Gesetz BGBI I 2001/32, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBI 1994/650, Privatradiogesetz BGBI I 2001/136, Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBI I 2001/134, Privatfernsehgesetz BGBI I 2001/84, ORF-Gesetz BGBI 1984/379
Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)	BGBI I 2003/70, BGBI I 2004/97	Telekommunikationsgesetz 2003 BGBI I 2003/70, KommAustria-Gesetz BGBI I 2001/32, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBI 1994/650, Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBI I 2001/134 Privatfernsehgesetz BGBI I 2001/84, ORF-Gesetz BGBI 1984/379, Privatradiogesetz BGBI I 2001/136

<p>Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie)</p>	<p>BGBI I 2003/70, BGBI I 2004/97</p>	<p>Telekommunikationsgesetz 2003 BGBI I 2003/70, KommAustria-Gesetz BGBI I 2001/32, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBI 1994/650, Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBI I 2001/134 Privatfernsehgesetz BGBI I 2001/84, ORF-Gesetz BGBI 1984/379, Privatradiogesetz BGBI I 2001/136</p>
<p>Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldiensterichtlinie)</p>	<p>BGBI I 2003/70, BGBI I 2004/97</p>	<p>Telekommunikationsgesetz 2003 BGBI I 2003/70, KommAustria-Gesetz BGBI I 2001/32, Verkehrs-Arbeitsinspektionsgesetz BGBI 1994/650, Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen BGBI I 2001/134 Privatfernsehgesetz BGBI I 2001/84, ORF-Gesetz BGBI 1984/379, Privatradiogesetz BGBI I 2001/136</p>
<p>Richtlinie 2009/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind</p>	<p>-</p>	<p>-</p>



<p>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</p>	-	Umsetzungsfrist bis 25.5.2011
<p>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</p>	-	Umsetzungsfrist bis 25.5.2011
<p><b>Vertragsrecht:</b></p>		
<p>Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz</p>	BGBl I 1999/185	Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140, Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb BGBl 1984/448, Produkthaftungsgesetz BGBl 1988/99

Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG	BGBl I 2004/62	Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, BGBl I 2004/62, Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140, Versicherungsvertragsgesetz BGBl 1959/2, Wertpapieraufsichtsgesetz BGBl 1996/753
Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen	BGBl I 2000/137, BGBl I 1999/190	Signaturgesetz BGBl I 1999/190,
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	BGBl I 2001/152	E-Commerce-Gesetz BGBl I 2001/152, Signaturgesetz BGBl I 1999/190, Zivilprozessordnung RGBl 1895/113
Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten <b>(aufgehoben)</b>	BGBl I 2002/45	E-Geldgesetz BGBl I 2002/45, Bankwesengesetz BGBl I 1993/532, Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz BGBl I 2001/97
Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG	-	Umsetzungsfrist bis 30.4.2011

Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten	BGBl I 2000/60	Zugangskontrollgesetz BGBl I 2000/60
<b>Urheberrecht:</b>		
Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken	BGBl I 1998/25	Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111
Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft	BGBl I 2003/32	Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111
Richtlinie 2004/48/EG Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums	BGBl I 2006/96 BGBl I 2006/81	Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111, Patentgesetz BGBl 1970/259, Halbleiterschutzgesetz BGBl 1988/372, Markenschutzgesetz BGBl 1970/260
Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums	-	-

Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte	-	-
Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen	-	-
<b>Sonstiges:</b>		
Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften	BGBl I 1999/183, BGBl II 1999/450 BGBl II 2002/429	Notifikationsgesetz 1999 BGBl I 1999/183, Notifikationsverordnung BGBl II 1999/450, Verordnung über Beförderung gefährlicher Güter auf Wasserstraßen BGBl II 2002/429
Richtlinie 2006/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Mindestvorschriften zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer vor der Gefährdung durch physikalische Einwirkungen (künstliche optische Strahlung)	BGBl II 2010/221	Verordnung optische Strahlung BGBl II 2010/221, Verordnung über die Gesundheitsüberwachung am Arbeitsplatz BGBl II 1997/27, Verordnung über Beschäftigungsverbote und – beschränkungen für Jugendliche BGBl II 1998/436
Richtlinie 2004/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der Richtlinie 89/336/EWG	BGBl II 2006/529	Elektromagnetische Verträglichkeitsverordnung 2006 BGBl II 2006/529

<p>Richtlinie 2006/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend elektrische Betriebsmittel zur Verwendung innerhalb bestimmter Spannungsgrenzen</p>	<p>-</p>	<p>-</p>
<p>Richtlinie 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen</p>	<p>-</p>	<p>Umsetzungsfrist bis 20.6.2011</p>

## Literaturverzeichnis

*Anderl*, Die Domainvergabe in Deutschland und Österreich (Dissertation)

*Apathy*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil<sup>3</sup>

*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht I<sup>2</sup>

*Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht III<sup>2</sup>

*Besenböck/Bitriol*, Zum Ersten, zum Zweiten – Rücktritt, *ecolex* 2005, 104

*Bender*, Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik<sup>9</sup>

*Blankenbach*, Handbuch der mobilen Geoinformation: Architektur und Umsetzung mobiler standortbezogener Anwendungen und Dienste unter Berücksichtigung von Interoperabilität

*Blume*, E-Commerce und Binnenmarktprinzip in der EG (2002)

*Blume/Hammer/Blaschek*, Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz

*Brenn*, Zivilrechtliche Rahmenbedingungen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Internet, *ÖJZ* 1997, 641

*Buchhold*, Die ausschließlichen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft nach dem EGV

*Büchner*, Beck`scher TKG-Kommentar<sup>2</sup>

*Bülow/Artz*, Handbuch Verbraucherprivatrecht

*Burgstaller*, Herkunftslandprinzip – Anwendung österreichischen Gewerberechts, *MuR* 2009, 341.

*Burki*, E-Banking: Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in der EU, SJZ 2001, 391

*Bürkle*, Die Bedeutung der Information für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Verbraucherinteressen, EuZW 2006, 685.

*Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup>

*Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union<sup>2</sup>

*Cristea*, EU-Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen: der Entwurf und seine Rechtsfolgen, Kreditwesen 2002, 58.

*Damjanovic*, Grundzüge des Telekommunikationsrechts<sup>2</sup>

*Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie

*Denkinger*, Der Verbraucherbegriff (Schriften zum europäischen und internationalen Privat-, Bank-, und Wirtschaftsrecht Band 22).

*Dillenz/Gutman*, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftengesetz<sup>2</sup>

*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG Kommentar (Loseblattsammlung)

*Dreier*, Harmonisierung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 1995, 458

*Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie Kurzkomentar (1999)

*Eilmannsberger*, Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht: Internet und Recht

*Eilmannsberger*, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (Teil 1), JBI 2004, 283

*Ensthaler/Weidert*, Handbuch Urheberrecht und Internet<sup>2</sup>

*Erber-Faller*, Elektronischer Rechtsverkehr (2000)

*Erenli*, Navi, Jammer und Co – Was ist in Österreich erlaubt?, ZVR 2010, 64

*Ermann*, Kommentar zum BGB<sup>11</sup>

*Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III<sup>2</sup> (2004)

*Feiler*, Data Breach Notification nach österreichischem Recht, MuR 5/2009, 281

*Feiler*, Security Breach Notification: Informationspflichten bei der Verletzung der Sicherheit personenbezogener Daten, Praxisschrift Zankl (2009), 147

*Feiler*, Innovation und internationale Rechtspraxis - Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009)

*Fina*, Die rechtliche Gleichstellung von elektronischen Signaturen mit handschriftlichen Unterschriften im Europäischen Gemeinschaftsrecht und US-amerikanischen Bundesrecht, ZfRV 2001, 1

*Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht<sup>4</sup>

*Fleischer*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772

*Forgo*, Die Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 2002, 132

*Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz

*Gastler*, Der Rechtsschutz von Datenbanken: Kommentar zu Richtlinie 96/9/EG mit Erläuterungen zu Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht



*Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung Stand 2009)

*Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag<sup>5</sup>

*Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag<sup>4</sup>

*Gruber*, Die Artt 8-10 in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen: Missbrauch von Zahlungskarten, unaufgefordert erbrachte Dienstleistungen und unerwünschte Mitteilungen, VR 2004, 19

*Hamann*, Der Entwurf einer E-Commerce-Richtlinie unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten, ZUM 2000, 290ff

*Hoeren*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000,3

*Hoeren*, Vorschlag über eine EU-Richtlinie über E-commerce, MMR 1999, 192

*Hoeren/Becker*, Handbuch Multimediarecht (Loseblattsammlung)

*Holoubek*, Rechtliche Grundlagen der Informationswirtschaft (2004)

*Hoppmann*, Der Vorschlag für eine Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, ZfV 1999, 21

*Jahnel*, Informatikrecht<sup>2</sup>

*Jud/Högler-Pracher*, Die Gleichsetzung elektronischer Signaturen mit der eigenhändigen Unterschrift, ecolex 1999, 610

*Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBI 1998/89 (Teil I)

*Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBI 1998/153 (Teil II)

*Kalss/Lurger*, Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht, JBI 1998/219 (Teil III)

*Kilian/Heussen*, Computerrecht (Losblattsammlung 28. Ergänzungslieferung)

*Kirn*, E-Business im Mittelstand

*Koch*, Internet-Recht (1998)

*Koziol*, Im Dienste der Gerechtigkeit (Festschrift Franz Bydlinsky)

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup>

*Kriegner*, Die Fernabsatz-Richtlinie für Finanzdienstleistungen an Verbraucher (2003)

*Kröger/Gimmy* Handbuch zum Internetrecht (2000)

*Kühnberg*, Sanktionen und Rechtsschutz in der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, VR 2004, 23

*Lammer*, Handbuch E-Money, E-Payment und M-Payment (2007)

*Lehmann*, Rechtsgeschäfte im Netz, Electronic Commerce (1999)

*Leible*, EuzW 1998, 526

*Lenz/Borchard*, EU-Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon<sup>5</sup>

*Lenz/Borchardt*, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft<sup>4</sup>

Liebwald, Die systematische Aufzeichnung der Daten über elektronische Kommunikation zu Überwachungszwecken, jusIT 2010, 58

*Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts<sup>2</sup>

*Magnus*, Verhandlungen des 12. ÖJT II/2 (1994)

*Micklitz*, Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, ZeuP 1999, 875

*München OLG*: Homepage als „dauerhafter Datenträger“, MMR 2001/536

*Nordemann/Vinck/Hertin*, Urheberrecht Kommentar<sup>9</sup>

*Ohlenburg*, Die neue EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG: Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation, MMR 2003, 84

*Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht<sup>3</sup>

*Oppermann*, Europarecht<sup>4</sup>

*Otto/Seitlinger*, Die „Spitzelrichtlinie“: Zur (Umsetzungs) Problematik der Data Retention Richtlinie 2006/24/EG, MuR 2006, 227.

*Perner/Spitzer*, Bürgerliches Recht

*Rebmann*, Münchner Kommentar zum BGB IIa<sup>4</sup>

*Rebmann*, Münchner Kommentar zum BGB II<sup>5</sup>

*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup>

*Reich*, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581

*Ruess*, Die E-Commerce-Richtlinie und das deutsche Wettbewerbsrecht

*Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121

*Rummel*, Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (2000)

Schauer, e-commerce in der Europäischen Union (1999)

*Scherz*, Die Netiquette als selbstregulierendes Instrument in der computervermittelten Kommunikation (Dissertation 2001)

*Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>2</sup>

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup>

*Schwimann*, ABGB Taschenkommentar (2010)

*Simits*, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz<sup>5</sup>

*Simits/Dammann/Körner*, Datenschutz in der Europäischen Gemeinschaft (Loseblattsammlung Stand 1993)

*Söllner*, Die Zukunft des Sozial- und Steuerstaats (Festschrift Fricke 2001)

*Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien<sup>1</sup> (2008)

*Stabentheiner*, Probleme bei der Umsetzung zivilrechtlicher EU-Richtlinien am Beispiel der Time-Sharing-Richtlinie, JBI 1997, 65.

*Stampfel*, The EU Data Retention Directive 2006/24/EG from a Technical Perspective

*Streinz*, Europarecht<sup>7</sup>

*Sutor*, Die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts mit Schwerpunkt auf die Entbündelung in Österreich (Diplomarbeit)

*Trüe*, Das System der Rechtssetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union

*Walter/Mayer*, Verfassungsrecht<sup>10</sup>

*Wiechert*, Europäisches Telekommunikationsrecht (Loseblattsammlung Stand 2004)

*Wissmann*, Telekommunikationsrecht (2003)

*Zanger/Schöll*, Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003

*Zankl* Neue Fälligkeitsregeln und Informationspflichten im Internet (Fernabsatz), *ecolex* 2000, 350

*Zankl*, Auf dem Weg zum Überwachungsstaat?

*Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>

*Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup>

*Zankl*, Die Sachertorte und das Glücksspiel (Die Presse, Rechtspanorama, 7.2.2010)

*Zankl*, E-Commerce-Gesetz

*Zankl*, Fern-Finanzdienstleistungs-Gesetz, *ecolex* 2004, 601

*Zankl*, Kommentar zum E-Commerce-Gesetz (2002)

*Zankl*, Online-Gaming: Regulieren statt Monopolisieren, *ecolex* 2010, 310

*Zankl*, Rücktritt von Verträgen im Fernabsatz, *ecolex* 2000, 416

Zankl, Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBI 2001, 409

Zankl, Vom E-Commerce zum M-Commerce, ecolex 2003, 507

Zankl, Zivilrecht und E-Commerce, ÖJZ 2001, 542

Zerdick, Die Internet-Ökonomie<sup>3</sup>

Zugangskontrollgesetz, ecolex 2000, 487

### **Elektronische Verweise:**

<http://www.dsk.gv.at/DocView.axd?CobId=30690>

<http://www.oecd.org/dataoecd/34/37/2771153.pdf>

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf)

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302\\_1bvr025608.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html)

[http://europa.eu/institutions/index\\_de.htm](http://europa.eu/institutions/index_de.htm)

<http://www.dsk.gv.at/>

<http://www.rfid-journal.de/>

<http://www.herold.at/>

<http://dejure.org/dienste/lex/EG/46/1.html>

[http://ec.europa.eu/information\\_society/topics/telecoms/internet/crime/wpapnov/text\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/topics/telecoms/internet/crime/wpapnov/text_en.htm)

<http://www.rtr.at/de/tk/SchlichtungsstelleRTR/Verfahrensrichtlinien.pdf>

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,677826,00.html>

<http://www.eurid.eu/en/about>

<http://www.fair-news.de/news/Die+Domain-Branche+-+Ein+Markt+mit+Zukunftsperspektive/28840.html>

<http://www.h2gc.com/news.php?article=H2%26%23039%3Bs+November+eGaming+Data%2FUpdate+Paper+is+Available>

## Mag. Markus Hübner – Lebenslauf

- Persönliche Informationen
- Name: Markus Hübner
  - Geburtsdatum: 16.02.1984
  - Nationalität: Österreich
  - Familienstand: ledig
  - Kontakt: huebner@e-center.eu
- Schulbildung
- 1990 – 1994 VS Breitenfurt
  - 1994 – 1998 AHS Perchtoldsdorf
  - 1998 – 2003 HTBLuVA Mödling Fachrichtung Elektrotechnik
  - 6.6.2003 Reifeprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg
- Akademische Ausbildung
- 2004 – 2008 Diplomstudium Rechtswissenschaften Wien
  - 2008 – 2010 Doktoratsstudium Rechtswissenschaften Wien
  - 2008 – Bachelorstudium Wirtschaftsrecht Wien
- Berufliche Erfahrung
- Juli 2000: Feriapraxis beim ORF Abteilung Zentralwerkstätte
  - Juli 2002: Feriapraxis beim ORF Abteilung Messtechnik
  - Juli 2003 – Februar 2004: Ableistung des Grundwehrdienstes
  - Juni 2004 – November 2004: bei Peak Software als Programmierer
  - Juli 2005 – August 2005: techn. Praktikant des ORF Abteilung Produktionsbetrieb Fernsehen Studioteknik
  - September 2006 – Oktober 2008: Recherchetätigkeit bei den Herren RA Dr. Gottfried Bischof und RA Mag. Guido Zorn
  - Oktober 2008 – heute: wissenschaftlicher Mitarbeiter bei den Herren RA Dr. Gottfried Bischof und RA Mag. Guido Zorn
  - September 2006 – heute: Mitarbeiter beim Europäischen Zentrum für E-Commerce und Internetrecht ([www.e-center.eu](http://www.e-center.eu))