



universität
wien

Exposé der Dissertation

Titel der Dissertation:

Aktuelle Einflüsse des Urheber-, Lauterkeits- und Konsumentenschutzrechts auf Telekommunikationsanbieter

Verfasserin:

Mag. iur. Birgit VOGLMAYR

angestrebter akademischer Grad:

Doctor iuris (Dr. iur.)

Betreuer:

Ao. Univ. Prof. Dr. Wolfgang Zankl

Wien, im April 2013

Matrikelnummer: 0602636

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Dissertationsfach: Zivilrecht

1. Themeneinführung und -abgrenzung

Durch die zunehmende Verschmelzung der Telekommunikationsdienste, wie etwa klassische Telefondienste, Mobilfunk und Internetkommunikation, bzw durch die erhöhte Funktionalität der Endgeräte, stehen Telekommunikationsanbieter vor den Problemen zahlreicher Rechtsgebiete. In jüngster Vergangenheit wurden aber besonders Rechtsprobleme evident, die in Bereichen des Urheber-, Lauterkeits- und insbesondere des Konsumentenschutzrechts angesiedelt sind und die zu Aufschreien und medialen Diskussionen geführt haben, jedoch teilweise noch wenig juristische Auseinandersetzungen stattgefunden haben. Um aber bei der Vielzahl der aktuellen Rechtsfragen in dieser Branche den Rahmen meiner Dissertation nicht zu sprengen, soll der Umfang vorweg auf folgende Themen begrenzt sein:

1. Unzulässige Vertrags- und Entgeltänderungen
2. Internetsperren
3. Urheberrechtsabgabe für Smartphones
4. Der Auskunftsanspruch gegen Access-Provider gemäß § 87b Abs 3 UrhG
5. Irreführende Werbung

2. Forschungsstand und Zielsetzung

2.1. Unzulässige Vertrags- und Entgeltänderungen

2.1.1. Forschungsstand

Betreiber von Kommunikationsdiensten sind nach § 25 Abs 1 TKG verpflichtet, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und Entgeltbestimmungen (EB) zu errichten, welche den Verträgen mit den Teilnehmern zugrunde gelegt werden. Sie sind der Regulierungsbehörde vor Aufnahme des Dienstes anzuzeigen und in geeigneter Form kundzumachen. Als telekommunikationsrechtliches Spezifikum ist es Betreibern abweichend vom allgemeinen Vertragsrecht aber möglich, AGB und EB innerhalb der Grenzen des § 25 Abs 2 und 3 TKG einseitig zu ändern.¹ Diese Änderungen müssen der Re-

¹ Eine einseitige Änderung von Verträgen ist grundsätzlich nur aufgrund einer Vertragsbestimmung möglich, die dem Vertragspartner ein derartiges Änderungsrecht einräumt. Gegenüber einem Verbrau-

gulierungsbehörde angezeigt werden. Bei nicht ausschließlich begünstigenden Änderungen steht dem Teilnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht zu (Abs 3 leg cit), wobei der wesentliche Inhalt dieser nicht ausschließlich begünstigenden Änderung dem Teilnehmer mindestens einen Monat vor Inkrafttreten „in geeigneter Form“ aktiv zur Kenntnis gebracht werden muss, widrigenfalls die Änderung nicht Vertragsinhalt werden kann.²

In der Vergangenheit wurden die AGB- und EB-Änderungen jedoch oft nicht in ausreichend transparenter Form durchgeführt, da die Mitteilung darüber oftmals nur im „Kleingedruckten“ oder unscheinbar in Werbesendungen erschienen ist. Sogar hat die Regulierungsbehörde die Form, den Detaillierungsgrad und die Inhalte der Mitteilung von Telekommunikationsanbietern betreffend AGB- und EB-Änderungen an die Teilnehmer mittels Verordnung³ festgelegt.

Nichtsdestotrotz wird durch die momentane AGB-Praxis der Telekomanbieter versucht, dem Regime des § 25 TKG und damit der Möglichkeit von Kündigungen zu entgehen, indem eine einvernehmliche Vertragsänderung über eine Erklärungsfiktion iSd § 6 Abs 1 Z 2 KSchG angestrebt wird. Widerspricht der Kunde nicht fristgerecht, gilt seine Zustimmung zu den Änderungen.⁴

Nicht minder problematisch sind auch die aktuell verwendeten „Indexklauseln“, bei denen sich die Betreiber vertraglich ausbedingen, die Grundentgelte an den Verbraucherpreisindex zu koppeln und somit Preisanpassungen, insbesondere Erhöhungen, durchführen zu können. Das HG Wien⁵ beurteilte die Koppelung an den VPI zwar als grundsätzlich konform mit § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, allerdings würde konkret auch hier das Procedere des § 25 Abs 3 TKG umgangen. Die Rechtsprechung ist jedoch noch unein-

cher sind derartige Klauseln nur wirksam, wenn ihm die Änderung zumutbar ist, vor allem weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist (§ 6 Abs 2 Z 3 KSchG; siehe dazu etwa *Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch*, Telekommunikationsrecht, 215; *Eccher in Fenyves ua*, Klang³ § 6 Abs 2 Z 3 KSchG Rz 3).

² Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Telekommunikations- und Rundfunkrecht, 509. Die bloße Mitteilung via E-Mail (OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x) oder SMS (OLG Wien 7.11.2012, 2 R 224/12v) sind nicht ausreichend.

³ Die Mitteilungsverordnung wurde am 02.07.2012 gemäß § 135 Abs 2 TKG 2003, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 102/2011 im Bundesgesetzblatt (BGBl II Nr 239/2012) kundgemacht und trat am 01.08.2012 in Kraft.

⁴ So etwa zuletzt OGH 14.11.2012, 7 Ob 84/12x; HG Wien 14.02.2013, 19 Cg 122/12f.

⁵ HG Wien 25.10.2012, 39 Cg 26/12k.

heitlich, da das HG Wien⁶ bloß vier Monate später eine derartige Klausel mangels Einseitigkeit bei der Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rechtes für rechtskonform erachtete und auch keinen Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG erblickte.

2.1.2. Zielsetzung

Wegen der sehr dünnen Dichte an juristischen Auseinandersetzungen zu diesem Thema soll neben einer Analyse der aktuellen Rechtsprechung geprüft werden, ob die mit der TKG-Novelle 2011⁷ erfolgten Gesetzesänderungen und Verordnungserlasse ein effizientes Werkzeug darstellen, um konsumentenfeindlichen AGB hinsichtlich einseitigen AGB- und EB-Änderungen den Gar auszumachen. Zudem sollen die bestehenden Kontroversen im Zusammenhang mit der Indexierung, insbesondere das Zusammenspiel der relevanten Bestimmungen des KSchG mit jenen des TKG, untersucht werden.

2.2. Internetsperren

2.2.1. Forschungsstand

Da das Internet in der heutigen Zeit derartigen Stellenwert für das tägliche Leben erreicht hat, tauchte jüngst in der Öffentlichkeit die Frage auf, ob es überhaupt rechtmäßig sein kann, jemanden davon auszuschließen.

In diesem Zusammenhang stehen insbesondere Netzsperrungen wegen Urheberrechtsverletzungen. Auch wenn das umstrittene Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) in Europa nunmehr endgültig gescheitert ist⁸, ist die Möglichkeit eines Three-Strikes-Modell⁹ nach wie vor evident, da die Europäische Union aktuell mit Kanada das Handelsabkommen CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) aushandelt, welches im Falle von Urheberrechtsverletzungen im Internet ebenfalls ein derartiges Modell vorsieht. In Österreich befindet sich derzeit keine Bestimmung im TKG, die ein solches Mittel zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen vorsieht, allerdings

⁶ HG Wien 14.02. 2013, 19 Cg 122/12f.

⁷ Bundesgesetz, mit dem das Telekommunikationsgesetz 2003, das KommAustria-Gesetz sowie das Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz geändert werden, BGBl I Nr 102/2011 vom 21.11.2011.

⁸ Siehe <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IM-PRESS&reference=20120220FCS38611&format=XML&language=DE#title7>.

⁹ Nach diesem Modell sollen die ersten beiden Urheberrechtsverletzungen nur leicht bestraft bzw lediglich Verwarnungen ausgesprochen werden. Beim dritten Verstoß wird als drastische Maßnahme eine (vorübergehende) Netzsperrung über den Rechtsbrecher verhängt.

finden sich in den AGBs der meisten österreichischen Provider derartige Klauseln.¹⁰ Für Konsumenten bedeutet eine Internetsperre, dass sie dem Provider das vereinbarte Entgelt für die Erbringung der Dienste schulden, der Provider aber die eigene Leistung für einen bestimmten Zeitraum aussetzt.

Aber auch partielle Internetsperren wie die Provider-Sperre einzelner Domains sind hierbei problematisch. Besonders brisant ist dabei das vom OGH eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren in der Rs *UPC Telekabel Wien*¹¹, bei dem Rechteinhaber von UPC als Internetprovider verlangen, seinen Kunden den Zugang zu der Website kino.to zu sperren, weil dort geschützte Filmwerke ohne Einwilligung der Rechteinhaber zugänglich gemacht wurden.

Schließlich stellt sich die Frage, wie mit Internetausfällen umzugehen ist. Dazu äußerte sich Anfang dieses Jahres der deutsche BGH¹² und maß in einem Grundsatzurteil dem Internetanschluss eine derart zentrale Bedeutung für die Lebensführung zu, sodass er bei einem Internetausfall (hier: für zwei Monate) auch ohne Nachweis eines konkreten Schadens grundsätzlich einen Anspruch auf Schadenersatz bejahte.

2.2.2. Zielsetzung

Es soll untersucht werden, inwiefern im Lichte der österreichischen Gesetze Internetsperren aufgrund Urheberrechtsverletzungen zulässig sind; dies zum einen aufgrund der Gesetze, zum anderen auf vertraglicher Grundlage. Außerdem soll anhand des eben genannten Grundsatzurteils des BGH die österreichische Rechtslage zum Schadenersatz bei einem Internetausfall dargestellt werden.

2.3. Urheberrechtsabgabe für Smartphones

2.3.1. Forschungsstand

Momentan stellt im Bereich des Urheberrechts die sog Leerkassettenvergütung ein immenses Problem besonders für Mobilfunkbetreiber dar. Als Ausgleich der Urheber

¹⁰ Vgl zB Pkt 15 Abs 1 Z 1 iVm Pkt 9 Abs 5 Z 6 der AGB für A1-Produkte der Telekom Austria AG; Pkt 21.5 der AGB für Internet-Produkte der UPC DSL Telekom GmbH; Pkt 4.3.3. iVm Pkt 4.3.4. betreffend Internet-services der Tele2 Telecommunication GmbH.

¹¹ OGH 11. 05.2012, 4 Ob 6/12d; EuGH C-314/12.

¹² BGH 24.01.2013, Az: III ZR 98/12.

für freie Werknutzungen heben Verwertungsgesellschaften (Austro Mechana) festgelegte Pauschalsummen für verschiedene Speicherträger ein, wobei diese Urheberrechtsabgabe am Ende idR vom Letztverbraucher zu tragen ist.¹³ Aufgrund des intensiven Preiskampfes am Mobilfunkmarkt ist es für die Betreiber aber von großem Interesse, die mobilen Endgeräte so billig wie möglich, am besten kostenlos, mit einer möglichst langen Vertragsbindung an den Kunden zu bringen.¹⁴ Möchte der Anbieter daher diese Abgabe aus Wettbewerbsgründen nicht auf die Endgeräte aufschlagen, hat er die Kosten dafür selbst zu tragen.

Im Gegensatz zu Trägermaterialien wie Kassetten, CDs und DVDs ist die Leerkassettenvergütung bei modernen Trägermaterialien wie etwa Speicherchips in Smartphones und Festplatten höchst problematisch, da diese multifunktional genutzt werden und nicht ausschließlich für Privatkopien iSd § 42 Abs 4 UrhG von urheberrechtlich geschützten Werken verwendet werden.¹⁵ Nichtsdestotrotz heben seit Oktober 2010¹⁶ die Verwertungsgesellschaften eine Festplattenabgabe ein, woraufhin Hewlett-Packard auf Feststellung der Unzulässigkeit dieser Abgabe klagte.¹⁷ Außerdem läuft parallel ein Verfahren der Verwertungsgesellschaften gegen Amazon, die sich ebenfalls weigerten, die Festplattenabgabe zu entrichten.¹⁸ Beide Verfahren sind derzeit unterbrochen, da der EuGH über ein Vorabentscheidungsersuchen des OGH die Vorfrage zu klären hat, was unter dem erforderlichen gerechten Ausgleich für Privatkopien zu verstehen ist.¹⁹ Nach der Urheberrechtsrichtlinie²⁰ können die MS nämlich Ausnahmen von dem ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers vorsehen, sofern die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich dafür enthalten. Zur Frage des Begriffs des gerechten Ausgleichs hat sich der EuGH bereits zweimal²¹ geäußert. Abgesehen von dem in der Lite-

¹³ *Walter*, Urheberrechtsgesetz, 94 ff.

¹⁴ So etwa der OECD Warenkorb Mobilfunk (November 2011), ein Vergleich der EU 15 unter <https://www.rtr.at/de/komp/RegDialog20042012/H3G - RTR-Preisindex Mobilfunk.pdf>.

¹⁵ OGH 12.07.2005 4 Ob 115/05y („Gericom-Urteil“).

¹⁶ So *Feiler/Schnider* in „Die Presse“, Print-Ausgabe, 10.12.2012, abzurufen unter <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1321909/Fragen-fuer-User-Antwort-fuer-Urheber>.

¹⁷ OGH 12.06.2012, 4 Ob 43/12w („Hewlett-Packard“).

¹⁸ OGH 20.09.2011, 4 Ob 79/11p („Amazon“).

¹⁹ EuGH C-521/11.

²⁰ 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 167.

²¹ EuGH 21.10.2010, C-467/08 („Padawan“), EuGH 16.06.2011, C-462/09 („Stichting de ThuisKopie“).

ratur bereits über Jahre hinweg gehende Meinungsstreit²² über die Rechtfertigung einer URA für multifunktionale Speichermedien, besteht also in Anbetracht der zahlreichen Äußerungen des EuGH Rechtsunsicherheit, was die Frage des gerechten Ausgleichs betrifft.

Gegenüber Verbrauchern wird eine URA für Privatkopien nur dann einen gerechten Ausgleich bringen, wenn sie eine solche Privatkopie überhaupt erstellen dürfen bzw diese nicht schon vorher bereits mitgezahlt haben. Heutzutage werden nämlich die meisten Musik-CDs mit Kopierschutzmechanismen verkauft, sodass das Recht auf Vervielfältigung zum privaten Gebrauch gar nicht ausgeübt werden kann, ohne eine Urheberrechtsverletzung nach § 90c UrhG zu begehen. Zudem zahlen die Verbraucher beim Erwerb geschützter Werke über Music-Stores ohnehin für eine Privatkopie mit, da idR für Inhalte ohne Kopierschutzmechanismus ein Preisaufschlag verrechnet wird.²³

In dem im Dezember 2012 publik gewordenen Arbeitspapier zum Entwurf einer Urheberrechtsnovelle²⁴ plant der Gesetzgeber die Einführung einer „Speichermedienabgabe“ auf Speichermedien jeder Art, die für Vervielfältigungen zum eigenen und privaten Gebrauch geeignet sind (Abs 1). Kann der die Abgabe tragende Letztabnehmer jedoch bescheinigen, dass er das Speichermedium überhaupt nicht für Privatkopien verwendet, so soll er ihre Rückzahlung verlangen können (Abs 7) – ob ein derartiger Beweis in der Praxis einem Privaten gelingen wird, ist fraglich.

Aktuell hat die „Plattform für ein modernes Urheberrecht“ einen Online-Rechner²⁵ veröffentlicht, mit dem die Mehrbelastung durch die Festplattenabgabe ausgerechnet werden kann, wobei diesem Tool die von der Austro-Mechana veröffentlichten Tarife

²² Pro URA: *Walter*, Leerkassettenvergütung auf digitales Trägermaterial, MR 2006, 19; *Karl*, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom-Urteils, MR 2006, 141; *Lewinski*, Leerkassettenvergütung für Festplatten – zur Situation in Österreich, ZUM 2003, 933; *Dillenz*, UrhG § 42b Rz 8. Contra URA: *Staudegger*, Die Urheberrechtsabgabe auf Speichermedien und der „gerechte Ausgleich“ im europäischen Urheberrecht, jusIT 2011/1, 1; *Dittrich*, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG? ÖJZ 2001, 754; *ders*, Noch einmal: Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG? ÖJZ 2004, 49; *Noll*, Die Benützung rechtswidriger Vorlagen bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch, ÖSGRUM 31, 51 FN 131; *Philapitsch*, Die digitale Privatkopie, 167 ff (171 f).

²³ *Feiler/Schnider* in „Die Presse“, Print-Ausgabe, 10.12.2012; *Boka/Hübner*, Die österreichische Urheberrechtsabgabe – „Gerechter Ausgleich“ im Sinne des europäischen Urheberrechts? *ecolex* 2012, 1085 (1087) mwN.

²⁴ Pkt 8 des Arbeitspapiers „Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz und das Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 geändert werden (Urheberrechts-Novelle 2013, Urh-Nov 2013)“; aufzurufen unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/UrhNov-Arbeitspapier.pdf>.

²⁵ Abrufbar unter www.modernes-urheberrecht.at.

zugrunde gelegt wurden. Für ein iPhone mit 16GB Speicherkapazität fielen demnach 21,60 Euro inkl USt an. Wenn nun also auf jedes durchschnittliche Smartphone ca 20 bis 30 Euro mehr verlangt werden können, stehen bei einer Mobilfunkpenetrationsrate von 158,5 %²⁶ (das entspricht mehr als eineinhalb Mobilfunkverträgen je Einwohner) riesige Summen dahinter.

2.3.2. Zielsetzung

In diesem Kapitel sollen die lang bestehenden Kontroversen im Lichte der aktuellen Judikatur sowie insbesondere des Entwurfs der Urheberrechtsnovelle neu beurteilt werden. Den Schwerpunkt sollen hierbei die geplanten Gesetzesbestrebungen sowie die Legitimität von alternativen Lösungsansätzen darstellen (zB die Einführung einer unabhängigen Regulierungsbehörde²⁷, ein vorgelagertes Festsetzungsverfahren²⁸, die sog „Kultur-Flatrate“²⁹ etc).

2.4. Der Auskunftsanspruch gegen Access Provider gemäß § 87b Abs 3 UrhG

2.4.1. Forschungsstand

§ 87b Abs 3 UrhG sieht einen Auskunftsanspruch von Rechteinhabern gegen Access Provider vor, um über IP-Adressen zur Identität von Rechteinhaltern zu gelangen. Lange Zeit war nicht klar, ob unter dem in § 87b Abs 3 leg cit verwendeten Begriff der „Vermittler“ auch Access-Provider zu verstehen seien – dies bejahte der EuGH schließlich in der Rs LSG vs Tele 2³⁰. Sodann erwies sich aber als weiteres Problem, dass vor Einführung der Vorratsdatenspeicherung das TKG eine Löschungspflicht für Verkehrsdaten normierte und die Auskunftsgewährung faktisch daran scheiterte, dass die gewünschten Daten nicht mehr gespeichert waren. Eine implizite Speicherpflicht von Verkehrsdaten zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche verneinte der OGH.³¹ Als letztlich mit April vorangehenden Jahres die Vorratsdatenspeicherung eingeführt wur-

²⁶ Siehe RTR Telekom Monitor 1/2013 der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH (Stand: 3. Quartal 2012), abzurufen unter http://www.rtr.at/de/komp/TKMonitor_1_2013/TM1-2013.pdf.

²⁷ Diesen Ansatz vertritt insbes die Kammer für Arbeiter und Angestellte.

²⁸ Dafür sind insbes *Boka/Hübner*, Die österreichische Urheberrechtsabgabe – „Gerechter Ausgleich“ im Sinne des europäischen Urheberrechts? *ecolex* 2012, 1085 (1088).

²⁹ Dieser Lösungsansatz findet in den unterschiedlichsten Personengruppen Zustimmung und wird vorwiegend von den Grünen gefordert.

³⁰ EuGH 19.02.2009, C-557/07.

³¹ OGH 14.07.2009, 4 Ob 41/09x.

de und damit seither auch faktisch die Möglichkeit gegeben ist, Auskunft über die gewünschten Daten zu erlangen, ist ein derartiges Begehren dennoch nicht durchsetzbar, da es sich bei den Strafbestimmungen des UrhG um Privatanklagedelikte handelt, bei denen es aber seit der Strafprozessreform 2008 kein von der StA geleitetes Vorverfahren gibt. Die Auskunft über Inhaberdaten einer IP-Adresse ist aber nach der StPO nur auf staatsanwaltschaftliche Anordnung zu erteilen.

In dem Arbeitspapier des Justizministeriums für einen Entwurf zur Urheberrechtsnovelle 2013³² soll nunmehr gegenüber Access-Providern ein Auskunftsanspruch jener Rechteinhaber vorgesehen sein, die in ihrem Zurverfügungstellungsrecht nach § 18a UrhG verletzt wurden. Dem Arbeitspapier zufolge soll über diesen Anspruch ein Richter in einem abgekürzten Verfahren entscheiden. Die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung sollen dem Access-Provider vom Verletzten ersetzt werden, wobei noch zu erfragen sein wird, was unter „angemessen“ zu verstehen sein wird, und ob dieser enorme zusätzliche Arbeitsaufwand der Access-Provider ausgeglichen werden kann. Primär gilt aber zu fragen, ob diese Regelung mit der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie in Österreich vereinbar ist, da diese an und für sich im TKG nur zur Verfolgung von schweren (in Wirklichkeit wohl bloß durchschnittlichen) Straftaten erfolgt ist, wobei man die ursprüngliche Intention der Richtlinie, nämlich die Terrorismusbekämpfung und Verfolgung schwerer Straftaten, bloß noch vermuten kann. Mit der Entscheidung des EuGH in der Rs *Bonnier Audio et al vs Perfect Communication*³³ ist nunmehr klargestellt, dass das Unionsrecht auch einem privatrechtlichen Auskunftsanspruch über Vorratsdaten nicht entgegensteht (im Ergebnis Ähnliches hat der OGH im Verfahren zu 4 Ob 41/09x angedeutet). Die Speicherpflicht als Instrumentarium zur Terrorismusbekämpfung darf damit offiziell zweckentfremdet werden.

Dass die Regelung der Auskunftspflicht an sich außerhalb des TKG erfolgen soll, ist rechtlich ebenfalls nicht ganz unproblematisch. Da dem Entwurf zufolge Vorratsdaten verarbeitet werden sollen, wäre die Normierung einer korrespondierenden Auskunftspflicht für Urheberrechtssachen im TKG naheliegend und in Sachen Rechtssicherheit jedenfalls notwendig, da die Zwecke, zu welchen Verkehrsdaten ver-

³² Pkt 35 des Arbeitspapiers „Bundesgesetz, mit dem das Urheberrechtsgesetz und das Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 geändert werden (Urheberrechts-Novelle 2013, Urh-Nov 2013)“; aufzurufen unter <https://netzpolitik.org/wp-upload/UrhNov-Arbeitspapier.pdf>.

³³ EuGH 19.04.2012, C-461/10.

arbeitet werden dürfen, an und für sich abschließend im TKG geregelt sind (vgl § 99 Abs 1 TKG).

2.4.2. Zielsetzung

Es sollen die aktuellen Kontroversen in Anbetracht der ins Auge gefassten Novellierung im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung neu beurteilt werden. Der Schwerpunkt soll eine Analyse sein, ob die Bestimmung des Novellenentwurfes zum § 87b UrhG mit dem TKG vereinbar ist.

2.5. Irreführende Werbung

2.5.1. Forschungsstand

Auf dem ohnehin schon sehr wettbewerbsintensiven Telekommunikationsmarkt konkurrieren Telekommunikationsdienstleistungen als homogene Güter idR nur über den Preis, sodass als Folge die Tarife sehr niedrig sind³⁴ bzw tendenziell sinken. Wegen der geringer werdenden Deckungsbeiträge kommt es zu einem harten Kampf um Kunden und einem damit verbundenen relativ hohen Werbedruck. Um den Verbraucher nicht ungeschützt zwischen die Fronten zu schicken, hat der Konsumentenschutz bereits vor Vertragsabschluss anzusetzen, in concreto bei der Information durch jegliche Art von Werbung.³⁵ Mitunter ist es für Verbraucher oft sehr schwierig, sich durch den Tarifschub diverser Anbieter zu schlagen, weshalb es ein gewisses Maß an Information bedarf, ohne dabei aber den Verbraucher in die Irre zu führen.

Da das TKG sowohl konsumentenschutzrechtlich als auch lauterkeitsrechtlich keine Besonderheiten zur Bewerbung von Telekommunikationsdienstleistungen vorsieht, ist hier das UWG heranzuziehen. § 2 Abs 1 UWG normiert den Grundtatbestand, wonach eine Geschäftspraktik als irreführend anzusehen ist, wenn sie unrichtige Angaben enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der in § 2 Abs 1 aufgezählten Punkte (zB den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils, Z 4) derart

³⁴ Siehe dazu den OECD Warenkorb Mobilfunk (November 2011), ein Vergleich der EU 15 unter <https://www.rtr.at/de/komp/RegDialog20042012/H3G - RTR-Preisindex Mobilfunk.pdf>.

³⁵ *Steinmaurer*, Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, in *Feiler/Raschhofer*, Innovation und internationale Rechtspraxis, Praxisschrift für Wolfgang Zankl, 888.

zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei kommt es insbesondere auf den Gesamteindruck an, den eine beworbene Ware oder Dienstleistung auf das Publikum in der Flüchtigkeit des Verkehrs macht. Als Maßstab gilt das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Adressaten, der eine dem Anlass angemessene, unter Umständen auch bloß „flüchtige“, Aufmerksamkeit anwendet. Werden jedoch bestimmte Teile der Ankündigung blickfangartig hervorgehoben, so richten sich sowohl der Gesamteindruck als auch die Irreführungseignung nach diesen Teilen.³⁶

Im Zusammenhang mit Werbung ist weiters § 2 Abs 4 und 6 UWG von besonderer Bedeutung. Nach Abs 4 leg cit ist eine Geschäftspraktik auch dann irreführend, wenn sie unter Berücksichtigung der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen nicht enthält, die der Marktteilnehmer benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen. Handelt es sich dabei um eine Aufforderung zum Kauf iSd Abs 6 leg cit gegenüber Verbrauchern, so normiert dieser Absatz gewisse Mindestinformationen wie zB wesentliche Produktmerkmale (Z 1), den Preis inklusive aller Abgaben und Steuern sowie die Art seiner Berechnung (Z 3) oder das Bestehen eines Rücktrittsrechts (Z 6). Da dem Wortlaut zufolge nur vom „Kauf“ die Rede ist, ist aber fraglich, ob davon der Mobilfunkvertrag als Mischvertrag sui generis mit dienst- und mietvertraglichen Elementen³⁷ ebenfalls betroffen ist.

Jedenfalls aber ist je nach Werbemedium zu differenzieren, welche Informationen in welchem Detaillierungsgrad gegeben werden müssen, um einer Irreführung hintan zu halten. In diesem Zusammenhang wurde in zahlreichen Judikaten das Problem von irreführenden „unvollständigen“ Werbeaussagen thematisiert, in denen über bestimmte Zusatzkosten nicht adäquat informiert wurde.³⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des OGH besteht zwar keine allgemeine Pflicht zur Vollständigkeit von Werbeaussagen, weil der Werbende grundsätzlich nicht auf die Nachteile der eigenen Ware hinzuwei-

³⁶ *Gamerith*, Wettbewerbsrecht I, 25.

³⁷ OGH 21.04.2005, 6 Ob 69/05y, RdW 2006, 484 = ÖJZ-LSK 2005/194; der OGH ist damit der Ansicht *Zankls* gefolgt (siehe *Zankl*, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, *ecolex* 2005, 29).

³⁸ ZB OGH 23.05.2006, 4Ob58/06t (Erforderlichkeit eines aktivierten und damit Kosten verursachenden Festnetzanschlusses); OGH 22.05.2007, 4 Ob 93/07s (Aktivierungsentgelt), sowie zuletzt OGH 15.01.2013, 4 Ob 220/12z und OLG Wien 26.9.2012, 5 R 93/12a (beide Servicepauschale); nicht aber unerwartet sind jene Kosten, die bei Überschreitung des vereinbarten Leistungsumfanges innerhalb eines Pauschalangebotes anfallen, sodass auf diese nicht extra hingewiesen werden muss (OGH 13.02.2007, 4 Ob 7/07v).

sen braucht, war aber die Aufklärung des Publikums über eine bestimmte Tatsache zu erwarten, kann ihr Verschweigen eine Irreführung iSd UWG darstellen.³⁹ Zudem kann sich aus der Bedeutung der verschwiegenen Tatsache nach der Verkehrsauffassung eine Aufklärungspflicht ergeben⁴⁰, die wiederum für manche Informationen aber dann entfallen könnte, wenn sie etwa als branchenüblich vorausgesetzt werden können⁴¹.

Im Bereich irreführender Werbungen gilt als primärer Rechtsbehelf der Unterlassungsanspruch gem § 14 UWG, da dieser insbesondere durch die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung unter erleichterten Voraussetzungen (siehe §§ 21 Abs 2, 24 UWG) schnell und effizient Abhilfe bei Rechtsverstößen schafft. Dem Schadenersatzanspruch kommt lediglich eine untergeordnete Bedeutung zu und ist – wenngleich auch die Möglichkeit eines solchen an sich unstrittig ist⁴² – seine Ausgestaltung im Lauterkeitsrecht zum Teil noch nicht zur Gänze geklärt. Im gegebenen Zusammenhang mag es etwa spannend sein, ob die Aktivlegitimation von Verbrauchern (Marktgegenseite) wie bei einem Unterlassungsanspruch gem § 14 UWG nur durch Amtsparteien bzw inländische Konsumentenschutzverbände wahrgenommen werden kann oder ob Verbraucher auch individuell aktiv legitimiert sind.

2.5.2. Zielsetzung

In diesem Abschnitt soll eine umfassende schematische Darstellung der Rechtsprechung zur irreführenden Werbung von Telekommunikationsdienstleistungen erfolgen, da diese besonders kasuistisch und aufgrund ihres Umfanges bereits sehr unübersichtlich ist. Zudem soll die Möglichkeit der individuellen Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch Verbraucher erörtert werden.

³⁹ RIS Justiz RS0078579.

⁴⁰ RIS Justiz RS0078615.

⁴¹ So etwa *Steinmaurer*, Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, in *Feiler/Raschhofer*, Innovation und internationale Rechtspraxis, Praxischrift für Wolfgang Zankl, 889, der diese Frage aber unbeantwortet lässt.

⁴² *Rüffler*, Schadenersatzansprüche von Verbrauchern und der unternehmerischen Marktgegenseite nach UWG, wbl 2011, 531.

3. Vorläufige Gliederung

1. Einleitung
2. Unzulässige Vertrags- und Entgeltänderungen
 - a. Das Regime des § 25 TKG
 - b. Änderungsklauseln mittels Erklärungsfiktion
 - c. Die Zulässigkeit der Indexklausel
3. Internetsperren
 - a. (Gänzliche) Internetsperren bei Urheberrechtsverletzungen
 - b. Provider-Sperre von einzelnen Websites
 - c. Das Internet als Menschenrecht?
 - d. Internetausfall und Schadenersatz
4. Urheberrechtsabgabe für Smartphones
 - a. Überblick über die bisherige Rechtsprechung
 - b. Meinungsstreit in der Literatur
 - c. Urheberrechtsnovelle 2013
 - d. Der „gerechte Ausgleich“
 - e. Die Legitimität alternativer Lösungsansätze
5. Der Auskunftsanspruch gegen Access-Provider gemäß § 87b Abs 3 UrhG
 - a. Überblick über die bisherige Rechtsprechung
 - b. Urheberrechtsnovelle 2013
 - c. Verwendung von Vorratsdaten
 - d. Konformität mit dem TKG
6. Irreführende Werbung
 - a. Überblick über die bisherige Rechtsprechung
 - b. Der Unterlassungsanspruch
 - c. Der Schadenersatzanspruch
7. Resümee und Ausblick

4. Vorläufiger Zeitplan

WS 2011	Absolvierung folgender Lehrveranstaltungen ⁴³ : <ul style="list-style-type: none">▪ VO Juristische Methodenlehre (1)▪ SE Judikaturanalyse (1)▪ SE in einem frei ausgewählten Fach (1)▪ Aus dem Wahlfachkorb Computer und Recht<ul style="list-style-type: none">- KU E-Government (2)- KU Elektronische Zahlung, Bankgeschäfte und Wertpapierhandel (1)
SS 2012	Absolvierung folgender Lehrveranstaltungen: <ul style="list-style-type: none">▪ SE im Dissertationsfach (1)▪ Aus dem Wahlfachkorb Computer und Recht<ul style="list-style-type: none">- KU Wettbewerbs- und Markenrecht im Internet (1)- KU Elektronische Signatur (1)- KU Steuerrecht und Informationstechnologie (1)- KU Elektronischer Verkehr mit Gerichten (2)- KU Datenschutzfragen im Rahmen von E-Business und Internet (2)
WS 2012	Erarbeitung des Dissertationsthemas und Recherche Absolvierung folgender Lehrveranstaltungen: <ul style="list-style-type: none">▪ SE im Dissertationsfach zur Vorstellung des Dissertationsvorhabens (1)▪ Aus dem Wahlfachkorb Computer und Recht<ul style="list-style-type: none">- KU Urheberrecht und elektronische Medien (1)
SS 2013	Einreichung des Exposés sowie des Antrags auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens Abfassung der Dissertation Absolvierung folgender Lehrveranstaltungen: <ul style="list-style-type: none">▪ Aus dem Wahlfachkorb Computer und Recht<ul style="list-style-type: none">- KU Telekommunikationsrecht
WS 2013	Abfassung der Dissertation

⁴³ Die Klammerausdrücke beziehen sich auf bereits erfolgte Beurteilungen.

Absolvierung folgender Lehrveranstaltungen:

- Aus dem Wahlfachkorb Computer und Recht
 - KU E-Commerce
 - KU Computerstrafrecht

SS 2014 Abfassung der Dissertation
Einreichung eines Erstentwurfs beim Betreuer und Überarbeitung

WS 2014 Fertigstellung der Dissertation
Abgabe der Dissertation
Defensio

5. Vorläufiges Literaturverzeichnis

Bogendorfer/Ciresa, Urheberrecht. Werbung – Telekommunikation – Internet, Wien, 2009

Boka/Hübner, Die österreichische Urheberrechtsabgabe – „Gerechter Ausgleich“ im Sinne des europäischen Urheberrechts? *ecolex* 2012, 1085

Briem, Ist der Auskunftsanspruch gegenüber Providern nach § 87b Abs 3 UrhG tot?, *MR* 2011, 55

Briem, Urheberrecht: Politik unter Zugzwang, *Die Presse* vom 28.09.2009

Büchele, Keine Reprografievergütung auf PCs – Rückforderungsansprüche der Käufer? *ecolex* 2009, 603

Büchele, Glosse zu OGH 14.07.2009, 4 Ob 41/09x, *ÖBl* 2010/18

Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch, Handbuch des Telekommunikationsrechts, Wien, 2006

Dillenz/Gutmann, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, Wien, 2004

Dittrich, Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, *ÖJZ* 2001, 754

Dittrich, Noch einmal: Die Festplatte – ein Trägermaterial iSd § 42b UrhG, *ÖJZ* 2004, 49

Dittrich, Die Benützung rechtswidriger Vorlagen (Raubkopien) bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch, 2005

Enzinger/Spring, Der Handy-Boom und die Preisschlacht der Mobilfunkanbieter, *ecolex* 2001, 541

Ertl, Die AGB-Kontrolle nach § 25 TKG 2003, *MR* 2005, 139

Feiler/Raschhofer, Innovation und internationale Rechtspraxis. Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal, *Praxisschrift für Wolfgang Zankl*, Wien, 2009

Feiler/Schnider, Fragen für User, Antwort für Urheber, *Die Presse* vom 10.12.2012

Feiler/Petsche, Wie Urheber im Web zu ihrem Recht kommen könnten, *Die Presse* vom 19.04.2012

Feiler, Website-Sperren sind auch ohne Acta längst Realität, Der Standard vom 07.03.2012

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch KSchG, Wien, 2006

Forizs, Unzumutbarer Schwebezustand bei Mobilfunkverträgen? *ecolex* 2009, 298

Gamerith, Wettbewerbsrecht I, 6. Auflage, Wien, 2008

Hasberger, OGH lässt Internetnutzer auch ohne Richterbeschluss ausforschen, Die Presse vom 18.04.2011

Heidinger, Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Access-Providern auf Sperre urheberrechtsverletzender Webseiten, *ÖBl* 2011/37

Hofer, Konsumentenschutz im M-Commerce, Diss, Universität Wien, 2004

Horak, Glosse zu OGH 14.07.2009, 4 Ob 41/09x, *ecolex* 2009, 421

Jaksch-Ratajczak/Stadler, Aktuelle Rechtsfragen der Internetnutzung, Wien, 2011

Karl, Multifunktionale Speicherträger im Lichte des Gericom Urteils, *MuR* 2006, 141

Kastelitz, Aktuelle Rechtsfragen des Mobilfunks, Universität Wien, Master Thesis

Kolb, Vorratsdatenspeicherung. Unter Berücksichtigung der TKG-Novelle 2011, Salzburg, 2011

Kruse/Haucap/Dewenter, Wettbewerb im Mobilfunk in Österreich, Baden-Baden, 2004

Leb, Allgemeine Geschäftsbedingungen im M-Commerce, in *Plöckinger/Duursma/Mayrhofer*, Internet-Recht. Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsprivatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht, Wien-Graz, 2004

Lewinski, Leerkassettenvergütung für Festplatten – zur Situation in Österreich, *ZUM* 2003, 933

Mestmäcker, Entgeltregulierung, Marktbeherrschung und Wettbewerb im Mobilfunk, *MMR* 1998, Beilage zu Heft 8, 1

Noll, Die Benützung rechtswidriger Vorlagen (Raubkopien) bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch, ÖSGRUM 31, 2005

Parschalk/Otto/Weber/Zuser, Telekommunikationsrecht, Wien, 2006

Philapitsch, Die digitale Privatkopie, Wien, 2007

Pichler, Allgemeine Geschäftsbedingungen in Mobilfunkverträgen, MR 2007, Heft 4

Popp, Die Reprographievergütung in der Praxis, MR 1997, 30

Popp, Urheberrechtsgesetz-Novelle 1996, MR 1996, 53

Prankl, Freie Werknutzungen und Leerkassettenvergütung in der Praxis, 2008

Raschhofer/Steinhofer, § 87b Abs 3 UrhG: Verfassungs- und gemeinschaftsrechtswidrig? ecolex 2010, 716

Raschhofer/Steinhofer, Zwischen Urheber und Kunde: Provider in der Zwickmühle, Die Presse vom 04.10.2009

Röhsner/Gottgeisl, Wege aus der „Handy-Falle“: Kunden werden besser informiert, Die Presse vom 23.07.2012

Rüffler, Schadenersatzansprüche von Verbrauchern und der unternehmerischen Marktgegenseite nach UWG, wbl 2011, 531

Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht, Wien, 2004

Schauhuber, Neue OGH-Judikatur zu einseitigen Vertragsänderungen im Telekom-Bereich, MR 2007, 290

Scherbaum, Schutz für Nutzer Von Tauschbörsen, Die Presse vom 05.02.2008

Schilchegger, Statuiert § 25 TKG 2003 ein gesetzliches Änderungsrecht? MR 2010, 287

Schmidbauer, Trick 87b? Zur geplanten Verwendung von Vorratsdaten für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, www.internet4jurists.at

- Scholz*, Die urheberrechtliche Auskunftspflicht des Internetproviders im Lichte der jüngsten europäischen Rechtsprechung, in *Bogendorfer/Ciresa*, Urheberrecht. Werbung – Telekommunikation – Internet, Wien, 2009
- Sedef*, Die Auskunftsverpflichtung von Access-Providern gemäß § 87b Abs 3 UrhG, Diss, Universität Wien, 2011
- Silberer/Wohlfahrt/Wilhelm*, Mobile Commerce: Grundlagen, Geschäftsmodelle, Erfolgsfaktoren, Wiesbaden, 2002
- Spindler* (Hg), Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter, 2000
- Stahov*, Aktuelle Rechtsprobleme des Konsumentenschutzes im Telekommunikationsrecht, Diss, Universität Wien, 2010
- Stahov*, Urheberrechtsabgabe für Multimedia-Handys? *ecolex* 2011, 55
- Staudegger*, Die Urheberrechtsabgabe auf Speichermedien und der „gerechte Ausgleich“ im europäischen Urheberrecht, *jusIT* 2011, 1
- Steinhofer/Feiler*, Urheberrechtliche Ansprüche auf die Sperrung von Websites durch Access-Provider, *MR* 2010, 322
- Steinmaurer*, M-Commerce/M-Marketing/M-Payment. Rechtsfragen des Wettbewerbs auf digitalen Märkten in mobilen Netzen, Diss, Universität Wien, 2002
- Steinmaurer*, Verbraucherschutz im Telekommunikationsrecht, in *Feiler/Raschhofer*, Innovation und internationale Rechtspraxis. Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal, *Praxisschrift für Wolfgang Zankl*, Wien, 2009, 865.
- VRInfo 2011 H 6, 3, Wer schweigt stimmt zu – Vertragsänderungen durch Erklärungsfiktionen
- VRInfo 2012 H 8, 6, Keine Änderungsmitteilungen nach § 25 TKG in Werbeschreiben
- VRInfo 2012 H 11, 1, Entgeltänderungs- und Erklärungsfiktionsklauseln in den AGB der A1 Telekom Austria AG rechtswidrig
- Walter*, Urheberrechtsgesetz 2006, Wien, 2007
- Walter*, Leerkassettenvergütung auf digitales Trägermaterial, *MR* 2006, 19

Walter, Keine reprografische Gerätevergütung auf Computerfestplatten, MR 2009, 316

Walter, Ausforschung von Musikanbietern in Filesharing-Netzen – Providerauskunft – Datenschutz, MR 2009, 251

Walter, Zur Vergütungspflicht von Computer-Festplatten und ähnlichen „multifunktionalen“ Speichermedien wie Speicherchips in Mobiltelefonen, MR 2012 H 2 Beilage, 1

Zankl, Qualifikation und Dauer von Mobilfunkverträgen, ecolex 2005, 29

Zemann, Glosse zu EuGH 19.04.2012, C-461/10, ecolex 2012, 336

Zib/Nitsch, Rechtsfragen der Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG, MR 2011 H 2 Beilage, 8