Telekommunikation und Netzneutralität

WOLF THEISS

Dr. Lukas Feiler, SSCP
Associate, Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH

TOPICS

WOLF THEISS

1. Einführung in das Telekommunikationsrecht
   - Telekommunikationsrecht als Querschnitt-Materie
   - Verwaltungsrecht
   - Datenschutzrecht
   - Konsumentenschutzrecht
   - Wettbewerbsregulierung
   - E-Commerce/Haftungs-Recht
2. Netzneutralität
   - Stand der Diskussion
   - Rechtlicher Rahmen

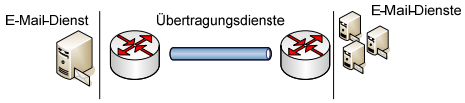
Was ist „Telekommunikation“?

WOLF THEISS

- Kommunikationsdienst iSd § 3 Z 9 TKG 2003
  - *gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich […] Übertragungsdienste in Rundfunknetzen*
  - *ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben*
- Telekommunikationsdienst iSd § 3 Z 21 TKG 2003
  - *Kommunikationsdienst mit Ausnahme von Rundfunk*

Ein Telekommunikationsdienst iSd TKG 2003?

- Privates offenes WLAN?
  - Keine *gewerbliche* Dienstleistung
- Ein Mail-Service (zB Gmail)?
  - Besteht nicht *überwiegend in der Übertragung von Signalen* über Kommunikationsnetze



Ein Telekommunikationsdienst iSd TKG 2003?

- Eine Nachrichten-Website (zB nytimes.com)?
  - Dienste, die *Inhalte anbieten* oder *redaktionelle Kontrolle ausüben* sind ausgenommen
- Voice over IP (VoIP)-Dienst?
  - Nur wenn Gespräche vom od. zum öffentlichen Telefonnetz möglich sind

Das Telekommunikationsrecht als Querschnittmaterie

- Klassisches Verwaltungsrecht
- Datenschutzrecht
  - Kommunikationsgeheimnis, Vorratsdatenspeicherung, Auskunftspflichten, …
- Konsumentenschutzrecht
  - § 25 TKG 2003
  - Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB, § 6 KSchG
- Wettbewerbsregulierungs-Recht
- E-Commerce-Recht

Verwaltungsrecht – Behörden

- Telekom-Control-Kommission (TKK; § 116 ff TKG 2003)
  - Grds für den Bereich Telekommunikation zuständig (§ 117 TKG 2003)
  - weisungsfreie Kollegialbehörde richterlichen Einschlags (Art 20 Abs 2 B-VG)
  - besteht aus drei von der Bundesregierung zu ernennenden Mitgliedern, die einstimmig entscheiden
  - Entscheidung in letzter Instanz; Rechtsmittel nur an VwGH/VfGH (§ 121 Abs 5 TKG 2003)
- Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria)
  - Rundfunk (vgl § 2 KommAustria-Gesetz; § 120 TKG 2003)

Verwaltungsrecht – Behörden #2

- Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH)
  - Beliehene Gesellschaft im Eigentum des Bundes (§ 16 KommAustria-Gesetz)
  - Fachbereiche:
    - Rundfunk/Medien: Unterliegt Weisungen der KommAustria (§ 17 Abs 1 KommAustria-Gesetz)
    - Telekommunikation: Unterliegt Weisungen der TKK (§ 17 Abs 2 KommAustria-Gesetz; § 116 Abs 2 TKG 2003)
- Fernmeldebüros als untergeordnete Fernmeldebehörden (§ 112 ff TKG 2003; unterstehen BMVIT)

Verwaltungsrecht - Zuständigkeiten

Insbesondere:

- RTR-GmbH (§ 115 TKG 2003)
  - Marktdefinitionsverfahren nach § 36 TKG 2003
  - Betrieb einer Schlichtungsstelle, insb. für Zahlungsstreitigkeiten (§ 122 TKG 2003)
  - Verordnungsermächtigung betreffend Mehrwertdienste (KEM-V)
- TKK (§ 117 TKG 2003)
  - Marktanalyseverfahren nach § 37 TKG 2003
  - Auferlegung spezifischer Verpflichtungen für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht (§ 37 Abs 2, § § 38-46 TKG 2003)
  - Zuteilung beschränkter Lizenzen gem § 54 Abs 3 TKG 2003
- Fernmeldebüros: zB § 107 TKG 2003

Datenschutzrecht – Das Kommunikationsgeheimnis

WOLF THEISS

- Normiert in § 93 TKG 2003
- Ist von allen Betreibern zu wahren
- Gilt für
  - Inhaltsdaten: Inhalt der Kommunikation
  - Verkehrsdaten: Daten, die zur Weiterleitung oder Fakturierung des Vorgangs verarbeitet werden (§ 92 Abs 3 Z 4 TKG 2003)
  - Standortdaten: Daten, die geografischen Standort des Endgeräts des Nutzers angeben (§ 92 Abs 3 Z 6 TKG 2003)
  - Nicht: Stammdaten (Daten, die für Abwicklung der Rechtsbeziehung zwischen Benutzer und Betreiber od. für Teilnehmerverzeichnisse erforderlich sind)

Sind IP-Adressen Stammdaten oder Verkehrsdaten?

WOLF THEISS

- Verkehrsdaten
  - nach § 99 Abs 1 TKG 2003 nach Beendigung der Verbindung unverzüglich zu löschen
  - Unterliegen strengeren Anforderungen bei Beauskunftungen
- Differenzierung:
  - Dynamische IP-Adressen
    - Neu-Zuteilung bei Herstellung der Internet-Verbindung
    - Daher Verkehrsdatum (OGH 4 Ob 41/09x, LSG/Tele2)
  - Statische IP-Adresse
    - Vertraglich vereinbart → daher für Vertragsabwicklung erforderlich und somit Stammdatum
  - Dauerhaft zugewiesene dynamische IP-Adressen: *ungeklärt*

Eingriffe in das Kommunikationsgeheimnis

WOLF THEISS

- Zustimmung grundsätzlich erforderlich
  - Jederzeit widerruflich (§ 96 Abs 2 TKG 2003)
  - Sachkundig und in freier Entscheidung (ErwGr 17 ePrivacy Directive)
- Rechtsfolge der Verletzung des Kommunikationsgeheimnisses
  - § 93 TKG 2003: *lex imperfecta*
  - § § 119, 119a StGB
  - DSG 2000
  - Vertragsrechtliche Folgen

Vorratsdatenspeicherung (VDS)

- Zurückgehend auf VDS-RL (2006/24/EG)
- Speicherdauer: 6 Monate
- Speicherpflichtig sind (§ 102a TKG 2003): Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste, insoweit sie einen
  - Internet-Zugangsdienst;
  - öffentlichen Telefondienst; oder
  - E-Mail-Dienst anbieten
- Zu speichern sind (§ 102a TKG 2003):
  - Wer wann mit wem von welchem Ort aus kommuniziert (mittels Festnetztelefonie, Mobilfunk, VoIP oder E-Mail)
  - Internet-Zugangsdienst: nur Stamm- und Zugangsdaten zu speichern; nicht erfasst: URLs oder Inhaltsdaten

Konsumentenschutzrecht – Vertragliche Grundlage

- Einordnung des Telekommunikations-Vertrages
  - Vertrag sui generis mit dienstvertraglichen und mietvertraglichen Elementen (6 Ob 69/05y)
  - OGH: es gilt die Kombinationstheorie (nicht Absorbtionstheorie): entscheidend ist, aus welchem Vertragstyp die fragliche Pflicht entstammt (7 Ob 270/08v ua)

Konsumentenschutzrecht – AGB #1

- Allgemeine Inhalts- und Geltungskontrolle der AGB
  - Fälligkeit des ausstehenden Grundentgelts für gesamte Mindestvertragsdauer nach ao Kündigung
    - Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB (4 Ob 91/08y)
  - Recht auf einseitige Entgelterhöhung
    - Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG (4 Ob 227/06w)
  - Recht auf einseitige Änderung der Telefonnummer
    - Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG (4 Ob 227/06w)
  - Sperre des Internetzugangs unter Fortbestand der Zahlungsverpflichtung bei „wichtigem Grund“ (ohne taxative Aufzählung der Gründe)
    - Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG (4 Ob 91/08y)

Telekommunikationsrechtliche Besonderheiten

- Mindest-Inhalt nach § 25 Abs 1 und 4 TKG 2003
- AGB sowie Änderungen der AGB sind der Telekom-Control-Kommission anzuzeigen (§ 25 Abs 1 und 2 TKG 2003)
- Einseitiges Vertragsänderungsrecht nach § 25 Abs 3 TKG 2003
  - Nicht ausschließlich begünstigende Änderungen sind dem Teilnehmer ein Monat vor In-Kraft-Treten nur „anzuzeigen“
  - Im Gegenzug: Teilnehmer haben ein außerordentliches Kündigungsrecht

Wettbewerbsregulierung

- Klassisches Kartellrecht im Allgemeinen
  - Kartelle (Abgestimmte Verhaltensweisen)
  - Fusionskontrolle
  - Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung
    → Rechtsfolgen treten erst bei Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung ein
- Ex-ante Wettbewerbsregulierung im Telekommunikationsrecht
  - Beträchtliche Marktmacht alleine begründet Rechtsfolgen, die einen Missbrauch „ex ante“ verhindern sollen

Ex-ante Wettbewerbsregulierung

- Feststellung der relevanten Märkte
  - durch RTR-GmbH im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens gem § 36 TKG 2003
  - Koordinationsverfahren mit Europäischer Kommission
    - Kommission kann Stellungnahme abgeben (§ 129 Abs 2 TKG 2003)
    - Kommission hat im Ergebnis Veto-Recht (Abs 3 Z 3 leg cit)
- Besteht beträchtliche Marktmacht eines Betreibers?
  - Marktanalyseverfahren durch TKK (§ 37 TKG 2003)
  - Koordinationsverfahren mit Europäischer Kommission (§ 129 TKG 2003)

Ex-ante Wettbewerbsregulierung

- Wenn Betreiber beträchtliche Marktmacht hat:
  - TKK muss dem Betreiber geeignete „spezifische Verpflichtungen“ auferlegen (§ 37 Abs 2 TKG 2003); zB:
    - Getrennte Buchführung (zB Infrastruktur und Dienst) (§ 40)
    - Pflicht zur Gewährung von Zugang zu Netzkomponenten (§ 41)
    - Regelung von Entgelten bei Netzzugang durch andere Betreiber (§ 42)
    - … (vgl insb. § 47)

Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

- Klassisches Kartellrecht
- Rechtsquelle: Art 102 AEUV / § 5 KartG 2005
- Vorfragen:
  - Was ist der relevante Markt?
  - Hat der Betreiber eine marktbeherrschende Stellung?
- Missbrauch liegt insbesondere vor bei:
  - Diskriminierung gegenüber Handelspartnern
- Rechtsfolgen
  - Bußgelder
  - Pflicht zur Unterlassung
  - Schadenersatz (§ 1311 ABGB)

E-Commerce-Recht – Haftungsfragen

§ 13 ECG: Access-Provider haftet nicht für übermittelte Inhalte, sofern er

- *die Übermittlung nicht veranlasst;*
- *den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt &*
- *die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.*

Das Verhältnis zwischen § 13 ECG und Unterlassungsansprüchen

- § 19 Abs 1 ECG
  - *Die § § 13 bis 18 lassen gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann, unberührt.*
- Die Haftungsprivilegien des ECG gelten nicht für Unterlassungsansprüche
  - Klarstellung in 6 Ob 178/04a („Online-Gästebuch“)
  - HG Wien, 13. 5. 2011, 22 Cg 120/10 f (kino.to)

Netzneutralität

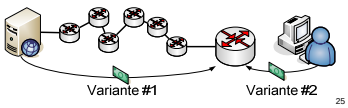
- Was ist Netzneutralität?
  - Das in der Praxis weitgehend geübte Prinzip der unterschiedslosen Datenübertragung durch Internet-Access-Provider, mit gleicher Geschwindigkeit ohne Unterscheidung nach Inhalt, Absender oder Empfänger.
  - Nicht erfasst: Verrechnung unterschiedliche Tarife für unterschiedlich schnelle Internetzugänge (keine Diskriminierung von Inhalten, sondern von Nutzern)

Netzneutralität – Mögliche Einschränkungen

- Peer-to-Peer-Downloads werden verlangsamt
- Access-Provider sperrt Dienste, die mit seinen eigenen konkurrieren – z.B. VoIP am Handy
- VoIP wird priorisiert, um Gesprächsqualität sicher zu stellen
- Access-Provider lässt nur eine Art von Content-Provider zu: zB nur einen Anbieter für Video-on-Demand-Filme

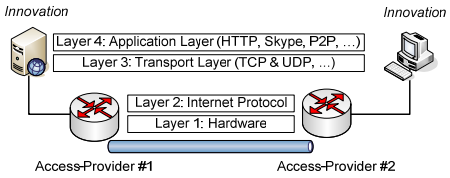
Netzneutralität – Mögliche Geschäftsmodelle

- Preisdifferenzierung gegenüber Content-Providern (Variante #1)
  - Schnellere Datenübertragung zu Kunden des Access-Providers nur gegen erhöhtes Entgelt
  - Datenübertragung an Kunden des Access-Providers nur gegen Entgelt (Variante: Exklusiv-Vereinbarung)
- Preisdifferenzierung gegenüber Kunden (Variante #2)
  - Nur wer mehr bezahlt, erhält Zugang zu allen Diensten/Websites
  - Wer weniger bezahlt, erhält zB keinen Zugang zu Social Networking Websites



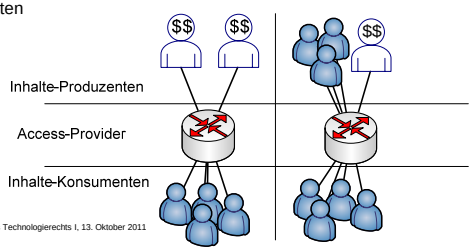
Ist Netzneutralität wichtig?

- Das ökonomische Argument: Netzneutralität für Innovation erforderlich (End-to-End-Prinzip)



Ist Netzneutralität wichtig?

- Das politische Argument: Netzneutralität fördert die dezentralisierte, nicht ökonomischen Zwängen unterworfenen Produktion von Inhalten



Rechtlicher Rahmen der NN – Kartellrecht

WOLF THEISS

- Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV / § 5 KartG 2005)
  - Betreibern, die marktbeherrschende Stellung haben, ist es insb. verboten, Handelspartner zu diskriminieren
  - Verboten wäre daher, wenn derartige Betreiber …
    - Ohne sachliche Rechtfertigung konkurrierenden Content-Providern unterschiedliche Preise für die priorisierte Datenübertragung verrechnen
    - Content-Provider/Dienste (zB Skype) blockieren, um eigene Angebote zu fördern (zB eigenes Mobiltelefonie-Angebot)

Rechtlicher Rahmen der NN – Vertragsrecht

WOLF THEISS

- Beschleunigung/Verlangsamung bestimmten Datenverkehrs ohne vertragliche Grundlage – zulässig?
  - Leistungsstörung
  - § 1098 ABGB: Recht auf vertragsgemäßen Gebrauch des Netzwerkes; dieser bestimmt sich iZw nach obj. Vertragszweck (Interessensabwägung erforderlich)
  - § 1096 ABGB: Entgeltreduktion im Ausmaß der Einschränkung
  - § 1117 ABGB: ao Kündigung nach Aufforderung zur Mängelbehebung

Rechtlicher Rahmen der NN – Vertragsrecht

WOLF THEISS

- Wie könnten Eingriffe in die Netzneutralität geregelt werden?
- Ist folgende Klausel problematisch?
  - *Wir behalten uns das Recht vor, den Datenverkehr von und zu ausgewählten Content-Providern zu verlangsamen oder zu beschleunigen.*
  - Ist dies eine einseitige Leistungsänderung?
  - Wenn ja, welchen Voraussetzungen unterliegt diese gem § 6 Abs 2 KSchG?
  - → Recht auf einseitige Leistungsänderung kann in AGB nicht vereinbart werden!

Rechtlicher Rahmen der NN – Vertragsrecht

- Ist folgende Klausel problematisch?
  - *Nach dem von Ihnen gewählten Tarif, haben Sie keinen Zugang zu Social Networking Websites, wie Facebook.com*
  - Annahme: besagter Tarif ist besonders billig
  - → Preisdifferenzierung gegenüber Kunden ist daher grds möglich: zB 10 EUR für „Internet für Einsteiger“ und 30 EUR für „Internet für soziale Netzwerker“

Rechtlicher Rahmen der NN – Transparenz

- Transparenter Markt als Voraussetzung für Konkurrenz
- Informationspflichten nach Art 20 Abs 1 lit b Universaldienste-RL nF
  - Geplante Umsetzung (RV) in § 25 Abs 4 TKG 2003
  - Offenlegung von Maßnahmen zur „Messung und Kontrolle“ von Datenverkehr („measure and shape traffic“)
- § 25 Abs 4 Z 2 TKG 2003 geltende Fassung: verpflichtet nur zur Offenlegung von „Dienstebeschreibung“ einschließlich „Qualität“
  - Wie ist das auszulegen?
  - RL-konforme Interpretation erforderlich, da Umsetzungsfrist am 25. Mai 2011 bereits abgelaufen!

Rechtlicher Rahmen der NN – Verlust des Haftungsprivilegs?

§ 13 ECG: Access-Provider haftet nicht für übermittelte Inhalte, sofern er

- *die Übermittlung nicht veranlasst;*
- *den Empfänger der übermittelten Informationen nicht auswählt &*
- *die übermittelten Informationen weder auswählt noch verändert.*

Rechtlicher Rahmen der NN – Verlust des Haftungsprivilegs

WOLF THEISS

- Ausschluss-Tatbestand „Auswahl“ des Empfängers
  - Wählt der Betreiber aus, wenn er bestimmte Content-Anbieter blockiert (Black-Listing)?
    - → Er wählt nur die *nicht* übertragenen Inhalte aus, für die er ohnedies nicht haftet
  - Wählt der Betreiber aus, wenn er nur bestimmte Content-Anbieter zulässt (White-Listing)?
    - → schon eher!
- Rechtsfolge: kein Haftungsprivileg für Informationen, deren Empfänger er ausgewählt hat
  - dh für Informationen, die von den Nutzern an den (ausgewählten) Content-Anbieter übermittelt werden

Rechtlicher Rahmen der NN – Verlust des Haftungsprivilegs

WOLF THEISS

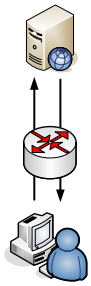
- Ausschluss-Tatbestand „Auswahl“ der Informationen
  - Wann kann ein solcher Fall vorliegen?
    - → wenn der Access-Provider weiß, dass der ausgewählte Content-Provider nur bestimmte Inhalte anbietet (zB kino.to wird auf eine White-List gesetzt)
- Rechtsfolge: kein Haftungsprivileg für Informationen, die vom Content-Provider angeboten werden

Rechtlicher Rahmen der NN – Verlust des Haftungsprivilegs

WOLF THEISS

Uploads (User-Generated-Content)

Haftungsverlust gem § 13 Abs 1 Z 2 (Empfänger ausgewählt)



Downloads

Haftungsverlust gem § 13 Abs 1 Z 3 (Informationen ausgewählt)

Danke für die Aufmerksamkeit!

KONTAKTADRESSE

Dr. Lukas Feiler, SSCP

Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH
Schubertring 6, 1010 Wien

Tel: (+ 43 1) 515 10 5090
Fax: (+ 43 1) 515 10 665090

e-mail: lukas.feiler@wolftheiss.com

www.wolftheiss.com

Literatur-Empfehlungen

- Lawrence Lessig, The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World (2001) 26-48 (22 Seiten)
- Yochai Benkler, The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom (2006) 99-106, 460-473 (18 Seiten)
- Feiler/Stahov, Rechtliche Aspekte der Netzneutralität und ihrer Einschränkung, Medien und Recht 5/2011 (6 Seiten)