

An das
Bundesministerium für Arbeit, Soziales,
Gesundheit und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

E-Mail: cpc@sozialministerium.at

Wien, am 12. Juni 2019

**ISPA STELLUNGNAHME IM RAHMEN DER KONSULTATION DES BUNDESMINISTERIUMS
FÜR ARBEIT, SOZIALES, GESUNDHEIT UND KONSUMENTENSCHUTZ ÜBER DEN
ENTWURF EINER NOVELLE DES VERBRAUCHERBEHÖRDENKOOPERATIONSGESETZ
(VBKG-E)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich in Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz betreffend den Entwurf einer Novelle des Verbraucherbehördenkooperationsgesetzes (VBKG-E) wie folgt Stellung zu nehmen:

Trotz der weiterhin bestehenden grundsätzlichen Ablehnung von Netzsperrern begrüßt die ISPA, dass der Gesetzgeber im Zuge der Verordnungs-Umsetzung auf die komplexe Rechtslage, welche sich für Access-Provider aufgrund der Bestimmungen der Telecom-Single-Market-Verordnung ergibt, Rücksicht genommen hat und ein entsprechendes Verfahren entworfen hat welches für Rechtssicherheit sorgt. Jedoch wären nach Ansicht der ISPA in einigen Details noch Anpassungen vorzunehmen. Ferner macht die ISPA darauf aufmerksam, dass eine Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Diensteanbietern für die Erfüllung des Verordnungszwecks nicht notwendig erscheint, für Rechtsunsicherheit sorgen würde und der Anwendungsbereich des § 7a VBKG-E daher auf Unternehmerinnen und Unternehmer, welchen eine Verletzung der Kollektivinteressen von Verbrauchern im Sinne der Verordnung vorgeworfen wird, beschränkt werden soll. Darüber hinaus weist die ISPA darauf hin, dass die Ausführungen zur Feststellung der Identität von „Inhabern von Internetseiten“ einer näheren Klarstellung bedürfen und fordert abschließend, dass der vorgesehene Kostenersatz neu überdacht wird.

1) Trotz grundsätzlicher Ablehnung von Netzsperrern ist der gefundene Lösungsansatz begrüßenswert

Zunächst möchte die ISPA festhalten, dass sie Zugangssperren zu Webseiten weiterhin als eine ungeeignete und überschießende Maßnahme erachtet, um fake-shops und andere Online-Betrugsversuche zu vermeiden. Zwar ist sich die ISPA der Gefahren, die sich Konsumentinnen und Konsumenten durch die zum Teil äußerst detailreich konzipierten Betrugs-Websites bietet, bewusst. Jedoch stellt die Anordnung von Netzsperrern hierzu kein effizientes Mittel dar, da die Betreiber der Website diese relativ einfach und schnell umgehen können, indem sie die Webseite je nach Sperrmethode etwa unter einer anderen, ähnlich lautenden Domain registrieren oder die IP-Adresse ändern. Darüber hinaus ist der Einrichtung von Netzsperrern die Gefahr immanent, dass hiervon auch rechtmäßige Inhalte von Dritten betroffen werden („over-blocking“).

Vielmehr sollte nach Ansicht der ISPA, wie dies auch in Art 9 Abs. 3 lit b der Verbraucherbehördenkooperationsverordnung (VBKVO)¹ als eine der Maßnahmen vorgesehen ist, vor allem die Rückverfolgung von Finanzströmen herangezogen werden, um die entsprechenden Konten welche von den Betrugswebseiten genutzt werden zu sperren bzw. die getätigten Zahlungen zurückzuüberweisen („follow-the-money“). Hierdurch wird zum einen der den Konsumentinnen und Konsumenten entstandene Schaden beglichen sowie den Betreibern der Betrugswebseiten das grundlegende Motiv zum Betrieb solcher Webseiten entzogen.

Die ISPA zeigt sich jedoch äußerst erfreut, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Umsetzung von Zugangssperren auf die für Access-Provider schwierige Rechtslage Rücksicht genommen hat. Seit dem In-Kraft-Treten der Telecom-Single-Market Verordnung (TSM-VO)² sind Access-Provider grundsätzlich zur gleichberechtigten und nichtdiskriminierenden Behandlung des gesamten Datenverkehrs verpflichtet. Verkehrsmanagementmaßnahmen – worunter auch Zugangssperren zu Webseiten verstanden werden – dürfen nur in den in Art 3 Abs. 3 TSM-VO taxativ angeführten Ausnahmefällen gesetzt werden, um eine mit dem Unionsrecht in Einklang stehende gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen oder einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung zu entsprechen. Die Access-Provider sehen sich dazu verpflichtet, diesen Anforderungen bestmöglich Folge zu leisten und darüber hinaus auch im Interesse ihrer Kunden und Kunden hinsichtlich des freien Informationszugangs nur tatsächlich rechtswidrige Inhalte zu sperren. Aufgrund des massiven Drucks einiger Interessensgruppen, welche Zugangssperren auch ohne Vorliegen einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung fordern, befinden sich die österreichischen Access-Provider jedoch bereits seit beinahe 10 Jahren in langwierigen Gerichtsverfahren, für welche sie noch dazu die Kosten zu tragen haben.

¹ Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004

² Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union

Der durch den Gesetzgeber angedachte Lösungsansatz, in der die Telekom-Control-Kommission (TKK) als die zur Überprüfung der Einhaltung der TSM-VO zuständige Behörde, mit der Anordnung von Netzsperrern beauftragt wird ist daher sehr zu begrüßen. Hierdurch wird die für die Access-Provider notwendige Rechtssicherheit geschaffen. Die ISPA regt an, dass dieses Modell auch in den weiteren Rechtsmaterien, in welchen derzeit Unklarheit in Bezug auf die Setzung von Zugangssperren durch Access-Provider herrscht, übernommen wird.

Trotz der grundsätzlichen Unterstützung des angedachten Modells, möchte die ISPA jedoch noch weitere Änderungen anregen:

Zum einen sollte nach Ansicht der ISPA, der Ultima-Ratio-Gedanke der in § 7b Abs. 1 VBKG-E vorgesehenen Anordnungen, welcher vom Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen ebenfalls betont wird, auch im Gesetzestext klar erkenntlich sein. Zwar ergibt sich bereits aus der direkten Anwendbarkeit von Art 9 Abs. 4 lit g VBKVO, dass die entsprechenden Maßnahmen nur ausgesprochen werden dürfen, sofern keine anderen wirksamen Mittel zur Verfügung stehen sowie das Risiko einer schwerwiegenden Schädigung der Kollektivinteressen von Konsumentinnen und Konsumenten besteht. Um dies jedoch auch für den nationalen Rechtsanwender klar hervorzuheben, sollte eine entsprechende Formulierung auch in § 7b Abs. 1 VBKG-E aufgenommen werden. Ein solcher Verweis sollte klarstellen, dass Anordnungen gemäß § 7b Abs. 1 VBKG-E nicht nur jedenfalls nachrangig gegenüber Maßnahmen nach § 7a VBKG-E sind, sondern darüber hinaus selbst bei Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung iSd § 7a VBKG-E, Anordnungen gemäß § 7b Abs. 1 VBKG-E nur in den entsprechenden Ausnahmefällen in welchen ein erhebliches Risiko für Konsumentinnen und Konsumenten besteht zulässig sind.

Der Ultima-Ratio-Gedanken der Anordnungen gemäß § 7b Abs. 1 VBKG-E sollte auch hinsichtlich der Möglichkeit, diese als vorläufige Maßnahmen gemäß § 7c VBKG-E zu verhängen, beachtet werden. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die VBKVO nur hinsichtlich eines Teils der in Art 9 Abs. 4 lit g aufgelisteten Durchsetzungsbefugnisse vorsieht, dass diese auch als vorläufige Maßnahmen verhängt werden können, nämlich die Anordnung der Entfernung von Inhalten sowie die Anzeige eines Warnhinweises.³ Im entsprechenden Erwägungsgrund werden hingegen weder Zugangsbeschränkungen noch die Löschung von Domains angeführt. Zwar nimmt der Gesetzgeber hierauf zum Teil Bezug, indem festgehalten wird, dass vorübergehende Maßnahmen gegenüber Anbietern von Hosting-Diensten angeordnet werden können und nur „gegebenenfalls“ auch gegenüber anderen Betreibern. Dieser Verweis lässt dennoch erkennen, dass angedacht ist, den Umfang von vorübergehenden Maßnahmen gegenüber der Verordnung auszuweiten. Die ISPA ersucht, im Sinne einer präzisen Umsetzung der Vorgaben der Verordnung, den Verweis auf andere Betreiber daher zu entfernen.

Dem Grundgedanken der Verhältnismäßigkeit in § 5 VBKG-E entsprechend, sollte die TKK darüber hinaus auch aus den in § 7b Abs. 1 VBKG-E aufgezählten Maßnahmen stets jene wählen welcher die geringste Eingriffsintensität zukommt. Angesichts des gravierenden Eingriffs in den freien Informationszugang, welcher mit Zugangssperren verbunden ist, sollte daher stets der

³ Vgl ErwGr 14 VBKVO

Löschung von Inhalten der Vorzug gegenüber Sperranordnungen gegeben werden, auch, da hierbei in der Regel nur ein einzelner Host-Provider verpflichtet werden muss.

In diesem Zusammenhang möchte die ISPA zudem darauf hinweisen, dass sofern Zugangssperren angeordnet werden, aufgrund des in § 5 VBKG-E festgelegten Verhältnismäßigkeitsgebots diese einzig in Form von DNS-Sperren umgesetzt werden dürfen. Die Sperre einer IP-Adresse wäre hingegen klar überschießend, da oftmals zahlreiche Webseiten unter einer IP-Adresse erreichbar sind, welche gleichermaßen von der Sperre betroffen wären. Ein solcher Kollateralschaden wäre nicht verhältnismäßig.

Ferner spricht sich die ISPA dafür aus, dass die zuständige Behörde verpflichtet wird, angeordnete Zugangssperren laufend dahingehend zu prüfen, ob die rechtsverletzende Webseite weiterhin unter der jeweiligen Domain abrufbar ist, und andernfalls die Sperre aufzuheben, um eine große Ansammlung ungerechtfertigt gesperrter Webseiten zu vermeiden. Zudem sollte auf der Webseite der TKK eine transparente Übersicht über gesperrte Webseiten zur Verfügung gestellt werden und die Möglichkeit vorgesehen werden, dass Internetnutzerinnen und -nutzer, sofern diese der Ansicht sind, dass eine Webseite zu Unrecht gesperrt wurde und daher unrechtmäßig in ihr Recht auf freien Informationszugang eingegriffen wurde, diese Rechte vor Gericht geltend machen können.⁴

Darüber hinaus ersucht die ISPA im Hinblick auf die Verpflichtung zur Anzeige von Warnhinweisen in den Erläuternden Bemerkungen klar festzuhalten, dass hierzu ausschließlich Verkaufsplattformen im Sinne des § 16 ECG verpflichtet werden können.

2) Die Anordnungen gegenüber Registrierungsstellen für Domainnamen sollen sich auf die Übergabe der Domain beschränken

Hinsichtlich der Anordnungen gegenüber Registrierungsstellen für Domainnamen, welche gemäß Art 9 Abs. 4 lit g sub.lit. i zur Entfernung eines vollständigen Domänennamen sowie zur Übergabe der Domain an die zuständige Behörde verpflichtet werden können, fordert die ISPA, dass jedenfalls letzterem der Vorzug zu geben ist, da die Löschung einer Domain weitreichende Folgen mit sich bringen könnte. Denn durch die Löschung einer Domain wären sämtliche dahinterliegende Dienste wie etwa auch E-Mail-Dienste betroffen. Ein solcher Eingriff würde sich somit auch auf Dienste auswirken, die über den Inhalt einer Webseite hinausgehen und wäre klar unverhältnismäßig. Ein gezielter Eingriff von Seiten der Domainvergabestelle hinsichtlich rechtsverletzender Inhalte ist hingegen nicht möglich. Darüber hinaus wird explizit betont, dass die Löschung einer Domain einen irreversiblen Vorgang darstellt, da eine gelöschte Domain sofort wieder frei zur Vergabe ist und somit von jeder beliebigen dritten Person registriert werden kann und damit für den bisherigen Domain-Inhaber nicht wieder verfügbar ist bzw. verfügbar gemacht werden kann.

⁴ Vgl hierzu EuGH C-314/12, *UPC Telekabel/Constantin Film Verleih* ECLI:EU:C:2014:192 Rz 57

3) Der Anwendungsbereich des § 7a VBKG-E ist auf Unternehmerinnen und Unternehmen zu beschränken

Gemäß den Erläuternden Bemerkungen zu § 7a VBKG-E können nicht nur die jeweiligen Unternehmerinnen und Unternehmer, welchen eine Verletzung der Kollektivinteressen von Verbrauchern im Sinne der Verordnung vorgeworfen wird, Adressatinnen bzw. Adressaten eines Antrags nach § 7a Abs. 1 sein, sondern auch Diensteanbieter welche eine „aktive“ Rolle spielen. Der Gesetzgeber verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des EuGHs zur Haftung von Diensteanbietern bei Urheberrechtsverletzungen. Die vom EuGH darin vorgenommene Unterscheidung, ob es sich um einen „aktiven“ oder „passiven“ Diensteanbieter handelt, ist notwendig, um zu beurteilen, ob der jeweilige Diensteanbieter gemäß Art 14 E-Commerce Richtlinie⁵ von der Haftung für Inhalte von Dritten befreit ist. Mit der vorliegenden Verordnung soll jedoch gerade nicht die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter geklärt werden, sondern Maßnahmen zur besseren Gewährleistung des Verbraucherschutzes festgelegt werden.

Wie der EuGH in einer der in den Erläuternden Bemerkungen angeführten Entscheidungen festhält, kann auch dann eine Anordnung an den betreffenden Diensteanbieter gerichtet werden, wenn es sich um einen passiven Diensteanbieter handelt welcher das Haftungsprivileg nach Art 14 genießt, sofern dies notwendig ist, um einer bestehenden Rechtsverletzung ein Ende zu setzen oder diese Gefahr zu verhindern.⁶ Eine Unterscheidung zwischen „aktiven“ und „passiven“ Diensteanbietern in Bezug auf Anträge iSv § 7a erscheint daher unverständlich und sorgt darüber hinaus für Rechtsunsicherheit. Denn aus den in den erläuternden Bemerkungen erwähnten Entscheidungen ist ebenfalls keine klare Definition eines „aktiven“ Diensteanbieters ableitbar, sondern soll dies gemäß den Ausführungen des EuGHs jeweils durch das nationale Gericht beurteilt werden. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Diensteanbietern auch nicht durch die VBKVO selbst vorgegeben ist. Vor diesem Hintergrund spricht sich die ISPA für eine Beschränkung des Anwendungsbereiches des § 7a VBKG-E auf die jeweiligen Unternehmerinnen und Unternehmer aus.

4) Die Ausführungen zur Feststellung der Identität von „Inhabern von Internetseiten“ bedürfen einer Klarstellung

Die ISPA begrüßt, dass der Gesetzgeber angesichts der besonderen grundrechtlichen Anforderungen im Zusammenhang mit der Beauskunftung von Nutzerdaten, diese weiterhin im Rahmen des strafprozessualen Ermittlungsverfahren belässt und keine entsprechenden Befugnisse für Konsumentenschutzbehörden vorsieht. Jedoch besteht aufgrund der Erläuternden Bemerkungen zu den der Staatsanwaltschaft vorbehaltenen Befugnissen in § 8a Unklarheit auf Seiten der ISPA, worauf sich diese genau beziehen. Gemäß § 8a Abs. 2 Z 3 ist unter anderem die Anordnung zur „Feststellung der Identität der Inhaberin bzw. des Inhabers von Internetseiten“ der Staatsanwaltschaft vorbehalten. Nach Ansicht der ISPA ist hiermit offensichtlich der jeweilige

⁵ 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

⁶ EuGH C-521/17 *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. v Deepak Mehta* ECLI:EU:C:2018:639 Rz 51

Inhaber des Domainnamens gemeint, dies sollte jedoch aus dem Gesetzestext oder den Gesetzesmaterialien klar hervorgehen. Eine entsprechende Anordnung müsste daher gegenüber der Registrierungsstelle für Domainnamen ergehen und nicht wie in den Erläuternden Bemerkungen angedeutet gegenüber dem Access-Provider, welcher über keinerlei Informationen hinsichtlich des bzw. der Inhaberin einer Webseite verfügt.

In diesem Zusammenhang möchte die ISPA auch darauf hinweisen, dass die vom Gesetzgeber im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen zu § 8a Abs. 2 Z 3 VBKG-E dargelegte Ansicht, wonach eine Beauskunftung von Stammdaten mittels Sicherstellung gemäß § 110 StPO erfolgt nicht mehr der aktuellen Rechtslage entspricht. Im Rahmen einer Novelle der Strafprozessordnung wurde 2012 – und damit anschließend an das vom Gesetzgeber angeführte höchstgerichtliche Urteil – eine neue Bestimmung in § 76a StPO aufgenommen, welche nunmehr die Beauskunftung von Stammdaten regelt.

Darüber hinaus wurde im Rahmen der Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2011 ebenfalls klargestellt, dass es sich bei einer dynamischen IP-Adresse um Zugangsdaten iSd § 92 Abs.3 Z 4a TKG handelt. Sofern daher ein Betreiber Name und Adresse zu einer dynamischen IP-Adresse zu beauskunften hat kommen hierfür nicht wie vom Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen angegeben die Regelungen zur Beauskunftung von Stammdaten zur Anwendung, sondern erfolgt eine solche Beauskunftung gemäß § 76a Abs. 2 StPO nach den Regeln der Beauskunftung von Zugangsdaten. Die vor den angeführten Novellierungen des TKG sowie der StPO erlassene Judikatur des OGH ist durch die Änderungen im Zuge der Gesetzesnovellen daher gegenstandslos geworden.

5) Die Regelung des Kostenersatzes sollte neu überdacht werden

Die ISPA begrüßt, dass gemäß § 7b Abs. 5 sowie § 7c Abs 5 VBKG-E grundsätzlich der Unternehmer bzw. die Unternehmerin für die Verfahrenskosten der TKK aufzukommen hat. Es ist jedoch aus dem Gesetzestext nicht ersichtlich, wer die Kosten zu tragen hat, sofern diese nicht dem Unternehmer bzw. der Unternehmerin übertragen werden können, da deren Aufenthalt unbekannt ist. Da grundsätzlich die Betreiber von Kommunikationsdiensten und -netzen im Rahmen ihrer Finanzierungsbeiträge an die RTR-GmbH auch die Kosten der Telecom-Control-Kommission zu tragen haben, ist anzunehmen, dass in jenen Fällen in welchen die Kosten nicht durch die Unternehmen übernommen werden, diese am Ende von den finanzierungspflichtigen Betreibern zu tragen sind. Diese Kostenüberwälzung auf die Betreiber ist nach Ansicht der ISPA ungerechtfertigt und daher abzulehnen. Vielmehr sollte in jenen Fällen, in denen der bzw. die Unternehmer/in nicht ausfindig gemacht werden kann, der Aufwand aus öffentlichen Mitteln beglichen werden.

Darüber hinaus fordert die ISPA, dass auch den verpflichteten Betreibern ein Ersatz der im Zuge der Umsetzung der in Art 9 Abs. 4 lit g vorgesehenen Maßnahmen entstandenen Kosten, insbesondere hinsichtlich der Einrichtung von Netzsperrern bzw. der Anzeige von Warnhinweisen, zugesprochen wird. Es ist darauf hinzuweisen, dass mit dem vorliegenden Gesetz eine Mitwirkungspflicht privater Unternehmen an einer staatlichen Aufgabe, der Gewährleistung des

Konsumentenschutzes, vorgesehen wird. In solchen Fällen ist gemäß ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs hinsichtlich der Kostentragung jedenfalls der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.⁷ Die ISPA fordert daher, dass zumindest 80 % der anfallenden Kosten für den technischen Aufwand sowie der Personalkosten durch den Bund übernommen werden.

Die ISPA hofft auf die Berücksichtigung ihrer Bedenken und Anregungen.

Für Rückfragen (und weitere Auskünfte) stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert, LL.M.

Generalsekretär

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.

⁷ Verfassungsgerichtshof 27.02.2003, G 37/02 ua, V 42/02