

99 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP

Nachdruck vom 29. 5. 2000

Regierungsvorlage

Bundesgesetz über den Schutz zugangskontrollierter Dienste (Zugangskontrollgesetz – ZuKG)

Der Nationalrat hat beschlossen:

1. Abschnitt

Geltungsbereich und Begriffsbestimmungen

Geltungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt den rechtlichen Schutz von Diensteanbietern, die Fernsehsendungen, Radiosendungen oder Dienste der Informationsgesellschaft gegen Entgelt und unter einer Zugangskontrolle bereitstellen.

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Sinn dieses Bundesgesetzes bedeuten

1. Diensteanbieter: eine natürliche oder juristische Person oder eine sonstige rechtsfähige Einrichtung, die geschützte Dienste bereitstellt;
2. geschützter Dienst: eine Fernsehsendung, eine Radiosendung oder ein Dienst der Informationsgesellschaft, die oder der gegen Entgelt und unter einer Zugangskontrolle erbracht wird, einschließlich der Zugangskontrolle für solche Dienste, soweit sie als eigenständiger Dienst anzusehen sind;
3. Fernsehsendung: eine drahtgebundene oder drahtlose, erdgebundene oder durch Satelliten vermittelte, unverschlüsselte oder verschlüsselte Erstsendung von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist, einschließlich der Übermittlung an andere Veranstalter zur Weiterverbreitung an die Allgemeinheit;
4. Radiosendung: eine drahtgebundene oder drahtlose – einschließlich der durch Satelliten vermittelten – Sendung von Radioprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt ist;
5. Dienst der Informationsgesellschaft: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachter Dienst, wobei als
 - a) im Fernabsatz erbrachter Dienst ein Dienst, der ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien erbracht wird, als
 - b) elektronisch erbrachter Dienst ein Dienst, der mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung, einschließlich digitaler Kompression, und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen sowie vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischen Weg gesendet, weitergeleitet und empfangen wird, und als
 - c) auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachter Dienst ein Dienst, der durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird, verstanden werden;
6. Zugangskontrolle: eine technische Maßnahme oder Vorrichtung, die den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form von einer vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig macht;

7. Zugangskontrollvorrichtung: ein Gerät oder Computerprogramm, das dazu bestimmt oder angepasst ist, den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form zu ermöglichen;
8. Umgehungsvorrichtung: ein Gerät oder Computerprogramm, das dazu bestimmt oder angepasst ist, den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form ohne Erlaubnis des Diensteanbieters zu ermöglichen.

2. Abschnitt

Rechtsschutz

Recht auf Zugangskontrolle

§ 3. Der Diensteanbieter hat das ausschließliche Recht, den Zugang zu einem von ihm bereitgestellten geschützten Dienst in verständlicher Form von seiner vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig zu machen.

Unerlaubte Handlungen

§ 4. (1) Die Herstellung, die Einfuhr, der Vertrieb, der Verkauf, die Vermietung oder Verpachtung und die Innehabung von Umgehungsvorrichtungen sowie deren Installierung, Wartung, Instandsetzung oder Austausch sind, soweit damit gewerbliche Zwecke verfolgt werden, verboten.

(2) Ebenso sind, soweit damit gewerbliche Zwecke verfolgt werden, die Werbung und andere Maßnahmen zur Förderung des In-Verkehr-Bringens von Umgehungsvorrichtungen, wie etwa das Direktmarketing, das Sponsoring oder die Öffentlichkeitsarbeit, verboten.

(3) Die Verbote nach den Abs. 1 und 2 erfassen alle im Inland begangenen oder verwirklichten Handlungen unabhängig davon, wo sich der den Verboten zuwider Handelnde niedergelassen hat.

3. Abschnitt

Zivilrechtliche Ansprüche

Unterlassung

§ 5. Ein Diensteanbieter, der durch eine unerlaubte Handlung (§ 4) in seinem Recht auf Zugangskontrolle verletzt worden ist oder dem eine solche Verletzung droht, hat Anspruch auf Unterlassung. Der Inhaber eines Unternehmens kann wegen einer solchen unerlaubten Handlung auch dann auf Unterlassung belangt werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen worden ist oder von einer solchen Person droht.

Beseitigung

§ 6. (1) Ein Diensteanbieter, der durch eine unerlaubte Handlung (§ 4) in seinem Recht der Zugangskontrolle verletzt worden ist, hat Anspruch darauf, dass der den Vorschriften dieses Bundesgesetzes widerstreitende Zustand beseitigt wird. Er kann insbesondere verlangen, dass die Umgehungsvorrichtungen vernichtet oder sonst unbrauchbar gemacht werden; kann der diesem Bundesgesetz widerstreitende Zustand auf eine schonendere Art beseitigt werden, so kann der Diensteanbieter nur Maßnahmen dieser Art verlangen.

(2) Enthalten die Umgehungsvorrichtungen Teile, deren unveränderter Bestand und deren Gebrauch durch den Beklagten das Recht des Klägers auf Zugangskontrolle nicht verletzen und die von der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung ausgenommen werden können, so hat das Gericht diese Teile in dem die Vernichtung oder Unbrauchbarmachung aussprechenden Urteil zu bezeichnen. Bei der Vollstreckung sind diese Teile von der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung auszunehmen, wenn der Verpflichtete die damit verbundenen Kosten im voraus bezahlt.

(3) Statt der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Umgehungsvorrichtungen kann der Diensteanbieter verlangen, dass ihm diese gegen eine angemessene, die Herstellungskosten nicht übersteigende Entschädigung überlassen werden.

(4) Der Diensteanbieter hat auch Anspruch darauf, dass die entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes verwendeten Werbemittel, wie etwa Plakate, Broschüren oder sonstige Druckwerke, vernichtet werden.

(5) Der Beseitigungsanspruch richtet sich ungeachtet des Eigentums- oder eines sonstigen Verfügungsrechts gegen denjenigen gewerblich tätigen Rechtsträger, in dessen Gewahrsame die betroffenen Umgehungsvorrichtungen oder Werbemittel stehen.

Schadenersatz und Herausgabe des Gewinns

§ 7. (1) Wer durch eine unerlaubte Handlung (§ 4) einen Diensteanbieter schuldhaft schädigt, hat diesem ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen.

(2) Wird ein geschützter Dienst unbefugt zugänglich gemacht, so hat der Diensteanbieter auch Anspruch auf Herausgabe des Gewinns, den der Schädiger durch den schuldhaften Eingriff erzielt hat. Die Verjährung dieses Anspruchs richtet sich nach den Vorschriften für Schadenersatzansprüche. Neben der Herausgabe des Gewinns kann ein Ersatz des Vermögensschadens (Abs. 1) nur begehrt werden, soweit dieser den herauszugebenden Gewinn übersteigt.

(3) Der Diensteanbieter kann anstelle des Ersatzes des Vermögensschadens (Abs. 1) sowie der Herausgabe des Gewinns (Abs. 2) das Doppelte des angemessenen Entgelts für die Inanspruchnahme des geschützten Dienstes begehren.

(4) Hat ein Bediensteter oder Beauftragter eine unerlaubte Handlung (§ 4) im Betrieb eines Unternehmens begangen, so haftet, unbeschadet einer allfälligen Ersatzpflicht dieser Personen, der Inhaber des Unternehmens für die in Abs. 1 bis 3 genannten Ansprüche, wenn ihm die unerlaubte Handlung bekannt war oder bekannt sein musste.

(5) Mehrere Personen haften für die in den Abs. 1 bis 3 genannten Ansprüche zur ungeteilten Hand.

Rechnungslegung

§ 8. Wer nach diesem Bundesgesetz zum Schadenersatz oder zur Herausgabe des Gewinns verpflichtet ist, hat dem Diensteanbieter Rechnung zu legen und auf dessen Verlangen die Richtigkeit der Rechnung durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen. Wenn sich dabei ein höherer Betrag als aus der gelegten Rechnung ergibt, sind die Kosten der Prüfung vom Zahlungspflichtigen zu tragen.

Einstweilige Verfügungen

§ 9. Zur Sicherung der Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung können einstweilige Verfügungen auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 381 EO erlassen werden.

4. Abschnitt

Strafrechtliche Bestimmungen

Eingriff in das Recht auf Zugangskontrolle

§ 10. (1) Wer gewerbsmäßig (§ 70 StGB) Umgehungsrichtungen vertreibt, verkauft, vermietet oder verpachtet, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer gewerbsmäßig (§ 70 StGB) Umgehungsrichtungen herstellt, einführt oder mit dem Vorsatz erwirbt oder innehat, dass diese auf die im Abs. 1 beschriebene Art und Weise in Verkehr gebracht werden oder dass mit ihrer Hilfe anderen der Zugang zu einem geschützten Dienst ermöglicht wird.

(3) Wer Umgehungsrichtungen ausschließlich zum privaten Gebrauch einführt, erwirbt oder sich sonst verschafft, ist nicht als Beteiligter (§ 12 StGB) zu bestrafen.

(4) Ein Bediensteter oder Beauftragter des Inhabers oder Leiters eines Unternehmens (§ 5) ist nicht zu bestrafen, wenn er eine der in den Abs. 1 und 2 genannten Handlungen auf Anordnung des Dienst- oder Auftraggebers vorgenommen hat und ihm wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht zugemutet werden konnte, die Vornahme der Tat zu unterlassen.

(5) Der Täter ist nur auf Verlangen des in seinen Rechten verletzten Diensteanbieters zu verfolgen.

Einziehung

§ 11. (1) Die den Gegenstand einer in § 10 mit Strafe bedrohten Handlung bildenden Umgehungsrichtungen sind auf Antrag des Privatanklägers ohne Rücksicht darauf, wem sie gehören, einzuziehen, es sei denn, dass trotz des vorangegangenen mit Strafe bedrohten Verhaltens Gewähr geboten ist, dass die Umgehungsrichtungen nicht unter Verletzung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in Verkehr gebracht oder innegehabt werden.

(2) Liegt der objektive Tatbestand einer in § 10 mit Strafe bedrohten Handlung vor, so sind die Umgehungsrichtungen auch dann einzuziehen, wenn keine bestimmte Person wegen der mit Strafe

bedrohten Handlung verfolgt oder verurteilt werden kann. In einem solchen Fall hat der Privatankläger einen gesonderten Antrag auf Einziehung zu stellen.

(3) Auf das Verfahren bei der Einziehung sind die §§ 443 bis 446 StPO anzuwenden.

(4) Die eingezogenen Umgehungsvorrichtungen sind nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 erster Satz zu vernichten.

Beschlagnahme

§ 12. (1) Das Gericht hat auf Antrag des Privatanklägers die betroffenen Umgehungsvorrichtungen zur Sicherung der Einziehung nach § 11 zu beschlagnahmen (§ 98 Abs. 2 und § 143 Abs. 1 StPO).

(2) Gegen den Beschluss, mit dem über einen Antrag auf Beschlagnahme oder auf deren Aufhebung entschieden wird, steht dem Privatankläger, dem Beschuldigten und den vom Beschluss sonst Betroffenen (§ 444 StPO) die binnen 14 Tagen beim Gerichtshof erster Instanz einzubringende Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz zu (§ 114 StPO).

(3) Erkennt das Gericht nicht auf Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der beschlagnahmten Umgehungsvorrichtungen, so hat der Antragsteller dem von der Beschlagnahme Betroffenen alle dadurch verursachten Vermögensschäden zu ersetzen. Kommt es infolge einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung zu keiner Entscheidung über den Antrag auf Vernichtung oder Unbrauchbarmachung, so kann der Betroffene den Ersatzanspruch nur erheben, wenn er sich diesen in der Vereinbarung vorbehalten hat. Der Ersatzanspruch ist im Zivilrechtsweg geltend zu machen.

5. Abschnitt

Verwaltungsrechtliche Bestimmungen

Verwaltungsübertretung

§ 13. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit Geldstrafe bis zu 15 000 Euro zu bestrafen, wer gewerbsmäßig (§ 70 StGB) und wissentlich

1. Umgehungsvorrichtungen installiert, wartet, instand setzt oder austauscht oder
2. durch Werbung, Direktmarketing, Sponsoring oder andere Öffentlichkeitsarbeit zum Kauf, zur Miete oder zur Pacht von Umgehungsvorrichtungen anregt.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer vorsätzlich als Inhaber oder Leiter eines Unternehmens eine im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangene Handlung im Sinn des Abs. 1 nicht verhindert.

(3) Die Bestimmung des § 10 Abs. 4 über die Straflosigkeit eines im Betrieb eines Unternehmens tätigen Bediensteten oder Beauftragten ist anzuwenden.

(4) Wer Umgehungsvorrichtungen ausschließlich zum privaten Gebrauch verwendet, ist nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe (§ 7 VStG) zu bestrafen.

(5) Eine Verwaltungsübertretung nach Abs. 1 oder 2 liegt nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist.

6. Abschnitt

Schlussbestimmungen

Verweisungen

§ 14. Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

Vollzug

§ 15. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz, hinsichtlich des § 13 jedoch der Bundeskanzler betraut.

Hinweis auf Umsetzung

§ 16. Mit diesem Bundesgesetz wird die Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. L 320 vom 28. November 1998, S 54, umgesetzt.

Vorblatt

Problem:

Die Richtlinie über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. L 320 vom 28. November 1998, S 54, verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einführung von Maßnahmen, mit denen unbefugte Eingriffe in Zugangskontrollen verhindert werden können. Dabei geht es um Decoder, Passwörter und andere Vorrichtungen, die bestimmte Dienstleistungen (etwa Fernsehsendungen oder Dienste der Informationsgesellschaft) nur mit Erlaubnis des Anbieters zugänglich machen. Die Richtlinie ist von den Mitgliedstaaten bis 28. Mai 2000 umzusetzen.

Ziel des Vorhabens:

Das vorgeschlagene Zugangskontrollgesetz will verhindern, dass Vorrichtungen, die einen unbefugten Zugang zu geschützten Diensten ermöglichen, gewerbsmäßig hergestellt oder vertrieben werden. Die zivil- und strafrechtlichen Maßnahmen des Entwurfs richten sich nur gegen gewerbsmäßige "Piraten", nicht aber gegen private Nutzer solcher illegaler Vorrichtungen.

Wesentliche Inhalte des Entwurfs:

Der Entwurf enthält nach dem Vorbild des Urheberrechtsgesetzes zivil- und strafrechtliche Instrumente, mit denen sich ein Diensteanbieter gegen gewerbsmäßig handelnde Hersteller oder Händler von illegalen Umgehungsvorrichtungen zur Wehr setzen kann.

Alternativen:

Die Richtlinie sollte tunlichst in einem eigenen Gesetz umgesetzt werden. Eine Alternative besteht daher nicht.

Kosten:

Der Entwurf wird keine nennenswerten Kosten nach sich ziehen.

Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung:

Negative Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung sind nicht zu befürchten. Der Entwurf bildet im Gegenteil einen weiteren Baustein in der Anpassung der Rechtsordnung an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft, die wesentliche Impulse für das österreichische Wirtschaftswachstum und die österreichische Beschäftigungslage hat.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Es bestehen keine besonderen Beschlusserfordernisse im Nationalrat und im Bundesrat. Auch unterliegt der Entwurf nicht dem Konsultationsmechanismus. Er ist schließlich nicht der Kommission zu notifizieren.

EU-Konformität:

Ist in allen Belangen gegeben.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

1. Einleitung:

Die **Richtlinie** des Europäischen Parlamentes und des Rates **über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten**, ABl. L Nr. 320 vom 28. November 1998, S 54 (im Folgenden Richtlinie oder auch Zugangskontroll-Richtlinie), schützt Fernseh- und Radiosendungen (Rundfunkdienste) sowie Dienste der Informationsgesellschaft, die den Interessenten gegen Entgelt angeboten werden und einer "Zugangskontrolle" unterliegen. Die Richtlinie versteht darunter technische Maßnahmen, die die Inanspruchnahme und den Empfang eines geschützten Dienstes von der individuellen Erlaubnis des Diensteanbieters abhängig machen. Auf Grund einer Zugangskontrolle soll also nur der durch den Diensteanbieter autorisierte Zugang zu einem Dienst möglich sein. Damit soll sicher gestellt werden, dass der Nutzer mit dem Diensteanbieter einen Bezugsvertrag abschließt und für den jeweiligen Abruf das dafür vorgesehene Entgelt entrichtet. Die Richtlinie muss von den Mitgliedstaaten bis 28. Mai 2000 in das nationale Recht umgesetzt werden (Art. 6 Abs. 1).

In den vergangenen Jahren hat sich gemeinschaftsweit ein Markt für den – entgeltlichen – **Abruf von Fernsehprogrammen** und von Online-Informationen oder sonstigen **Online-Dienstleistungen** entwickelt. Derartigen Vertriebsmethoden werden große Wachstumspotenziale zugesprochen. Sie sind allerdings nur dann rentabel, wenn die angebotenen Dienste durch Zugangskontrollen vor unbefugtem Empfang geschützt werden. Bekannte Beispiele für zugangskontrollierte Dienste sind etwa das Pay-TV, zugangsgeschützte Video-auf-Abruf-Dienste und passwortgeschützte Internetdienste. Technisch kann die Zugangskontrolle durch eine Verschlüsselung der Übertragungssignale, durch elektronische Sperren oder durch den Einsatz von Passworttechnologien bewerkstelligt werden.

In der wirtschaftlichen Praxis werden allerdings zunehmend Geräte, Computersysteme und Computerprogramme vertrieben, mit denen die geschützten Rundfunk- oder Internetdienste **ohne Genehmigung des Diensteanbieters** empfangen werden können. Durch diese **"Piraterie"** erleiden die Anbieter kontrollierter Dienste beträchtliche Schäden. Auch hindern solche Praktiken die weitere Ausbreitung geschützter Dienstleistungen, denen für die weitere Entwicklung der Informationsgesellschaft eine Schlüsselrolle zugeschrieben wird. Das Interesse der Anbieter an der Bereitstellung solcher Dienste ist nämlich gering, wenn sie keine Handhabe gegen die Herstellung und den Vertrieb nicht autorisierter Umgehungsvorrichtungen haben.

Die unbefugt hergestellten und vertriebenen Zugangsmittel werden als **"illegale Vorrichtungen"** bzw. **"Umgehungsvorrichtungen"** bezeichnet. Dazu gehören spezielle Geräte ebenso wie Computerprogramme (Software), wie etwa nicht autorisierte Decoder, Smartcards oder Programme, mit denen Passwörter oder sonstige Autorisierungs-codes "geknackt" werden können.

Die Richtlinie will derartige Umgehungen von Zugangskontrollen wirksam hintanhaltend. Sie verhält die Mitgliedstaaten zur Ergreifung wirksamer und abschreckender Maßnahmen (Art. 1 der Richtlinie). Die rechtlichen Vorkehrungen zugunsten der Diensteanbieter sollen sich aber **nur gegen gewerbliche Tätigkeiten**, also gegen die "Piraterie", richten. Dabei geht es im Wesentlichen um alle Formen des In-Verkehr-Bringens von Umgehungsvorrichtungen, um Serviceleistungen an diesen sowie um Maßnahmen zur Absatzförderung. Die **privaten Nutzer** von Umgehungsvorrichtungen werden dagegen den von der Richtlinie vorgeschriebenen Sanktionen und Rechtsbehelfen **nicht** ausgesetzt. (Zu den Gründen für diese Einschränkung des Schutzbereichs der Richtlinie sei auf die Erläuterungen zu § 4 des Entwurfs verwiesen.)

Der vorliegende Entwurf dient der **Umsetzung der Zugangskontroll-Richtlinie**. Er orientiert sich am gemeinschaftlichen Rechtsbestand und leistet auf diese Weise einen weiteren Beitrag zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zur Informationsgesellschaft.

2. Praktische Bedeutung:

Der **österreichische Pay-TV-Markt** hängt weitgehend von der Entwicklung in Deutschland ab. Die deutschen Pay-TV-Programmbouquets werden auch in Österreich vertrieben, da die österreichischen Programmrechte häufig zusammen mit den deutschen Rechten oder als Sprachblock verkauft werden. Diese Programme werden in den meisten Fällen über Satellitenantennen empfangen. Derzeit haben nur etwa 100 000 oder 3% der Fernsehhaushalte analoge Pay-TV-Dienste abonniert. Pay-TV ist in Österreich

– insgesamt gesehen und im Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – noch relativ schwach entwickelt.

Das Satellitenfernsehen hat in Österreich einen Anteil von 38%, einen der höchsten in Europa. Zirka 70% der österreichischen Haushalte steht Satelliten- oder Kabelfernsehen zur Verfügung. Diese nehmen aber primär die Angebote des analogen frei zugänglichen Fernsehens mit 30 Kanälen in Anspruch.

Die **Dienste der Informationsgesellschaft**, die ohne Rücksicht auf Grenzen und Entfernungen bereitgestellt und genutzt werden können, haben ein hohes Wachstumspotenzial. Der Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs wird allgemein für die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft und für die Schaffung von Arbeitsplätzen besondere Bedeutung beigemessen. Dadurch werden neue Informations-, Auswahl- und Anwendungsmöglichkeiten für die Verbraucher geschaffen. Es gibt im Internet bereits eine Reihe von Diensten, die gegen Entgelt angeboten werden und aus diesem Grund durch Zugangskontrollen, etwa Passworte, geschützt sind. In Zukunft dürfte dieses Marktsegment – wie schon erwähnt – wesentlich wachsen.

3. Ziele und Inhalte des Entwurfs:

Nach den Vorgaben der Richtlinie soll für Anbieter, die ihre Dienste den Interessenten gegen Entgelt anbieten und für den Abruf der Leistung eine Zugangskontrolle vornehmen, ein **umfassender Rechtsschutz** vorgesehen werden. Ähnlich wie das Urheberrecht soll das Recht auf Zugangskontrolle als absolut geschütztes Rechtsgut anerkannt werden. In Anlehnung an die Bestimmungen der Richtlinie werden die unerlaubten Handlungen, die sich auf Umgehungsvorrichtungen beziehen und zu gewerblichen Zwecken, also in Erwerbsabsicht, begangen werden, näher umschrieben. Weiters werden, den Vorgaben der Richtlinie folgend, zivilrechtliche Rechtsbehelfe, aber auch strafrechtliche und verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Mit diesen Maßnahmen sollen die Diensteanbieter verhindern können, dass "Piraten" die Umgehung der vorgesehenen Zugangskontrollen ermöglichen. An **zivilrechtlichen Rechtsbehelfen** sollen den Anbietern Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche zukommen. Zur Sicherung der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sollen auch einstweilige Verfügungen zulässig sein. Diese zivilrechtlichen Instrumente orientieren sich am Urheberrechtsgesetz (§§ 81 bis 90); dessen Bestimmungen sollen aber an den besonderen Schutzzweck der Zugangskontroll-Richtlinie angepasst werden. Ähnliches gilt für die **strafrechtlichen Bestimmungen**, die ebenfalls dem Vorbild des Urheberrechtsgesetzes (§§ 91 bis 93) folgen. Der vorsätzliche Eingriff in das Recht auf Zugangskontrolle soll ein Privatanklagedelikt bilden. Verantwortlich soll nicht nur der unmittelbar Handelnde selbst, sondern auch der **Inhaber oder Leiter eines Unternehmens** sein, wenn die entsprechenden subjektiven Voraussetzungen gegeben sind. Bedienstete oder Beauftragte eines Unternehmens sollen dagegen nicht strafbar sein, wenn sie sich gegen die Anordnungen des Dienst- oder Auftraggebers nicht zur Wehr setzen konnten.

Umgehungsvorrichtungen sollen auch im Rahmen eines Strafverfahrens **dem gewerblichen Verkehr entzogen werden** können. Daher werden entsprechende Sicherungsmittel vorgesehen. Von diesen Sicherungsmaßnahmen sollen die Anbieter auch dann Gebrauch machen können, wenn der Beschuldigte freigesprochen wird oder eine Strafverfolgung gegen einen bestimmten Beschuldigten nicht möglich ist. Wegen des geringeren Unrechtsgehalts werden **Werbemaßnahmen**, die sich auf Umgehungsvorrichtungen beziehen, sowie Serviceleistungen an solchen Vorrichtungen (nur) unter Verwaltungsstrafdrohung gestellt.

Private Nutzer sollen – entsprechend den Vorgaben der Richtlinie – von den vorgesehenen Sanktionen und Rechtsbehelfen **nicht** betroffen sein.

4. Zuständigkeit:

Die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung in den vom Entwurf behandelten Bereichen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 und 8 B-VG. Der Schwerpunkt der vorgesehenen Regelungen betrifft das **Zivil- und Strafrechtswesen**. Verwaltungsstrafbestimmungen, die gewerbliche Serviceleistungen und Werbemaßnahmen in Ansehung von Umgehungsvorrichtungen betreffen, zählen zu den Angelegenheiten des **Gewerbes und der Industrie**.

5. Kosten:

Das Bundesministerium für Justiz geht davon aus, dass die vorgesehenen Regelungen die **öffentlichen Haushalte nicht belasten** werden. Die Gerichte werden mit den im vorgeschlagenen Bundesgesetz enthaltenen Rechtsbehelfen und Sanktionen aller Voraussicht nach nur selten zu tun haben. Der mit solchen Zivil- oder Strafverfahren verbundene Aufwand kann mit den vorhandenen Ressourcen bewältigt

werden. Gleiches gilt für die vorgesehenen **Verwaltungsstrafbestimmungen**. Sie werden für die Strafbehörden und die Unabhängigen Verwaltungssenate keine Belastungen nach sich ziehen.

6. Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung:

Die vorgeschlagenen Regelungen werden keine negativen Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung haben. Die **österreichischen Unternehmen** werden dadurch **nicht belastet**. Der Entwurf bildet einen weiteren Baustein in der Anpassung der Rechtsordnung an die Erfordernisse der Informationsgesellschaft. Dabei können die vorgesehenen Schutzregeln auch österreichischen Unternehmen, die Dienste mit Zugangskontrollen anbieten, zugute kommen.

7. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Der Entwurf enthält keine verfassungsändernden Bestimmungen und auch keine anderen Bestimmungen, die einem besonderen Normsetzungsverfahren unterliegen. Es bestehen also **keine besonderen Beschlussanforderungen** im Nationalrat und auch keine Abweichungen bei der Mitwirkung des Bundesrats.

Die Vereinbarung zwischen dem Bund, den Ländern und den Gemeinden über einen **Konsultationsmechanismus** und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften (BGBl. I Nr. 35/1999) ist nach ihrem Art. 6 Abs. 1 Z 1 auf den Entwurf **nicht anzuwenden**, weil damit zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umgesetzt werden.

Schließlich ist der Entwurf auch **nicht** der Europäischen Kommission zu notifizieren, zumal mit ihm verbindliche Gemeinschaftsrechtsakte ua. über Dienste der Informationsgesellschaft umgesetzt werden (vgl. näher Art. 10 der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG).

8. EU-Konformität:

Das Vorhaben dient der Umsetzung der Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten. Es ist in allen Belangen **gemeinschaftsrechtskonform**.

Besonderer Teil

Zu § 1 des Entwurfs:

Nach Art. 1 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten Maßnahmen gegen "illegale Vorrichtungen", die den unerlaubten Zugang zu geschützten Diensten ermöglichen, vorzusehen. Dem Titel der Richtlinie ist zu entnehmen, dass diese Maßnahmen dem rechtlichen Schutz zugangskontrollierter Dienste und damit dem Schutz der Anbieter solcher Dienste dienen sollen. Im Hinblick auf diese Ziele der Richtlinie stellt § 1 des Entwurfs zunächst klar, dass mit dem Zugangskontrollgesetz zugunsten der Anbieter geschützter Dienste ein besonderer Rechtsschutz geschaffen wird. Dieser Rechtsschutz besteht in rechtlichen Maßnahmen gegen die Anbieter von Umgehungsvorrichtungen (so genannte "Piraten"). Die den Diensteanbietern zur Verfügung stehenden rechtlichen Maßnahmen werden in den §§ 5 bis 13 des Entwurfs näher geregelt. Mit ihrer Hilfe sollen – kurz gesagt – das **In-Verkehr-Bringen**, die **Instandhaltung** und die **Bewerbung von Umgehungsvorrichtungen verhindert** werden.

Die "**geschützten Dienste**" werden zum besseren Verständnis bereits in § 1 des Entwurfs erwähnt. Es geht dabei um Fernseh- und Radiosendungen sowie um Dienste der Informationsgesellschaft. Gleichzeitig wird auf solche Art und Weise der Anwendungsbereich des Zugangskontrollgesetzes festgelegt. Die betreffenden Dienste werden in § 2 Abs. 1 Z 2 bis 5 des Entwurfs näher definiert. Zusätzlich fordert § 1 des Entwurfs, dass die geschützten Dienste **gegen Entgelt** bereitgestellt werden und einer **Zugangskontrolle** unterliegen. Die Wesensmerkmale einer Zugangskontrolle werden in § 2 Abs. 1 Z 6 umschrieben.

Der Entwurf betrifft nur Dienste, die **gegen Entgelt** erbracht werden. Die Einschränkung auf den Schutz entgeltlich angebotener Dienste erklärt sich daraus, dass die Richtlinie die **Vergütung der Diensteanbieter sichern will**. Damit werden zum einen Dienste erfasst, bei denen der Nutzer dem Anbieter für den Abruf unmittelbar ein Entgelt entrichtet. Eine entgeltliche Bereitstellung von Diensten liegt zum anderen auch dann vor, wenn zwar eine einzelne Dienstleistung ohne die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts abgerufen werden kann, diesem Abruf aber eine rechtliche Beziehung zugrunde liegt, in deren Rahmen der Nutzer dem Anbieter oder auch einem Dritten ein Entgelt (auch in Form von Gebühren, wie zB in Form von Rundfunkgebühren) zu leisten hat. Der Inanspruchnahme eines geschützten Dienstes muss allerdings eine konkrete Gegenleistung gegenüberstehen. Eine von einem Sponsor finanzierte, vom Nutzer aber unentgeltlich abrufbare Webseite unterliegt damit nicht dem Zugangskontrollgesetz. Das Gleiche gilt für kostenlose Dienste, bei denen der Anbieter nur feststellen will, wer seine Dienste abrufen,

aber kein Entgelt für den Abruf verlangt; in einem solchen Fall dient die Zugangskontrolle nicht der Entgeltsicherung.

Zu § 2 des Entwurfs:

§ 2 des Entwurfs enthält die notwendigen Begriffsbestimmungen. Diese werden im Wesentlichen aus dem Art. 2 der Richtlinie übernommen.

In der **Z 1** wird der **Diensteanbieter** definiert. Es handelt sich um natürliche oder juristische Personen oder andere Rechtsträger (zB Personengesellschaften des Handelsrechts), die geschützte Dienste bereitstellen.

In der **Z 2** werden die vom Entwurf **geschützten Dienste** näher umschrieben. Erfasst sind Fernseh- und Radiosendungen (siehe näher Z 3 und 4) sowie Dienste der Informationsgesellschaft (siehe näher Z 5), die jeweils entgeltlich und unter einer Zugangskontrolle angeboten werden. Zur Frage der Entgeltlichkeit sei auf die Ausführungen zu § 1 des Entwurfs verwiesen, zum Wesen einer Zugangskontrolle auf die Erläuterungen zu Z 6. Beispiele für zugangskontrollierte Dienste sind etwa das Pay-TV, geschützte Video-auf-Abruf-Dienste oder passwortgesicherte Internetdienste. Zu den geschützten Diensten gehören im Einklang mit der Richtlinie (Art. 2 lit. a letzter Halbsatz) auch eigenständige Dienste der Zugangskontrolle. Darunter sind Dienste zu verstehen, die die eigentliche Zugangskontrolle gewährleisten, etwa Verschlüsselungsdienste.

Zur Definition der **Fernsehsendung (Z 3)** verweist die Zugangskontroll-Richtlinie auf Art. 1 lit. a der Richtlinie 89/552/EWG (Fernsehen ohne Grenzen, ABl. L 298 vom 17. Oktober 1989, S 23, geändert durch die Richtlinie 97/36/EG, ABl. L 202 vom 30. Juli 1997, S 60). Als Fernsehsendung wird in diesem Sinn jede Verbreitung (Erstsendung) von Fernsehprogrammen an die Allgemeinheit verstanden, unabhängig davon, ob diese Verbreitung über Kabel, Satelliten oder terrestrisch erfolgt und ob die Signale analog oder digital übertragen werden. Charakteristisches Merkmal solcher Dienste ist die "Punkt-zu-Multipunkt"-Signalübertragung. Im Unterschied zu den Diensten der Informationsgesellschaft (Z 5) werden bei Fernsehdiensten die Informationen und Daten nicht auf individuellen Abruf des Empfängers weitergeleitet.

In der **Z 4** wird die Definition für eine "Radiosendung" aus der Richtlinie übernommen. Dabei geht es um die analoge oder digitale, über Kabel, Satelliten oder terrestrisch laufende Verbreitung von Rundfunkprogrammen. Diese Begriffsbestimmung lehnt sich an die Legaldefinition der Fernsehsendung an. Inhaltlich entspricht sie dieser, auch wenn die Worte "*erdgebundene oder*" und "*unverschlüsselt oder verschlüsselt*" nicht verwendet werden. Bei den angegebenen Arten der Signalübertragung handelt es sich nur um beispielhafte Aufzählungen, die alle bekannten Möglichkeiten der Verbreitung von Radiosendungen erfassen sollen.

Fernseh- und Radiodienste werden oft auch als **Rundfunkdienste** bezeichnet (vgl. das Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz, BGBl. I Nr. 42/1997).

Zur Definition der "**Dienste der Informationsgesellschaft (Z 5)**" verweist die Zugangskontroll-Richtlinie auf Art. 1 Z 2 der so genannten Transparenzrichtlinie. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 98/34/EG (ABl. L 204 vom 21. Juli 1998, S 37) neu kodifiziert; seit der Änderungsrichtlinie 98/48/EG (ABl. L 217 vom 5. August 1998, S 18) unterliegen auch Vorschriften der Mitgliedstaaten über Dienste der Informationsgesellschaft dem Notifikationsverfahren (das ist das Verfahren zur Mitteilung dieser Vorschriften an die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten).

Das Notifikationsverfahren im Sinn der Transparenzrichtlinie ist in Österreich im Notifikationsgesetz 1999 (BGBl. I Nr. 183/1999) geregelt. In § 1 Abs. 1 Z 2 NotifG 1999 wurde die Definition für "Dienste der Informationsgesellschaft" aus der Transparenzrichtlinie übernommen. Die selben Begriffsbestimmungen verwendet – sprachlich und redaktionell leicht modifiziert – auch der vorliegende Entwurf. Es geht um **elektronische Dienste, die im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers** erbracht werden. Statt von einer "Dienstleistung" spricht der Entwurf aber allgemein von einem "Dienst", weil auch die Zugangskontroll-Richtlinie ausschließlich diesen Begriff (geschützte Dienste, eigenständiger Dienst) verwendet. Weiters ist in Z 5 lit. a nicht von der "physischen Anwesenheit" die Rede, sondern ebenso wie in der Fernabsatz-Richtlinie (ABl. L 144 vom 4. Juni 1997, S 19) und in § 5a Abs. 2 KSchG von der "körperlichen Anwesenheit".

Wesensmerkmal eines Dienstes der Informationsgesellschaft ist zunächst, dass er "**in der Regel gegen Entgelt**" erbracht bzw. bereitgestellt wird. Die Wendung "in der Regel gegen Entgelt" entspricht Art. 50 EGV. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss das Entgelt die wirtschaftliche Gegenleistung für die

betreffende Leistung darstellen (vgl. EuGH 7. 12. 1993, Rs C-109/92-Wirth). Diese Voraussetzung fehlt bei Tätigkeiten, die ein Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen seiner Aufgaben, insbesondere in den Bereichen Soziales, Kultur, Bildung und Justiz, ausübt. Dies ist auch dann der Fall, wenn die staatlichen Tätigkeiten von Selbstverwaltungskörpern (zB Notariatskammer oder Sozialversicherungsträger) ausgeübt werden. Die Dienste der Informationsgesellschaft erfassen somit nur wirtschaftliche Tätigkeiten. Erfasst sind (vgl. die Erläuterungen zu § 1 des Entwurfs) aber auch Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen.

Im Fernabsatz (lit. a) heißt, dass der Anbieter und der Empfänger nicht gleichzeitig körperlich anwesend sind. Dies trifft etwa für die Online-Übermittlung einer Diagnose, nicht jedoch für die Untersuchung eines Patienten in der Arztpraxis unter Verwendung elektronischer Geräte zu. In ähnlicher Weise erfolgt beispielsweise die elektronische Buchung eines Flugtickets im Fernabsatz, nicht aber die Buchung eines Flugtickets über ein Computernetz, wenn sie in einem Reisebüro in Anwesenheit des Kunden vorgenommen wird.

Elektronisch (lit. b) bedeutet, dass der Dienst über ein elektronisches System erbracht wird, in dem die Daten sowohl beim Sender als auch beim Empfänger elektronisch verarbeitet und gespeichert werden. Die elektronischen Daten müssen gesendet, weitergeleitet und empfangen werden. Charakteristisch ist, dass die Signale von "Punkt zu Punkt" (nicht von "Punkt zu Multipunkt") übertragen werden. Zu den "Diensten der Informationsgesellschaft" gehören damit beispielsweise alle Online-Dienste, wie Online-Informationen oder Online-Angebote, das "electronic publishing" oder Online-Zugänge zu Datenbanken, weiters Online-Informationendienste und Online-Dienste, die Instrumente zur Datensuche, zum Zugang zu Daten oder zur Datenabfrage bereitstellen, und schließlich auch Dienste, die Informationen über ein Kommunikationsnetz übermitteln, den Zugang zu einem Kommunikationsnetz anbieten oder fremde Informationen speichern .

Auf individuellen Abruf des Empfängers (lit. c) bedeutet, dass der Inhalt (die Informationen oder Kommunikationsdaten) vom Empfänger gesondert angefordert wird. Auch E-Mail-Dienste werden in diesem Sinn angefordert, und zwar selbst dann, wenn der Abruf nicht beim eigentlichen Inhalteanbieter (Kommunikationspartner), sondern bei einem eigenen Serviceprovider erfolgt. Nicht individuell abgerufen werden dagegen Dienste, die gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern erbracht werden ("Punkt-zu-Multipunkt"-Übertragungen bzw. Broadcasting). Daher fallen Fernseh-, Hörfunk- oder Teletextdienste nicht unter diese Definition.

Ein Hilfsmittel für die Bestimmung, ob ein Dienst der Informationsgesellschaft im Sinn eines individuellen Abrufs vorliegt, kann darin bestehen, ob der **Dienst interaktiv** erbracht wird. In einem solchen Fall hängt die übermittelte Information überwiegend von den Eingaben des Empfängers ab.

Die "Dienste der Informationsgesellschaft" sind vor allem von den **Telekommunikationsdiensten** (vgl. die Richtlinie 97/51/EG, ABl. L 295 vom 29. Oktober.1997, S 23), abzugrenzen. Bei diesen erfolgt keine elektronische Verarbeitung und Speicherung der übertragenen Daten sowohl am Ausgangspunkt als auch am Endpunkt. Dies gilt auch für die digitale Sprachtelefonie und für digitale Fernkopierdienste (Telefaxübermittlungen). Die Abgrenzung kann allerdings auf Grund des Zusammenwachsens verschiedener Technologien (so genannte "Konvergenz") mitunter auf Schwierigkeiten stoßen. Auch werden in der Praxis zum Teil abweichende Terminologien verwendet. Datenspeicherungen auf CD-ROM, die gemeinhin als elektronische Dienstleistung bezeichnet werden, unterliegen nicht dem Entwurf.

Der Anhang V zur Transparenzrichtlinie enthält eine Beispielsliste für Dienste, die nicht Dienste der Informationsgesellschaft sind; hier werden etwa folgende Gruppen nicht elektronischer Dienste genannt:

- Dienste, die zwar mit elektronischen Geräten, aber in materieller Form erbracht werden, zB die Ausgabe von Geld oder von Fahrkarten über Automaten,
- Offline-Dienste, wie der Vertrieb von CD-ROM oder Software auf Disketten, und
- alle Dienste, die nicht über elektronische Verarbeitungs- und Speicherungssysteme erbracht werden, zB auf herkömmlichem Weg (in Echtzeit) erbrachte Sprachtelefon-, Telefax- und Telexdienste sowie alle über diese Medien abgewickelte Beratungsdienste.

Dieser Anhang und die ihm folgende Anlage zum Notifikationsgesetz 1999 werden bei der auf Grund der technischen Gegebenheiten bisweilen schwierigen Auslegung der § 2 Z 5 heranzuziehen sein. Der Entwurf sieht aber – so wie die Richtlinie – davon ab, diesen Anhang zu übernehmen.

In der **Z 6** wird die Definition der "**Zugangskontrolle**" aus der Richtlinie (Art. 2 lit. b) übernommen. Mit einer Zugangskontrolle wird der erlaubte Zugang zum jeweils geschützten Dienst, dh. der Empfang in

verständlicher Form, von einer vorherigen Genehmigung des Diensteanbieters abhängig gemacht. Der Diensteanbieter sieht also eine technische Maßnahme vor, die einen verständlichen Empfang des Dienstes ohne seine Einwilligung unmöglich macht. Die Zugangskontrolle wird technisch durch eine Verschlüsselung der Übertragungssignale, elektronische Sperren oder den Einsatz von Passworttechnologien bewerkstelligt.

In der **Z 7** wird die Definition der **“Zugangskontrollvorrichtung”** aus der Richtlinie (Art. 2 lit. c) übernommen. Dabei handelt es sich um Hard- oder Software, die den autorisierten Empfang zugangskontrollierter Dienste ermöglicht.

Die Begriffsbestimmung der **Z 8** entspricht der in der Richtlinie vorgesehenen Definition für **“illegale Vorrichtungen”**. Der Entwurf verwendet allerdings den plastischeren und damit verständlicheren Ausdruck **“Umgehungsvorrichtungen”**. Dabei handelt es sich um Hard- oder Software, mit der eine vom Diensteanbieter vorgesehene Zugangskontrolle überbrückt werden kann. Eine solche Vorrichtung ermöglicht den unerlaubten Zugang zu einem geschützten Dienst. Er kann empfangen und in Anspruch genommen werden, ohne dass das vorgesehene Entgelt erbracht wird. Die Begriffsbestimmung umfasst nicht nur Geräte (zB Hardware), sondern auch Computerprogramme (Software). Als Umgehungsvorrichtungen werden vor allem Decoder, Smartcards, Software zum **“Knacken”** von Passwörtern oder Autorisierungscodes und sonstige Entschlüsselungstechniken in Frage kommen.

Die Richtlinie und mit ihr der Entwurf setzen nicht voraus, dass eine Umgehungsvorrichtung als solche erzeugt wird. Auch das **Anpassen einer Hard- oder Software**, das dazu führt, dass ein geschützter Dienst unbefugt empfangen werden kann, führt zu einer Umgehungsvorrichtung. Damit sind auch Dienstleistungen erfasst, die den unerlaubten Zugang zu einem geschützten Dienst ermöglichen oder erleichtern (vgl. den Erwägungsgrund 13 der Richtlinie). Wird allerdings ein für erlaubte Zwecke hergestelltes Gerät (zB ein Videorecorder) von einem Dritten zu Umgehungszwecken adaptiert, so hat nicht schon der Hersteller des Gerätes, sondern erst der Dritte eine Umgehungsvorrichtung geschaffen.

Zu § 3 des Entwurfs:

Der Schutzzweck der Zugangskontroll-Richtlinie besteht darin, die **Vergütung** der Diensteanbieter **sicherzustellen** und sie davor zu schützen, dass Eingreifer (**“Piraten”**) die Umgehung von Zugangskontrollen ermöglichen. Nach Art. 5 der Richtlinie sind zugunsten der Diensteanbieter geeignete Sanktionen und Rechtsbehelfe vorzusehen. Gemäß Art. 5 Abs. 2 müssen solche Maßnahmen für den Fall zur Verfügung stehen, dass die **Interessen der Diensteanbieter verletzt** wurden. Der nach der Richtlinie von den Mitgliedstaaten vorzusehende besondere Rechtsschutz zugunsten der Diensteanbieter setzt eine anerkannte und schützenswerte Rechtsposition voraus. Nach dem Stand des österreichischen Zivil- und Immaterialgüterrechts ist es allerdings nicht gesichert, dass einem Diensteanbieter Ansprüche wegen einer unbefugten Inanspruchnahme seiner geschützten Dienste zustehen. Zwar bieten sich ihm für die Durchsetzung seiner Ansprüche verschiedene Rechtsinstitute an, angefangen vom Wettbewerbsrecht (insbesondere § 1 UWG 1984 – s. dazu auch die Entscheidung des OLG Wien 20. 12. 1990 ecolex 1996, 612) über das Schadenersatzrecht bis hin zum Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB. Aus diesen allgemeinen Regeln lässt sich aber nicht ableiten, dass dem Anbieter eine, anderen Immaterialgüterrechten gleichwertige rechtliche Position zukommt.

Aus diesem Grund wird in Ansehung des besonderen Regelungs- und Schutzzwecks der Zugangskontroll-Richtlinie eine sondergesetzliche Regelung zugunsten der Diensteanbieter vorgeschlagen. Charakteristisch für diesen Rechtsschutz ist, dass die vom Diensteanbieter vorgesehene Zugangskontrolle nicht durch die Bereitstellung von Umgehungsvorrichtungen umgangen werden darf. Ähnlich wie das Urheberrecht soll auch das Recht auf Zugangskontrolle als **absolut geschütztes Recht** anerkannt werden. Zum Schutz dieses Rechts vor unerlaubten Handlungen wird ein umfassendes Rechtsschutzinstrumentarium vorgesehen.

Zu § 4 des Entwurfs:

Nach den Vorgaben der Richtlinie müssen die Diensteanbieter in die Lage versetzt werden, Maßnahmen gegen die Anbieter von Umgehungsvorrichtungen zu ergreifen. In Art. 4 der Richtlinie werden die **“Zuwiderhandlungen”** festgelegt, die – auch nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie – von den Mitgliedstaaten auf ihrem Hoheitsgebiet zu verbieten und geeigneten Sanktionen und Rechtsbehelfen zu unterwerfen sind.

§ 4 Abs. 1 des Entwurfs übernimmt den Katalog der **verbotenen Handlungen** aus Art. 4 der Richtlinie. Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie beziehen sich die Verbotsnormen **nur auf gewerbliche**

Tätigkeiten, also auf alle selbständigen und regelmäßigen Tätigkeiten in der Absicht, damit einen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen (vgl. § 1 Abs. 2 GewO 1994). Der private Besitz und die private Verwendung von Umgehungsvorrichtungen werden damit nicht erfasst. Die Rechtsbehelfe und Sanktionen, die den Diensteanbietern nach dem Entwurf zustehen, erstrecken sich nicht auf den unerlaubten Empfang geschützter Dienste durch private Nutzer.

Der Grund für diese Einschränkung des Schutzbereichs liegt vor allem darin, dass die Richtlinie die **Vergütung** der Diensteanbieter **sicherstellen** will. Für die Umgehung der Verpflichtung zur Leistung des Entgelts sind aber vornehmlich die Anbieter von Umgehungsvorrichtungen verantwortlich, zumal sie durch deren Bereitstellung den nicht autorisierten Zugang zu den geschützten Diensten erst einem breiteren Personenkreis ermöglichen. Dazu kommt, dass private Nutzer häufig nicht erkennen können, ob es sich um eine Umgehungsvorrichtung oder um eine autorisierte Zugangskontrollvorrichtung handelt. Die Nutzer können somit über das Wesen und die Herkunft von Umgehungsvorrichtungen getäuscht werden (siehe dazu den Erwägungsgrund 15 der Richtlinie). Die Verbraucher sollen also nicht kriminalisiert bzw. zivilrechtlichen Maßnahmen nach dem Entwurf ausgesetzt werden. Zur Erreichung des Schutzzwecks des besonderen Rechtsschutzes reicht es vielmehr aus, wenn effiziente Maßnahmen gegen die Anbieter von Umgehungsvorrichtungen vorgesehen werden. Es ist aber nicht erforderlich, von den Vorgaben der Richtlinie abzuweichen und – wie im Begutachtungsverfahren von einzelnen Stellen gefordert – private Nutzer den zivil- und strafrechtlichen Sanktionen des Entwurfs auszusetzen.

§ 4 Abs. 1 des Entwurfs untersagt die **Herstellung** und bestimmte **Formen des Vertriebs** von Umgehungsvorrichtungen zu gewerblichen Zwecken. Der Entwurf verbietet im Einklang mit der Richtlinie sowohl die gewerbliche Produktion als auch die Weitergabe von Umgehungsvorrichtungen. Außer den gängigen Vertriebsformen (Verkauf, Einfuhr, Vermietung einschließlich des Leasings und Verpachtung) soll auch die „Innehabung“ verpönt sein. Für den Besitz im Sinn des Art. 4 lit. a der Richtlinie ist Besitzwille im Sinn des § 309 ABGB nicht erforderlich. Es wird also der handelsrechtliche Besitzbegriff verwendet (vgl. Art. 5 der 4. EVHGB, dRGI. I S 1999/1938). Daher spricht der Entwurf zur Vermeidung von Missverständnissen von der **Innehabung**, die keinen Besitzwillen voraussetzt. Diese **Innehabung** von Umgehungsvorrichtungen wird in aller Regel mit dem Willen bzw. in der Absicht erfolgen, diese unmittelbar in den Verkehr zu bringen. Aber auch dann, wenn ein „Pirat“ – zu gewerblichen Zwecken – eine Umgehungsvorrichtung selbst betreibt und seinen Kunden damit den unbefugten Zugang zu einem geschützten Dienst eröffnet, hat er sie in seiner Gewahrsame mit der Absicht, sie in den Verkehr zu bringen.

Weiters verbietet § 4 Abs. 1 des Entwurfs sämtliche **Serviceleistungen**, die zu gewerblichen Zwecken an Umgehungsvorrichtungen durchgeführt werden. Im Besonderen gilt dies für Reparaturarbeiten. In diesem Zusammenhang ist – wie schon oben dargestellt – zu beachten, dass Umgehungsvorrichtungen nicht nur physische Geräte (zB Hardware), sondern auch Computerprogramme (Software) sein können. Serviceleistungen, die sich auf eine Software beziehen, sind demnach ebenfalls verboten.

Nach § 4 Abs. 2 des Entwurfs sollen auch **Werbe- und andere Marketingmaßnahmen** im Zusammenhang mit Umgehungsvorrichtungen verboten sein. Diese Maßnahmen müssen sich auf den Absatz oder das sonstige In-Verkehr-Bringen von Umgehungsvorrichtungen beziehen. Kaum denkbar, aber auch erfasst wäre der Versuch, das Erscheinungsbild eines Unternehmens unter Bezugnahme auf Umgehungsvorrichtungen zu fördern. Auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens wird klargestellt, dass mit der Werbung und anderen Formen der Öffentlichkeitsarbeit **gewerbliche Zwecke** verfolgt werden müssen. Der Inhaber einer Homepage, auf der sich eine von ihm nicht beeinflussbare Bannerwerbung für Umgehungsvorrichtungen befindet, fällt also nicht unter das Verbot, weil er mit dieser Werbung keine gewerbliche Vertriebsförderung beabsichtigt.

Nach Art. 4 sowie Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie hat jeder Mitgliedstaat die betreffenden **Handlungen in seinem Hoheitsgebiet** zu untersagen. Die Verbotsnormen der Abs. 1 und 2 sollen sich im Sinn der Richtlinie zunächst auf alle Handlungen erstrecken, die im Inland begangen werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Umgehungsvorrichtungen im Inland hergestellt oder in den Verkehr gebracht oder zum Zweck des In-Verkehr-Bringens „besessen“ werden. Im Zusammenhang mit Serviceleistungen müssen aber auch Fernwartungen oder Ersatzteilsendungen aus dem Ausland erfasst werden. In diesen Fällen werden die Serviceleistungen (deren letztes Tatbestandsmerkmal) im Inland verwirklicht. Zur Klarstellung wird dieses Tatbestandsmerkmal in § 4 Abs. 3 ausdrücklich erwähnt. In gleicher Weise sollen Werbe- und andere absatzfördernde Maßnahmen, die sich (auch) auf den österreichischen Markt auswirken, in Österreich nach den Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs verfolgt werden können.

Zum 3. Abschnitt des Entwurfs:

Nach der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 und Art. 5) sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, für unerlaubte Handlungen geeignete Sanktionen vorzusehen und den Diensteanbietern **angemessene Rechtsbehelfe** zur Verfügung zu stellen. In Art. 5 der Richtlinie werden die zur Sicherstellung der Vergütung dienenden Sanktionsmittel und Rechtsbehelfe näher konkretisiert. Demnach sollen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Anbieter Klage auf **Schadenersatz** erheben und **vorläufigen Rechtsschutz** sowie gegebenenfalls die Herausnahme von "illegalen Vorrichtungen" aus dem gewerblichen Verkehr beantragen können. Die Wendung "Herausnahme aus dem gewerblichen Verkehr" lehnt sich an Art. 46 des TRIPS-Abkommens (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. Nr. 1/1995 Anhang I C in der Fassung BGBl. Nr. 379/1995) an und normiert inhaltlich einen zivilrechtlichen Beseitigungsanspruch (vgl. auch § 82 UrhG und § 15 UWG 1984).

Wie bereits mehrfach erwähnt, beziehen sich die Sanktionen und Rechtsbehelfe nur auf gewerbliche Tätigkeiten, nicht jedoch auf Handlungen von privaten Nutzern. Nach der Begründung des ursprünglichen Richtlinienvorschlags der Kommission (Abl. C 314 vom 16. November 1997, S 7) bleiben Urheberrecht und verwandte Schutzrechte sowie der gewerbliche Rechtsschutz an Zugangskontrolleinrichtungen unberührt. Das in Art. 5 Abs. 2 der Zugangskontroll-Richtlinie vorgesehene zivilrechtliche Instrumentarium erinnert aber deutlich an **urheberrechtliche Rechtsfolgeanordnungen**. Dieser Eindruck wird durch den von der Kommission in der Begründung des ursprünglichen Richtlinienvorschlags aufgenommenen Verweis auf das TRIPS-Abkommen bestätigt. Weiters diente Art. 46 des TRIPS-Abkommens als Vorbild für die Formulierung der Wendung "*Herausnahme der illegalen Vorrichtungen aus dem gewerblichen Verkehr*" in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene orientiert sich der Rechtsschutz der Anbieter Zugangskontrollierter Dienste damit offensichtlich an urheberrechtlichen Regelungen.

Die **Umsetzung einer Richtlinie** sollte tunlichst im Einklang mit der bestehenden Rechtsordnung, also **systemkonform**, erfolgen. Dementsprechend ist bei Umsetzungsmaßnahmen zu überlegen, ob auf schon bestehende Rechtsinstitute zurückgegriffen werden kann. In diesem Sinn führt auch der Erwägungsgrund 23 der Richtlinie aus, dass die Bestimmungen der Mitgliedstaaten über Schadenersatzklagen im Einklang mit ihren nationalen Gesetzgebungs- und Rechtssystemen stehen müssen. Der Zweck der Zugangskontroll-Richtlinie und damit auch das Ziel des Entwurfs liegen in der Sicherstellung der Vergütung der Diensteanbieter. Aus diesem Grund kann der Interessenausgleich zugunsten der Diensteanbieter vor allem dadurch herbeigeführt werden, dass sie in die Lage versetzt werden, entsprechende Geldleistungen zu erhalten. Gleichzeitig sollen Umgehungshandlungen verhindert und Umgehungsvorrichtungen aus dem Verkehr gezogen werden. Geeignete zivilrechtliche Rechtsinstrumente stehen für diese Zwecke – im Einklang mit den Überlegungen der Richtlinie – **mit Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen** zur Verfügung. Auf Grund der Nahebeziehung des Rechts auf Zugangskontrolle mit dem Urheberrecht bietet es sich an, die zivilrechtlichen Schutzbestimmungen in erster Linie anhand der Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes, zu gestalten, konkret anhand der §§ 81 bis 90.

Der Entwurf schafft – im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie – einen besonderen Rechtsschutz für die Diensteanbieter vor "Signalpiraterie". **Andere innerstaatliche Rechtsvorschriften**, insbesondere solche, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs, den Schutz des geistigen Eigentums oder den gewerblichen Rechtsschutz betreffen, sollen **unberührt** bleiben. In diesem Sinn bleibt auch der Schutz des Informationsmanagements oder technischer Vorkehrungen zur Wahrnehmung und Ausübung von Urheberrechten unberührt (vgl. Art. 11 und 12 des WIPO Copyright Treaty).

Die **Rechteinhaber** (zB Inhaber von Urheberrechten) können ihre Rechte nach den für sie maßgeblichen Vorschriften wahrnehmen und die daraus erfließenden Ansprüche geltend machen. Zudem werden sie mit den Diensteanbietern regelmäßig in vertraglichen Rechtsbeziehungen stehen, für die die jeweilige Vertragsgestaltung maßgeblich ist. Auf Grund dieser Rechtsbeziehungen werden die Diensteanbieter erst in die Lage versetzt, ihre Sendungen bzw. Online-Dienste mit fremden, also nicht selbst produzierten Inhalten öffentlich anzubieten. Die Sicherstellung der Vergütung der Rechteinhaber durch die Nutzer kann – abhängig von der jeweiligen vertraglichen Gestaltung – auch den Diensteanbietern obliegen. Wenn die Diensteanbieter gegen "Piraten" vorgehen können, so kommt die Durchsetzung ihrer Vergütungsansprüche in der Regel also auch den Rechteinhabern zugute.

Die **Vergütung der Rechteinhaber** (Inhaber von Urheberrechten) ist **nicht** vom Schutzzweck dieses Gesetzes erfasst. Sie sind daher – wie nach den Vorgaben der Richtlinie – auch **nicht aktiv legitimiert**. Den Diensteanbietern bleibt es freilich unbenommen, im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen ihr Recht auf Zugangskontrolle – nur dieses ist Gegenstand des vorliegenden Entwurfs – auf andere Personen zu

übertragen. Nur wenn der Vergütungsanspruch des Diensteanbieters rechtswirksam auf eine andere Person übertragen wird, geht auch die Aktivlegitimation zur Durchsetzung dieser Ansprüche über.

Zu § 5 des Entwurfs:

Der **Unterlassungsanspruch**, der einem verletzten Diensteanbieter wegen unerlaubter Handlungen zusteht, orientiert sich an § 81 Abs. 1 UrhG. Die vorgeschlagene Bestimmung trägt aber dem besonderen Schutzzweck der Zugangskontroll-Richtlinie Rechnung. Vorausgesetzt wird, dass das Recht des Diensteanbieters auf Zugangskontrolle verletzt worden ist oder eine solche Verletzung droht. In diesem Sinn bestimmt auch Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie, dass Diensteanbieter, deren Interessen durch eine unerlaubte Handlung verletzt wurden, mit geeigneten Rechtsbehelfen auszustatten sind. Der Diensteanbieter soll auch dann auf Unterlassung eines Eingriffs in sein Recht auf Zugangskontrolle klagen können, wenn den Beklagten kein Verschulden trifft.

Mit der Unterlassungsklage wird ein **für die Zukunft wirksames gerichtliches Verbot** künftiger unerlaubter Handlungen erreicht. Das Recht, auf Unterlassung zu klagen, ist nicht davon abhängig, dass eine Rechtsverletzung schon stattgefunden hat. Voraussetzung für eine vorbeugende Unterlassungsklage ist das Vorliegen einer **Wiederholungsgefahr** oder einer unmittelbaren Eingriffsgefahr. Die Frage des Vorliegens der Wiederholungsgefahr ist nach den gleichen Grundsätzen wie nach dem UWG 1984 zu beurteilen.

Geht die Gefahr eines rechtswidrigen Eingriffs in die geschützte Rechtsposition des Diensteanbieters von einem Bediensteten oder Beauftragten im Betrieb eines Unternehmens aus, so kann die Unterlassungsklage auch **gegen den Inhaber des Unternehmens** erhoben werden. Dieser soll sich nicht dadurch schützen können, dass er einen Bediensteten vorschickt. Außerdem soll das rechtswidrige Verhalten für die Zukunft wirksam abgestellt werden. Inhaber eines Unternehmens ist derjenige, der aus den im Betrieb des Unternehmens abgeschlossenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird. Dies ist etwa bei verpachteten Betrieben der Pächter. Dabei kann es sich auch um eine juristische Person handeln. Bediensteter ist jede auf Grund eines Dienstvertrags im Betrieb beschäftigte Person. Der Ausdruck Beauftragter ist im weitesten Sinn zu verstehen. Beauftragter ist jeder, der dauernd oder vorübergehend für ein Unternehmen tätig ist. Durch die Unterlassungsklage gegen den Inhaber des Unternehmens wird die Klage gegen den konkret handelnden Bediensteten oder Beauftragten nicht ausgeschlossen.

Der Unterlassungsanspruch kann sich nicht nur gegen den **unmittelbaren Täter** selbst, sondern auch gegen einen **Anstifter oder Gehilfen** richten.

Zu § 6 des Entwurfs:

Mit dieser Bestimmung soll zugunsten des Diensteanbieters ein **Beseitigungsanspruch** vorgesehen werden. Damit soll ihm eine weitere rechtliche Möglichkeit zur Hand gegeben werden, um die rechtswidrige Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre abzustellen. Zwischen dem Anspruch auf Unterlassung und dem Beseitigungsanspruch wird ausdrücklich unterschieden. Beide Ansprüche haben nicht nur einen unterschiedlichen Inhalt, auch der Kreis der in Anspruch genommenen Personen muss sich nicht decken.

Ob ein Anspruch auf Unterlassung oder auf Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes gegeben ist, hängt von der **Art der schädigenden Handlung** ab, nämlich davon, ob sich die Auswirkungen der Handlung in deren jeweiliger Begehung erschöpfen und daher nur Schutz gegen Wiederholung geboten ist oder ob die Handlung einen schädigenden Dauerzustand schafft, dessen Beseitigung erforderlich ist. Im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch, der künftige Beeinträchtigungen verhindern soll, dient der Beseitigungsanspruch der Abwehr bereits erfolgter, aber **noch fortdauernder Störungen** der Rechtsposition des Diensteanbieters. Er setzt somit einen durch das widerrechtliche Verhalten des Störers geschaffenen Dauerzustand voraus. Die Klage auf Unterlassung kann im Hinblick auf diese Überlegungen nicht mit dem Beseitigungsanspruch gleichgesetzt werden.

§ 6 des Entwurfs orientiert sich an § 82 UrhG, der an den besonderen Schutzzweck des vorliegenden Entwurfs angepasst wird. Zudem werden auch geringfügige sprachliche und redaktionelle Anpassungen vorgenommen. So ist jeweils der verletzte **Diensteanbieter anspruchsberechtigt**. Die Beseitigungsmaßnahmen betreffen die Umgehungsrichtungen, auf die sich die unerlaubten Handlungen beziehen.

Nach **§ 6 Abs. 1** des Entwurfs soll der Diensteanbieter gegen einen fortwirkenden rechtswidrigen Zustand, der in sein Recht der Zugangskontrolle eingreift, vorgehen können. Auch der Beseitigungsanspruch soll **nicht** von einem **Verschulden** des Beklagten abhängig sein. Die Rechtsverletzung des Diensteanbieters muss aus einer unerlaubten Handlung, durch die in das Recht auf Zugangskontrolle eingegriffen wird, resultieren. Die Beseitigungsmaßnahmen lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. Der

Entwurf nennt jedoch mit der **Vernichtung und der Unbrauchbarmachung** die am ehesten in Frage kommenden Maßnahmen.

Der letzte Halbsatz des § 6 Abs. 1 des Entwurfs enthält das **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Der Beseitigungsanspruch soll nur so weit gehen, wie dies im Einzelfall notwendig ist, um die Rechtsposition des Diensteanbieters ausreichend und effektiv zu schützen. Daher sollen zwecklose Wertvernichtungen und -verminderungen vermieden werden.

Der **Wahrung der Verhältnismäßigkeit** dient auch § 6 Abs. 2 des Entwurfs. Nach dieser Bestimmung sollen Teile von Umgehungsvorrichtungen, deren unveränderter Bestand und deren Gebrauch durch den Beklagten das Zugangskontrollrecht des Klägers nicht verletzen, nach Möglichkeit von der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung ausgenommen werden. Da diese Werte zugunsten des Verpflichteten erhalten werden sollen, wird für die Ausscheidung der Teile vorausgesetzt, dass der Verpflichtete die Kosten für die erforderlichen Ausscheidungsmaßnahmen im Voraus bezahlt. Das Exekutionsgericht hat die betreffenden Teile auszuschneiden, wenn der Verpflichtete die damit verbundenen Kosten entrichtet.

§ 6 Abs. 3 des Entwurfs verfolgt ebenfalls den Zweck, unnötige Wertvernichtungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Nach dieser Bestimmung kann der Diensteanbieter statt der Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der **Umgehungsvorrichtungen** verlangen, dass ihm diese gegen eine angemessene Entschädigung **überlassen** werden. Den Interessen des Verfügungsberechtigten wird dadurch Rechnung getragen, dass er eine Entschädigung erhält. Gleichzeitig bietet diese Regelung dem Diensteanbieter die Möglichkeit, die Geräte (Hardware) oder die Software zu adaptieren und als Zugangskontrollvorrichtungen einzusetzen.

Zu den unerlaubten Handlungen zählen gemäß § 4 Abs. 2 des Entwurfs auch die Werbung und verkaufsfördernde Maßnahmen für Umgehungseinrichtungen. Da für Werbezwecke regelmäßig **Werbemittel** eingesetzt werden, soll sich der Beseitigungsanspruch auch auf derartige Gegenstände erstrecken. In der Praxis werden hier vor allem Werbeplakate, Werbebroschüren oder Werbeprospekte in Betracht kommen.

Zu § 7 des Entwurfs:

Der Schutzzweck des Entwurfs liegt – wie schon mehrfach erwähnt – in erster Linie darin, die **Vergütung des Diensteanbieters** sicher zu stellen. In der Regel wird der Nutzer mit dem Diensteanbieter keinen “Bezugsvertrag” abgeschlossen haben. Vielmehr wird dem Nutzer der geschützte Dienst dadurch zugänglich, dass ihm der “Pirat” eine Umgehungsvorrichtungen zur Verfügung stellt. Der vermögensrechtliche Ausgleich zugunsten des Diensteanbieters, der durch den rechtswidrigen Eingriff des “Piraten” erforderlich wird, kann am besten mit einem **Schadenersatzanspruch** sowie einem Anspruch auf **Herausgabe des Gewinns** hergestellt werden. Diese Ansprüche werden in § 7 des Entwurfs näher beschrieben. Die Bestimmung orientiert sich an § 87 UrhG, der an den besonderen Schutzzweck der Zugangskontrollrichtlinie adaptiert wird.

§ 7 Abs. 1 des Entwurfs enthält einen Anspruch des Diensteanbieters auf Schadenersatz für den Fall eines schuldhaften Eingriffs in das Recht auf Zugangskontrolle. Da der Diensteanbieter zu gewerblichen Zwecken handelt, also durch die Bereitstellung eines Dienstes einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen will, soll nicht nur der positive Schade, sondern – selbst bei leichter Fahrlässigkeit – der **entgangene Gewinn** ersetzt werden. Auch § 87 Abs. 1 UrhG und § 16 Abs. 1 UWG 1984 statuieren einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns unabhängig vom Grad des Verschuldens.

Der Diensteanbieter soll allerdings **keinen** Anspruch auf Ersatz des **immateriellen Schadens** haben. Ein derartiger Anspruch würde über den Schutzzweck des Entwurfs, nämlich die Sicherstellung der Vergütung des Diensteanbieters, hinausgehen. Eine Vergütung für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile würde im Kontext des vorliegenden Entwurfs kaum praktisch sein.

Der nachweisbare Vermögensschaden wird in vielen Fällen nur im Entgelt bestehen, das der Diensteanbieter für den autorisierten Abruf seiner Dienste vorgesehen hat. Da ein schuldhafter Eingriff in die Vermögensposition des Diensteanbieters durch einen “Piraten” besonders schwer wiegt, soll dieser verpflichtet sein, den gesamten durch den Eingriff selbst erzielten **Gewinn herauszugeben** (§ 7 Abs. 2 des Entwurfs). Das Vorhandensein des geschützten Dienstes ist Voraussetzung dafür, dass der “Pirat” seine Umgehungsvorrichtungen vertreiben kann. Zieht er aus einem fremden Dienst einen Vorteil, obwohl er weiß oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen müsste, dass er dazu nicht berechtigt ist, so soll er vom Diensteanbieter wie ein unechter Geschäftsführer behandelt werden können. Er soll auch nicht damit rechnen können, dass ihm der erzielte Gewinn bleibt oder dass der Schaden, den er dem Verletzten zu ersetzen hat, nur eine kleine Abzugspost in seiner Gewinnrechnung bildet.

Unter Gewinn ist der **Reingewinn**, der vom "Piraten" durch den schuldhaften Eingriff in die Rechtsposition des Diensteanbieters erzielt wird, zu verstehen. Der Vermögensschaden nach Abs. 1 kann zusätzlich zum Gewinn des Piraten aber nur verlangt werden, soweit er den Gewinn übersteigt, weil der Diensteanbieter ansonsten ungerechtfertigt bereichert werden würde. Ersatzfähig ist in einem solchen Fall also nur der zusätzliche Vermögensschaden.

Der Anspruch auf Herausgabe des Gewinns hat die selben Voraussetzungen wie jener auf Schadenersatz. Aus diesem Grund soll die **Verjährungsfrist** für Schadenersatzansprüche auch für den Anspruch auf Herausgabe des Gewinns gelten (vgl. auch § 90 Abs. 1 UrhG).

Eine Klage auf Herausgabe des erzielten Gewinns wird nur dann sinnvoll sein, wenn sich der Gewinn ohne größere Schwierigkeiten errechnen lässt. Vor allem bei Rundfunkdiensten wird allerdings die Berechnung des Teiles des Gewinns, der auf den rechtswidrigen Zugang zu einem einzelnen Dienst oder zum Dienst eines einzelnen Diensteanbieters entfällt, auf große Schwierigkeiten stoßen. Aus diesem Grund soll dem Diensteanbieter die Geltendmachung des Ersatzbetrags erleichtert und ihm die Möglichkeit eröffnet werden, einen **pauschalierten Ersatzanspruch** einzuklagen. In diesem Sinn soll der Diensteanbieter an Stelle des Vermögensschadens nach Abs. 1 und des herauszugebenden Gewinns nach Abs. 2 als Pauschalabgeltung auch das **Doppelte** des für die Inanspruchnahme seines Dienstes **angemessenen Entgelts** verlangen können (§ 7 Abs. 3 des Entwurfs).

Hat ein Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens einen Diensteanbieter durch eine im Betrieb des Unternehmens vorgenommene unerlaubte Handlung geschädigt, so kann sich die Verpflichtung des Inhabers des Unternehmens zum Schadenersatz schon aus den Vorschriften der §§ 1313 ff. ABGB über die Verantwortlichkeit für fremde Handlungen oder auch aus den §§ 1301 f ABGB ergeben. Die **Verantwortlichkeit des Inhabers des Unternehmens** wird aber für alle Fälle ausdrücklich klargestellt und besonders betont. Er soll dafür einstehen, dass sich die in seinem Auftrag tätigen Personen an die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften halten und Dritte nicht schädigen. Wenn der Unternehmer von der unerlaubten Handlung seines Bediensteten oder Beauftragten Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, so soll er zum Schadenersatz verpflichtet sein. Diese Bestimmung ist nicht zuletzt deshalb sachgerecht, weil dem Unternehmer die Vorteile aus den betrieblichen Handlungen seiner Leute zukommen. Die Wendung "*im Betrieb eines Unternehmens*" ist nicht räumlich zu verstehen. Erfasst sind vielmehr alle Tätigkeiten der Bediensteten oder Beauftragten für das Unternehmen, auch wenn diese außerhalb der eigentlichen Betriebsräumlichkeiten begangen werden (und der Unternehmer davon Kenntnis hatte oder hätte haben müssen).

Die Haftung des Unternehmers setzt **kein Verschulden** des Bediensteten oder Beauftragten voraus. Es kommt nur darauf an, dass dieser einen Dritten durch eine unerlaubte Handlung schädigt. Unter den genannten Voraussetzungen haftet der Inhaber eines Unternehmens auch für die Herausgabe des durch einen Eingriff seines Bediensteten oder Beauftragten erzielten Gewinns. Der Unternehmensinhaber, dem der Gewinn zugeflossen ist, muss sich so behandeln lassen, als ob er selbst die Eingriffshandlung vorgenommen hätte.

Für alle Fallkonstellationen (nicht nur jene des § 1302 ABGB) wird letztlich in § 7 Abs. 5 des Entwurfs klargestellt, dass mehrere Personen **zur ungeteilten Hand** haften. Diese Regelung, die ebenfalls die Rechtsverfolgung erleichtert, gilt auch für den Anspruch auf Herausgabe des Gewinns (vgl. dazu auch § 89 UrhG und § 17 UWG 1984).

Zu § 8 des Entwurfs:

Vor allem für die Ermittlung des Anspruchs auf Herausgabe des erzielten Gewinns ist eine **Rechnungslegung** durch den Beklagten erforderlich. In Anlehnung an § 87a Abs. 1 UrhG wird daher auch in § 8 des Entwurfs ein Anspruch auf Rechnungslegung zugunsten des Diensteanbieters vorgesehen (vgl. dazu auch Art. XLII EGZPO). Dabei handelt es sich um einen Hilfsanspruch zur Durchsetzung der in § 7 des Entwurfs genannten Ersatzansprüche.

Zum Anspruch auf Rechnungslegung gehört auch die Erteilung der zur Rechtsdurchsetzung notwendigen **Auskünfte**. So wird beispielsweise der Diensteanbieter verlangen können, dass die Anzahl der Kabel-TV-Teilnehmer zu bestimmten Stichtagen bekannt gegeben wird. Ein Rechnungslegungsanspruch für die Zukunft besteht allerdings nicht.

Dem Diensteanbieter soll im Rahmen der Rechnungslegung auch ein Anspruch auf Prüfung der Rechnung **durch einen Sachverständigen** zustehen. Zu dieser Prüfung soll es – auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens – wegen der damit verbundenen Kostenfolgen aber nur dann kommen, wenn der Diensteanbieter die Beziehung eines Sachverständigen eigens verlangt. Die Kosten der sachverständigen Prüfung sind vom Zahlungspflichtigen zu tragen, wenn sich nach der Prüfung ein

höherer Betrag als aus der gelegten Rechnung ergibt. Deckt sich aber die vom Sachverständigen ermittelte Summe mit der Rechnung des Zahlungspflichtigen oder ist sie sogar niedriger, so hat der Diensteanbieter die Kosten zu zahlen.

Zu § 9 des Entwurfs:

Durch jede unerlaubte Inanspruchnahme geschützter Dienste kann den Diensteanbietern ein beträchtlicher Schaden entstehen. Aus diesem Grund ist notwendig, dass die im Entwurf vorgesehenen Rechtsbehelfe **unverzüglich wirksam** werden. Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie (siehe Art. 5 Abs. 2) sollen den Diensteanbietern daher auch die **provisorischen Rechtsschutzmaßnahmen** zur Verfügung stehen. Die Bestimmung des § 9 des Entwurfs orientiert sich an § 81 Abs. 2 UrhG bzw. an § 24 UWG 1984. Zur Sicherung der Unterlassungs- und der Beseitigungsansprüche sollen einstweilige Verfügungen auch ohne die Voraussetzungen des § 381 EO erwirkt werden können. Es reicht aus, dass die gefährdete Partei ihren Abwehranspruch, also das Recht auf Zugangskontrolle sowie Umstände bescheinigt, aus denen sich eine Verletzung dieses Rechts oder eine Eingriffsgefahr (beim Unterlassungsanspruch) ergibt. Als Sicherungsmittel für den Unterlassungsanspruch kommt nach § 382 EO etwa das Verbot, Umgehungsvorrichtungen zu veräußern oder sonst zu vertreiben, in Betracht.

Die Möglichkeit zur erleichterten Erwirkung von einstweiligen Verfügungen soll auch bei **Beseitigungsansprüchen** bestehen. Dadurch soll verhindert werden, dass die Rechtsverfolgung durch die Weitergabe von Umgehungsvorrichtungen an unbekannt Dritte vereitelt wird.

Zum 4. Abschnitt des Entwurfs:

Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie müssen die Sanktionen gegen unerlaubte Handlungen **wirksam, abschreckend und verhältnismäßig** sein. In Art. 5 der Richtlinie werden sowohl Sanktionen als auch (zivilrechtliche) Rechtsbehelfe behandelt. Auch im Erwägungsgrund 18 kommt diese grundsätzliche Unterscheidung zum Ausdruck. Unter einer "Sanktion" dürfte die Richtlinie vornehmlich Maßnahmen mit "Strafcharakter" verstehen. Dafür kommen nicht nur gerichtlich strafbare Tatbestände, sondern auch Verwaltungsstrafbestimmungen in Betracht.

Wie schon erwähnt, ist der besondere Schutz des Rechts auf Zugangskontrolle eng an den urheberrechtlichen Rechtsschutz angelehnt. Der Eingriff in das Recht auf Zugangskontrolle durch einen "Piraten" ist von seiner Art her durchaus mit einem Eingriff in ein urheberrechtliches Ausschließungsrecht vergleichbar. Aus diesem Grund orientieren sich auch die **strafrechtlichen Bestimmungen** über den Eingriff in das Recht auf Zugangskontrolle am Urheberrecht. Da unerlaubte Handlungen mit Umgehungsvorrichtungen begangen werden, wird dem Schutz der Diensteanbieter vor weiteren Rechtsverletzungen vor allem dadurch Rechnung getragen, dass die Umgehungsvorrichtungen dem gewerblichen Verkehr entzogen werden können. Aus diesem Grund soll auch im Rahmen eines Strafverfahrens die Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Umgehungsvorrichtungen angeordnet werden können. Um den Zugriff auf die Umgehungsvorrichtungen zu sichern, wird weiters die Möglichkeit der Beschlagnahme vorgesehen.

Der schwerste Unrechtsgehalt betrifft jene in Gewinnabsicht getätigten Handlungen, die die **Umgehung der Zugangskontrolle ermöglichen**. Sie sollen gerichtlich **strafbar sein**, um dem Gebot der Richtlinie, abschreckende und wirksame Sanktionen einzuführen, Genüge zu tun. Serviceleistungen und Werbemaßnahmen, die sich auf Umgehungsvorrichtungen beziehen, sollen dagegen nur unter Verwaltungsstrafandrohung stehen (vgl. näher § 13 des Entwurfs).

Zu § 10 des Entwurfs:

Die Straftatbestände des § 10 Abs. 1 und 2 des Entwurfs beziehen sich auf die in § 4 Abs. 1 erwähnten **gewerbsmäßigen Formen des Vertriebs** und die **gewerbsmäßige Herstellung** von Umgehungseinrichtungen. Die Gewerbsmäßigkeit ist an Hand des § 70 StGB und den dazu von der Judikatur entwickelten Leitlinien zu beurteilen. Unter Strafdrohung sollen zum einen der Verkauf, der Vertrieb, die Vermietung (einschließlich des Leasings) und Verpachtung von Umgehungsvorrichtungen stehen, zum anderen auch deren Produktion bzw. die Adaptierung und Anpassung bestehender Vorrichtungen oder Programme. Die **Innehabung** von Umgehungsvorrichtungen soll gerichtlich strafbar sein, wenn sie zu gewerblichen Zwecken erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn der "Pirat" die Umgehungsvorrichtung in seiner Gewahrsame mit dem Vorsatz hat, sie auf die in Abs. 1 genannte Art und Weise in den Verkehr zu bringen. Strafbar soll aber auch der Fall sein, in dem der "Pirat" die Umgehungsvorrichtung selbst verwendet und seinen Kunden die entschlüsselten Signale zur Verfügung stellt.

Die mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 93/1993 zum Schutz von Computerprogrammen eingefügte Bestimmung des § 91 Abs. 1a UrhG bezieht sich – so wie die Zugangskontroll-Richtlinie – auf die

Verhinderung der Umgehung technischer Schutzmechanismen. Auch diese Bestimmung pönalisiert den Besitz und das In-Verkehr-Bringen von unerlaubten Umgehungsmitteln. Für gewerbsmäßige Tatbegehungen wird dabei ein erhöhter Strafraum vorgesehen (siehe näher § 91 Abs. 2a UrhG). Aus dem vergleichbaren Regelungsgehalt dieser Bestimmungen ergibt sich die **Angemessenheit des vorgeschlagenen Strafsatzes** von zwei Jahren. Um den Gerichten größere Flexibilität zu ermöglichen, wird alternativ eine Geldstrafe vorgesehen.

Als Umgehungsvorrichtungen bzw. illegale Vorrichtungen im Sinn der Richtlinie werden auch multifunktionale Geräte anzusehen sein, etwa Geräte, die eine Videorecorderfunktion aufweisen und zudem zur Umgehung einer Zugangskontrolle dienen können. Aus diesem Grund kann die Strafsanktion – anders als nach § 91 Abs. 1 UrhG – **nicht** auf Geräte oder Computerprogramme beschränkt werden, die **ausschließlich** dazu bestimmt sind, technische Zugangskontrollmechanismen zu umgehen.

So wie die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe betreffen auch die strafrechtlichen Sanktionen ausschließlich gewerblich handelnde “Piraten”. In **§ 10 Abs. 3** des Entwurfs wird ausdrücklich klargestellt, dass die **privaten Nutzer** von Umgehungsvorrichtungen **nicht strafbar** sind.

Der **Inhaber eines Unternehmens** soll nicht nur dann strafbar sein, wenn er die Eingriffshandlung selbst ausgeführt, einen anderen dazu bestimmt oder einen Beitrag zur Tatbegehung geleistet hat. Vielmehr soll er auch dafür einstehen, dass er – vorsätzlich – einen im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangenen gewerbsmäßigen Eingriff in das Recht der Zugangskontrolle nicht verhindert (§ 2 StGB; subsidiär auch § 286 StGB). Ist das Unternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person organisiert, so trifft die Strafbarkeit den **Leiter des Unternehmens**. Leiter eines Unternehmens wird etwa der Geschäftsführer einer GmbH oder ein anderes Organ einer juristischen Person oder einer teilrechtsfähigen Einrichtung sein. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Inhabers oder Leiters eines Unternehmens setzt voraus, dass er von den unerlaubten gewerbsmäßigen Handlungen in seinem Betrieb Kenntnis hat und vorsätzlich die Eingriffe in das Recht der Zugangskontrolle nicht verhindert (vgl. dazu auch § 19 Abs. 2 UWG 1984).

Die **Bediensteten oder Beauftragten** eines Unternehmens sollen **strafrechtlich nicht** zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie sich gegen die Anordnungen des Dienst- oder Auftraggebers nicht zur Wehr setzen konnten (**§ 10 Abs. 4** des Entwurfs; vgl. dazu auch § 19 Abs. 3 UWG 1984).

Ebenso wie in § 91 Abs. 3 UrhG soll die Geltendmachung des Strafanspruchs dem verletzten Diensteanbieter überlassen bleiben. Beim Eingriff in das Recht auf Zugangskontrolle handelt es sich somit um ein **Privatanklagedelikt (§ 10 Abs. 5** des Entwurfs).

Nach den §§ 9 bis 13 StPO ist für die Durchführung der Hauptverhandlung der **Einzelrichter** des Gerichtshofs erster Instanz zuständig. Die Durchführung eines allfälligen Vorverfahrens obliegt dem Untersuchungsrichter.

Zu § 11 des Entwurfs:

Umgehungsvorrichtungen sollen auch im Rahmen eines Strafverfahrens aus dem gewerblichen Verkehr gezogen werden können. Aus diesem Grund enthält § 11 des Entwurfs Regeln zur **Einziehung von Umgehungsvorrichtungen**, die Gegenstand eines Strafverfahrens bilden. Entsprechend den §§ 92 und 93 UrhG werden also strafrechtliche Sicherungsmittel vorgesehen. Sie beziehen sich – so wie der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch – auf alle Umgehungsvorrichtungen, ohne Rücksicht darauf, wem diese gehören.

Es kann Fälle geben, in denen mit Umgehungsvorrichtungen strafbare Handlungen begangen werden, der Beschuldigte aber freizusprechen ist oder das Strafverfahren, etwa bei unbekanntem Aufenthaltsort des Täters, nicht durchgeführt werden kann. Auch in diesen Fällen sollen die strafrechtlichen Sicherungsmittel zur Verfügung stehen. Dem Privatankläger soll es frei stehen, einen **gesonderten Antrag auf Einziehung** zu stellen.

Das Verfahren richtet sich nach den **§§ 443 bis 446 StPO** über das Verfahren bei der Abschöpfung der Bereicherung, dem Verfall und der Einziehung.

Zu § 12 des Entwurfs:

Nach den §§ 98 Abs. 2 und 143 Abs. 1 StPO sind Gegenstände, die der Einziehung unterliegen, in **gerichtliche Verwahrung** zu nehmen. Voraussetzung ist ein entsprechender Antrag des Privatanklägers (**§ 12 Abs. 1** des Entwurfs).

Für die **Beschwerde** wird eine Frist von 14 Tagen vorgesehen. Zur Entscheidung über die Beschwerde ist das Oberlandesgericht berufen (§ 12 Abs. 2 des Entwurfs; vgl. § 114 StPO).

Wie die gefährdete Partei, die eine einstweilige Verfügung erwirkt, soll auch der Privatankläger, der die Beschlagnahme beantragt, auf eigenes Risiko handeln. Er ist daher verpflichtet, dem von der Beschlagnahme Betroffenen alle dadurch herbeigeführten **Vermögensschäden zu ersetzen**, wenn das Strafgericht nicht die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände anordnet. Dieser Ersatzanspruch ist im zivilgerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Gelangen die Parteien zu einer Einigung und kommt es aus diesem Grund zu keiner strafgerichtlichen Entscheidung über den Antrag auf Vernichtung oder Unbrauchbarmachung, so steht dem Betroffenen der Ersatzanspruch nur dann zu, wenn er sich diesen in der mit dem Privatankläger getroffenen Vereinbarung vorbehalten hat (§ 12 Abs. 3 des Entwurfs).

Zu § 13 des Entwurfs:

Nach § 4 des Entwurfs sind auch **Serviceleistungen** an Umgehungsvorrichtungen sowie **Werbe- und andere Maßnahmen**, die sich auf die Absatzförderung von Umgehungseinrichtungen beziehen, verboten. Bei diesen Handlungen rechtfertigt es der Unrechtsgehalt nicht, gerichtliche Straftatbestände vorzusehen. Aus diesem Grund werden derartige unerlaubte Handlungen unter Verwaltungsstrafdrohung gestellt. Unerlaubt und damit strafbewehrt sind wiederum nur gewerbsmäßige Tätigkeiten.

Da eine besondere Behördenzuständigkeit nicht vorgesehen wird, sind zur Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens in erster Instanz die **Bezirksverwaltungsbehörden** und in zweiter Instanz die **Unabhängigen Verwaltungssenate** in den Ländern (vgl. Art. 129a B-VG) berufen.

§ 13 Abs. 1 Z 1 des Entwurfs bezieht sich auf die **Serviceleistungen** an Umgehungsvorrichtungen nach § 4 Abs. 1 des Entwurfs. Strafbar sind auch diejenigen – gewerbsmäßigen – Serviceleistungen, die beim privaten Nutzer vorgenommen werden. Der private Nutzer selbst ist allerdings nicht (als Beteiligter) zu bestrafen. Voraussetzung einer Bestrafung des Serviceunternehmers ist es, dass er **wissentlich** gehandelt hat. Es muss ihm also bewusst gewesen sein, dass sich seine Tätigkeit auf eine Umgehungsvorrichtung bezieht. Bedingter Vorsatz reicht für die Strafbarkeit insoweit nicht aus. Damit will der Entwurf verhindern, dass Serviceunternehmer gezwungen werden, bei der Reparatur einer Vorrichtung genaue Nachforschungen anzustellen, ob es sich bei dem Gerät oder dem Programm um eine zugelassene oder eine Umgehungseinrichtung handelt.

§ 13 Abs. 1 Z 2 des Entwurfs betrifft die schon in § 4 Abs. 2 des Entwurfs erwähnten **Werbe- und Marketingmaßnahmen** zur Förderung des Absatzes von Umgehungsvorrichtungen. Auch hier wird wieder vorausgesetzt, dass der Täter **gewerbsmäßig und wissentlich** handelt. Strafbar sind die reine Werbung (etwa in Massenmedien oder Postwurfsendungen), aber auch andere Mittel des Marketings. Der Entwurf greift mit dem Direktmarketing, dem Sponsoring und der nicht unmittelbar produktbezogenen Öffentlichkeitsarbeit die praktisch wichtigsten Formen der Absatzförderung heraus.

Die Problematik des Handelns im Betrieb eines Unternehmens stellt sich auch im Zusammenhang mit den vorgesehenen Verwaltungsstrafbestimmungen. Wenn der **Inhaber** bzw. bei juristischen Personen oder sonstigen Rechtsträgern der **Leiter des Unternehmens** inkriminierte Handlungen eines Bediensteten oder Beauftragten schuldhaft nicht verhindert, so soll er selbst verantwortlich sein. Im Bereich des Verwaltungsstrafrechts ist eine ausdrückliche Regelung dieser Frage erforderlich, weil das VStG das so genannte “unechte Unterlassungsdelikt” nicht unter Verwaltungsstrafdrohung stellt. Im Gegensatz dazu soll der **Bedienstete oder Beauftragte** aber selbst nicht bestraft werden, wenn er sich gegen die Anordnungen seines Dienst- oder Auftraggebers nicht zur Wehr setzen konnte. Aus diesem Grund wird die Bestimmung des § 10 Abs. 4 für anwendbar erklärt (§ 13 Abs. 3 des Entwurfs).

Nach § 7 VStG unterliegt auch der **gewerbliche Beitragstäter**, also derjenige, der vorsätzlich einen anderen zur Begehung der Verwaltungsübertretung veranlasst oder die Begehung einer Verwaltungsübertretung erleichtert, der Verwaltungsstrafsanktion. Der Beitragstäter ist selbst dann strafbar, wenn der Ausführungstäter selbst nicht verantwortlich ist. Eine ähnliche Bestimmung findet sich auch in § 34 Abs. 1 UWG 1984. **Private Nutzer** sollen jedoch **nicht** strafbar sein (§ 13 Abs. 4 des Entwurfs).

§ 13 Abs. 5 des Entwurfs enthält schließlich die übliche **Subsidiaritätsklausel** im Verhältnis zu gerichtlichen Straftatbeständen.

Zu den §§ 14 und 15 des Entwurfs:

Dabei handelt es sich um die üblichen Bestimmungen über Verweisungen sowie zum Vollzug des Gesetzes. Das Gesetz soll im Übrigen mit dem auf die Kundmachung folgenden Tag in Kraft treten.

Zu § 16 des Entwurfs:

Diese Bestimmung enthält die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehene Bezugnahme auf die umgesetzte Richtlinie.