

An den
Rechtsausschuss des
Deutschen Bundestages

20.06.2007

**Stellungnahme als Sachverständiger zur
Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 20. Juni 2007
Gesetzentwurf der Bundesregierung
Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums
BT-Drucksache 16/5048**

Vorbemerkung

Im Folgenden werde ich zu den meine Arbeitsgebiete (Digital Rights Management Systeme, technischer Datenschutz) betreffenden Aspekten des Gesetzentwurfs Stellung nehmen. Diese betreffen insbesondere die Auskunft unter Verwendung von Verkehrsdaten, den dabei vorgesehenen Richtervorbehalt und die Feststellbarkeit des gewerblichen Ausmaßes.

1. Zum Auskunftsanspruch unter Verwendung von Verkehrsdaten und dessen Wirksamkeit

Soweit eine Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten möglich ist, sieht der Gesetzentwurf einen Richtervorbehalt vor. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- a) Überlicherweise wird von einem Internet Service Provider (meist in seiner Funktion als Access Provider) Auskunft darüber verlangt, welchem Nutzer die zum Zeitpunkt der Verletzung protokollierte IP-Adresse zugewiesen wurde. Der Service Provider hat diese Zuordnung in einer internen Datenbank gespeichert, soweit dies zu Abrechnungszwecken oder zur Aufrechterhaltung des Dienstes erforderlich ist. Der Verletzte erfährt somit direkt die Bestandsdaten.
- b) Weiterhin ist es möglich, dass die IP-Adresse dem Betreiber eines Internetdienstes gehört (bzw. zugewiesen ist), der lediglich Zugriffe weitervermittelt (z.B. ein Proxy-Dienst). In diesem Fall sind meist keine Bestandsdaten gespeichert, ggf. aber die IP-Adressen der Dienstanutzer, d.h. der Service Provider hat in einer internen Datenbank Verkehrsdaten gespeichert, über die er Auskunft geben kann. Jetzt muss der Verletzte mit der erhaltenen IP-Adresse erneut bei dem (ggf. anderen zuständigen) Service Provider anfragen, was insbesondere bei der Hintereinanderschaltung solcher Weitervermittler zu etlichen Anfragen führen kann. Dieses Verschleierungsprinzip verwenden heute auch einige Anonymisierungsdienste.

Zum Zeitpunkt des Auskunftersuchens durch den Verletzten ist nicht bekannt, um welchen Fall es sich bei dem zur Auskunft Verpflichteten handelt.

Für beide Fälle gilt: Eine Speicherpflicht beim Service Provider besteht derzeit nicht. Vielmehr schreibt das Telemediengesetz (TMG – ehemals Teledienstedatenschutzgesetz) vor, dass Diensteanbieter den Nutzern die anonyme oder pseudonyme Nutzung ermöglichen müssen, soweit dies technisch möglich

und zumutbar ist (§ 13 Abs. 6 TMG).

2. Zum Richtervorbehalt

Der Richtervorbehalt ist aus folgenden Gründen sinnvollerweise vorzusehen:

- a) Die Offensichtlichkeit einer Verletzung kann durch den Service Provider normalerweise nicht überprüft werden. Selbst wenn der Service Provider dargelegt bekommt, mittels welcher Dienste welche Verletzungen vorgenommen wurden, ist dies durch den Service Provider nicht überprüfbar, es sei denn, er ist selbst der Betreiber beispielsweise einer Tauschbörse. Eine missbräuchliche Nutzung eines Auskunftsanspruchs ohne Richtervorbehalt beispielsweise gegenüber Access Providern, d.h. dem Regelfall, wäre leicht möglich und noch nicht einmal feststellbar.
- b) Würde man den Richtervorbehalt fallen lassen mit dem Argument, es handle sich nur um eine Auskunft über Bestandsdaten, so wäre in den Fällen, in denen ein Provider nicht direkt Auskunft über Bestandsdaten geben kann, sondern lediglich über der Verbindung zugeordnete (andere) Verkehrsdaten, z.B. der Eingangs-IP-Adresse des Nutzers eines Proxy-Servers (siehe Fall b unter 1), die Auskunft zu verweigern mit dem Hinweis auf die besonders durch das Fernmeldegeheimnis geschützten Verkehrsdaten.

Gerade diese Situation wird jedoch bei Verletzungen im größeren Umfang sehr häufig auftreten, da die Verletzer über Technik verfügen, um die von ihrem Access Provider zugewiesene IP-Adresse zu verschleiern. Dann dürfte kurioserweise der vorhandene Richtervorbehalt überhaupt erst die zügige Herausgabe der Verkehrsdaten ermöglichen, da jetzt der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis richterlich angeordnet wurde. Dies ermöglicht es auch, die Rückverfolgung über mehrere Proxies halbwegs effizient zu gestalten, da ansonsten zusätzlich Zeit vergehen würde, bis die Daten z.B. im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen in Erfahrung gebracht werden können.

Ein Verzicht auf den Richtervorbehalt führte somit beispielsweise dazu, dass technisch wenig versierte Verletzer, die nur gelegentlich in einer Tauschbörse nach urheberrechtlich geschützten Inhalten suchen, durch den Verletzten ermittelt werden können, während gerade diejenigen, die im gewerblichen Ausmaß Urheberrechte verletzen, geeignete Verschleierungswerkzeuge einsetzen werden, so dass meist nur Auskunft über Verkehrsdaten gegeben werden könnte, die jedoch einen besonderen Schutz genießen.

- c) Die Argumentation, der Richtervorbehalt würde zu einer hohen Belastung der Gerichte führen, ist genau falsch herum. Wie bereits erwähnt, haben die Service Provider keine Möglichkeit, die Offensichtlichkeit der Verletzung zu überprüfen. Ohne den Richtervorbehalt würden sie folglich regelmäßig die Auskunft verweigern müssen. Die Verletzten hätten somit nur im Klageweg eine Möglichkeit, den Verletzer zu ermitteln, was zweifelsfrei zu einer noch höheren Belastung der Justiz führen würde, da jetzt jede Verletzung, die ansonsten durch Auskunft nach richterlichem Beschluss auf außergerichtlichem Wege lösbar wäre, nun vor Gericht landen würde. Ein Verzicht auf den Richtervorbehalt könnte also in der Praxis zu einer höheren Belastung der Gerichte führen.

In der Stellungnahme des Bundesrates (im Punkt 6b) ist davon die Rede, dass die Herausgabe von Bestandsdaten unstreitig nicht dem Fernmeldegeheimnis unterfällt und daher als problemlos angesehen wird. Dies stellt sich in der Praxis anders dar: Auch heute darf ein Telekommunikationsdiensteanbieter Bestandsdaten eines Teilnehmers nur dann herausgeben, wenn der Teilnehmer eingewilligt hat (§ 95 Abs. 1 TKG). Allerdings dürften gerade Verletzer dieser Herausgabe kaum freiwillig vorab zugestimmt haben. Analog gilt dies für die Herausgabe der Bestandsdaten, wenn sie sich nicht auf eine Rufnummer (Telefonnummer) sondern auf eine IP-Adresse beziehen.

3. Zum gewerblichen Ausmaß von Rechtsverletzungen

Die folgenden Ausführungen betreffen insbesondere Artikel 6 Nr. 10 (§ 101 Abs. 2 UrhG) und die Stellungnahme des Bundesrates (im Punkt 16) hierzu. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass der Auskunftsanspruch gegenüber Dritten bei Verletzung des Urheberrechts im Internet nur dann besteht,

wenn in gewerblichem Ausmaß Rechtsverletzungen stattfinden. Der Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2004/48/EG definiert das gewerbliche Ausmaß damit, dass die Handlung zwecks Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen wird.

Ein gewerbsmäßiges Ausmaß dürfte auch dann vorliegen, wenn

1. die Verletzung nicht durch unmittelbare wirtschaftliche Vorteile motiviert ist; es genügen mittelbare wirtschaftliche Vorteile und
2. vom Umfang her nachweisbar nicht nur vereinzelte, wenige Verletzungen betrifft

Dies ist beispielsweise bei Tauschbörsen im Internet der Fall und kann auch nachvollzogen werden. Das Bereitstellen eines urheberrechtlich geschützten Inhalts geschieht üblicherweise nicht aus rein altruistischen Erwägungen. Vielmehr ist das gegenseitige Geben und Nehmen das Wesen einer Tauschbörse.

Werden vom Verletzer nicht nur vereinzelte, wenige Inhalte angeboten, sondern beispielsweise die gesamte Musikbibliothek inkl. der über die Tauschbörse selbst herunter geladenen Musikstücke, dann dürfte dies das Kriterium des gewerblichen Ausmaßes erfüllen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Umfang der Rechtsverletzungen, die durch einen bestimmten Teilnehmer vorgenommen wurden, überhaupt festgestellt werden kann. Hier ist zu unterscheiden:

- a) Zum Ermitteln des Umfangs bei Anbietern ist das Vorgehen folgendermaßen: Der Rechteinhaber tritt üblicherweise selbst als (verdeckter) Nutzer der Tauschbörse auf, recherchiert nach seinen und ggf. fremden Inhalten und protokolliert dabei die IP-Adressen aller Anbieter. Überschreitet die Anzahl der angebotenen Inhalte einer IP-Adresse einen zu definierenden Schwellenwert, ist von gewerblichem Ausmaß auszugehen.
- b) Soll ermittelt werden, ob im großen Umfang Inhalte heruntergeladen werden, muss der Rechteinhaber dem illegalen Nutzer eine fragwürdige Falle stellen: Er tritt als Anbieter seiner und ggf. fremder Inhalte auf (ohne diese tatsächlich bereitzustellen) und protokolliert, welche IP-Adressen Inhalte herunterladen wollten. Je öfter eine IP-Adresse auftaucht, umso größer dürfte der Umfang der (beabsichtigten) Verletzung sein.

Es bleibt festzustellen, dass das gewerbliche Ausmaß praktisch nur dann festgestellt werden kann, wenn ein Rechteinhaber entweder Rechte an vielen Inhalten hat oder sich mehrere Rechteinhaber zusammenschließen, um gemeinsam gegen Rechtsverletzungen vorzugehen.

Da im § 101 Abs. 1 UrhG von geschäftlichem Verkehr die Rede ist und in Abs. 2 von gewerblichem Ausmaß, führt dies möglicherweise zu Missverständnissen. Es wird daher angeregt, im Sinne der o.g. Ausführungen klarzustellen, dass auch ein Auskunftsanspruch besteht, wenn es sich bei der Verletzung nicht um geschäftlichen Verkehr, wohl aber um ein gewerbliches Ausmaß handelt.

4. Ergebnis

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen und Formulierungen zum Auskunftsanspruch mit Richtervorbehalt sind eindeutig, zielführend und bedarfsgerecht.

Die Formulierungen hinsichtlich des gewerblichen Ausmaßes von Rechtsverletzungen sollten präzisiert werden, um klarzustellen, dass ein gewerbliches Ausmaß auch dann vorliegen kann, wenn ein Verletzer nicht im geschäftlichem Verkehr handelt.