



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Peter Schaar

Bundesbeauftragter für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit,
Postfach 20 01 12, 53131 Bonn

Per E-Mail

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss
Der Vorsitzende
Herrn Andreas Schmidt, MdB
11011 Berlin

HAUSANSCHRIFT Husarenstraße 30, 53117 Bonn

POSTANSCHRIFT Postfach 20 01 12, 53131 Bonn

TELEFON +49 (0)228-997799-211

TELEFAX +49 (0)228-997799-550

E-FAX +49 (0)228-99107799-211

E-MAIL anja.brandenburg@bfdi.bund.de

INTERNET www.bfdi.bund.de

DATUM Bonn, 18.06.2007

Nachrichtlich:

Sekretariat des Rechtsausschusses des Deutschen
Bundestages

BETREFF **Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (BT-Drs. 16/5048)**

HIER Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 20. Juni 2007

BEZUG Ihr Schreiben vom 30. Mai 2007

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für Ihre Einladung zur Teilnahme an der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum „Gesetzentwurf zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (BT-Drs. 16/5048)“ danke ich Ihnen. Wunschgemäß gebe ich vorab folgende schriftliche Stellungnahme ab:

Der in erster Linie der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (sog. IPR-Enforcement-Richtlinie) dienende Entwurf ist im Hinblick auf die Ausgestaltung der zivilrechtlichen Auskunftsansprüche der Rechteinhaber von großer datenschutzrechtlicher Relevanz.



I. Vorgaben der Richtlinie

Artikel 8 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass „die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahren Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von dem Verletzer und/oder jeder anderen Person erteilt werden...“.

Das geltende deutsche Recht sieht bereits Auskunftsrechte wegen Verletzung von Schutzrechten gegenüber dem Verletzer vor (z.B. § 101 a UrhG), und zwar auch außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens und somit über die Richtlinie hinausgehend.

Gleiches sieht nun der Entwurf für den zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gegen Dritte vor, die selbst nicht Rechtsverletzer sind. Da dies, vor allem mit Blick auf die Auskunftserteilung mittels Verkehrsdaten der Telekommunikation, eine besondere Qualität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, muss hier im besonderen Maße dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden.

Der Gesetzentwurf sieht zur Umsetzung dieser Vorgaben in den einschlägigen Schutzgesetzen (Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Markengesetz, Halbleiterschutzgesetz, Urheberrechtsgesetz, Geschmacksmustergesetz, Sortenschutzgesetz) Auskunftsansprüche gegen Dritte vor, die selbst nicht Rechtsverletzer sind. Die Rechteinhaber sollen damit die Möglichkeit erhalten, den Rechtsverletzer mit zivilrechtlichen Mitteln zu ermitteln, um so ihre Rechte besser durchsetzen zu können.

II. Drittauskunftserteilung mittels Verkehrsdaten der Telekommunikation

Diese Drittauskunftsrechte sind vor allem mit Blick auf die Auskunftsverpflichtung von Internetzugangsp Providern unter Verwendung von Verkehrsdaten im Sinne des § 3 Nr. 30 Telekommunikationsgesetz (TKG) verfassungsrechtlich sehr problematisch. Verkehrsdaten sind nach der Legaldefinition die Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, also alle Daten, die bei der technischen Durchführung eines Telekommunikationsdienstes anfallen. Hierzu gehören auch die IP-Adressen, die zum Surfen im Internet an die Nutzer vergeben werden. In Protokolldateien wird aufgezeichnet, wer wann welche dynamische IP-Adresse erhält. So ist es möglich, den hinter der IP-Adresse stehenden Kunden zu identifizieren.

Ich teile nicht die vom Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 16/5048, S. 141 ff.) vertretene Auffassung, es handele sich bei dieser Auskunftserteilung lediglich um die Mitteilung von Bestandsdaten im Sinne von § 3 Nr. 3 TKG. Bestandsdaten



sind nach der Legaldefinition die Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden und nicht zu dem grundrechtlich geschützten Bereich des Fernmeldegeheimnisses gehören. Wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zutreffend ausführt (a.a.O., S. 157/158) ist vielmehr maßgeblich, dass die Verkehrsdaten zur Auskunftserteilung vom Provider herangezogen werden müssen, um die zugehörigen Bestandsdaten zu ermitteln. Jede Auskunftserteilung über die Nutzer temporär vergebener IP-Adressen beinhaltet nämlich implizit die Information, dass und wann das Internet von dem betreffenden Nutzer in Anspruch genommen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt auch die Tatsache, ob und ggfs. wann eine Telekommunikation stattgefunden hat, als näherer Umstand der Telekommunikation dem Schutzbereich von Art. 10 GG (vgl. BVerfGE 100, 313; vgl. auch § 88 TKG). Es handelt sich somit um eine vom verfassungsrechtlichen Fernmeldegeheimnis geschützte Auskunftserteilung unter Verwendung von Verkehrsdaten. Wegen des hiermit verbundenen erheblichen Eingriffs in die Vertraulichkeit der Kommunikation ist es entgegen des vielfach geäußerten Wunsches der Rechteinhaber und auch der Auffassung des Bundesrates (a.a.O., S. 141 f.) aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis auf gravierende Fälle zu beschränken und mit verfahrensmäßigen Sicherungen zu versehen.

III. Richtervorbehalt

Ich halte es aus den genannten verfassungsrechtlichen Erwägungen für unabdingbar, dass vor der Auskunftserteilung eine richterliche Anordnung über die Zulässigkeit der Verwendung der Verkehrsdaten eingeholt werden muss. Zudem gibt Artikel 8 Abs. 1 der umzusetzenden Richtlinie ausdrücklich vor, dass die Gerichte über die Auskunftsansprüche entscheiden. Dieser Vorbehalt, den der Entwurf auch vorsieht, ist aus datenschutzrechtlicher Sicht unverzichtbar. Ich teile die Auffassung der Bundesregierung (a.a.O., S. 158), dass es sich insoweit um eine angemessene Abwägung der unterschiedlichen am Verfahren beteiligten Interessen, namentlich von Rechteinhabern, Nutzern und Internet Providern, handelt, die der Sensibilität der Daten Rechnung trägt.

Anders als die Richtlinie setzt der Entwurf allerdings nicht voraus, dass bereits ein Gerichtsverfahren gegen den Verletzer anhängig ist. Vielmehr soll der Anspruch auch außerhalb eines anhängigen Gerichtsverfahrens in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung zur Ermittlung des Verletzers dienen. Hierbei hat die Bundesregierung ausweislich der Begründung (a.a.O., S. 101/102) vor allem die Tauschbörsen im Auge, „bei denen in großem Umfang Urheberrechtsverletzungen stattfinden“. Selbst wenn man insoweit dem Schutz des geistigen Eigentums den Vorrang einräumen wollte, so kann dies nur unter engen Voraussetzungen als verhältnismäßig angesehen werden.



IV. Gewerbliches Ausmaß

Der Entwurf sieht dementsprechend eine Auskunftserteilung nur in Fällen vor, in denen Hinweise auf eine Rechtsverletzung von erheblicher Qualität vorliegen. Dies betrifft die den Auskunftsanspruch auslösende Rechtsverletzung. Hier ist vorgesehen, dass der Auskunftsanspruch nur bei in gewerblichem Ausmaß vorgenommenen Rechtsverletzungen bestehen soll (vgl. § 101 Abs. 2 UrhG-E). Damit ist klargestellt, dass etwa bei illegalen Kopien und Verbreitungen im Internet (z.B. über Tauschbörsen) ein Umfang erreicht werden muss, der über das hinausgeht, was einer Nutzung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch entsprechen würde. Ein Ansetzen unterhalb dieser Schwelle hielte ich nicht für vertretbar (Stichwort „Kriminalisierung der Schulhöfe“). Angesichts der häufig unklaren Urheberrechtslage im Internet, in dem sich auch eine Vielzahl von nicht geschützten Werken (z.B. Musikstücke) befindet, ist zu befürchten, dass gutgläubige Nutzer sich dem Generalverdacht einer strafbaren Handlung ausgesetzt sehen oder zu Unrecht mit erheblichen finanziellen Schadensersatzforderungen von Rechteinhabern bedroht werden.

V. Keine Einbeziehung der Daten aus der Vorratsdatenspeicherung

Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist es von entscheidender Bedeutung, welche Verkehrsdaten bei der Auskunftserteilung verwendet werden sollen. Ich habe mich dafür eingesetzt, zumindest in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klarzustellen, dass dies ausschließlich die Daten, die die Anbieter von Internet- und Telekommunikationsdiensten unter den Voraussetzungen des TKG (§§ 96 ff.) für eigene Zwecke gespeichert haben, sein können. Der Zugriff auf die gemäß der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung (Nr. 2006/24/EG vom 15. März 2006) für staatliche Zwecke gespeicherten Telekommunikationsdaten muss dagegen, wie von der Richtlinie vorgegeben (vgl. Artikel 1 Abs. 1), auf Zwecke der Verfolgung von schweren Straftaten beschränkt werden und bleiben. Auch wenn mit dem vorliegenden Gesetzgebungsverfahren ebenfalls eine EG-Richtlinie umgesetzt werden soll, bedeutet dies nicht, dass unterschiedslos auch auf die Daten zugegriffen werden darf, die in Zukunft für Zwecke der Strafverfolgung auf Vorrat zu speichern sind. Der Ausschluss der Vorratsdaten ist auch schon deshalb zwingend, weil die Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie erst nach der IPR-Enforcement-Richtlinie beschlossen wurde und gleichwohl keine entsprechende Öffnungsklausel enthält.

Die Rechteinhaber haben bereits ausdrücklich die Einbeziehung der Daten aus der Vorratsdatenspeicherung in diesen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gefordert. Ein Eingehen auf diese Forderungen würde die Befürchtungen bestätigen, dass die auf Vorrat zu speichernden Daten letztlich ganz überwiegend zu anderen Zwecken als der Verfolgung schwerer Kriminalität und Terrorismus verwendet werden. Bei einer solchen Preisgabe grundrechtlich geschützter Fernmeldedaten für zivilrechtliche Zwecke nähme eine Entwicklung ihren Anfang, an deren Ende diese Daten für kaum noch zu übersehende Zwecke zur Verfügung stünden. Dies wäre



mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar. Daher bekräftige ich meine Forderung nach einer entsprechenden Klarstellung im Gesetz.

VI. Ermittlung von IP-Adressen

Die Erhebung der IP-Adresse durch die Rechteinhaber im Netz, die der Auskunftsanspruch voraussetzt, halte ich ebenso wie der Bundesrat (a.a.O., S. 144/145) für datenschutzrechtlich bedenklich. Denn es handelt sich dabei um personenbeziehbare Daten, die nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG grundsätzlich beim Betroffenen mit seiner Kenntnis oder Mitwirkung zu erheben sind (Grundsatz der Direkterhebung). Ohne seine Mitwirkung dürfen sie nach Satz 2 nur unter engen Voraussetzungen erhoben werden, die hier nicht vorliegen.

Die gegenteilige Ansicht der Bundesregierung (a.a.O., S. 158/159), das geltende Recht ermögliche eine datenschutzrechtlich unbedenkliche Erhebung der IP-Adresse potenzieller Rechteverletzer durch die Rechteinhaber, teile ich nicht. Die Bundesregierung geht davon aus, dass die IP-Adresse standardmäßig auf dem Rechner des Kommunikationspartners gespeichert wird und dass der Kommunikationspartner keine speziell entwickelte Software zur Ermittlung der IP-Adresse benötigt. Damit erfolge die Erhebung der IP-Adresse im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG „beim Betroffenen“ bzw. im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG unter „Mitwirkung“ des Betroffenen.

Entgegen dieser Auffassung kommuniziert der potentielle Rechteverletzer jedoch nicht mit dem Rechteinhaber. Insoweit ist letzterer auch nicht Kommunikationspartner, dem die IP-Adresse ("unter Mitwirkung des Betroffenen") offenbart wird. Vielmehr wäre tatsächlich eine speziell entwickelte Software für das Ausforschen der IP-Adresse in einem P2P-Netz erforderlich. Selbst wenn eine Kommunikation im genannten Sinne stattfinden würde, der Rechteinhaber also als Anbieter von Telemedien anzusehen wäre, so hätte dieser die erhobene IP-Adresse sofort nach Beendigung der Verbindung zu löschen. Dies ergibt sich aus § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4 Telemediengesetz. Ausweislich der Begründung zum Teledienstschutzgesetz (§ 6) ist die vom Anbieter von Telemedien erhobene IP-Adresse als Nutzungsdatum und insoweit als ein Merkmal zur Identifikation des Nutzers anzusehen.

Hier sehe ich deutlichen Änderungsbedarf. Der Entwurf geht ohne weiteres von der Möglichkeit der vorausgehenden rechtmäßigen Erhebung der für den Auskunftsanspruch benötigten IP-Adressen aus, was rein tatsächlich überwiegend nicht der Fall ist. Vielmehr wird in der Praxis mit spezieller „Schnüffelsoftware“ vorgegangen, wofür ich keine Rechtsgrundlage sehe.



VII. Alternative Modelle

Bestrebungen der Rechteinhaber, im Zusammenwirken mit den Internet-Zugangs Providern bereits im Vorfeld einer richterlich zu genehmigenden Auskunftserteilung an die Nutzer herantreten zu können, halte ich nach der derzeitigen Rechtslage für nicht zulässig.

Im Gespräch ist ein Modell, wonach die Rechteinhaber die IP-Adressen potentieller Rechtsverletzer an die Internet-Zugangsprovider bzw. eine Clearingstelle weiterleiten, die dann mit präventiver Zielsetzung eine Art Warnhinweis an ihre Nutzer versenden.

Hier werden zwar keine Daten an die Rechteinhaber herausgegeben, so dass auch keine Auskunftserteilung vorliegt. Jedoch müssten die Provider die Verkehrsdaten ihrer Kunden auswerten, um überhaupt ermitteln zu können, wer sich hinter einer IP-Adresse verbirgt. Hierzu fehlt ihnen aber die erforderliche Rechtsgrundlage. Die vom Fernmeldegeheimnis geschützten Verkehrsdaten unterliegen nach dem TKG einer sehr engen, abschließenden Zweckbindung: Abrechnung (§ 97 TKG), Einzelverbindungs nachweis (§ 99 TKG), Erkennung des Missbrauchs von TK-Anlagen (§ 100 Abs. 3 TKG), Störungsbeseitigung/Datensicherheit (§ 100 i.V.m. § 109 TKG), Fangschaltung (§ 101 TKG). Eine darüber hinausgehende Verwendung, wie vorliegend eine Verarbeitung für die berechtigten Interessen von Dritten, sieht das TKG dagegen nicht vor.

Selbst bei dem unwahrscheinlichen Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung des betroffenen Nutzers im Einzelfall – eine Pauschaleinwilligung (etwa in AGB) wäre mit Blick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung (Entscheidung vom 23. Oktober 2006, 1 BvR 2027/02) ohnehin nicht ausreichend - hätte ich angesichts der abschließenden Verwendungsregelungen des Telekommunikationsrechts für die dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Daten Zweifel an der Zulässigkeit, weil auch hier die Verkehrsdaten ausgewertet werden müssten, um an den Nutzer herantreten zu können.

VIII. Allgemeiner Richtervorbehalt

Kritisch bewerte ich auch, dass der Entwurf anders als die Richtlinie bei den übrigen Drittauskunftsansprüchen, also jenen ohne Verwendung von Verkehrsdaten, keinen Richtervorbehalt vorsieht. In den weitgehend wortgleichen Änderungen der Schutzgesetze (z.B. § 140 b Abs. 2 PatG-E) heißt es, dass der Drittauskunftsanspruch bereits bei Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung ohne vorherige richterliche Entscheidung geltend gemacht werden kann. Das halte ich für falsch. Damit würde faktisch dem Dritten die Prüfung überlassen, ob die Voraussetzungen für seine Auskunftspflicht vorliegen. Es wäre dann bereits ausreichend, dass der Rechteinhaber schlüssig einen Sachverhalt vorträgt, der das Auskunftsbegehren rechtfertigt. Die Argumentation des BMJ, vom Richtervorbehalt sei aufgrund einer Vielzahl von zu erwartenden Auskunftsbegehren und der damit verbundenen sehr hohen Belastung der Gerichte abzusehen, vermag mich nicht zu überzeugen. Die Belastung der Gerichte kann nicht zum Verzicht auf das nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Gebotene führen. Zudem ist



Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

SEITE 7 VON 7

es gerade wegen der prognostizierten hohen Zahl von Auskunftsbegehren unabdingbar, diese rechtsstaatliche Hürde vorzusehen, um Missbrauch zu verhindern.

Mit freundlichen Grüßen

Peter Schaar