

Stellungnahme

Berlin, den 18. Mai 2012

Öffentliches Gespräch des Unterausschusses Neue Medien zum Thema "Vermarktung und Schutz kreativer Inhalte im Internet" am 21. Mai 2012

eco - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V. versteht sich als Interessenvertreter und Förderer aller Unternehmen, die mit oder im Internet wirtschaftliche Wertschöpfung betreiben. Der Verband vertritt aktuell 600 Mitglieder. Hierzu zählen unter anderem ISP (Internet Service Provider), ASP (Application Service Provider), Carrier, Hard- und Softwarelieferanten, Content- und Service Anbieter sowie Kommunikationsunternehmen. eco ist damit der größte Internet Service Provider Verband Europas.

eco nimmt die Gelegenheit gerne wahr, zu dem im Rahmen des Öffentlichen Gesprächs des Unterausschusses Neue Medien übermittelten Fragenkatalog Stellung zu nehmen.

Hierbei beschränken wir uns im Rahmen der schriftlichen Beantwortung auf die für die Internetwirtschaft besonders wichtigen Aspekte, die sich auf die derzeit diskutierten Modelle zur Versendung von Warnhinweisen beziehen.

Fragenkatalog Teil 1: Modelle zur Versendung von Warnhinweisen

▪ zu Frage 1)

Im Februar 2012 hat das Bundeswirtschaftsministerium die bei der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht in Auftrag gegebene "Vergleichende Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen" veröffentlicht. Mit der Studie beabsichtigte das BMWi durch einen Vergleich unterschiedlicher Modelle in ausgewählten Referenzstaaten die Grundlage für die weitere Diskussion über Kooperationsmodelle zur Bekämpfung bei der Internetpiraterie im Rahmen des Wirtschaftsdialogs zu schaffen.

Ein zentrales Element der Untersuchung von Prof. Dr. Schwartmann ist der Vorschlag eines "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells". Das im Rahmen der vergleichenden Studie vorgestellte vorgerichtliche Mitwirkungsmodell erfolgte unabhängig von dem eigentlichen Projektauftrag und -beschreibung des BMWi.

Nach dem von Prof. Dr. Schwartmann vorgeschlagenen "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell" sollen Internetzugangsanbieter nach entsprechender Inkenntnissetzung durch Rechteinhaber bei Verdacht auf Verstöße gegen das Urheberrecht im Internet ihre Nutzer warnen. Im Wesentlichen handelt es sich bei dem vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell um ein abgestuftes Warnhinweisverfahren bzw. wird damit ein "2-Strikes-Ansatz" verfolgt.

Dies hat eco dazu bewogen, Professor Dr. Thomas Hoeren vom Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster zu beauftragen, sich mit den Argumenten und Ergebnissen der BMWi-Studie auseinanderzusetzen. Das Kurzgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass erhebliche Bedenken gegen ein solches Warnhinweismodell - sowohl aus rechtspolitischer, praktischer, technischer als auch aus europa-, verfassungs- und datenschutzrechtlicher Sicht bestehen. Diese Einschätzung und Bewertung wird von eco vollumfänglich geteilt.

▪ zu Frage 2)

Den Forderungen der Rechteinhaber nach Etablierung eines abgestuften Warnhinweisverfahrens bzw. des von Prof. Schwartmann vorgeschlagenen "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells" liegt die Annahme zu Grunde, dass der bestehende Rechtsrahmen mit dem zivilrechtlichen Auskunftsanspruch und der Möglichkeit der Strafanzeige keine ausreichenden Instrumentarien zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stellen würde. Die bestehenden Möglichkeiten werden von den Rechteinhabern als unzureichend empfunden. Die Rechteinhaber fordern deshalb ein zusätzliches drittes Verfahren, das unterhalb der Schwelle der gesetzlichen Regelungen angesiedelt ist. Nach den Vorstellungen der Rechteinhaber sollen mit den geforderten abgestuften Warnhinweisverfahren bzw. dem "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell" die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten, insbesondere der als unzureichend empfundene zivilrechtliche Auskunftsanspruch unterlaufen werden.

Die Rechteinhaber versprechen sich hiervon eine einfachere, schnellere und kostengünstigere Möglichkeit, um massenhaft gegen mutmaßliche Urheberrechtsverletzer vorgehen zu können, ohne sich hierzu der gesetzlich normierten Regelungen und Verfahren bedienen zu müssen.

Die vorgeschlagene Etablierung eines abgestuften Warnhinweisverfahrens bzw. "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells" stellt für die Internetzugangsanbieter keine Handlungsoption dar. Derartige auf freiwillige Vereinbarungen oder entsprechender gesetzlicher Regelungen basierende Verfahren werfen eine Vielzahl von rechtlichen Fragestellungen auf und wären nur unter Verzicht auf den prozeduralen Schutz eines rechtsstaatlichen Verfahrens, durch den Verzicht auf Einzelfallprüfungen und einer eingeschränkten rechtsstaatlichen Kontrolle der Maßnahmen möglich. Besonders problematisch an der geforderten Etablierung abgestufter Warnhinweisverfahren bzw. des vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells ist, dass hierbei ein Privates Unternehmen, der Access-Provider, die Rechtsdurchsetzung eines anderen Privatrechtssubjekts (den Rechteinhabern) sicherstellen soll. Die damit einhergehende Privatisierung der Rechtsdurchsetzung widerspricht dem Gewaltmonopol des Staates.

Nach Ansicht des eco ist die Etablierung abgestufter Warnhinweisverfahren bzw. des vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells nicht erforderlich. Der bestehende Rechtsrahmen mit dem neu geschaffenen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch in § 101 Abs. 1, 9 UrhG und die daneben bestehende Möglichkeit der Strafanzeige stellen den Rechteinhabern ausreichende Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung.

Insbesondere die Erfahrungen mit dem im September 2008 neu geschaffenen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch belegen, dass dieser ein geeignetes Instrument für die Verfolgung und Rechtsdurchsetzung bei Urheberrechtsverletzungen darstellt. Eine Erhebung im Mai 2011 bei einem Teil unserer Mitgliedsunternehmen hat ergeben, dass jeden Monat von deutschen Internet Providern die Benutzerdaten zu 300000 Internetverbindungen an die Rechteinhaber herausgegeben werden, nachdem diese entsprechende Gerichtsbeschlüsse auf Basis des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs erwirkt haben.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichte etwa innerhalb eines Werktages einen entsprechenden Gerichtsbeschluss erlassen und die Internet Provider in der Regel ebenfalls innerhalb eines Werktages den Anschlussinhaber ermitteln. Dieses Verfahren ist nur mit geringen Kosten verbunden. Die Gerichtsgebühr für die Entscheidung über den Antrag auf Erlass der Anordnung beträgt gemäß § 128e Abs. 1 Nr. 4 KostO 200,- Euro. Hierbei handelt es sich um eine Festgebühr die sich auf das urheberrechtlich geschützte Werk bezieht; auf die Anzahl der mitgeteilten IP-Adressen kommt es nicht an. Für die Beauskunftung erhalten die Internet Provider eine Entschädigung analog § 23 JVEG iVm Anlage 3 Nr. 201 in Höhe von 35,- Euro pro angefangene 10 IP-Adressen. Bei der gegenwärtig von den Rechteinhabern praktizierten Überwachung und Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen werden regelmäßig im Verfahren nach § 101 Abs. 1, 9 UrhG Auskunftsversuchen zu einer Vielzahl von IP-Adressen gestellt. Bei 10 IP-Adressen würden sich die Gesamtkosten der Rechteinhaber für Gerichtsbeschluss und Entschädigung des Providers auf 23,50 Euro belaufen; bei 100 IP-Adressen 2,30 Euro.

Diese Kosten für das zivilrechtliche Auskunftsverfahren können die Rechteinhaber nach § 101 Abs. 9 Satz 5 UrhG zusammen mit den beim Provider anfallenden Auskunftskosten als Rechtsverfolgungskosten gegenüber dem Rechtsverletzer geltend machen und von diesem erstatten lassen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass für die Geltendmachung des Auskunftersuchens die Einschaltung eines Anwaltes nicht erforderlich ist, da kein Anwaltszwang besteht (§ 101 Abs.9 Satz 4 UrhG iVm § 10 Abs. 1 FamFG).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Rechteinhabern mit dem zivilrechtlichen Auskunftsanspruch nach §101 UrhG ein einfaches, schnelles, praktikables und kostengünstiges Verfahren zur Verfügung steht, mit denen Urheberrechtsverletzungen verfolgt werden können. Hinzu kommt, dass es sich um ein gesetzlich normiertes Verfahren und mit dem vorgesehen Richtervorbehalt auch um ein rechtsstaatlich abgesichertes Verfahren handelt.

Im Übrigen können die Rechteinhaber bereits auf Basis des zivilrechtlichen Auskunftsverfahrens nach § 101 UrhG Warnhinweise versenden, ohne dass hierzu eine sofortige kostenpflichtige Abmahnung erforderlich wäre.

▪ zu Frage 3)

Belastbare Untersuchungen sowohl zum Umfang illegaler Downloads als auch über die hierbei genutzten Verbreitungswege gibt es nicht. Man stützt sich hierbei überwiegend auf Umfragen basierende Hochrechnungen oder wenig repräsentative, methodisch umstrittene Studien.

Erfahrungsgemäß ist davon auszugehen, dass die bisherigen Ansätze zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu einer Verlagerung und einem Ausweichen auf andere Plattformen geführt haben, so dass Zweifel an deren Effektivität angebracht sind. Diese Einschätzung wird durch die Erfahrungen aus anderen Ländern bestätigt.

Nachdem in Frankreich Ende 2009 das HADOPI-Gesetz eingeführt und in Kraft getreten ist fand eine Verlagerung und ein Ausweichen bei der Nutzung von dezentralen Diensten (zB P2P und bittorrent Netzwerke) hin zu zentralen Plattformen (zB Filehosting und Streaming Portalen) statt.

So ergab beispielsweise eine Untersuchung von ComScore hinsichtlich der Nutzung des Filehosting-Portals www.megaupload.com, dass die Anzahl der französischen Nutzer von 350.000 (August 2008) auf 7,4 Millionen (November 2010) monatlichen Nutzern angestiegen ist.¹ Auch die Europäische Kommission kommt in ihrem Arbeitspapier vom 11. Januar 2012 zu dem Ergebnis, dass die Einführung des HADOPI-Gesetzes in Frankreich zu einem signifikanten Anstieg der Nutzung von VPN-Diensten, der Verwendung von Proxy-Servern und dem Einsatz von Verschlüsselungstechniken geführt hat.²

Angesichts der bisherigen Erfahrungen aus anderen Ländern sind daher Skepsis und Zweifel an der Geeignetheit und Effektivität von abgestuften Warnhinweisverfahren oder dem sogenannten "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell" angebracht.

▪ **zu Frage 4)**

Die am Wirtschaftsdialog beteiligten Unternehmen und Verbände der ITK-Branche haben stets ihre grundsätzliche Bereitschaft für einen offenen Dialog mit den Rechteinhabern signalisiert, um konstruktiv über rechtlich wie gesellschaftspolitisch vertretbare Handlungsoptionen und Lösungsansätze zu diskutieren. Wir erachten es als eine Selbstverständlichkeit, dass sich etwaige Kooperationsmodelle im Rahmen der Möglichkeiten und auf Basis der geltenden Rechtslage, insbesondere im Einklang mit dem Datenschutzrecht bewegen.

Ein Anliegen ist dabei, dass die gemeinsamen Bemühungen ausgebaut werden, durch allgemeine Aufklärungsmaßnahmen ein besseres Bewusstsein für den Umgang mit urheberrechtlich geschützten Werken zu schaffen und deren Wert als Wirtschafts- und Kulturgut in der Öffentlichkeit hervorzuheben. Auch besteht ein gemeinsames Interesse daran funktionierende Geschäftsmodelle, mit denen qualitativ hochwertige digitale Inhalte zu angemessenen Konditionen legal erworben werden und anschließend auch bequem genutzt werden können zu etablieren.

Im Rahmen der Arbeitsgruppen des Wirtschaftsdialogs wurden bereits erste Überlegungen zu gemeinsamen Aufklärungskampagnen erörtert sowie die Herausforderungen und Probleme bei der gegenwärtigen Lizenzierungspraxis identifiziert. Seitens der ITK-Branche wurden Eckpunkte für eine denkbare individuelle Kundenkommunikation, mit der eine anlassunabhängige und allgemeine Information in individualisierter Weise an Kunden versandt wird, vorgeschlagen.

▪ **zu Frage 5)**

Die Implementierung von Filter- und Analysetechniken in die Netzwerke der Zugangsanbieter mit dem Ziel, urheberrechtlich geschütztes Material zu erkennen und auszufiltern, hat eine Inhaltskontrolle sämtlicher durchgeleiteter Daten zur Folge.

Aus technischer und rechtlicher Perspektive stellt die Implementierung netzseitiger Filter- und Analysetechniken einen erheblichen Eingriff dar, der eine Vielzahl von Problemen aufwirft. So ist die gegenwärtige Netzinfrastruktur der Zugangsanbieter dezentral angelegt. Eine Filterung und Analyse, wie sie beispielsweise durch sogenannte Fingerprinting- oder Watermarkingtechnologien erreicht werden soll, würde voraussetzen, dass Daten über zentrale Punkte geleitet werden, um analysiert und ausgefiltert werden zu können.

Unter rechtlichen Gesichtspunkten stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit netzseitiger Filter- und Analysetechniken mit dem Grundrecht auf Informationsfreiheit und dem Fernmeldegeheimnis. Nach § 88 TKG unterliegen die Inhalte der Kommunikation und ihre näheren Umstände dem Fernmeldegeheimnis. Diensteanbietern ist es nach § 88 Abs. 3 TKG untersagt, sich über das für die geschäftsmäßige Erbringung, einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderlichen Maßes hinaus, Kenntnis über die Inhalte der Telekommunikation und ihrer näheren Umstände zu verschaffen. Es ist unzweifelhaft davon auszugehen, dass die Kommunikation über das Internet zum Zwecke des Aufrufs von Webseiten oder des Herunterladens von Dateien als Nachrichtenübermittlung im Sinne des § 88 TKG anzusehen ist, da der

Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses weit gefasst wird, also auch die Datenübertragung als solche umfasst, da der Gesamtverkehr im Rahmen einer Filterung und Analyse zum Ausschluss unerwünschten Verkehrs untersucht werden muss. Auch Maßnahmen die lediglich unerwünschten Verkehr nach Adressierung filtern, greifen in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG ein.

Dies entspricht auch der Wertung des § 7 Abs. 2 TMG, nach der Zugangsanbieter grundsätzlich nicht verpflichtet sind, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Darüber hinaus würde sich die Frage der Verantwortung des Zugangsanbieters stellen. Denn die ihm als reiner Vermittler nach § 8 TMG zustehende Haftungsprivilegierung würde durch das aktive Eingreifen, die mit dem Implementieren netzseitiger Filter- und Analysetechniken einher geht, obsolet. Zugangsanbieter könnten also für zu unrecht ausgefilterte oder versehentlich nicht ausgefilterte Inhalte zur Verantwortung gezogen werden.

Über die rein rechtliche oder technische Betrachtung hinaus ist bei der Implementierung von Maßnahmen, die auf eine inhaltliche Kontrolle und Überwachung der Internetnutzerinnen und -nutzer hinauslaufen, auch der Kern der Vertragsbeziehung zwischen Providern und Nutzern betroffen. Essentiell für die Vertragsbeziehung zwischen Providern und Endkunden ist, dass der Kunde subjektiv auch das berechtigte Vertrauen in die Telekommunikationsunternehmen hat und haben kann, dass seine persönlichen Daten geschützt sind und seine Telekommunikation nicht überwacht und kontrolliert wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Implementierung netzseitiger Filter- und Analysetechniken in die Netzwerke einen schwerwiegenden und tiefgreifenden Eingriff in die Vertraulichkeit und Integrität der Datenübertragung darstellt.

▪ zu Frage 6)

Bei der Regulierung von Datenströmen muss zwischen den unterschiedlichen Anwendungsbereichen und Diensteebenen differenziert werden. Grundsätzlich unterschiedliche Voraussetzungen und Anwendungsbereiche bestehen zwischen Zugangsebene und Diensteebene.

Die angewandten Instrumente im Bereich des Netzwerk- und Verkehrsmanagements unterscheiden sich signifikant von Deep Packet Inspection (DPI). Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist die Analysetiefe. Beim Netzwerk- und Verkehrsmanagement wird der "Header" eines IP-Paketes untersucht, ohne jedoch den Inhalt des IP-Paketes zu untersuchen. Demgegenüber wird bei der Deep Packet Inspection der Inhalt des IP-Paketes eingehend analysiert und untersucht.

Im Bereich der Zugangsdienste ist Netzwerkmanagement aus Sicht des eco ein unerlässlicher Bestandteil für die Sicherstellung und Gewährleistung der Netzsicherheit und -stabilität und schafft die Grundlage dafür, dass die Zugangsinfrastruktur betriebsfähig bleibt und die Teilnehmer die gewünschten Dienste nutzen und abrufen können. Netzwerkmanagement besteht vor allem in der Abfederung von Verkehrsspitzen (Peaks) zu Zeiten, in denen das Netz

überdurchschnittlich genutzt und beansprucht wird. Im Zugangsbereich wird Netzwerkmanagement vor allem unter Quality-of-Service Gesichtspunkten eingesetzt um bestimmte Dienste (z.B. IPTV, VoIP) vorrangig und unterbrechungsfrei an Endkunden durchzuleiten. Teilweise wird aufgrund beschränkter Kapazitäten (Mobilfunkbereich) aufgrund vertraglicher Basis die Nutzung bestimmter Dienste eingeschränkt oder ausgeschlossen. Ein weiterer Anwendungsbereich legitimen Netzwerkmanagements besteht in der Bekämpfung unrechtmäßiger Nutzung des Netzes durch unerwünschte Massen E-Mail (Spam), Denial-of-Service-Attacken (DDoS), Malware oder andere Sicherheitsrisiken.

Ein wesentlicher Faktor bei allen Maßnahmen des Netzwerkmanagements ist dabei die Transparenz gegenüber den Nutzerinnen und -nutzern, die ein wichtiger vertrauensbildender Faktor für Akzeptanz sowie Voraussetzung für eine informierte Entscheidung über die Auswahl des Zugangsdiensteanbieters ist.

Voraussetzung und Grenze eines legitimen Netzwerkmanagements wird durch die Anforderungen des Fernmeldegeheimnisses bestimmt. Die Implementierung von Maßnahmen, die auf eine inhaltliche Kontrolle und Überwachung des Datenverkehrs der Internetnutzerinnen und -nutzer hinauslaufen, sind mit dem Fernmeldegeheimnis grundsätzlich nicht zu vereinbaren.

▪ zu Frage 7)

Die Etablierung eines Warnhinweisverfahren bzw. des "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells" auf freiwilliger Basis im Rahmen der Selbstregulierung kommt bereits aufgrund der Grundrechtsrelevanz nicht in Betracht. Angesichts der erheblichen Bedenken sowohl aus rechtspolitischer, praktischer, technischer als auch aus europa-, verfassungs- und datenschutzrechtlicher Sicht erscheint eine Umsetzung auf gesetzlicher Grundlage zweifelhaft. Sofern eine verfassungskonforme gesetzliche Ausgestaltung überhaupt möglich ist wären damit Kollateralschäden an dem bestehenden Rechtssystem insgesamt verbunden.

▪ zu Frage 8)

Unter rechtlichen Gesichtspunkten gelten für das von Prof. Schwartmann vorgeschlagene "vorgerichtliche Mitwirkungsmodell" grundsätzlich die gleichen Erwägungen wie sie für abgestufte Warnhinweis- und Sanktionierungsverfahren gelten. Denn bei dem "vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell" handelt es sich im Kern um ein abgestuftes Warnhinweis- und Sanktionierungsverfahren. Eine andere rechtliche Bewertung und Einschätzung ergibt sich auch nicht daraus, dass das "vorgerichtliche Mitwirkungsmodell" einen nachgelagerten Auskunftsanspruch im Rahmen des § 101 UrhG vorsieht. Nach dem vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell sollen mutmaßliche Urheberrechtsverletzer in einer ersten Stufe Warnhinweise erhalten und dann in einer zweiten Stufe auf Basis vorangegangener Verwarnungen zivilrechtlich oder strafrechtlich sanktioniert werden. Somit handelt es sich bei dem vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell um ein abgestuftes Warnhinweisverfahren bzw. wird damit ein "2-Strikes-Ansatz" verfolgt.

Nach Einschätzung des eco ist die Etablierung abgestufter Warnhinweisverfahren und auch das "vorgerichtliche Mitwirkungsmodell" sowohl unter verfassungsrechtlichen als auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten unzulässig.

Derartige auf freiwilligen Vereinbarungen oder entsprechender gesetzlicher Regelungen basierende Verfahren werfen eine Vielzahl von rechtlichen Fragestellungen auf und wären nur unter Verzicht Einzelfallprüfungen und einer eingeschränkten rechtstaatlichen Kontrolle der Maßnahmen möglich. Besonders problematisch an der geforderten Etablierung abgestufter Warnhinweisverfahren bzw. des vorgerichtlichen Mitwirkungsmodells ist, dass hierbei ein Privates Unternehmen, der Access-Provider, die Rechtsdurchsetzung eines anderen Privatrechtssubjekts (den Rechteinhabern) sicherstellen soll. Die damit einhergehende Privatisierung der Rechtsdurchsetzung widerspricht dem Gewaltmonopol des Staates. Eine rechtstaatlich nicht zu beanstandende und einwandfreie Implementierung derartiger Verfahren ist nicht möglich.

Diese Einschätzung und Bewertung wird durch das im Auftrag des eco erstellte Kurzgutachten von Professor Dr. Thomas Hoeren vom Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster bestätigt. Das Kurzgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass erhebliche Bedenken gegen ein solches Warnhinweismodell - sowohl aus rechtspolitischer, praktischer, technischer als auch aus europa-, verfassungs- und datenschutzrechtlicher Sicht bestehen.

Die Etablierung des von Prof. Schwartmann vorgeschlagenen "vorgerichtliche Mitwirkungsmodells" ist in Deutschland verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich sowie datenschutzrechtlich zweifelsfrei unzulässig.

▪ zu Frage 9)

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Januar 2012 (I BvR 1299/05) stellt ausdrücklich klar, dass die Zuordnung von dynamischen IP-Adressen als Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 GG zu qualifizieren ist.

Mit dieser Entscheidung präzisiert das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung vom 2. März zur Vorratsdatenspeicherung (I BvR 256/08, I BvR 263/08, I BvR 586/08). Auch in dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht bereits grundsätzliche Aussagen zur Reichweite des Fernmeldegeheimnisses im Zusammenhang mit Auskünften über Bestands- und Kundendaten unter Verwendung von Verkehrsdaten getroffen und ebenfalls einen Eingriff in Art. 10 GG bejaht. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts werden sich auch auf den Bereich der Urheberrechtsverletzungen im Internet, insbesondere die Ermittlung und Identifizierung eines vermeintlich rechtsverletzenden Anschlussinhabers anhand der IP-Adresse auswirken. Denn um überhaupt ermitteln zu können, welcher Anschlussinhaber sich hinter einer bestimmten IP-Adresse verbirgt, müssen die Zugangsanbieter Verkehrsdaten ihrer Kunden auswerten. Da die IP-Adresse die näheren Umstände der Kommunikation preisgibt, unter denen eine individuelle Nachrichtenübermittlung stattgefunden hat, ist sie vom Fernmeldegeheimnis umfasst. Die Identifizierung des Anschlussinhabers unter Verwendung der IP-Adresse durch den Zugangsanbieter stellt eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses dar, zu dessen Wahrung der Zugangsanbieter nach § 88 TKG verpflichtet ist.

Darüber hinaus würden sich die Mitarbeiter des Zugangsanbieters bei der Durchführung der Abgleichmaßnahme nach § 206 StGB strafbar machen.

In der Konsequenz bedeutet dies für die diskutierten Warnhinweisverfahren und auch das sogenannte "vorgerichtliche Mitwirkungsmodell" dass es bereits an der erforderlichen Rechtsgrundlage zur Durchführung der Abgleichung (IP-Adressen mit Kundendaten) fehlt. Hierzu wäre eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich bei IP-Adressen um besonders sensible Verkehrsdaten handelt, die die näheren Umstände der Kommunikation offenbaren. Denn für die Identifizierung des Inhabers einer IP-Adresse müssen die Zugangsanbieter die entsprechenden Verbindungsdaten ihrer Kunden sichten und auf Kommunikationsvorgänge zugreifen, die vom Schutzbereich des Art. 10 GG umfasst sind. Angesichts der Grundrechtsrelevanz und dem damit einhergehenden Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis erscheint es verfassungsrechtlich geboten einen Richtervorbehalt vorzusehen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber bei Einführung des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs in § 101 UrhG das Erfordernis einer richterlichen Anordnung vorgesehen. Der Richtervorbehalt ist ein elementares Instrument eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Aus verfassungsrechtlichen Gründen müsste daher für die Etablierung von Warnhinweisverfahren und auch bei dem so genannten "vorgerichtliche Mitwirkungsmodell" neben einer entsprechenden Rechtsgrundlage auch zwingend ein Richtervorbehalt vorgesehen werden.

▪ zu Frage 10)

ACTA (Anti Counterfeiting Trade Agreement) ist ein internationales Abkommen zum Schutz und zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Das Abkommen wird bereits seit 2008 verhandelt. Im Zuge der Verhandlungen hat der Vertragstext zahlreiche Änderungen erfahren, der zwischen den Vertragsparteien abgestimmte Vertragstext wurde Ende 2011 veröffentlicht.

Hauptanwendungsbereich des ACTA Abkommens ist die klassische Produkt- und Markenpiraterie. Weiterhin wird in Abschnitt 5 des ACTA-Abkommens der Anwendungsbereich auf die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im digitalen Umfeld erweitert.

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs wird von eco kritisch bewertet, da damit Maßnahmen zur Bekämpfung der klassischen Produkt- und Markenpiraterie (Offline-Bereich) unreflektiert auf den Internetsektor und das digitale Umfeld übertragen werden (Online-Bereich). Ein wesentliches Problem sind hierbei die in dem ACTA-Abkommen genannte "Einschränkung der Haftungsregelung" für Internet-Diensteanbieter (vgl. Art. 27 Abs. 2 Fußnote 1) und "Förderung von Kooperationsbemühungen" (vgl. Art. 27 Abs. 3). Intendiert sind damit die Beschränkung der bestehenden Haftungsregelungen für Internetprovider sowie die Etablierung von Rechtsmitteln gegen Internetprovider um diese zur Rechtsdurchsetzung in die Pflicht zu nehmen. Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass diese Maßnahmen in Art 27 Abs. 2 Fußnote 1 lediglich "beispielhaft" genannt werden, und dementsprechend die Aufzählung nicht abschließend ist, sondern darüber hinaus noch weitergehendere Maßnahmen zur Inpflichtnahme der Internetprovider angedacht werden können. In diesem Kontext ist auch die in Art. 27 Abs. 3 genannte "Förderung von Kooperationsbemühungen" zu sehen. Im Kern bedeutet dies, dass die unterzeichnenden Staaten auf

Rechteinhaber und Internetprovider ein- und hinwirken sollen, damit diese "freiwillige" Vereinbarungen zur Rechtsdurchsetzung eingehen. Im Wesentlichen wird damit in höchstproblematischer Weise der Versuch unternommen ein System der Anreizregulierung für die Inpflichtnahme der Internetprovider zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im digitalen Umfeld zu etablieren. Dies hat eine Privatisierung der Rechtsdurchsetzung zur Folge. Hinzu kommt, dass im Wege so genannter "freiwilliger Kooperationsvereinbarungen" außergesetzliche bzw. nichtnormierte Verfahren und Maßnahmen ergriffen und etabliert werden könnten, die der nationale Gesetzgeber aus politischen oder rechtsstaatlichen Erwägungen in einem Gesetzgebungsverfahren nicht normieren kann oder will. Ein weiteres Problem so genannter Kooperationsvereinbarungen besteht darin, dass diese lediglich einer eingeschränkten rechtsstaatlichen Kontrolle und gerichtlichen Überprüfung zugänglich sind.

Aufgrund der insgesamt sehr abstrakten Formulierungen des ACTA-Abkommens im Bereich der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im digitalen Umfeld ist davon auszugehen, dass abgestufte Warnhinweisverfahren bzw. auch das "vorigerichtliche Mitwirkungsmodell" als in Frage kommende Kooperationsmöglichkeiten auch im Kontext von ACTA zu diskutieren sind.

▪ zu Frage 11)

Der Versand von Warnhinweisen ist bereits nach bestehender Rechtslage auf Basis des in § 101 Abs. 1, 9 UrhG geregelten zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs problemlos möglich.

Nach Prüfung durch ein Gericht erhalten die Rechteinhaber die Kontaktdaten der mutmaßlichen Rechtsverletzer. Es steht den Rechteinhabern somit frei, selbständig entsprechende Warnhinweise anstelle kostenintensiver Abmahnungen zu versenden. Zudem ist das Verfahren nach § 101 UrhG durch den vorgesehenen Richtervorbehalt rechtsstaatlich normiert und abgesichert. Auf Basis des richterlichen Beschlusses ermittelt der Internetzugangsanbieter die zu einer IP-Adresse gehörenden Bestandsdaten des Anschlussinhabers und erteilt hierüber Auskunft. Einer weitergehenden zusätzlichen Inpflichtnahme der Internetzugangsanbieter für den Versand von Warnhinweisen bedarf es nicht.

Aus Sicht der Internetwirtschaft ist nicht nachvollziehbar warum die Rechteinhaber von der bereits bestehenden Möglichkeit zum Versand von Warnhinweisen anstelle von kostenintensiven Abmahnungen keinen Gebrauch machen obwohl alle Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

▪ zu Frage 12)

Neben der Etablierung eines abgestuften Warnhinweis- und Sanktionierungsverfahrens haben die Verbände der Rechteinhaber bereits sehr konkrete Vorstellungen von weitergehenden Instrumentarien und Sanktionsmitteln zur Durchsetzung ihrer Rechte.

In dem vom 3. Mai 2011 datierten Dialogpapier werden zur Bekämpfung der Internetpiraterie von den Rechteinhabern zusätzlich zu einem sanktionierten Aufklärungs- und Warnhinweisverfahren der Einsatz technischer Maßnahmen wie die Sperrung von Internetinhalten (z.B. www-blocking), die Blockierung und Filterung von Internetverkehr (z.B. P2P-Filtering) sowie die Vorhaltung und Speicherung von Verbindungs- und Kommunikationsdaten für die Ermittlung und Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet gefordert.³

¹ Le Figaro, abrufbar unter <http://blog.lefigaro.fr/technotes/2010/12/74-millions-de-francais-ont-visite-megaupload-en-novembre.html>

² European Commission Staff Working Paper on Online services, including ecommerce, in the Single Market, S. 51, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/communication2012/SEC2011_1641_en.pdf

³ Dialogpapier der Rechteinhaber, abrufbar unter: https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Presse/Publikationen/Kurzfassung_Dialogpapier.pdf