

An das  
Bundesministerium für Justiz  
z.Hd. Mag. Katharina Reitmayr  
Ministersekretariat  
Museumstraße 7  
1070 Wien

per E-Mail  
[katharina.reitmayr@bmj.gv.at](mailto:katharina.reitmayr@bmj.gv.at)

Wien, am 27.09.2012

## **ISPA-STELLUNGNAHME BETREFFEND DAS ARBEITSPAPIER DES BUNDESMINISTERIUMS FÜR JUSTIZ ZUR RECHTSDURCHSETZUNG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit dem Arbeitspapier des Bundesministeriums für Justiz zur Rechtsdurchsetzung wie folgt Stellung zu nehmen:

Die ISPA ist erfreut über die Gelegenheit zu diesem wichtigen Thema Stellung nehmen zu dürfen und bedankt sich an dieser Stelle bei Frau Bundesministerin Dr. Beatrix Karl und dem Bundesministerium für Justiz hierfür.

Die ISPA befasst sich als gemeinnütziger Verein zur Förderung des Internets bereits seit 1997 mit netzpolitischen Themen. Als Dachverband der Internetwirtschaft betrachtet die ISPA die Nutzung des Internets als entscheidende Kulturtechnik und nimmt die sich daraus ergebende gesellschaftspolitische Verantwortung wahr.

Die ISPA möchte betonen, dass die legalen Möglichkeiten urheberrechtlich geschützte Inhalte über das Internet zu konsumieren für NutzerInnen in Österreich überaus rar sind. Die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen mit Hilfe eines neu geregelten Auskunftsanspruchs bleibt daher, bis die von KonsumentInnen nachgefragten Inhalte legal und einfach auch über das Internet erhältlich sind, eine reine Symptombekämpfung. Ebenso wie NutzerInnen, die mit Maßnahmen wie stringenten Kopierschutz oder Länderbeschränkungen seit Jahren eingeschränkt werden, leiden auch die Internet Service Provider (ISPs) unter den anhaltenden Konflikten zwischen Urhebern, den großen Labels sowie Verwertungsgesellschaften. Die ISPs werden zunehmend bedrängt, die Aufgabe einer Art „Privatexekutive“ bzw. die Rolle des „Hilfssheriffs“ zu übernehmen, welcher auf eigene Kosten<sup>1</sup> beispielsweise Websperren einführen soll, um so ein veraltetes Geschäftsmodell zu stützen.

---

<sup>1</sup> vgl Fall Scarlet Extended: EuGH, 24.11.2011, C-70/10, Rn 28.

Gemäß dem Entwurf sollen Verkehrsdaten, deren Verarbeitung zu Auskunftszwecken aus gutem Grund einzig und allein der Strafrechtspflege vorbehalten sind, in Hinkunft auch für zivilrechtliche Auskunftsansprüche zur Verfügung stehen. Die ISPA möchte an dieser Stelle zudem darauf hinweisen, dass mit der Beauskunftung von Verkehrsdaten für zivilrechtliche Zwecke ein bedeutender Paradigmenwechsel in der österreichischen Rechtsordnung stattfinden würde. Die ISPA ersucht daher, die Gefahr einer schleichenden Ausweitung des Auskunftsanspruchs vom Urheberrecht ausgehend für weitere zivilrechtliche Ansprüche (wie beispielsweise dem Mietrecht, Eherecht) im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu berücksichtigen und hintanzuhalten. Ein diesbezüglicher „Dammbruch“ könnte das Recht auf Datenschutz und das Recht auf Privatleben schrittweise aushebeln. Eine derart grundlegender rechtsstaatlicher Umdenkprozess und die damit verbundene gesellschaftspolitische Entscheidung sollte zudem möglichst breit und öffentlich diskutiert werden, um allen Beteiligten die Reichweite dieses Schrittes zu verdeutlichen.

Darüber hinaus sieht die ISPA zahlreiche Herausforderungen im Zusammenhang mit dem präsentierten Arbeitspapier.

## **1. Die Einführung einer neuen Speicherverpflichtung birgt die Gefahr großer Rechtsunsicherheit in sich**

Die ISPA möchte an dieser Stelle darauf hinweisen, dass das TKG 2003<sup>2</sup> jene Fälle in denen die Durchbrechung des Kommunikationsgeheimnis nach § 93 TKG 2003, welcher die Umsetzung des Art 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>3</sup> darstellt und die einfachgesetzliche Ausgestaltung von Art 10a StGG<sup>4</sup> ist,<sup>5</sup> in § 93 Absatz 3 abschließend aufzählt.

§ 99 Abs. 1 TKG 2003 enthält ein grundsätzliches Speicherverbot sowie eine Lösungsverpflichtung von Verkehrsdaten. Die wenigen Ausnahmen hiervon sind im TKG 2003 abschließend aufgezählt.<sup>6</sup> Eine ausdrücklich aufgeführte Ausnahme ist die Vorratsdatenspeicherung nach § 102a Abs. 1a TKG 2003, welche dem ausschließlichen Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten dient.

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003) BGBl I 70/2003 idF BGBl I 102/2011.

<sup>3</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABi L 201/2002, 37 idF ABi L 337/2009, 11.

<sup>4</sup> Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (Staatsgrundgesetz), RGBl 142/1867 idF 684/1988.

<sup>5</sup> *Ruhle/Freund/Kronegger/Schwarz*, Das neue österreichische Telekommunikations- und Rundfunkrecht (2004) 472.

<sup>6</sup> „§ 99. (1) Verkehrsdaten dürfen außer in den in diesem Gesetz geregelten Fällen nicht gespeichert oder übermittelt werden [...]“

Aus Sicht der ISPA würde es, sofern die im Arbeitspapier vorgesehene Speicherpflicht im Urheberrechtsgesetz eingeführt würde, zu einem Normkonflikt zwischen den einfachen Bundesgesetzen TKG 2003 und UrhG kommen. Die ISPA weist auf diese Gefahr hin und ersucht das BMJ aus Gründen der Rechtssicherheit, das im TKG 2003 normierte Speicherverbot angemessen zu berücksichtigen.

## **2. Die Beauskunftung sollte auf einen „Use-case“ beschränkt werden, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren**

Im Arbeitspapier wird in dem geplanten § 87b Abs. 3 UrhG pauschal der Begriff „Daten“ verwendet, welcher in Folge nicht näher definiert wird. Gemäß Absatz 3 sollen diese einerseits der Ermittlung der Identität des Verletzters dienen, andererseits überhaupt die Feststellung des Verletzters ermöglichen.

Die ISPA möchte darauf hinweisen, dass „*die zur Feststellung des Verletzters erforderlichen Auskünfte*“ eine sehr unklare Begrifflichkeit darstellt. Dies könnte bei einer weiten Auslegung sogar Standortdaten bzw. Bewegungsprofile sowohl in der realen Welt (etwa um Vertriebswege und andere Beteiligte auszuforschen) also auch im Internet inkludieren. Letzteres wäre ein eklatanter Grundrechtseingriff, der sogar über die derzeit im Rahmen der Strafrechtspflege eingesetzten zulässigen Maßnahmen hinausgehen würde.<sup>7</sup>

Um diese Gefahr hintanzuhalten und generell Missbrauch zu erschweren, schlägt die ISPA daher vor, die Anwendungsfälle auf den am häufigsten vorkommenden Fall zu begrenzen: Die Beauskunftung der zu einer IP-Adresse (unter Angabe eines bestimmten Zeitpunkt und der Zeitzone) gehörenden Stammdaten eines Teilnehmers, nach Vorbild des § 76a Abs 2 Z 1 StPO<sup>8</sup>. Diese Vorgangsweise würde gleichzeitig den Anforderungen der Datensparsamkeit, der Verhältnismäßigkeit sowie der Achtung der Privatsphäre entgegenkommen.

## **3. Die Abwägung der Verhältnismäßigkeit muss den europarechtlichen Vorgaben genügen**

Der EuGH hat in seiner richtungsweisenden Entscheidungen zu Bonnier<sup>9</sup> festgestellt, dass eine Speicherung von Daten iSd Vorratsdatenrichtlinie<sup>10</sup> ausschließlich für die Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten erlaubt ist und nur an die

---

<sup>7</sup> ErlRV 1074 BlgNR XXIV. GP, 21.

<sup>8</sup> Strafprozeßordnung 1975 (StPO) BGBl 631/1975 idF BGBl I 61/2012.

<sup>9</sup> EuGH, 19.4.2012, C-461/10 (Bonnier).

<sup>10</sup> Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABI L 105/2006, 54.

zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden dürfen.<sup>11</sup> Dies bedeutet, dass Vorratsdaten unter keinen Umständen für die Zwecke der Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen verwendet werden dürfen.

Darüber hinaus verdeutlichte der EuGH, dass eine anderweitige Speicherverpflichtung von Verkehrsdaten zu einem anderen Zweck den Anforderungen des Art 15 Abs 1 der RL 2002/58/EG genügen muss. Dies bedeutet, dass eine eventuelle neue Speicherverpflichtung von personenbezogenen Daten in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, verhältnismäßig und angemessen sein und ihre Dauer begrenzt werden muss.

Weiter legte der EuGH die Anforderungen fest, die nationale Rechtsvorschriften, die eine solche Speicherverpflichtung und Beauskunftung von personenbezogenen Daten zum Zweck des Urheberrechtsschutz vorsehen, erfüllen müssen, um, *„grundsätzlich geeignet [zu sein] ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des dem Urheberrechtsinhaber zustehenden Rechts des geistigen Eigentums und dem Schutz personenbezogener Daten, den ein Internetteilnehmer oder –nutzer genießt, sicherzustellen.“*<sup>12</sup>

Der EuGH führt diesbezüglich aus, dass die Weitergabe von Daten im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vorgesehen wurde. Ausschlaggebend für die grundsätzliche Geeignetheit der nationalen Normen sei zudem, dass deutliche Anhaltspunkte für die Verletzung des Urheberrechts an einem Werk vorliegen mussten, die Auskunft weiters geeignet sein musste, die Untersuchung der Urheberrechtsverletzung zu erleichtern und eine Interessensausgleich zwischen den Urheberrechtsinhaber/Auskunftswerber und allen sonstigen entgegenstehenden Interessen sowie demjenigen, gegen den sich die Anordnung richtet, stattfand.<sup>13</sup>

Schließlich sei es dem nationalen Gericht nach Antrag einer klagebefugten Person vorbehalten, *„die Weitergabe personenbezogener Daten anzuordnen, anhand der Umstände des Einzelfalls und unter der gebührenden Berücksichtigung der sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Erfordernisse eine Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen vorzunehmen.“*<sup>14</sup>

Die ISPA weist daher darauf hin, dass es zweifelhaft ist, ob die im Arbeitspapier vorgesehene Einschränkung des gerichtlichen Auftrags für die Verwendung von Verkehrsdaten, dem Anforderungskatalog der Bonnier-Entscheidung genügen würde.

Der Auskunftswerber muss gemäß EuGH zudem den Weg des Gerichtsverfahrens beschreiten. Hiermit stimmt die ISPA überein, da eine Abwägung nach den Umständen des Einzelfalls, der Angemessenheit, sowie ein Interessensausgleich zwischen allen Beteiligten ansonsten nicht möglich wäre. Auch sollte es daher dem Richter freigestellt werden, ob eine

<sup>11</sup> EuGH, 19.4.2012, C-461/10 (Bonnier) Rn 37-44.

<sup>12</sup> EuGH, 19.4.2012, C-461/10 (Bonnier) Rn 60.

<sup>13</sup> EuGH, 19.4.2012, C-461/10 (Bonnier) Rn 58.

<sup>14</sup> EuGH, 19.4.2012, C-461/10 (Bonnier) Rn 59.

mündliche Verhandlung zur Erfüllung dieser Auflagen dienlich ist oder nicht. Dies würde zudem den notwendigen Datenschutz und die Datensicherheit gewährleisten, da Auskunftsanfragen nur über Gericht abgewickelt werden und den Providern kein zusätzliches Haftungsrisiko für unzulässige Beauskunftungen aufgebürdet werden würde. Vor allem kleine Provider sind weder personell noch ressourcentechnisch in der Lage, eine derartig schwierige Grundrechtsabwägung vorzunehmen.

#### **4. Die Speicherdauer von Daten zum Zweck der Auskunft nach § 87b UrhG darf jene zum Zweck der Verfolgung schwerer Straftaten nicht überschreiten**

Die ISPA weist darauf hin, dass die Speicherdauer von personenbezogenen Daten gemäß Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG begrenzt sein muss. Ob die Speicherung von Daten gemäß des geplanten § 87 Abs 3 UrhG „für die Dauer eines innerhalb dieser Frist anhängig gemachten Rechtsstreits“ dieser Begrenzungspflicht nachkommt, darf bezweifelt werden, da sich ein Rechtsstreit oft über mehrere Jahre hinziehen kann.<sup>15</sup>

Selbst die Vorratsdatenspeicherung zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten nach der RL 2006/24 ist europarechtlich gemäß Art 6 auf zwei Jahre begrenzt.

#### **5. Das Geschäftsmodell von „Abmahnanwälten“ muss wirksam verhindert werden**

Die ISPA ist erfreut, dass eine grundsätzliche Begrenzung der Aufwendungen für Rechtsanwälte vorgesehen ist. Dies ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung, um Missbrauch des Justizsystems zu verhindern.

Allerdings stellt die Begrenzung auf „*einfach gelagerte Fälle*“ ein leicht zu umgehendes Kriterium dar. Dies ist zudem kein klar definierter und abgegrenzter Begriff, was weitere Rechtsunsicherheit nach sich ziehen könnte.

Die ISPA weist weiters darauf hin, dass Anwälte, besonders aus dem Ausland, den Auskunftsanspruch nach dem Urheberrecht geltend machen könnten und mit den erhaltenen Auskünften nach anderen Rechtsgründen, wie etwa dem Markenrecht, Mahnungen an die VerletzerInnen ausschicken könnten, um diese Begrenzung zu umgehen.

Weiters könnten selbst € 100,- für ausländische Abmahnanwälte einen Anreiz bieten, massenhaft Abmahnungen zu versenden und so auf die Zahlungen eingeschüchterter Abgemahnter zu hoffen.

---

<sup>15</sup> vgl Prozessdauer im Fall LSG/Tele2 („Mediasentry III“, OGH 14.7.2009, 4 Ob 41/09x): Urteil des HG Wien 21.6.2006, Urteil des OLG Wien 12.4.2007, Beschluss EuGH 19.2.2009, Urteil des OGH 14.7.2009.

Die ISPA ersucht daher, diesen missbräuchlichen Praktiken schon im Gesetzgebungsstadium Einhalt zu gebieten und den Zusatz „in einfach gelagerten Fällen“ zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit zu streichen, sowie die aufgrund dem Auskunftsanspruch des UrhG bekannt gegebenen Stammdaten auf Ansprüche aus dem Urheberrechtsgesetz selbst zu beschränken und keinen Kostenersatz für Anwälte vorzusehen, um so das Geschäftsmodell von Abmahnanwälten hintanzuhalten.

## **6. Eine neue Speicherverpflichtung von Verkehrsdaten muss stringenten Sicherheitskriterien unterliegen**

Schon bei der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten nach der RL 2006/24/EG wurde auf strengste Sicherheits- und Protokollverpflichtungen geachtet, damit „die speicherungspflichtigen Anbieter sicherstellen können, dass nur besonders ermächtigte Personen Zugang zu diesen Daten haben.“<sup>16</sup> Nach diesen strikten Auflagen darf beim Provider ausschließlich gemäß dem 4-Augen-Prinzip und auf Anordnung des Staatsanwaltes auf die Daten zugegriffen werden, dies muss revisionssicher protokolliert werden und Verlust, Veränderung oder Verfälschung der Daten hintangehalten, sowie die Vollständigkeit gewährleistet werden.<sup>17</sup>

All dies wurde im Rahmen der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherung zur Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten in der Datensicherheitsverordnung<sup>18</sup> näher ausgestaltet und ausgeführt. Die ISPA fordert diese Auflagen auch für eine allfällige Datenspeicherverpflichtung aufgrund des geplanten § 87 Abs 3 UrhG zu übernehmen, um ein einheitlich hohes und europaweit vorbildhaftes Datenschutzniveau zu erhalten, Missbrauch hintanzuhalten und die Verhältnismäßigkeit zu wahren.

## **7. Der Kostenersatz für die Beauskunftung muss näher konkretisiert werden und über eine staatliche Stelle abgewickelt werden**

Aufgrund der schlechten Erfahrungen der Vergangenheit, bei denen die ISPs lange auf ihren Kostenersatz warten bzw. diesen von den Auskunftswerbern auf mühsame Weise einfordern mussten, spricht sich die ISPA dafür aus, diesen über das Gericht, bei dem das Auskunftsverfahren abgewickelt wird, gemeinsam mit den Gerichtsgebühren im Vorhinein einzuheben und mit den ISPs in regelmäßigen Abständen (beispielsweise 2x pro Jahr) auszugleichen.

Eine neue Speicherverpflichtung nach dem UrhG erfordert wiederum Investitionen, die die

---

<sup>16</sup> ErIRV 1074 BlgNR XXIV. GP, 27.

<sup>17</sup> ErIRV 1074 BlgNR XXIV. GP, 27f.

<sup>18</sup> Verordnung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Datensicherheit (Datensicherheitsverordnung TKG-DSVO) BGBl II 402/2011.

ISPs in vollem Umfang abgegolten bekommen sollten, da diese neue Speicherverpflichtung nicht dem hoheitlichen Ziel der Strafrechtspflege dient, sondern der Verfolgung von privatrechtlichen Ansprüchen.

## **8. Missbräuchliche Anfragen sollen strafbewehrt werden**

Da die Beauskunftung von bisher ausschließlich der Strafrechtspflege vorbehaltenen Daten gemäß dem Arbeitspapier in Hinkunft auch aufgrund des Zivilrechts möglich werden soll, erhöht sich die Anzahl der Auskunftsberechtigten und somit auch das Risiko des Missbrauchs. Dies speziell deshalb, da in Hinkunft nicht mehr nur hoheitliche Behörden und Gerichte auskunftsberechtigt wären, sondern auch Privatpersonen.

In Deutschland drohte beispielsweise eine Anwaltskanzlei damit, die Namen von KonsumentInnen von widerrechtlich öffentlich zugänglich gemachten Erotikfilmen, die sie über ein Tauschportal bezogen hatten, öffentlich zu machen und diese so vorab dieser Veröffentlichung zu Zahlungen zu bewegen.<sup>19</sup>

Diese und andere Varianten des Missbrauchs werden in jenem Moment ermöglicht, in dem zu dem Wissen, welche IP-Adressen ein bestimmtes, sensibles, Internetangebot besuchen, die Kenntnis von Namen und Anschrift der AnschlussinhaberInnen dieser IP-Adressen tritt.

Die ISPA fordert daher, Auskunftsbegehren ausschließlich zwischen Providern und Gerichten abzuwickeln. Die eigentliche Datenweitergabe zwischen Gericht und Auskunftswerber soll zwischen diesen Akteuren stattfinden.

Des Weiteren müssen missbräuchlich geltend gemachte Auskunftsansprüche jedenfalls mit Verwaltungsstrafe bedroht sein. Nur so kann ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet werden und Missbrauch verhindert werden.

---

<sup>19</sup> Süddeutsche.de vom 29.8.2012, Porno-Pranger im Internet, <http://www.sueddeutsche.de/75t38e/804070/Porno-Pranger-im-Internet.html>.

Zusammenfassend bestehen nach Ansicht der ISPA zahlreiche Herausforderungen, die sich aus der im Arbeitspapier vorgesehenen Umsetzung eines Auskunftsanspruches zu Zwecken der Durchsetzung von urheberrechtlichen Ansprüchen ergeben. Zunächst darf eine neue Speicherverpflichtung von Verkehrsdaten, die im UrhG statuiert werden soll, keinesfalls im Widerspruch zum TKG stehen, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Die Beauskunftung von Verkehrsdaten muss sowohl im TKG als auch im UrhG eindeutig und kohärent geregelt werden. Weiters weist die ISPA darauf hin, dass den europarechtlichen Erfordernissen der Angemessenheit, der Verhältnismäßigkeit und dem Interessensausgleich im Einzelfall nur durch ein Verfahren vor Gericht Genüge getan werden kann. Um Missbrauch hintanzuhalten und das in Österreich übliche hohe Datenschutzniveau einzuhalten, sollte die Speicherung und Übermittlung der, aufgrund der allfälligen neuen Speicherverpflichtung gespeicherten, Verkehrsdaten nach dem Vorbild der DSVO erfolgen. Die so ermittelten Stammdaten sollen zudem ausschließlich im Wege des Gerichts an den Auskunftswerber übermittelt werden. Keinesfalls darf die Einführung eines derzeit systemfremden Auskunftsanspruches für zivilrechtliche Belange durch schleichende Ausweitung zu einem grundrechtlichen „Dambruch“ führen.

Für Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

ISPA Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert

Generalsekretär

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