

ÖBL

[Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht]

Beitrag	268	Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch gegen Access-Provider: ein „Pyrrhus-Anspruch“?! Christina Sofokleous und Max W. Mosing
Leitsätze	273	Nr 156 – 172
Rechtsprechung	276	W.-Klaviere Eigenherstellung/Herstellung im Inland; Grundlegendes zum System der UWG-Nov 2007
	282	Prominentenbildnisse Klage wegen Veröffentlichung fremder Bildnisse
	287	Das beste Wachstum Irreführende Werbung mit Zuwachsraten
	295	Roter Koffer Zur Schutzfähigkeit von Farbmarken
	306	Adidasstreifen III Zum Freihaltebedürfnis gegenüber dem Schutzzumfang einer Bildmarke

September 2008

05

MANZ 

Herausgeber
Österreichische Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung
Lothar Wiltschek
Helmut Gamerith
Walter Holzer

ISSN 0029-8921

Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch gegen Access-Provider: ein „Pyrrhus-Anspruch“?!

ÖBI 2008/55

§ 87b UrhG;
§ 99 TKG;
§ 13 ECG

EuGH 29. 1. 2008,
C-275/06 –
Promusicae;
OGH 13. 11. 2007,
4 Ob 141/07 z
(EuGH C-557/07)
– Vermittler

urheber-
rechtlicher
Auskunfts-
anspruch;

Access-Provider;

dynamische
IP-Adresse;
Flat-Rate

Sowohl der OGH als auch der EuGH haben sich aktuell mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit Access-Provider verpflichtet sind bzw vom Gesetzgeber verpflichtet werden können/müssen, Urheberrechteinhabern Auskunft zu geben, wenn von den Rechteinhabern aufgrund von Urheberrechtsverletzungen die Daten von Nutzern von dynamischen IP-Adressen zu einem gewissen Zeitpunkt verlangt werden. Es gilt, die Bestimmungen über den Schutz geistigen Eigentums, über den elektronischen Geschäftsverkehr sowie über den Datenschutz in Einklang zu bringen. Ergebnis könnte sein, dass der Auskunftsanspruch dem Grunde nach besteht, aber in praktisch wichtigen Fällen mangels „rechtmäßiger Daten“ keine Auskunft erteilt wird.

Von **Christina Sofokleous** und **Max W. Mosing**

Inhaltsübersicht:

- A. Urheberrechtlicher Anspruch auf Auskunft
 1. Haftung und Auskunftspflicht des Vermittlers
 2. Aktiv- und Passivlegitimation
- B. EuGH und OGH: Auskunft bei dynamischen IP-Adressen?
 1. EuGH: *Promusicae*-Urteil
 2. OGH: Vorabentscheidungsfragen
 3. OGH: Unterschied zu *Promusicae*
- C. Schlüsse aus dem *Promusicae*-Urteil
 1. Access-Provider als Vermittler
 2. Auskunftspflicht und Verhältnismäßigkeit
 3. Auskunftspflicht vs (telekommunikationsrechtlicher) Datenschutz
 4. Auskunftsanspruch als „Pyrrhus-Anspruch“?!

A. Urheberrechtlicher Anspruch auf Auskunft

Im UrhG¹⁾ wurde schon 1990²⁾ ein zivilrechtlicher „Anspruch auf Auskunft“ in Kraft gesetzt. Der Anspruch wurde iZm Parallelimporten von Schallträgern eingeführt, doch in den folgenden Novellen mehrfach erweitert. Mit der EnforcementRL³⁾ wurde ein Auskunftsanspruch gegenüber dem „Vermittler“ festgelegt; die urheberrechtliche Umsetzung erfolgte in Österreich in § 87b Abs 3 UrhG – ob richtlinienkonform ist derzeit Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens (vgl B.2.).

§ 87b Abs 3 UrhG normiert, dass ein Vermittler dem in seinen Urheberrechten Verletzten auf dessen schriftliches und ausreichend begründetes Verlangen Auskunft über die Identität des Verletzers (Name und Anschrift) beziehungsweise die zur Feststellung des Verletzers erforderlichen Auskünfte zu geben hat. Im Auskunftsverlangen sind insb hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverlet-

zung begründenden Tatsachen aufzunehmen. Das Gesetz sieht eine Gegenleistung für die Auskunft vor, sodass der Verletzte dem Vermittler die angemessenen Kosten der Auskunftserteilung zu ersetzen hat.⁴⁾

1. Haftung und Auskunftspflicht des Vermittlers

Zum Begriff des „Vermittlers“ verweist § 87b Abs 3 UrhG auf § 81 Abs 1a UrhG. Dieser normiert seit der Nov 2003⁵⁾ unter bestimmten Umständen einen Unterlassungsanspruch gegen den Vermittler. Der explizite Unterlassungsanspruch wurde als notwendig erachtet, weil eine Gehilfenhaftung des Vermittlers nur bei bewusster Förderung des unmittelbaren Täters in Betracht käme, sohin bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis aufgrund Verletzung von Prüfpflichten der Tatumstände, welche die Rechtswidrigkeit begründen, und Vorliegen der technischen Möglichkeit, ein solches Verhalten zu unterbinden.⁶⁾ Obschon von der InfoRL,⁷⁾ deren

1) BG über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl 1936/111 idF BGBl I 2006/81.

2) § 87b UrhG idF Urheberrechtsgesetznovelle 1988 (UrhGNov 1988), BGBl 1988/601.

3) RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABi L 2004/157, 45 idF ABi L 2004/195, 16.

4) Nach dem Bericht des Justizausschusses 2006 sei auf die zu § 94 Abs 2 TKG 2003 ergangene ÜberwachungskostenV Bedacht zu nehmen; unter Anwendung der Art 8 und 12 dieser V habe die Judikatur einen Kostenersatz in der Höhe von EUR 102,84 für den Aufwand als angemessen zugebilligt, der für die Bekanntgabe der Daten eines Kunden entstand, dem an einem bestimmten Tag für eine knappe halbe Stunde eine IP-Adresse zugeordnet war.

5) Urheberrechtsgesetz-Novelle 2003 (UrhG-Nov 2003), BGBl I 2003/32.

6) *Ofner* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, § 81 UrhG, Pkt 8.5.

7) RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABi L 2001/167, 10 idF ABi L 2002/6, 71.

Umsetzung die Nov 2003 galt, nicht gefordert, führte der österr Gesetzgeber neben den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen schon damals den Anspruch „auf Information über die Identität des Verletzers“ ergänzend ein.⁸⁾ Im Zuge der Umsetzung der EnforcementRL musste der „bedingungslose“ Auskunftsanspruch aber insoweit eingeschränkt werden, als er nur auf schriftliches Verlangen mit einer ausreichenden Begründung, die insb hinreichend konkretisierte Angaben über die den Verdacht der Rechtsverletzung begründenden Tatsachen enthält, zu gewähren ist.

Während der Vermittler „nur“ unter den allgemeinen Voraussetzungen des UrhG sowie bei Wegfall der in §§ 13 ff ECG⁹⁾ normierten Haftungsprivilegien haftet¹⁰⁾ bzw gem § 81 Abs 1 a UrhG erst nach Abmahnung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann,¹¹⁾ bestehen für den Auskunftsanspruch keine solchen Voraussetzungen.¹²⁾ Ein begründetes Verlangen reicht aus, um die Auskunft erteilt zu erhalten;¹³⁾ der Anspruch ist an keine weitere Voraussetzung geknüpft, insb nicht, ob die Rechtsverletzung für den Provider offenkundig war.¹⁴⁾

Aus all dem lässt sich aber der Begriff des „Vermittlers“ nicht klar abgrenzen¹⁵⁾ (vgl Passivlegitimation in A.2. und die erste Vorlagefrage in B.2.).

2. Aktiv- und Passivlegitimation

Anspruch auf Auskunft haben jene, die auch zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen berechtigt sind; das sind Urheber oder Inhaber eines verwandten Schutzrechts oder eines Werknutzungsrechts sowie der in seinen berechtigten Interessen verletzte Abgebildete.¹⁶⁾

Die viel spannenderen – hier interessierenden – Fragen stellen sich aber,

→ (i) unter welchen formalen Voraussetzungen

→ (ii) wer Auskunft zu leisten verpflichtet ist:

Ad (i): Die österr Literatur geht davon aus, dass der Auskunftsanspruch zwar gerichtlich durchsetzbar, jedoch zu dessen Auslösung kein „richterlicher Befehl“ notwendig sei.¹⁷⁾

Ad (ii): Nach der österr Literatur sind Host-Provider jedenfalls und nach der überwiegenden Ansicht auch bloße Access-Provider¹⁸⁾ zur Auskunft verpflichtet.¹⁹⁾ Wie unter A.1. angesprochen, verweist § 87 b Abs 3

UrhG zum Begriff des „Vermittlers“ auf § 81 Abs 1 a UrhG, welcher seinerseits aber keine Definition des Vermittlers enthält. Aus § 41 a UrhG kann zwar auf das „Umfeld“ des Vermittlers geschlossen werden, indem die vorübergehende Vervielfältigung für zulässig erklärt wird, wenn ua „*ihr alleiniger Zweck die Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler*“ ist, doch lässt sich daraus keine Definition des Vermittlers ableiten.

Zur Abgrenzbarkeit trägt auch nicht bei, dass § 16 b UrhG iZm dem Folgerecht einen anderen Begriff als „Vermittler“ anspricht.

Jedenfalls müssen sich der OGH und der EuGH auch mit dem Begriff, nämlich insb ob er Access-Provider umfasst, auseinandersetzen.

B. EuGH und OGH: Auskunft bei dynamischen IP-Adressen?

1. EuGH: *Promusicae*-Urteil

Der EuGH nahm am 29. 1. 2008 zu C-275/06 (*Promusicae*)²⁰⁾ betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen eines spanischen Gerichts zu den in A.2. angesprochenen Fragen ansatzweise Stellung: Die europarechtlichen Grundlagen würden es den MS im Hinblick auf einen effektiven Schutz des Urheberrechts nicht gebieten, die Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen. Die MS seien jedoch dazu verpflichtet, sich bei der Umsetzung auf eine Auslegung zu stützen, die ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherstellt und nicht mit anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert.

Das Ersuchen erging in einem Rechtsstreit zwischen Productores de Música de España (*Promusicae*) und der Telefónica de España SAU. Die Telefónica weigerte sich, personenbezogene Kundendaten über die Nutzung des Internets (hier „Tauschnetzwerk KaZaA“) an *Promusicae*, die im Namen der ihr angehörenden Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums handelt, weiterzugeben. Der EuGH ging bei der Beantwortung davon aus, dass

→ zunächst (a) zu prüfen sei, ob es nach den europarechtlichen Grundlagen ausgeschlossen ist, dass die MS im Hinblick auf die Gewährleistung eines effektiven Schutzes des Urheberrechts eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten vorsehen, die es dem Inhaber eines solchen Rechts ermöglichen soll, eine auf das Vorliegen dieses Rechts gestützte zivilrechtliche Klage zu erheben.

→ Sollte dies nicht der Fall sein, wäre sodann (b) zu prüfen, ob sich unmittelbar ergibt, dass die MS eine solche Pflicht vorsehen müssen.

Der EuGH kommt bei (a) zum Ergebnis, dass die E-CommunicationRL²¹⁾ nicht die Möglichkeit der MS aus-

8) Vgl ErläutRV 2003, abgedruckt in *Dittrich*, Urheberrecht⁵, 477.

9) BG mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden, BGBl I 2001/152.

10) Vgl *Ofner* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, § 81 UrhG, Pkt 8.5.

11) Vgl die sich im Urheberrecht daraus ergebende Einschränkung gegenüber dem ECG, dessen § 19 festlegt, dass die §§ 13 bis 18 ECG die Unterlassungsansprüche – unabhängig von einer Abmahnung – unberührt lassen.

12) *Walter*, Urheberrechtsgesetz 06, § 87 b UrhG, Pkt 4.1.

13) Vgl *Schachter* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, § 87 b UrhG, Pkt 3.3.

14) *Stomper*, Die Folgen der Megasex-Entscheidung – Mitverantwortlichkeit und Auskunftspflicht von Diensteanbietern, RdW 2005, 284.

15) AA *Schanda*, Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten, MR 2007, 213.

16) *Schachter* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, § 87 b UrhG, Pkt 3.2. mwN.

17) *Walter*, Urheberrechtsgesetz 06, § 87 b UrhG, Pkt 4.2. mwN.

18) Darunter werden die Diensteanbieter gem § 13 ECG verstanden.

19) *Schachter* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht, § 87 b UrhG, Pkt 3.2. mwN.

20) MR 2007, 433.

21) RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABI L 2002/201, 27.

schließe, eine Pflicht zur Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen. Zu (b) gehe auf der anderen Seite aus den europarechtlichen Grundlagen nicht hervor, dass die MS verpflichtet wären, im Hinblick auf die Sicherstellung eines effektiven Schutzes des Urheberrechts eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzuschreiben.²²⁾

Unabhängig davon, so der EuGH weiter, werfe das Vorabentscheidungsersuchen die Frage auf, wie die Erfordernisse des Schutzes verschiedener Grundrechte, nämlich zum einen des Rechts auf Achtung des Privatlebens und zum anderen des Eigentumsrechts und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, miteinander in Einklang gebracht werden können. Der EuGH sieht die Mechanismen, die es ermöglichen, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen diesen verschiedenen Rechten und Interessen zu finden, zum einen in den betroffenen Richtlinien enthalten und zum anderen müssen diese Mechanismen aus dem Erlass nationaler Regelungen zur Umsetzung dieser Richtlinien durch die MS und aus deren Anwendung durch die nationalen Behörden resultieren.

2. OGH: Vorabentscheidungsfragen

Der OGH hat am 13. 11. 2007 – also noch vor dem *Promusicae*-U des EuGH – ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.²³⁾ Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Die Kl ist eine Verwertungsgesellschaft, welche die Rechte der Tonträgerhersteller sowie die Rechte der ausübenden Künstler treuhändig wahrnimmt. Die Bekl vermittelt den Zugang zum Internet und weist den Nutzern eine (zumeist) dynamische IP-Adresse zu. Die Kl beehrte, der Bekl unter Fristsetzung aufzutragen, jeweils über Namen und Adressen jener Internetanschlussinhaber Auskunft zu erteilen, an die die Bekl konkret bezeichnete IP-Adressen zu den jeweils mit Datum und Uhrzeit angegebenen Zeitpunkten vergeben hatte. Das Erstgericht gab dem Begehren statt, das Gericht zweiter Instanz bestätigte.

Der OGH sprach aus, dass die Bestimmungen über den Schutz geistigen Eigentums und über den elektronischen Rechtsverkehr (Geschäftsverkehr) sowie die Bestimmungen über den Datenschutz zu beachten seien. Nach den europarechtlichen Grundlagen sei „Vermittler“ derjenige, der Werke oder sonstige Schutzgegenstände in einem Netz zwischen Dritten „überträgt“. Angesichts dieser Definition sei zu fragen [Fragen von den Autoren gekürzt]:

→ Ist der Begriff „Vermittler“ so auszulegen, dass er auch einen Access-Provider erfasst, der dem Nutzer nur den Zugang zum Netz durch Zuweisung einer dynamischen IP-Adresse ermöglicht, ihm aber selbst keine Dienste („services“), wie etwa E-Mail, FTP oder einen File-Sharing-Dienst, zur Verfügung stellt und auch keine rechtliche oder faktische Kontrolle über den vom Nutzer verwendeten Dienst ausübt?

Sollte die erste Frage bejaht werden, so sei die Problematik der Vereinbarkeit der Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der Verfolgung zivilrechtlicher Ausschlussrechte mit den zum Datenschutz ergangenen Richtlinien zu lösen, so dass die zweite Frage zu stellen sei:

→ Ist Art 8 Abs 3 der EnforcementRL (einschränkend) dahin auszulegen, dass er die Weitergabe personenbezogener Verkehrsdaten an private Dritte zum Zweck der zivilgerichtlichen Verfolgung bescheinigter Verletzungen urheberrechtlicher Ausschlussrechte (Verwertungs- und Werknutzungsrechte) nicht zulässt?

Die zweite Frage hat den Hintergrund, dass der OGH – entgegen seiner strafrechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 2005²⁴⁾ – nunmehr zu Recht davon ausgeht, dass die von der klagenden Verwertungsgesellschaft beehrte Auskunft zur Verarbeitung (und Weitergabe) von Verkehrsdaten²⁵⁾ und nicht zur Verarbeitung von Stammdaten führe.²⁶⁾ Der OGH verweist idZ auf die Empfehlung der Datenschutzkommission v 11. 10. 2006, GZ K213.000/0005-DSK/2006.²⁷⁾ Bei der Klärung der Identität eines durch seine IP-Adresse und den Zeitpunkt ihrer Vergabe identifizierbaren Teilnehmers würden nämlich erst in einem zweiten Schritt Stammdaten verwendet, wogegen in einem ersten Schritt immer der Zeitpunkt der Verbindung und die benutzte dynamische IP-Adresse – somit Verkehrsdaten – verarbeitet werden müssen.

3. OGH: Unterschied zu *Promusicae*

Der OGH hielt über den Unterschied zum (damals) anhängigen *Promusicae*-Verfahren Folgendes fest: Anders als das spanische Recht sehe der österr Gesetzgeber in § 87b Abs 3 UrhG eine unbeschränkte Auskunftspflicht des Vermittlers von Diensten der Informationsgesellschaft gegenüber dem in seinen Ausschließlichkeitsrechten Verletzten vor. Eine Einschränkung auf strafrechtliche Untersuchungen oder auf Zwecke des Schutzes der öffentlichen Sicherheit oder der nationalen Verteidigung bestehe nicht. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung werde daher der Vermittler zur Auskunftserteilung direkt an den Verletzten selbst auch dann verpflichtet, wenn die Auskunft der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche – wie etwa solcher auf Unterlassung und/oder Schadenersatz – diene.

C. Schlüsse aus dem *Promusicae*-Urteil

1. Access-Provider als Vermittler

Der EuGH nahm – ohne näheres Eingehen auf die Definition – im *Promusicae*-U an, dass

22) *Barbist*, Auskunftspflicht: Streit Provider vs Musikindustrie Reloaded, MR 2007, 415 verweist auf den Umsetzungsspielraum der MS und Fragen des forum shopping, etc.

23) OGH 13. 11. 2007, 4 Ob 141/07 z – *Media Sentry II/Vermittler*, MR 2007, 437 (*Walter*) = ÖBL 2008/33, 150 (*Büchtele*) = wbl 2008, 100; Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs (Österreich) – LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH gegen Tele2 Telecommunication GmbH, Rs C-557/07, ABI C 64/30, 20.

24) OGH 26. 7. 2005, 11 Os 57/05 z – *IP-ADRESSE*, MR 2005, 352 (*Daum*); vgl dazu *Spreitzer-Kropjunik/Mosing in Kucsko* (Hrsg), urheberrecht, § 91 UrhG, Pkt 4.5.5.

25) Vgl zum Begriff *Otto* in *Parschalk/Otto/Weber/Zuser*, Telekommunikationsrecht 217.

26) *Schmidbauer*, Die Metamorphose der Auskunftspflicht, MR 2007, 239 ist der Meinung, dass es sich dabei nicht um Verkehrsdaten, sondern um „Daten eigener Art“ handle.

27) Vgl zum „Kompetenzproblem“ der DSK iZm TKG 2003: *Schanda*, MR 2007, 213; vgl zur mangelnden Bescheidqualität: VwGH 19. 12. 2006, 2006/06/0301, MR 2007, 57 (*Rittler*).

- „Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste,
- Anbieter, die den Zugang zu Telekommunikationsnetzen verschaffen, sowie
- „Hosting-Dienstleister“

unter den Begriff des Vermittlers fallen. Hätte der EuGH Bedenken gehabt, „Anbieter, die den Zugang zu Telekommunikationsnetzen verschaffen“, also Access-Provider, unter den Begriff des Vermittlers gem Art 8 Abs 3 InfoRL zu subsumieren, hätte der EuGH unabhängig von der Formulierung der Vorlagefrage dies wohl aufgegriffen und alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gegeben, um das *Promusicae*-Verfahren entscheiden zu können.²⁸⁾ UE müsste der EuGH somit die erste Vorlagefrage des OGH (s B.2.) bejahen.²⁹⁾

2. Auskunftspflicht und Verhältnismäßigkeit

Aber auch die zweite Vorlagefrage ist aus dem *Promusicae*-U „beantwortbar“: Schon aus der Zitierweise der Richtlinien im Urteil zeigt sich, dass der EuGH keinen „Stufenbau“ zwischen dem effektiven Schutz des Urheberrechts als Teil des Grundrechts auf Eigentum und dem Grundrecht auf Datenschutz annimmt; vielmehr scheint der EuGH die Rechte als gleichwertig zu betrachten, sodass im Einzelfall unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den geschützten Grundrechten herzustellen ist.

Die vom EuGH geforderte Verhältnismäßigkeit³⁰⁾ wurde von den ersten österr Reaktionen³¹⁾ „rein formal“ interpretiert,³²⁾ sodass die Auskunftspflicht nur verhältnismäßig sei, wenn sie durch Gerichte angeordnet wird; das sieht aber § 87 b UrhG gerade nicht vor. UE legt der EuGH die Verhältnismäßigkeitsprüfung – auch entgegen der Generalanwältin – nicht formal, sondern materiell an: Der EuGH stellte sich nämlich in Rz 46 (selbst) die Frage, „ob es [...] ausgeschlossen ist, dass die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung eines effektiven Schutzes des Urheberrechts eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten vorsehen, die es dem Inhaber eines solchen Rechts ermöglichen sollen, eine auf das Vorliegen dieses Rechts gestützte zivilrechtliche Klage zu erheben“. Somit ging der EuGH von einem materiellrechtlichen und nicht verfahrensrechtlichen Anspruch aus, auch wenn er – konkret auf die *Promusicae*-Fragestellung abstellend – in der Antwort auf „im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens“ Bezug nahm. UE hat der EuGH daher keine Bedenken gegen einen klagbaren materiellrechtlichen Anspruch auf Auskunft, der somit auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann;³³⁾ bedingt wird ein solcher Anspruch aber durch die Verhältnismäßigkeit.

Der EuGH stellt bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Wesentlichen auf eine Relation zwischen Ziel und Mittel ab,³⁴⁾ wobei das inhaltlich mit den aus der Rsp der Verfassungsgerichte und des EGMR bekannten Prüfungsschritten übereinstimmt:³⁵⁾ Ist die Maßnahme

- (i) geeignet,
- (ii) das gelindeste Mittel und
- (iii) adäquat, um

- (iv) im öffentlichen Interesse das zulässigerweise verfolgte Ziel zu erreichen?

Legt man die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den urheberrechtlichen Auskunftsanspruch um, sieht der (EU-)Gesetzgeber (iv) den effektiven Schutz des Urheberrechts im öffentlichen Interesse, (i) die Pflicht des Vermittlers als erforderlich und die Auskunft als geeignet, um dieses Ziel zu erreichen. Art 8 EnforcementRL gibt Rahmenbedingungen vor, welche (iii) die Adäquanz iSd Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn sicherstellen sollen, wie insb, dass der Vermittler nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten die Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbrachte und ein begründeter und die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinn) wahrender Antrag des Kl vorliegt und ein Gericht – zumindest schlussendlich – diese Voraussetzungen überprüfen kann. Aus technischer Sicht ist (ii) kein gelinderes Mittel möglich, um die ansonsten anonymen User auszuforschen.

Damit ist Art 8 EnforcementRL wie auch der materiellrechtliche Anspruch nach § 87 b UrhG verhältnismäßig.³⁶⁾ UE ist die Sichtweise, dass durch die Begründung eines materiellrechtlichen Anspruchs unzulässigerweise „die Kontrolle des Gerichtes ausgeschaltet“ werde,³⁷⁾ zu eng: Der Provider mag zwar in einer Zwickmühle zwischen Auskunft und Kundentreue stecken, aber ihm wird als gewerblichem Dienstleister nichts Unangemessenes abverlangt, soweit er nicht andere Pflichten durch die Auskunft verletzt (dazu gleich unten C.3.).

Daher ist aus dem *Promusicae*-U für die Fragen des OGH zu gewinnen, dass die (materiellrechtliche) Pflicht zur Weitergabe personenbezogener Daten zum effektiven Schutz des Urheberrechts nicht ausgeschlossen ist und die Auskunftspflicht alle Vermittler, den Access-Provider eingeschlossen, trifft.

3. Auskunftspflicht vs (telekommunikationsrechtlicher) Datenschutz

Unabhängig davon, dass Art 8 EnforcementRL wie auch § 87 b UrhG verhältnismäßig sind,³⁸⁾ hält Art 8

28) Vgl EuGH 26. 04. 2007, C-392/05 – ALEVICOS.

29) So auch Walter, MR 2007, 442.

30) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist europarechtlich in Art 5 Abs 3 EGV verankert.

31) Schmidbauer, Auskunftspflicht – die österreichischen Fragen sind nicht beantwortet, www.internet4jurists.at/blog/blog2008.htm (Stand 12. 2. 2008); auch in diese Richtung: Lehofer, EuGH zur Weitergabe der IP-Adressen von Filesharern, www.lehofer.at/blog/2008/01/eugh-zur-weitergabe-der-ip-adressen-von.html (Stand 12. 2. 2008); Barbist, MR 2007, 415.

32) Wohl von der GA beeinflusst, vgl in diese Richtung schon Schmidbauer, MR 2007, 239; Haidinger/Schachter, Urheberrechtlicher Auskunftsanspruch im Spannungsverhältnis zum Datenschutz – Anfallsfälle Promusicae und Media Sentry, JUSIT 2008/21 verlangen Strafbarkeit und gerichtliche Anspruchsstellung.

33) AA Haidinger/Schachter, JUSIT 2008/21.

34) Vgl Borowsky in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union² Rz 22 b zu Art 52.

35) Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union 267.

36) Zur Einschränkung, dass dies uE nicht gegeben wäre, wenn die Bestimmungen so ausgelegt werden, dass sie datenschutzrechtlichen Bestimmungen vorgehen, gleich unten.

37) Schmidbauer, www.internet4jurists.at/blog/blog2008.htm (Stand 12. 2. 2008).

38) Walter, MR 2007, 442; Daum, EuGH zur Auskunftspflicht von Internetserviceprovidern, *ecolex* 2008, 200; aA Haidinger/Schachter, JUSIT 2008/21.

Abs 3 EnforcementRL ausdrücklich fest, dass die Auskunftspflicht Bestimmungen, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten regeln, unberührt lässt.³⁹⁾

Selbst wenn der EuGH hinsichtlich der Fragen des OGH – wie die Autoren – zum Ergebnis kommt, dass die materiellrechtliche Auskunftspflicht auch für Access-Provider besteht, bleibt offen, wie dies mit der Verpflichtung nach dem TKG 2003⁴⁰⁾ in Einklang zu bringen ist, wonach der Umfang der gespeicherten Verkehrsdaten auf das unbedingt notwendige Minimum zu beschränken ist.⁴¹⁾ UE nimmt die vom OGH zitierte Empfehlung der Datenschutzkommission die Antwort bei Flat-Rate-Kunden mit dynamischen IP-Adressen vorweg:⁴²⁾ „§ 99 TKG 2003 verpflichtet die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze, Verkehrsdaten, außer in den gesetzlich besonders geregelten Fällen, nach Abschluss der technischen und organisatorischen Abwicklung einer Verbindung im Netz zu löschen oder zu anonymisieren. IP-Adressen sind Zugangsdaten im Sinne des § 92 Abs 3 Z 4 a TKG 2003 und somit Verkehrsdaten im Sinne des TKG 2003. Nur statische IP-Adressen können gleichzeitig auch Stammdaten sein, wenn sie in einem Verzeichnis mit den Identitätsdaten des Teilnehmers verbunden sind.“⁴³⁾ Die Speicherung von dynamisch vergebenen IP-Adressen für Zwecke der Überprüfung einer Fair Use Policy ist für Verrechnungszwecke nicht erforderlich und kann daher hinsichtlich der Zulässigkeit nicht auf § 99 Abs 2 TKG 2003 gestützt werden.⁴⁴⁾

Es mag zwar zu kritisieren sein, dass die DSK sich nicht intensiver mit dem Gesetzesvorbehalt in § 99 TKG 2003 auseinandergesetzt hat,⁴⁵⁾ doch ist es – und darauf stellt der EuGH ab – nicht verhältnismäßig, aus einem (breiten) Auskunftsanspruch eine Speicherpflicht für alle Fälle abzuleiten, um eine Ausnahme aus einer (engen) datenschutzrechtlichen Lösungsverpflichtung zu konstruieren. Daher kann auch die Ansicht des OLG Wien,⁴⁶⁾ wonach es Sache des Providers sei, in geeigneter Weise dafür Sorge zu tragen, dass er seiner gesetzlichen Beauskunftungspflicht im Bezug auf Stammdaten nachkommen kann, nicht aufrechterhalten werden.⁴⁷⁾

Ergebnis wäre, dass der Access-Provider, selbst bei Bestehen des Auskunftsanspruchs nach § 87b UrhG dem Grunde nach, nicht verpflichtet werden kann, entgegen dem § 99 TKG 2003 die Daten zu verwenden, also zu speichern oder an Urheberrechtinhaber zu übermitteln.

4. Auskunftsanspruch als „Pyrrhus-Anspruch“?!

Das sich uE abzeichnende Obsiegen der Verwertungsgesellschaft im Verfahren 4 Ob 141/07z wäre nach der hier vertretenen Ansicht ein „Pyrrhussieg“: Der Auskunftsanspruch besteht zwar dem Grunde nach, aber die Auskunft über die geforderten Daten kann nicht erteilt werden, weil die Daten nicht gespeichert werden dürfen.

Da es sich bei (vermeintlichen) Urheberrechtsverletzungen in Österreich meist um Flat-Rate-Kunden mit dy-

namischen IP-Adressen handeln wird, wäre die praktische Bedeutung des Auskunftsanspruchs stark geschwächt.⁴⁸⁾ Praktisch könnte auch nicht verhindert werden, dass sich Provider fälschlicherweise darauf berufen, alle Daten gelöscht zu haben bzw dass vom Auskunftsbegehren ausschließlich Flat-Rate-Kunden mit dynamischen IP-Adressen betroffen seien.

Auch wenn außerhalb der dynamischen IP-Adressen-Zuordnung und Flat-Rate (theoretische) Fälle der Auskunft verblieben, nämlich wenn eine echte Stammdatenabfrage erfolgt, was nach der Empfehlung der DSK wohl selten der Fall sein wird,⁴⁹⁾ wäre das hier vertretene Ergebnis zum Auskunftsanspruch der zweite „Rückschlag“ für Rechteinhaber im Jahr 2008: Nachdem für die Urheberrechtinhaber zwar das Privatanklageverfahren gerettet,⁵⁰⁾ aber das Vor- bzw Ermittlungsverfahren eingebüßt wurde,⁵¹⁾ müsste man bei dem hier vertretenen Ergebnis als Rechteinhaber zum Auskunftsanspruch sagen: „Noch so ein Sieg und wir sind verloren!“ (Pyrrhus nach dem Sieg über die Römer bei Asculum 279 vChr). Ob daran die Vorratsdatenspeicherung nach Umsetzung der Data-RetentionRL,⁵²⁾ insb im Lichte der angesprochenen Verhältnismäßigkeit, etwas ändern wird, darf bezweifelt werden,⁵³⁾ bleibt aber abzuwarten.⁵⁴⁾

39) UE ist das auch ausschlaggebend dafür, dass die Bestimmungen an sich verhältnismäßig sind.

40) BG mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003), BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2005/133.

41) § 99 TKG 2003 setzt Art 6 RL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmrichtlinie), ABi L 2002/108, 33, um.

42) Vgl zur Diskussion mwN: Schanda, MR 2007, 213.

43) IP-Adressen sind nach den ErläutRV 128 BgNR 22. GP sowohl unter Stammdaten als auch unter Verkehrsdaten iSd § 93 Abs 3 Z 3 TKG 2003 zu subsumieren. Otto in Parschalk/Otto/Zuser/Weber, Telekommunikationsrecht 206, weist darauf hin, dass dynamische IP-Adressen idR bei jeder Verbindung neu zugeteilt und daher nicht als dauerhafte „Stamm-“, sondern bloß als „Verkehrsdaten“ zu qualifizieren sind; dies entspricht wohl der Ansicht des Gesetzgebers, weil nach den ErläutRV individuelle dauerhafte (!) Rufzeichen oder Kennungen zu den Stammdaten zählen.

44) Empfehlung der Datenschutzkommission vom 11. 10. 2006, GZ K213.000/0005-DSK/2006.

45) Schanda, MR 2007, 213.

46) Vgl OLG Wien 12. 4. 2007, 5 R 193/06y – MEDIA SENTRY, MR 2007, 198 (Walter).

47) So auch Haidinger/Schachter, JUSIT 2008/21.

48) UE kann den Access-Providern auch kein Vorwurf gemacht werden, dass bei diesen Kunden die Verkehrsdaten sofort zu löschen sind.

49) Arg: „Nur statische IP-Adressen können gleichzeitig auch Stammdaten sein, wenn sie in einem Verzeichnis mit den Identitätsdaten des Teilnehmers verbunden sind“.

50) Gemäß Begutachtungsentwurf zum StrafprozessreformG sollte die Privatanklage zur Gänze entfallen.

51) Spreitzer-Kropiunik/Mosing in Kucsko (Hrsg), urheber.recht, § 91 UrhG, Pkt 4.5.5.

52) RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 15. 3. 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 2006/105, 54.

53) Schmidbauer, MR 2007, 239; Otto/Seitlinger, Die „Spitzelrichtlinie“ – Zur (Umsetzungs)Problematik der Data Retention Richtlinie 2006/24/EG, MR 2006, 227.

54) Vgl Schanda, MR 2007, 213.

→ In Kürze

Aktuell haben der EuGH und der OGH darüber zu entscheiden, ob Access-Provider verpflichtet sind, Auskunft zu erteilen, wenn von den Rechteinhabern aufgrund von Urheberrechtsverletzungen die Daten von Nutzern von dynamischen IP-Adressen zu einem gewissen Zeitpunkt verlangt werden. Ergebnis ist uE, dass der Auskunftsanspruch dem Grunde nach besteht, aber in praktisch wichtigen Fällen aufgrund des Datenschutzrechts keine Auskunft erteilt werden kann. Ob daran die Umsetzung der Data-RetentionRL, insb im Lichte der vom EuGH angesprochenen Verhältnismäßigkeit, etwas ändern wird, darf bezweifelt werden.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Christina Sofokleous, LL.M., ist Dikigoros (griechische Rechtsanwältin) und beschäftigt sich vorwiegend mit IP/IT-Recht.
E-Mail: sofokleous@eadvice.at

Dr. Max W. Mosing, LL.M., LL.M., ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte in Wien.
E-Mail: m.mosing@gassauer.at

Kontaktadresse: Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH,
Wallnerstrasse 4, 1010 Wien
Tel: (01) 205 206 150
Fax: (01) 205 206 207
Internet: www.gassauer.at

Vom selben Autor erschienen:

Mosing in IT-LAW.AT (Hrsg.), E-Mail: elektronische Post im Recht (2003);

Mosing in Forgó/Feldner/Witzmann/Dieplinger (Hrsg), Probleme des Informationsrechts (2003);
Mosing in Kucsko (Hrsg), urheber.recht (2008).

Literatur:

Dittrich, Urheberrecht⁵;
Schanda, Auskunftspflicht über Inhaber dynamischer IP-Adressen contra Verpflichtung zur Löschung von Verkehrsdaten, MR 2007, 213;
Walter, Urheberrechtsgesetz 06;
Schmidbauer, Die Metamorphose der Auskunftspflicht, MR 2007, 239;
Barbist, MR 2007, 415;
Haidinger/Schachter, JUSIT 2008/21.

Links:

<http://www.it-law.at>
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>

→ Literatur-Tipp

Kucsko (Hrsg), urheber.recht



MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
Fax: (01) 531 61-455
E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

