

Stellungnahme
zum Thema Rechtsdurchsetzung im Internet
im Rahmen des zweiten Korbs der Urheberrechtsreform

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vertritt 1.300 Unternehmen, davon gut 700 als Direktmitglieder, mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und etwa 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 500 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein.

BITKOM begrüßt die frühzeitige Einbeziehung der betroffenen Interessengruppen in die Vorbereitungen zum zweiten Korb der Urheberrechtsreform und bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Bei der Beantwortung des Fragekataloges des Bundesministeriums der Justiz hatte sich BITKOM zunächst auf die Fragen zur Privatkopie und ihrer Vergütung beschränkt, möchte nun aber im Rahmen der Arbeitsgruppe Rechtsdurchsetzung im Internet auch Stellung zu den Fragen der Rechtsverfolgung nehmen. Dabei beziehen sich unsere Vorschläge konkret auf die verfahrenstechnische Umsetzung von möglichen Auskunft- oder Beseitigungsansprüchen.

Die Stellungnahme gliedert sich in folgende Abschnitte:

A. Vorüberlegungen

1. Europarechtliche Vorgaben (Spannungsfeld Urheberrecht – E-Commerce-Recht)
2. Unterscheidung zwischen Host und Access Providing
3. Interessenlagen der Beteiligten

B. Einzelne Lösungsansätze

I. Auskunftsbegehren

1. gegen Host Provider
2. gegen Access Provider
 - a) Lösungsansatz 1: Einstweiliges Verfügungsverfahren gegen Provider
 - b) Lösungsansatz 2: Einbeziehung des Accessproviders in Verfahren gegen Rechtsverletzer

II. Beseitigungsbegehren

III. Unterlassungsbegehren

A. Vorüberlegungen

I. Vorgaben aus Urheber- und E-Commerce-Recht

Aus urheberrechtlicher Perspektive ist als Vorgabe des Europarechts einerseits zu berücksichtigen, dass nach Art. 9 der nun verabschiedeten Enforcement-Richtlinie sicherzustellen ist, dass die zuständigen Gerichte im Zuge eines Verfahrens wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf ein begründetes und die Verhältnismäßigkeit wahrendes Ersuchen des Antragstellers die Anordnung erteilen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren und Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen von jeder anderen Person erteilt werden, die gemäß Absatz 1 (ba) bei der Erbringung von für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzten Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß angetroffen wurde. Ferner soll nach Art. 8 Abs. 3 der Urheberrechts-Richtlinie¹ gegenüber dem Provider eine gerichtliche Anordnung möglich sein. Diese Vorgaben enthalten Festlegungen jedoch nur hinsichtlich des grundsätzlichen Ergebnisses, nicht aber zur genauen Ausgestaltung. Offen bleibt etwa die Frage, unter welchen – insb. auch formalen – Voraussetzungen Auskunftspflichten bestehen und ob ein gerichtliches Verfahren gegen den Provider selbst möglich sein muss oder ob gerichtliche Anordnungen gegen ihn ggf. nur als Zeuge bzw. Sachverständiger in einem gegen den Rechtsverletzer ausgerichteten Verfahren erlassen werden.

Neben den urheberrechtlichen Vorgaben sind auch die grundsätzlichen Entscheidungen zur Verantwortlichkeit der verschiedenen Providertypen sowie die ebenfalls europarechtlich vorgeprägten Datenschutzvorgaben zu berücksichtigen. Diese wurden durch die Vorgaben der E-Commerce Richtlinie, des Teledienstegesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrages sowie die Leitlinien der Datenschutzgesetze zum Teil schon vor Verabschiedung der Urheberrechtsrichtlinien getroffen. Der durch diese Regelungen sehr mühsam geschaffene Interessenausgleich zwischen allen an der Online-Kommunikation Beteiligten darf auch beim Urheberrecht nicht außer Acht gelassen werden.

II. Differenzierung Host und Access Providing

Bei allen zivilrechtlichen Verpflichtungen ist zwischen verschiedenen Providertypen, d.h. zwischen dem Hosting von Inhalten auf providereigenen Servern und Plattformen und dem reinen Durchleiten von Inhalten (Access Providing) zu unterscheiden. Zwischen diesen beiden Providertätigkeiten bestehen praktische und rechtliche Unterschiede, die eine differenzierte Regelung erfordern.

Während der Host Provider – aufgrund der Abrufbarkeit des gehosteten Inhaltes im Internet – zumindest faktisch in der Lage ist, einzelne Inhalte wahrzunehmen (wenn auch kein fortlaufendes Monitoring aller gehosteten Inhalte möglich ist), ist der Access Provider schon rein tatsächlich nicht in der Lage, die von ihm als einzelne Datenpakete durchgeleiteten Inhalte zur Kenntnis zu nehmen und folglich in irgendeiner Form zu bewerten. Der Wahrnehmung der durchgeleiteten Inhalte stünden zudem auch die Bestimmungen des Telekommunikations-Datenschutzes entgegen. Diesen faktischen Unterschieden trägt die rechtliche Ausgestaltung der Verantwortlichkeit Rechnung. Während der Access Provider nach § 9 TDG bzw. § 7 MDStV prinzipiell nicht für die von ihm durchgeleiteten Inhalte verantwortlich ist, gilt dies beim Host Provider nur solange, wie er nicht von der Rechtswidrigkeit der Inhalte Kenntnis erlangt und er bei Kenntniserlangung von rechtswidrigen Inhalten unverzüglich Schritte zu deren Beseitigung bzw. Sperrung veranlasst, § 11 TDG, § 9 MDStV.

Zu beachten ist auch, dass zwar in jedem Falle der Auskunftserteilung auch datenschutzrechtliche Belange betroffen sind, diese jedoch im Falle der vom Access Provider geforderten Auskunft, über bestimmte Kommunikationsvorgänge deutlich sensiblere

¹ 2001/29/EG

Daten betreffen. Denn beim Access Provider handelt es sich, im Unterschied zum Hosting, wo es allein um die Kundenkontaktdaten geht, um die Zuordnung von Kommunikationsdaten (IP-Nummern, Zeitpunkt der Kommunikation) zu Kontaktdaten. Durch die unmittelbare Verbindung zu einem Kommunikationsvorgang ist das grundrechtlich besonders geschützte Fernmeldegeheimnis betroffen, das nicht nur die Inhalte, sondern auch die näheren Umstände einer Telekommunikation schützt. Dem trägt etwa auch das Strafrecht Rechnung, wenn es Auskunftersuchen der Ermittlungsbehörden über Verbindungsdaten von einer richterlichen Anordnung gemäß §§ 100g, h StPO abhängig macht.

III. Interessenlagen

Bei der Betrachtung der einzelnen Interessenlagen zeigt sich, dass keineswegs diametrale Gegensätze bestehen, sondern weithin Einigkeit besteht bzw. ein Konflikt der jeweiligen Interessen durch entsprechende formale Gestaltungen der Maßnahmen vermieden werden kann.

1. Rechteinhaber

Die Rechteinhaber benötigen für Maßnahmen gegen im Internet auftretende Verletzungen ihrer Rechte Auskunft über die Identität der Rechtsverletzer bzw. der Inhaber der zur Rechtsverletzung genutzten technischen Einrichtungen (Anschlüsse, Server), die ihnen in der Regel nur in Form der die Einrichtung bezeichnenden IP-Nummer bekannt sind. Diese Information können die Rechteinhaber nur über die Provider erhalten. Die Auskunft wird möglichst zügig und in einem möglichst einfach handhabbaren Verfahren benötigt. Grundsätzlich sollten auch die Kosten der Auskunftseinholung gering sein, doch ist dieser Punkt von geringerer Bedeutung, da im Falle einer feststellbaren Rechtsverletzung der aufgewandte Betrag als Kosten der Rechtsverfolgung dem Verletzer im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs in Rechnung gestellt werden können.

Neben der Auskunftserteilung besteht ein Interesse der Rechteinhaber, dort, wo dies möglich ist, rechtsverletzende Handlungen durch Beseitigung der entsprechenden Angebote zu unterbinden. Sowohl das Interesse auf Auskunftserteilung als auch das Beseitigungsinteresse beschränken sich auf jene Fälle, in denen nach den bekannten Umständen mit sehr großer Sicherheit vom Vorliegen einer Rechtsverletzung und somit einer Schädigung des Rechteinhabers auszugehen ist. Den Rechteinhabern im BITKOM ist dagegen nicht an einer massenhaften, auf einfachen Verdachtsmomenten basierenden „Auf gut Glück“ Rechtsverfolgung gelegen, zumal dies erheblichen Aufwand sowie Haftungsrisiken gegenüber potentiell zu Unrecht beschuldigten Personen mit sich brächte.

2. Provider

Auch die Provider sind an einer wirksamen Urheberrechtsverfolgung im Internet interessiert, da die Bereitstellung hochwertiger Inhalte Voraussetzung für den weiteren Erfolg von Internet-Anwendungen ist, diese aber zugleich einen wirksamen Schutz der Urheberrechte auch auf dem digitalen Verbreitungsweg voraussetzt. Infolgedessen besteht auch eine generelle Bereitschaft, durch Erteilung von Auskünften und, soweit möglich, durch Beseitigung rechtsverletzender Inhalte bei der Bekämpfung von Rechtsverletzungen mitzuwirken. Es gibt bereits heute große Bemühungen von dieser Seite, Missbrauchspotentiale aufzudecken und, soweit das im Rahmen der geltenden Telekommunikations- und Teledienstvorschriften möglich ist, auch abzustellen. Für neue Lösungsansätze, die bei diesen Bemühungen helfen können, ist die Providerseite grundsätzlich offen.

Jedoch gilt für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen ebenso wie für alle anderen Rechtsverletzungen, dass Pflichten, die den Providern auferlegt werden, deren spezifische

rechtliche und praktische Stellung berücksichtigen, die Verhältnismäßigkeit wahren und sich im Bereich des rechtlich und praktisch Machbaren halten müssen.

So ist den Providern (sowohl Host wie Access Providern) an der Einhaltung eines hohen Datenschutzniveaus gelegen, da dieses wesentlich zum Vertrauen ihrer Kunden in die angebotenen Kommunikationsdienste beiträgt. Daher ist sicherzustellen, dass Auskünfte nur in tatsächlich berechtigten Fällen erteilt werden müssen. Dabei sind beim Access Provider die Anforderungen an die Glaubhaftmachung noch höher als beim Host Provider anzusetzen, da die von ihm gewünschten Daten wegen der Zuordnung zu einem konkreten Kommunikationsvorgang in der Regel sensibler sind (Fernmeldegeheimnis). Deshalb ist dem Access Provider vor Auskunftserteilung eine gerichtliche Überprüfung des Auskunftsbegehrens wichtig (wie dies auch bei den Auskunftsbegehren zu Verbindungsdaten durch die Strafverfolgungsbehörden nach §§ 100 g, h StPO vorgesehen ist).

Da sie weder rechtlich noch tatsächlich in der Lage sind, die Berechtigung eines Auskunfts- oder Beseitigungsanspruchs inhaltlich zu prüfen, ist den Providern außerdem daran gelegen, sich durch die Einhaltung eines formalen Verfahrens bei der Auskunftserteilung gegen Haftungsansprüche beider Parteien absichern zu können

Aus der grundsätzlichen Unverantwortlichkeit der Provider für die von ihnen durchgeleiteten Inhalte² ergibt sich aus deren Sicht schließlich, dass eine Belastung mit Kosten, die im Zusammenhang mit der Rechtsverfolgung des Rechteinhabers gegen den Rechtsverletzer entstehen, vermieden werden sollte, da der Provider weder Verursacher noch Begünstigter der notwendigen Maßnahmen ist. Dies gilt sowohl für die Kosten eines ggf. notwendigen Gerichtsverfahrens zur Feststellung der Voraussetzungen für die Auskunftserteilung als auch für die durch die eigentliche Auskunftserteilung verursachten Kosten.

B. Einzelne Lösungsansätze

Im Gespräch zwischen Rechteinhabern und Providern innerhalb des BITKOM wurden die im Folgenden dargestellten Kompromissvorschläge erarbeitet, welche den Versuch unternehmen, dem Anliegen der Rechteinhaber, der effektiven Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internet, ebenso Rechnung zu tragen, wie den berechtigten Interessen der Provider und der Kunden. Dabei handelt es sich bislang um rein konzeptionelle Vorschläge, die als Diskussionsanstoß dienen sollen und deren rechtliche Realisierung im Einzelnen noch zu diskutieren ist.

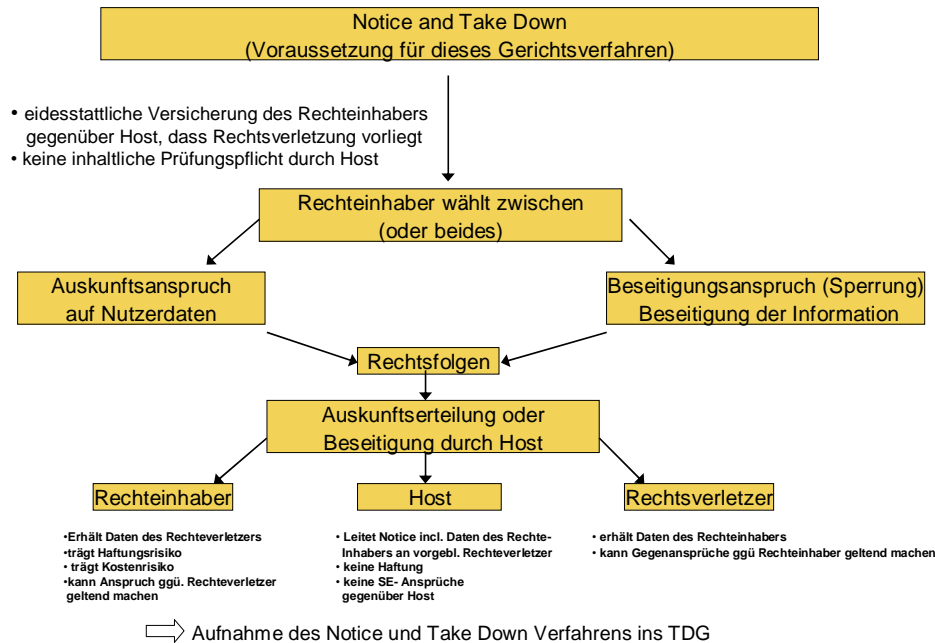
Voranzustellen ist, dass eines der Hauptprobleme bei der Rechtsdurchsetzung im Internet für die Rechteinhaber darin liegt, dass strafrechtliche Verfahren im Bereich der Urheberrechtsverletzungen schwierig durchzuführen sind. Sie dauern zu lange, um eine sachgerechte Verfolgung sicherzustellen, und sind sehr aufwendig. Oft werden die Verfahren auch eingestellt. Das liegt unter anderem daran, dass es zu wenige entsprechend ausgebildete und ausgestattete Strafverfolgungsbehörden gibt. Unabhängig von zusätzlichen zivilrechtlichen Verfahren ist es daher zwingend erforderlich, diese Behörden so auszustatten, dass sie zukünftig ihren hoheitlichen Auftrag erfüllen können.

² Art. 12-15 E-Commerce-Richtlinie; § 9-11 TDG, § 5 Abs.3 MDStV

I. Auskunftsbegehren

1. Auskunftsbegehren gegen Host Provider

- Gesetzlich geregeltes Notice and Take Down-Verfahren



Als interessengerechte Regelung bietet sich im Bereich des Host-providing eine Datenherausgabe in einem gesetzlich noch zu etablierenden „Notice and Take Down-Verfahrens“ an.

So ist der Host Provider gem. § 11 Nr. 2 TDG bzw. 9 Nr. 2 MDStV verpflichtet, einen störenden Zustand zu beseitigen, wenn er hierüber Kenntnis erlangt, z.B. nach einer Information durch den Rechteinhaber. Der Host Provider kann keine quasi-richterliche inhaltliche Beurteilung der vorgetragenen Rechtsverletzung durchführen, weil er nicht in der Lage ist, die Tatbestandsvoraussetzungen für eine mögliche Auskunftserteilung inhaltlich zu prüfen, bevor er die erwünschte Datenherausgabe vornimmt. Deshalb muss sichergestellt sein, dass Daten nur im begründeten Verletzungsfall an Berechtigte herausgegeben werden. Daher ist es sinnvoll, das Tätigwerden des Host Provider von der Vorlage einer Glaubhaftmachung durch den Rechteinhaber in Form einer rechtlich bindenden eidesstattlichen Versicherung abhängig zu machen. Diese sollte sowohl die Rechteinhaberschaft als auch die Rechtsverletzung umfassen. Ist der Rechteinhaber nicht in der Lage, diese abzugeben, kann er bei eCommerce Angeboten z.B. einen Testkauf machen.

Damit wird der Host Provider aus der Richterrolle entlassen und kann auf qualifizierten Hinweis sowohl einen Inhalt entfernen als auch die Datenherausgabe vornehmen. Er muss dann aber auch folgerichtig von einer eventuellen Haftung bei tatsächlichem Fehlen des vom Anspruchssteller glaubhaft gemachten Rechtsgrundes freigestellt werden. Unter diesen Voraussetzungen ist eine unkomplizierte Datenherausgabe praktikabel. Damit die Haftung wirklich ausgeschlossen werden kann, – und dies ist eben gerade die Voraussetzung für die Etablierung des Verfahrens –, ist es sinnvoll, das „Notice and Take Down-Verfahren“ nicht nur auf freiwilliger Basis zu etablieren, wie es teilweise schon praktiziert wird, sondern als Verfahren gesetzlich zu verankern. Eine gesetzliche Regelung sollte dann einerseits die Glaubhaftmachung zur Voraussetzung für die Datenherausgabe und Entfernung eines angeblich rechtsverletzenden Inhalts erheben und gleichzeitig bei Vorliegen dieser Voraussetzung eine Haftungsfreistellung des Providers gegenüber dem Nutzer und dem Rechteinhaber für die erfolgte Datenherausgabe und Entfernung des Inhaltes festschreiben.

Wenn seitens des Rechteinhabers keine eidesstattliche Versicherung abgegeben wird und eine bloße Datenherausgabe auf Verdacht nicht angezeigt ist, kann der Rechteinhaber auf alternative Aufklärungsmaßnahmen zurückgreifen wie die Akteneinsicht im Rahmen eines Strafverfahrens. Bei wettbewerbsrechtlich relevanten Verletzungshandlungen gibt es überdies bereits gesetzliche Auskunftsansprüche nach dem Unterlassungsklagegesetz.

■ Gerichtlich durchsetzbarer Auskunftsanspruch

Wenn im Wege des oben geschilderten Notice and Take Down-Verfahrens keine Datenherausgabe realisiert werden kann, ist eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs möglich. Vorteilhaft erscheint eine parallele Ausgestaltung zu der Gestaltung der Auskunftspflicht des Access Providers. Auf die Gestaltungsmöglichkeiten dort wird noch im Einzelnen einzugehen sein. Sofern man dort eine Gestaltung wählt, die den Provider selbst zur Partei im Gerichtsverfahren werden lässt (und ihn nicht nur als Dritten in ein Verfahren direkt gegen den Rechtsverletzter einbezieht), wird darauf zu achten sein, dass die sowohl im „Notice and Take Down-Verfahren“ als auch im einstweiligen Rechtsschutz erforderliche Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung nicht nur prozessuale, sondern materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung für die Auskunftserteilung ist. Nur dann hat der Host Provider für den Fall, dass der Rechteinhaber im „Notice and Take Down-Verfahren“ die eidesstattliche Versicherung verweigert bzw. unzureichend abgibt, sie dann aber im gerichtlichen Verfahren nachholt, die Möglichkeit, durch ein sofortiges Anerkenntnis einem Kostenrisiko vor Gericht zu entgehen.

2. Auskunftsbegehren gegen Access Provider

■ Gerichtliche Anordnung als Voraussetzung für Auskunftserteilung

Bei Auskunftsansprüchen gegen Access Provider, die auf Offenlegung der Identität des Inhabers eines Anschlusses zielt, der vom Rechteinhaber durch Angabe einer zu einem bestimmten Zeitpunkt zugewiesenen IP-Nummer identifiziert wird, besteht, wie oben bereits ausgeführt, eine andere Ausgangslage hinsichtlich der Qualität der gewünschten Auskunft wie auch hinsichtlich der Prüfungsmöglichkeiten des Providers. Daher besteht innerhalb des BITKOM Einigkeit, dass einer Auskunftserteilung in jedem Fall eine gerichtliche Anordnung vorausgehen sollte (wie dies selbst bei Auskunftserteilung gegenüber Strafverfolgungsbehörden vorgesehen ist).

■ Haftungs- und Kostenrisiko

Aber auch die Wertentscheidung des E-Commerce-Rechts zur grundsätzlichen Unverantwortlichkeit der Access Provider für die von ihnen durchgeleiteten Inhalte steht Vorschlägen entgegen, wonach außergerichtlich durchsetzbare zivilrechtliche Auskunftsansprüche direkt gegen die Provider etabliert werden sollen. Gäbe der Access Provider außergerichtlich ohne Überprüfung der Anspruchsberechtigung die gewünschten Auskünfte über seine Kunden, trüge er das volle Risiko der Richtigkeit der vom Rechteinhaber gemachten Angaben und vor allem der Berechtigung des Auskunftsanspruchs einschließlich eines Vertrauensverlusts gegenüber seinem Kunden bis hin zu einer möglichen Schadensersatzpflicht. Um sich dagegen abzusichern, bedürfte es in jedem Einzelfall einer Prüfung der konkreten Begründung des Auskunftsbegehrens. Diese ist aber schon deshalb nicht möglich, weil der Access Provider die übermittelten Inhalte nicht kennt (auch nicht kennen darf) und sie rückwirkend auch nicht oder nur sehr schwierig rekonstruieren kann. Lässt es daher der Access Provider bei einem allgemeinen gesetzlichen Auskunftsanspruch aus den genannten Gründen auf eine gerichtliche Klärung des Auskunftsanspruchs ankommen, läuft er Gefahr, für den Fall des Unterliegens die Kosten des Gerichtsverfahrens tragen zu müssen. Diese Folge erscheint unbillig, da der Provider selbst nicht in die fragliche Rechtsverletzung involviert war, er für eine eventuelle Rechtsverletzung nach den allgemeinen Haftungsprinzipien gerade auch nicht verantwortlich sein soll und die Maßnahmen der Rechtsverfolgung weder von ihm verursacht sind noch ihn begünstigen.

■ Lösungsmöglichkeiten

So erscheint also zwar eine vorherige gerichtliche Überprüfung der Auskunftsbegehren in jedem Fall erforderlich, allerdings sollte diese nicht zu einer zwangsläufigen Kostenbelastung des Access Providers führen, solange dieser sich der einmal erlassenen gerichtlichen Anordnung umgehend beugt. Vielmehr stellt sich darüber hinaus die Frage, ob und in welcher Form eine Erstattung der durch die Auskunftserteilung beim Provider ausgelösten Kostenbelastung erreicht werden kann.

Hierzu sind im Rahmen der Gespräche aller Beteiligten im BITKOM zwei mögliche Lösungsansätze entwickelt worden. Während ein Modell (hierzu unter a) mit einem gegen den Access Provider gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahren weitestgehend im Rahmen der bisherigen Rechtsinstrumente bleibt, dabei aber nicht für alle Fälle die Gewährleistung der oben erarbeiteten Prinzipien sicherstellen kann, bietet der zweite Ansatz (b), der die Access Provider nur als unbeteiligte Dritte in ein gegen den eigentlichen Rechtsverletzer gerichtetes Verfahren einbezieht, einen umfassenderen Ausgleich aller Interessen, erfordert allerdings dafür neue Ansätze für das bisherige rechtliche Instrumentarium.

a) Einstweiliges Verfügungsverfahren gegen den Access Provider

- Es wird ein Auskunftsanspruch gegen Provider geschaffen, der aber die gerichtliche Geltendmachung im einstweiligen Verfügungsverfahren voraussetzt. Der Rechtsinhaber müsste also sein Recht und das Vorliegen einer Rechtsverletzung in einem gerichtlichen Verfahren glaubhaft machen. Damit würde sichergestellt, dass die Glaubhaftmachung der Rechtsverletzung und der Rechtsinhaberschaft gerichtlich überprüft wird.
- Der Provider hätte in diesem Fall die Möglichkeit, durch sofortiges Anerkenntnis der Belastung durch Kosten des Gerichtsverfahrens zu entgehen. Dies gilt insbesondere in dem vermutlich regelmäßig gewählten Weg des sofortigen Verfügungserlasses ohne mündliche Verhandlung.

Dieser Ansatz erscheint vor allem unter pragmatischen Gesichtspunkten interessant, da er unter Umständen mit bestehenden Verfahrensinstrumenten umgesetzt werden könnte. Komplizierte Eingriffe in verschiedene Gesetze wären danach – jedenfalls auf den ersten Blick – nicht notwendig. Allerdings bleiben in diesem Verfahren mehrere Punkte offen bzw. unbefriedigend gelöst:

- Rechtssystematische Fragen:
 - Weil in jedem Fall eine richterliche Entscheidung über das Auskunftsbegehren sichergestellt werden soll, dürfte es kein vorgeschaltetes Abmahnverfahren geben, welches es dem Provider unmöglich machen würde, durch sofortige Anerkennung die Prozesskosten zu vermeiden.
 - Der Tenor einer einstweiligen Verfügung gegen den Provider kann nur auf Verpflichtung zur Auskunftserteilung lauten. Das Hauptsacheverfahren dagegen wird sich auf einen anderen Anspruch und gegen den Rechtsverletzer richten. Diese Besonderheit ist bei den Zulässigkeitsvoraussetzungen eines solchen Verfahrens zu berücksichtigen.
- Mögliche Unbilligkeit aufgrund Prozesskostenregelungen :
 - In dem Fall, dass das Gericht nicht sofort die Verfügung erlässt, sondern zunächst eine mündliche Verhandlung anberaumt, würde der Provider vor der Wahl stehen, in der Verhandlung ein sofortiges Anerkenntnis abzugeben, wodurch dann aber die gewünschte gerichtliche Überprüfung der Glaubhaftmachung entfiel, oder aber auf diese Anordnung zu bestehen, dann aber nicht mehr die Möglichkeit zu haben, durch sofortiges Anerkenntnis die für ihn negative Kostenfolge abzuwenden. Es wäre daher

zu prüfen, ob eine gesonderte Kostentragungsregel erforderlich ist, die sicherstellt, dass auch in diesem, vom Provider nicht zu beeinflussenden Fall (die mündliche Verhandlung würde ja gerade im Falle eines unzureichenden Vortrags durch den Rechteinhaber anberaumt), eine Belastung mit den Prozesskosten vermieden wird.

- Ebenso darf es nach einem Anerkenntnis für den Antragsteller keine Möglichkeit geben, auch noch die Unterzeichnung eines gebührenpflichtigen Abschlusschreiben zur Anerkennung der einstweiligen Regelung als endgültig, zu fordern, sonst könnten dem Provider zusätzliche unnötige Kosten entstehen..

■ Weitere Fragen:

- Keine Lösung bietet dieses Modell auch für die Frage der Kosten, die beim Provider durch die Auskunftserteilung entstehen, obwohl er selbst die zugrunde liegende Rechtsverfolgung weder verursacht hat, noch diese ihn begünstigt. Durch die Parteistellung würden die Kosten seinem Gefahrenbereich zugeordnet, obwohl er nicht zum Kreis der eigentlichen Kontrahenten (Rechteinhaber-Rechtsverletzer) zählt, er die Verletzung nicht verursacht hat sowie von ihr nichts wusste und er auch keinen Vorteil von deren Aufklärung hat. Selbst ein sofortiges Anerkenntnis des gerichtlich geltend gemachten Auskunftsanspruches gem. § 93 ZPO kann nur die Rechtsverfolgungskosten, nicht aber die Kosten der Auskunftserteilung vom Provider fernhalten, was nach Auffassung der Provider sachgerecht wäre.
- Aufgrund des Auseinanderfallens der Person des Auskunftgebenden und der des potentiellen Rechtsverletzers, gegen die der Rechteinhaber vorgehen will, müsste in der Formulierung des Auskunftsanspruches klargestellt werden, dass ein Anerkenntnis des Auskunftgebenden sich in keinem Falle auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Rechtsverletzung beziehen kann. Hierüber kann – wie gezeigt – der Accessprovider keine Aussage treffen.

b) Einbeziehung des Access Provider in ein Verfahren gegen den Rechtsverletzer

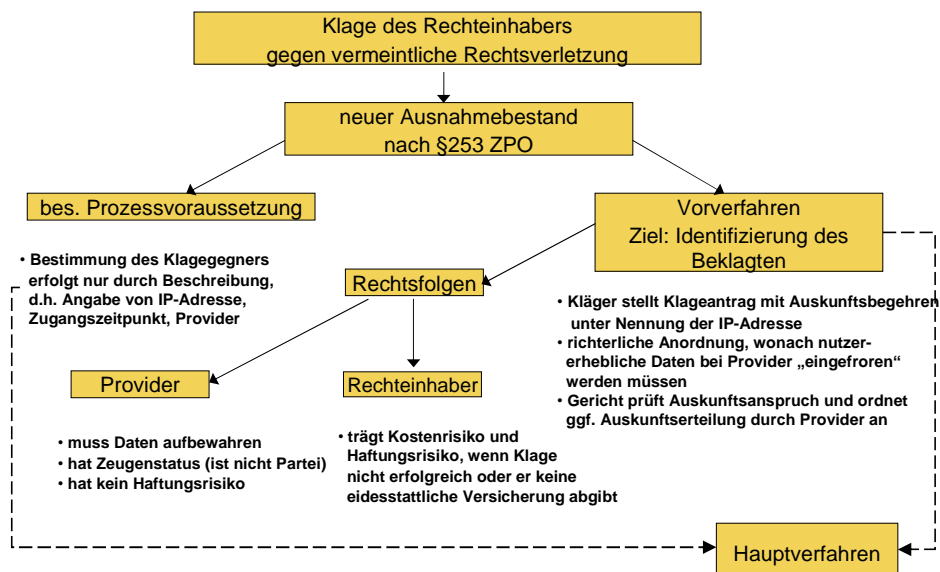
Die vorstehenden Überlegungen zur Risiko- und Lastenverteilung bilden die Grundlage für das zweite Modell. Dieses zieht auch für das deutsche Recht bislang unübliche Gestaltungen in Erwägung, um einerseits die wünschenswerte richterliche Vorabkontrolle bei einem Auskunftsbegehren zu erreichen, andererseits aber zu verhindern, dass der nicht-verantwortliche Access Provider selbst Partei eines Rechtsstreits infolge der Urheberrechtsverletzung wird. Es vermeidet so die Nachteile des ersten Modells.

Der Ansatz ist, dass sich die Interessen beider Seiten am ehesten durch eine Lösung in Einklang bringen ließen, die ein Zivilverfahren des Rechteinhabers direkt gegen den Rechtsverletzer auf Schadensersatz vorsieht, bei der jedoch im Zeitpunkt der Klageerhebung der Beklagte nicht bereits namentlich und mit ladungsfähiger Anschrift bezeichnet werden muss. Dafür § 253 ZPO wäre entsprechend anzupassen.

- Die – durchaus eindeutige – Bestimmung des Klagegegners würde bei Einreichung der Klage zunächst durch die Beschreibung des Klagegegners als Inhaber des durch Angabe von IP-Nummer, Zugangszeitpunkt und Provider im Einzelnen eindeutig bezeichneten Anschlusses ist, erfolgen. In einer Art Vorverfahren zum eigentlichen Schadensersatzklageverfahren würde so zunächst Name und ladungsfähige Anschrift des Beklagten festgestellt.
- Direkt bei Einleitung des Vorverfahrens oder unmittelbar danach müsste der Provider durch richterliche Anordnung dazu aufgefordert werden, die in Rede stehenden Daten zu sichern und nicht entsprechend seiner grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Pflichten zu löschen („freeze order“). Hinsichtlich der Löschfristen muss eine zusätzliche gesetzliche Regelung geschaffen werden, die eine Speicherung der Daten bis zur

Eröffnung oder sogar bis zum Abschluss des Zivilrechtsstreits regelt. Ein ähnliches System weist auch das Wertpapierhandelsgesetz auf.

- Nach der gerichtlichen Entscheidung, dass die Auskunftserteilung gerechtfertigt ist, weil der begründete Verdacht einer Rechtsverletzung durch diesen Anschlussinhaber vorliegt, erteilt der Provider dem Gericht Auskunft über Name und Anschrift des Anschlussinhabers. Dabei sollte auch über eine Entschädigung des Access-Providers für den entstandenen Aufwand nachgedacht werden (entsprechend Zeugen und Sachverständigen Entschädigung).
- Dem Vorverfahren schließt sich dann das Hauptverfahren an.



Um das Verfahren zu Gunsten des Rechteinhabers möglichst umgehend einleiten und damit die erforderlichen Daten beim Access-Provider zu sichern, könnte der Rechtsinhaber in einem ersten Schritt nur das Rubrum einreichen, damit das Gericht die freeze order zeitnah veranlassen kann, und erst in einem zweiten Schritt die vollständige Klage einreichen. Hierbei trägt er allerdings das Prozessrisiko, z.B. wenn er in dem zweiten Schritt nicht bereit ist, eine eidesstattliche Versicherung abzugeben. Dies erscheint aber interessengerecht, da der Rechteinhaber sich sowieso vor Einleitung des gesamten Verfahrens genau überlegen muss und sollte, ob es Aussicht auf Erfolg hat.

Die erforderliche Änderung der ZPO (§ 253) erscheint hier angesichts der neuen Rechtsverfolgungssituation durchaus gerechtfertigt und verhältnismäßig. Denn eine solche Vorgehensweise hätte ähnliche Vorteile wie die im US-amerikanischen Urheberrecht vorgesehene Klage unter Angabe einer IP-Nummer („John-Doe-Klage“). So läge das Haftungs- und Kostenrisiko nicht beim Access Provider und der Rechtsstreit würde zwischen den eigentlichen Kontrahenten, nämlich Rechteinhaber und Rechtsverletzer stattfinden. Auch besteht bei einem solch effektiven Verfahren die Chance, Rechtsverletzern im Internet möglichst schnell habhaft zu werden. Das Kostenrisiko für die Rechteinhaber bei der Anstrengung eines Gerichtsverfahrens würde wohl auch die von den Providern gefürchteten massenhaften Auskunftsbegehren verhindern. Es wäre aber sinnvoll, die Kosten möglichst niedrig zu halten und etwa eine halbe oder maximal eine Gebühr zu veranschlagen, wenn ein sofortiges Anerkenntnis abgegeben wird. Auch müsste für den Rechteinhaber die Möglichkeit bestehen, mit einem nur geringen Kostenaufwand den Antrag zurückzunehmen. Außerdem wäre im Regelfall ein schriftliches Verfahren ausreichend.

Die Nutzer der Providerdienste wären bei dieser Lösung sicher, dass ihre Kommunikations- und Kundendaten nur auf gerichtliche Anordnung herausgegeben werden. Damit würde die Vertraulichkeit der Kommunikation gewahrt, das Vertrauensverhältnis zum Kunden gestärkt und das Missbrauchspotenzial erheblich eingeschränkt. Die Anpassung einiger Regelungen zur längeren Speicherung von Daten nach der „freeze order“ erscheint unproblematisch.

Ein Vorteil gegenüber dem einstweiligen Verfügungsverfahren läge darin, dass bei dieser Lösung nur ein Verfahren durchgeführt werden müsste, während ansonsten zwei Verfahren zur Rechtsverfolgung nötig wären und unter Umständen sogar zwei verschiedene Gerichte mit einer Verletzungshandlung beschäftigt würden.

Bedenken hinsichtlich der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des Vorverfahrens erscheinen nicht durchschlagend, da der vermeintliche Rechtsverletzer damit auch nicht schlechter gestellt wird als in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren. Er ist so noch besser geschützt, als wenn der Auskunftsanspruch unmittelbar bestünde.

Auch ein weiteres Gegenargument, dass man durch das Verfahren nicht zwangsläufig den Nutzer sondern unter Umständen nur den Besitzer der IP-Adresse identifizieren kann, erscheint nicht entscheidend, da dies ein generell bestehendes allgemeines Beweisproblem ist. Dies gilt ebenso für die Tatsache, dass es in der Praxis schwierig sein könnte, den Nutzer von dynamischen IP-Adressen zu identifizieren.

II. Beseitigungsbegehren

Auch hinsichtlich eines Beseitigungsbegehrens ist zwischen Host und Access Providern zu unterscheiden. Dabei folgt hier die Unterscheidung in erster Linie aus der rein faktischen Situation. Access Provider selbst verfügen über keinen Zugriff auf die jeweiligen rechtsverletzenden Inhalte bzw. die Server, auf denen diese bereitgehalten werden. Eine Beseitigung solcher Inhalte ist Access Providern daher schon rein tatsächlich nicht möglich. Die Beseitigungspflicht scheidet zudem auch aufgrund der weitgehenden Haftungsfreistellung des Access Providers aus, da sie mit den Grundsätzen des E-Commerce-Rechts nicht vereinbar wäre.

Gegenüber dem Host Provider besteht dagegen bereits nach heutiger Rechtslage ein auch gerichtlich durchsetzbarer Beseitigungsanspruch nach der allgemeinen Regel des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 11 TDG bzw. § 9 MDStV, sofern der Host Provider Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung erlangt und seinerseits nicht unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu sperren.

Allerdings erscheint es auch hier sinnvoll, das bereits geschilderte „Notice and Take Down-Verfahren“ gesetzlich zu etablieren. Die gesetzliche Niederlegung der Voraussetzung für den Beseitigungsanspruch (Glaubhaftmachung der Rechtsverletzung durch den Rechteinhaber in Form einer eidesstattlichen Versicherung ohne weitere Nachprüfungspflicht des Host Providers) sollte hier erfolgen, um insbesondere eine mögliche Haftung des Host Provider gegenüber seinem Kunden im Falle einer unberechtigten Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs durch den Rechteinhaber auszuschließen. Nur so kann sichergestellt werden, dass sich der Host Provider nicht zum Richter in einem Streit zwischen Rechteinhaber und (potentiellem) Rechtsverletzer machen muss, obwohl ihm weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht (zumal bei oft juristisch komplexen Sachverhalten im Urheberrecht) eine sachgemäße Beurteilung möglich ist.

III. Unterlassungsbegehren

Zum Teil wird von Seiten der Rechteinhaber auch gefordert, dass Provider auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können sollen, so dass diese verpflichtet wären, Rechtsverletzungen auch für die Zukunft zu unterbinden. Diese Forderungen sind abzulehnen; dies gilt an dieser Stelle gleichermaßen für Host und Access Provider. Selbst wenn die technische Möglichkeit besteht, einen bestimmten Inhalt vom Netz zu nehmen, ist

ein solcher auf die Zukunft gerichteter Unterlassungsanspruch weder praktikabel noch verhältnismäßig. Zum einen ist es weder wirksam kontrollierbar, noch zu verhindern, dass die Rechtsverletzung sich in der Zukunft wiederholt. Zum anderen würde eine etwaige Verpflichtung, dem Nutzer die Nutzung des Dienstes vollständig zu untersagen, weit über den Anspruch des Rechteinhabers hinausgehen, eine konkrete Verletzung des Rechts zu unterbinden. Eine Kontrolle, wie der Kunde den Dienst nutzt, ist weder dem Provider noch letztlich dem Kunden zuzumuten. Sie widerspräche zudem der in Art. 10 GG und Art. 7 der Charta der Grundrechte gewährleisteten Vertraulichkeit der Kommunikation, da eine entsprechende Kontrolle voraussetzen würde, die gesamte Telekommunikation des Kunden inhaltlich zu überwachen. Dies steht aber den Verantwortungsgrundsätzen des E-Commerce-Rechts für Access- sowie für Host Provider entgegen, da in beiden Fällen eine allgemeine Pflicht zur Kontrolle der durchgeleiteten bzw. gehosteten Inhalte nicht besteht. Die Schaffung eines Unterlassungsanspruchs widerspräche daher allgemeinen Prinzipien und ist folglich abzulehnen.

Berlin, den 26. April 2004