

Napster reloaded!

Urheberrechtsschutz durch Internetsperren und europäische Grundrechte

Thomas Talos / David Rüger

I. Einleitung	227
II. Nationale Jurisdiktion und legislatorische Initiativen	228
III. Die Rechtssache Scarlet Extended vor dem Europäischen Gerichtshof	231
A. Sachverhalt	231
B. Das Votum des Generalanwalts	232
1. Technische Vorfragen und Reichweite der Unterlassungsverfügung	232
2. Das maßgebliche Unionsrecht	233
3. Voraussetzungen für die Einschränkung der Grundrechte	234
4. Entscheidungsvorschlag	235
C. Bedeutung des ausstehenden Urteils	236
IV. Fazit und Ausblick	237

Schrifttum: *Federrath*, Multimediale Inhalte und technischer Urheberrechtsschutz im Internet, ZUM 2000, 804; *Frey*, Peer-To-Peer File-Sharing, das Urheberrecht und die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern am Beispiel Napster, Inc. im Lichte des US-amerikanischen und des EG-Rechts, ZUM 2001, 466; *Gloy/Loschelder/Erdmann*, Handbuch des Wettbewerbsrechts⁴ (2010); *Göcke*, Die Zukunft des Urheberrechts – Das Urteil im Pirate Bay-Verfahren, ZAÖRV 2009, 865; *Greve/Schärdel*, Internetsperren wegen Urheberrechtsverstößen – Three strikes and You’re out!, ZRP 2009, 54; *Heigl*, Access Denied – Internetsperren und ihre Möglichkeiten, in diesem Band S 377; *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht (Stand: 26. Ergänzungslieferung 2010); *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² (2010); *Marberth-Kubicki*, Der Beginn der Internet-Zensur – Zugangssperren durch Access-Provider, NJW 2009, 1792; *Nümann/Mayer*, Rechtfertigung und Kritik von Massenabmahnungen gegen Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken, ZUM 2010, 321; *Schnabel*, Böse Zensur, guter Filter? – Urheberrechtliche Filterpflichten für Access-Provider, MMR 2008, 281; *Tyra*, Ausgewählte Probleme aus der Abmahnpraxis bei Privatnutzungen in Musiktauschsystemen, ZUM 2009, 934.

I. Einleitung

Der Name Napster wurde kurz nach der Gründung des Unternehmens im Jahr 1999 zum Inbegriff für peer-to-peer-Filesharing von Musikdateien im Internet. Bereits im Frühjahr 2001 war Napster mit 70 Millionen Nutzern die größte Musik-Community im Internet. Gleichzeitig wurde das noch im Dezember 1999 vor

dem US District Court San Francisco initiierte Verfahren¹ mehrerer Schallplattenfirmen gegen Napster zur meistbeachteten Kampfansage der Musikindustrie gegen Urheberrechtsverletzungen im Internet. Mit einer im Berufungsverfahren modifizierten einstweiligen Verfügung wurde Napster auferlegt, nach entsprechender Benachrichtigung durch die Rechteinhaber konkret bezeichnete Dateien innerhalb von drei Geschäftstagen zu blockieren.²

Die Musikindustrie hat die Möglichkeiten des Internetvertriebes vergleichsweise spät zu nutzen begonnen. Sie hat sich zunächst darauf beschränkt, die Online-Verbreitung von Musikdateien erst zu ignorieren und dann zu bekämpfen, teilweise mit fragwürdigen Maßnahmen. So haben sich etwa in Deutschland Rechtsanwaltskanzleien darauf spezialisiert, massenhaft Abmahnungen gegen Anschlussinhaber auszusprechen, über deren Anschlüsse Dateien urheberrechtswidrig heruntergeladen wurden. Die Abgemahnten werden aufgefordert, zur Vermeidung eines Rechtsstreits strafbewehrte Unterlassungserklärungen abzugeben; gleichzeitig werden Aufwendungen geltend gemacht, die ihrer Höhe nach nicht über jeden Zweifel erhaben sind.³

Eine Lösung des Problems ist bisher freilich nicht erzielt worden. Wiederholt wurde deshalb ein Tätigwerden des Gesetzgebers gefordert. Zudem haben nationale europäische Gerichte im Einzelfall immer wieder Verfügungen zum Schutz der Rechteinhaber erlassen.

II. Nationale Jurisdiktion und legislatorische Initiativen

Nach dem Napster-Verfahren in den USA hat in Europa in jüngerer Zeit vor allem das „Pirate Bay“-Verfahren für Aufsehen gesorgt: Im April 2009 verurteilte das schwedische Bezirksgericht in Stockholm die drei Betreiber der Plattform „The Pirate Bay“ sowie eine weitere Person, welche die Betreiber logistisch bzw. finanziell unterstützt haben soll, in einem zusammengefassten straf- und zivilrechtlichen Verfahren wegen Beihilfe zur Urheberrechtsverletzung zu je einem Jahr Freiheitsstrafe und zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von jeweils umgerechnet € 2,8 Millionen. Gegenstand der Rechtsverletzungen waren wiederum Musik- bzw. Filmdateien und Computerspiele.⁴ Das Urteil wurde Ende 2010 im Berufungsverfahren im Wesentlichen bestätigt, wobei die Haftstrafen reduziert, die Summe des Schadenersatzes indes erhöht wurde. Während die Musikindus-

¹ US District Court for the Northern District of California 5.5.2000 Nr 154 – „Napster“, GRUR Int 2000, 1066; dazu Frey, ZUM 2001, 466 ff.

² Zu Einzelheiten des Verfahrens Frey, ZUM 2001, 466 (467 f).

³ Eingehend und kritisch zu dieser Praxis Tyra, ZUM 2009, 934 (942 f); verteidigt wird das Vorgehen von Nümann/Mayer, ZUM 2010, 321.

⁴ Für Einzelheiten zum Verfahren siehe Göcke, ZAORV 2009, 865 ff.

trie das Urteil begrüßte, wurde es in der „online community“ überwiegend als politisch bzw von Wirtschaftsinteressen motiviert kritisiert. Derzeit dürfte die Revision vor dem schwedischen Höchstgericht anhängig sein. Welch große öffentliche Resonanz das Verfahren hat, lässt sich daran erkennen, dass die offen urheberrechtsfeindliche schwedische Piratenpartei (Piratpartiet) innerhalb weniger Tage nach dem erstinstanzlichen Urteil ihre Mitgliederzahl verdoppelte und als nunmehr fünftstärkste schwedische Partei auch im Europaparlament vertreten ist.⁵

Der französische Vorstoß zum Urheberrechtsschutz wurde unter dem Namen „Three Strikes“-Regelung bekannt:⁶ Er sieht vor, dass eine Verwaltungsbehörde in einem dreistufigen Verfahren Urheberrechtsverletzer zuerst verwarnen und schließlich deren Netzzugang sperren soll. Zudem soll für die Neueinrichtung des Zugangs eine Sperrfrist verhängt werden. Anbietern, die gesperrten Nutzern Zugänge anbieten, sollen empfindliche Geldstrafen drohen. Sie sollen außerdem zum Einsatz präventiver Filtertechnologien verpflichtet werden.⁷

Die deutsche Literatur steht der Verpflichtung von Providern zur Einrichtung von Internetsperren zum Zwecke des Urheberrechtsschutzes überwiegend kritisch gegenüber. Das liegt zum einen daran, dass schon die technische Umsetzbarkeit entsprechender Filtersysteme äußerst fraglich ist und Sperren mit geringem technischen Aufwand umgangen werden können.⁸ Ein weiteres Problem ist, dass § 53 des deutschen Urheberrechtsgesetzes die Anfertigung von (auch digitalen) Kopien geschützter Werke durchaus in gewissem Umfang auch ohne Einwilligung der Rechteinhaber zulässt und eine automatisiert arbeitende Software evident außerstande ist, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine Urheberrechtsverletzung im Einzelfall zuverlässig zu prüfen.⁹ Schließlich sind solche Maßnahmen va kritisch zu sehen, weil sie einen geradezu voraussetzungslosen Eingriff in sensible Grundrechte wie das Fernmeldegeheimnis bewirken und einen engen Bezug zu der in Deutschland verfassungsrechtlich heiß umkämpften sogenannten Vorratsdatenspeicherung aufweisen.¹⁰ Selbst die politisch prinzipiell leichter durchsetzbare Einrichtung von Sperren im Kampf gegen die Verbreitung der pornographischen Darstellung Minderjähriger ist lebhaft umstritten; nicht weniger als drei Gutachten beschäftigen sich im Zusammenhang mit einer entsprechenden Initiative der deutschen Bundesregierung mit der Vereinbarkeit solcher Sperren

⁵ Göcke, ZAÖRV 2009, 865 (866).

⁶ Siehe beck-aktuell-Redaktion, 11. Juli 2008, becklink 263062.

⁷ Greve/Schärdel, ZRP 2009, 54.

⁸ Vgl etwa die Einschätzung von Federrath, International Computer Science Institute Berkeley/Kalifornien: „Der Kampf gegen die illegale Bereitstellung und Nutzung urheberrechtlich geschützter Daten im Internet mit Hilfe technischer Mittel scheint angesichts der phantasiereichen Umgehungsmöglichkeiten von Sperren aussichtslos.“ (Federrath, ZUM 2000, 804).

⁹ Melchiar in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 45 Rn 30.

¹⁰ Greve/Schärdel, ZRP 2009, 54 (55); Schnabel, MMR 2008, 281 (284).

mit dem grundrechtlich geschützten Fernmeldegeheimnis und gehen tendenziell wegen nicht hinreichender Ermächtigungsgrundlagen von einem unzulässigen Grundrechtseingriff aus.¹¹

Die deutsche Rsp beurteilt die Haftung von Internet Providern für den urheberrechtswidrigen Austausch von Dateien in erster Linie nach dem Kriterium der Verletzung von Prüfpflichten: Verletzt ein Provider seine Prüfpflichten hinsichtlich der auf seinem Server eingestellten bzw ausgetauschten Inhalte, haftet er als „Störer“. Die Prüfpflichten dürfen aber nicht dahingehend überspannt werden, dass „jeder denkbare Aufwand“ betrieben werden muss; insb wird eine Prüfung der eingestellten Dateien von Hand meistens unzumutbar sein. Nach diesen Kriterien hat das Landgericht München I den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Server-Betreiber abgewiesen, auf dessen Server eine Raubkopie eines Musikstücks der Band „Silbermond“ eingestellt worden war, weil die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten nicht hinreichend dargelegt war.¹² Konsequenterweise hat andererseits das OLG Hamburg den Sharehosting-Dienst Rapidshare dazu verurteilt, das Bereitstellen und Zugänglichmachen eines Computerprogrammes zu unterlassen, dessen urheberrechtswidrige Vervielfältigung durch die Nutzer dem Anbieter bekannt war, weil das Geschäftsmodell strukturell auf die Begünstigung von Urheberrechtsverletzungen angelegt war, indem es ein Verfahren zum vollständig anonymisierten Datenaustausch bereithielt. Das Gericht führte aus, ein Sharehosting-Dienst schneide dem verletzten Urheber sehenden Auges den erforderlichen Nachweis wiederholter Begehungshandlungen ab, wenn er in Kenntnis begangener Urheberrechtsverletzungen weiterhin einschränkungslos eine anonyme Nutzung seines Dienstes ermögliche. In diesem Fall könne sich der Betreiber zur Vermeidung seiner Verantwortlichkeit als Störer nicht mehr auf eine ansonsten gegebenenfalls bestehende Unzumutbarkeit umfangreicher Prüfungspflichten berufen.¹³ Nach den gleichen Maßstäben hatte bereits das OLG Köln in zwei Verfahren ebenfalls gegen Rapidshare geurteilt¹⁴, und das LG Düsseldorf hat – wiederum in einem Verfahren gegen Rapidshare wegen Urheberrechtsverletzungen im Bereich der Musikdateien – ausdrücklich festgestellt, der Betreiber müsse nach Benachrichtigung von Seiten der Rechteinhaber einen erhöhten (auch manuellen) Prüfaufwand auch dann betreiben, wenn dadurch sein Angebot wirtschaftlich weniger lukrativ werde oder er den Betrieb gar einstellen müsse.¹⁵

¹¹ Zu Einzelheiten siehe *Marberth-Kubicki*, NJW 2009, 1792 (1792-1794).

¹² LG München I, 19.4.2007, 7 O 3950/07, ZUM 2007, 496-501.

¹³ OLG Hamburg, 2.7.2008, 5 U 73/07, MMR 2008, 823-827.

¹⁴ OLG Köln, 21.9.2007, 6 U 86/07; OLG Köln, 21.9.2007, 6 U 100/07 = CR 2008, 41.

¹⁵ LG Düsseldorf, 23.1.2008, 12 O 246/07.

III. Die Rechtssache *Scarlet Extended* vor dem Europäischen Gerichtshof

Die Frage des Anspruchs auf urheberrechtlichen Schutz im Internet hat nunmehr den EuGH erreicht. In einem Vorlageverfahren des belgischen Berufungsgerichts Cour d'appel de Bruxelles hat der EuGH die Frage zu entscheiden, ob im Lichte der europäischen Grundrechte eine nationale urheberrechtliche Norm einem Gericht erlauben darf, eine Anordnung zu erlassen, wonach ein Internetprovider auf eigene Kosten für unbeschränkte Zeit ein Filter- und Blockiersystem einzurichten hat, das urheberrechtswidrigen Datentransfer durch Dritte auf der zur Verfügung gestellten Plattform umfassend ausschließt.¹⁶

A. Sachverhalt

Die belgische Gesellschaft zur Verwertung von Urheberrechten in der Musikindustrie, die Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs („SABAM“) – in Österreich ist dies die AKM (Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger), in Deutschland die GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) – nimmt den belgischen Internet Service Provider *Scarlet Extended SA* („Scarlet“) auf Unterlassung von Urheberrechtsverletzungen in Anspruch, die nach Behauptung von SABAM durch Dritte auf der von Scarlet zur Verfügung gestellten Plattform begangen werden, insbesondere durch Datenaustausch unter Nutzung von peer-to-peer-Software.

SABAM erwirkte im Jahr 2004 vor dem belgischen Eingangsgericht Tribunal de première instance de Bruxelles zunächst ein Urteil, das die behaupteten Urheberrechtsverletzungen feststellt. Vor Erlass der ebenfalls begehrten einstweiligen Unterlassungsverfügung holte das Gericht ein Sachverständigengutachten zur technischen Umsetzbarkeit der von SABAM verlangten Filter- und Blockiersoftware ein. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass die meisten Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen mittels peer-to-peer-Software ungeeignet seien, weil sie den Datenverkehr unabhängig vom Inhalt blockierten und außerdem mittels Verschlüsselung umgangen werden könnten. Die einzige taugliche Software, so der Sachverständige, sei dem Datenvolumen eines Internet Service Providers (ISP) nicht gewachsen. Einzig erfolgversprechend sei eine mehr oder weniger manuelle Kontrolle der getauschten Inhalte¹⁷.

¹⁶ Vgl. Schlussantrag (SchlA) des Generalanwalts (GA) Villalón vom 14.4.2011, in der Rechtssache C-70/10, *Scarlet Extended*. Der Schlussantrag des GA lag bei Redaktionsschluss nur in französischer Sprache vor. In deutscher Sprache zur Rs C-70/10 etwa die Pressemitteilung Nr 37/2011 des EuGH.

¹⁷ Vgl. SchlA GA Villalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 20 f. Der Sachverständige spricht einigermaßen unbestimmt von internen Überprüfungsmechanismen (méthodes

Auf der Grundlage dieses Gutachtens verurteilte das Eingangsgericht Scarlet im Jahr 2007 unter Androhung eines Zwangsgeldes von € 2.500 für jeden Tag der Zuwiderhandlung, die im Urteil aus dem Jahr 2004 festgestellten Urheberrechtsverletzungen zu unterbinden, indem jeder von Scarlet-Kunden vorgenommene Versand oder Empfang von Musikdateien, die im Repertoire von SABAM enthalten sind, verhindert wird.

Gegen dieses Urteil legte Scarlet Berufung beim Cour d’appel de Bruxelles ein. Das Gericht legte dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren die Frage der Vereinbarkeit der Verfügung bzw ihrer gesetzlichen Grundlage mit Unionsrecht vor. Der maßgebliche Art 87 § 1 Abs 2 des belgischen Urheberrechtsgesetzes¹⁸ lautet: „Sie [der Präsident des Gerichts erster Instanz und der Präsident des Handelsgerichts] können außerdem eine Unterlassungsverfügung gegen Vermittler erlassen, deren Dienste von Dritten zur Verletzung des Urheberrechts oder verwandter Rechte benutzt werden.“

B. Das Votum des Generalanwalts

1. Technische Vorfragen und Reichweite der Unterlassungsverfügung

Der Generalanwalt (GA) M. Pedro Cruz Villalon unterzieht die streitgegenständliche Verfügung zunächst einer umfassenden Prüfung in Hinblick auf ihre technischen Implikationen. Dabei stellt er fest, ein entsprechendes Filtersystem müsse sämtliche über die Plattform ausgetauschten Dateien in einem ersten Schritt identifizieren und zu diesem Zweck ständig den technologischen Fortschritt nachvollziehen, um aktuell zu bleiben. Wie das technisch machbar ist, habe allerdings weder SABAM noch das vorlegende Gericht auch nur ansatzweise erlautert¹⁹. Auch für den zweiten Schritt, das Blockieren bestimmter identifizierter Dateien, rügt der GA das Fehlen einer klaren Vorstellung über die Funktion eines solchen Systems und die daraus folgende Unabsehbarkeit der Auswirkungen auf den Datenverkehr sowie die Uferlosigkeit der potentiellen Kosten eines solchen Systems.²⁰

Hinsichtlich der rechtlichen Reichweite der Verfügung konstatiert der GA die Begründung einer umfassenden Erfolgsvermeidungshaftung, die Scarlet unter fünf Gesichtspunkten belastet: Sie ist zeitlich unbegrenzt und zwingt so zu einer permanenten Weiterentwicklung der Filter- und Blockiersysteme. Sie

d’investigations internes), ohne auszuführen, wie er sich diese technisch vorstellt – was der GA zu Recht kritisiert: Rn 49.

¹⁸ Gesetz vom 30.6.1994 über das Urheberrecht und verwandte Rechte, http://suisse.juridat.be/cgi_loi/loi_a.pl?language=fr&caller=list&cn=1994063035&la=f&fromtab=loi&sql=dt=%27loi%27&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1 (Abrufdatum 11.5.2011).

¹⁹ SchlA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 47-49.

²⁰ SchlA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 52; allgemein zu den Möglichkeiten der Blockierung bestimmter Inhalte vgl *Heigl*, in diesem Band S 379 ff, Abschnitt II B.

ist gegenständlich unbegrenzt, erfasst also die Gesamtheit der auf der Plattform stattfindenden elektronischen Kommunikation, insb also auch die „urheberrechtsneutralen“ Kommunikationsvorgänge. Sie ist personell unbegrenzt, betrifft also nicht nur den engeren Kundenkreis von Scarlet, sondern sämtliche Nutzer, die mit der Plattform in Kontakt kommen, besonders also auch Nutzer anderer Mitgliedsstaaten, die nicht der belgischen Jurisdiktion unterliegen. Weiters verlangt die Verfügung ein Verhalten, das lediglich durch den zu vermeidenden Erfolg, aber nicht durch konkrete Handlungspflichten beschrieben ist; insofern hat die Verfügung präventiv-abschreckenden Charakter. Schließlich werden Scarlet die erheblichen Kosten für die Entwicklung und Unterhaltung der geforderten Software auferlegt. Die Verfügung weist damit nicht das Maß an Konkretisierung und Individualisierung auf, das von rechtlichen Reaktionen auf ein missbilligtes Verhalten grundsätzlich zu erwarten ist. Nur am Rande äußert der GA zudem Zweifel in Hinblick auf die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes.²¹

2. Das maßgebliche Unionsrecht

Die Vorlagefrage bezieht sich auf die Auslegung mehrerer Richtlinien, die überwiegend den elektronischen Daten- bzw Geschäftsverkehr sowie den Schutz des geistigen Eigentums betreffen.²² Der EuGH hat sich bei seiner Entscheidung aber vor allem mit den in Art 7, 8 und 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierten Grundrechten auf Beachtung des Kommunikationsgeheimnisses, auf Schutz personenbezogener Daten und auf Informationsfreiheit zu befassen.²³ Dagegen wird die aus Sicht von Scarlet nächstliegende Frage einer

²¹ Vgl dazu SchIA GAVillalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 53-65.

²² Im Einzelnen sind folgende Richtlinien einschlägig: Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 167, 10; Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 157, 45; Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281, 31; Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl L 178, 1; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 201, 37.

²³ Das vorliegende Gericht hatte seine Anfrage auf die vergleichbaren, in Art 8 und 10 der EMRK formulierten Grundrechte bezogen. Im Hinblick auf die Primärrechtsqualität der Charta gemäß Art 6 Abs 1 EUV und die „halbzwingende“ Entsprechensklausel in Art 52 Abs 3 der Charta, die ein gegenüber der EMRK höheres Grundrechtsschutzniveau zulässt, hat der GA die Vorlagefrage jedoch auf die in der Charta normierten Grundrechte hin modifiziert (siehe SchIA GA Villalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 29-34).

Verletzung der durch Art 17 der Charta geschützten Eigentumsgarantie durch den Zwang zur Installation eines teuren Filter- und Blockiersystems vom GA wegen der Zuspitzung der Vorlagefrage auf die Kommunikationsgrundrechte in einem Nebensatz abgehandelt.²⁴

Zum Schutz personenbezogener Daten wirft der GA die interessante und vom EuGH bisher nicht entschiedene Frage auf, ob eine IP-Adresse als solche (also ohne zugehörige persönliche Daten) zu den von Art 8 der Charta geschützten Daten gehört. Er schlagt dem Gericht die naheliegende – aber eben doch weitgehende – Auslegung vor, eine IP-Adresse insoweit als persönliches Datum anzuerkennen, als aufgrund irgendwelcher überhaupt irgendwo vorhandener Daten die Zuordnung zu einer bestimmten Person möglich ist.²⁵

Zur Überwachung der elektronischen Kommunikation vor dem Hintergrund des Rechts auf Beachtung des Kommunikationsgeheimnisses nach Art 7 der Charta bzw Art 8 der EMRK fehlt bislang eine EGMR-Rsp. Der GA erkennt darin indes eine der Telekommunikationsüberwachung vergleichbare Beschränkung des Art 8 EMRK und zieht die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG für elektronische Kommunikation heran, nach deren Art 5 Überwachungsmaßnahmen nur im Rahmen eines eindeutigen Gesetzesvorbehalts zugelassen werden dürfen.²⁶

Die in Art 11 der Charta geschützte Informationsfreiheit umfasst das Recht, Informationen zu senden und zu empfangen. Dieses Recht würde durch das von SABAM verlangte Filter- und Blockiersystem empfindlich dadurch eingeschränkt, dass unvermeidbar auch legale Kommunikationsinhalte jedenfalls von der Datenidentifizierung erfasst würden.²⁷

Insgesamt beschränkt die Verfügung zur Einrichtung des genannten Filter- und Blockiersystems alle drei genannten Grundrechte.

3. Voraussetzungen für die Einschränkung der Grundrechte

Die Anforderungen an Maßnahmen, die die europäischen Grundrechte beschränken, ergeben sich aus Art 52 Abs 1 der Charta: Beschränkungen müssen gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt der Grundrechte achten, außerdem ein legitimes Ziel – dh einen anerkannten Gemeinwohlbelang oder den Schutz von Rechten anderer – verfolgen und dem Verhältnismäßigkeitsgebot genügen.

Während sich der legitime Zweck sowohl wegen der durch die Richtlinien 2001/29 und 2004/48 belegten Anerkennung des Urheberrechtsschutzes als Gemeinwohlbelang als auch im Hinblick auf den Drittschutzgedanken unschwer bejahen lässt, bereitet der der streitgegenständlichen Verfügung zugrundeliegen-

²⁴ SchIA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 71.

²⁵ SchIA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 78.

²⁶ SchIA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 81-83.

²⁷ SchIA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 86.

de Art 87 § 1 Abs 2 des belgischen Urheberrechtsgesetzes Schwierigkeiten im Hinblick auf das Merkmal der „gesetzlich vorgesehenen“ Beschränkung.

Zur Auslegung dieses Gesetzesvorbehaltes beruft sich der GA auf die ständige Rsp des EGMR, der entsprechende Vorbehalte nicht nur formell im Sinne der Existenz eines Gesetzes versteht, sondern materiell ein Bestimmtheitserfordernis aufstellt. Die möglichen Rechtsfolgen müssen klar und vorhersehbar sein.²⁸ Dabei soll das Bestimmtheitserfordernis freilich je nach Rechtsmaterie und Normadressatenkreis unterschiedlich streng gehandhabt werden; insbesondere kann ein an sich mangelhafter Bestimmtheitsgrad einer Norm durch eine gefestigte Rsp der nationalen Höchstgerichte „kompensiert“ werden.

Die streitgegenständliche belgische Norm erfüllt laut GA diese Voraussetzungen nicht. Die vom Eingangsgericht aufgrund von Art 87 § 1 Abs 2 des belgischen Urheberrechtsgesetzes erlassene Verfügung zur Einrichtung eines umfassenden Filter- und Blockiersystems begründet nach Einschätzung des GA eine neuartige, unvorhersehbare Verpflichtung. Dass sich das Gericht mit der Verfügung gleichwohl im Rahmen des nationalen Rechts bewegt, zeigt, dass die Norm den unionsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgrad nicht aufweist, sondern geradezu Raum für willkürliche Maßnahmen bietet. Eine gefestigte Rsp, die der Norm klare Konturen verleihen könnte, ist wohl nicht zu erkennen. Aus Sicht der Internetnutzer besteht zudem das Problem, dass die Norm eine vollständige Kontrolle des Datenverkehrs ermöglicht, ohne dass die Nutzer auch nur davon wüssten oder gar Rechtsschutz gegen bestimmte Maßnahmen erlangen könnten²⁹.

Sicher, so räumt der GA ein, ist das Ziel der Norm nicht die Ermöglichung einer umfassenden Kontrolle des Datenverkehrs. Indem sie aber ihrem Wortlaut nach die Gerichte ermächtigt, Verfügungen zu erlassen, die zu eben einer solchen Kontrolle führen, verletzt sie einen wesentlichen Grundsatz der unionsrechtlichen Grundrechtsdoktrin: den Vorbehalt des Gesetzes, der verlangt, dass die Grenze zwischen zulässiger Rechtsbeschränkung und dem unantastbaren Wesensgehalt eines Rechts allein vom Gesetzgeber gezogen werden darf.

4. Entscheidungsvorschlag

Auf Grundlage der vorstehend dargestellten Erwägungen schlägt GA Villalón dem EuGH folgende Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen vor: Das Unionsrecht steht dem Erlass einer gerichtlichen Anordnung auf der Grundlage des belgischen Gesetzes entgegen, die einen Internetanbieter verpflichtet, auf eigene Kosten ohne zeitliche Beschränkung für sämtliche Kunden generell und präventiv ein Filtersystem für alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Nachrichten einzurichten, die mittels seiner Dienste (insb unter Verwendung von peer-to-peer-Programmen) durchgeleitet werden, um so in seinem Netz den Austausch

²⁸ SchlA GA Villalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 94.

²⁹ SchlA GA Villalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 102-106.

von Dateien zu identifizieren, die ein Werk der Musik, ein Filmwerk oder ein audiovisuelles Werk enthalten, an denen ein Dritter Rechte zu haben behauptet, und dann die Übertragung dieser Werke entweder auf der Ebene des Abrufs oder bei der Übermittlung zu sperren.

C. Bedeutung des ausstehenden Urteils

Die Entscheidung des EuGH wird nicht nur in der Musikindustrie mit Spannung erwartet.³⁰ Zwar ist die Frage des Urheberrechtsschutzes im Internet in erster Linie für die gebeutelte Musik- und Filmbranche eine existentielle, und so ist es nur selbstverständlich, dass nach der Napster-Entscheidung im Jahr 2000³¹ und den verschiedenen, wenig durchschlagenden Initiativen einzelner Mitgliedsstaaten³² nun alle Augen auf den EuGH gerichtet sind.

Es liegt aber auf der Hand, dass das Urteil sehr viel mehr Bereiche betreffen wird als nur die Musikindustrie. Die vom belgischen Gericht vorgelegte Frage ist ganz grundsätzlicher Natur und betrifft theoretisch die gesamte Bandbreite der Internetdienstleistungen: Es geht um die Zurechenbarkeit von Rechtsverstößen Dritter – meist privater Personen – an einen Internetdienstleister, die dieser nicht begangen und nicht einmal gezielt gefördert hat. Rechtsdogmatisch ist damit die Frage aufgeworfen, ob für Internetdienstleister das zivilrechtliche Verschuldensprinzip zugunsten einer Gefahrdungshaftung³³ bzw des verwaltungsrechtlichen Veranlasserprinzips aufgegeben werden soll.

Man braucht nicht viel Phantasie, um sich die Auswirkungen eines solchen Paradigmenwechsels auf Internetdienstleistungen in verschiedensten Bereichen auszumalen: Haften etwa Host-Provider oder Forumsanbieter für sämtliche beleidigenden, verleumderischen oder sonst personlichkeitsverletzenden Inhalte, die von irgendwelchen – womöglich anonymen – Nutzern auf ihrer Plattform eingestellt werden? Wenn ja: Wie soll im hochautomatisierten und gerade deshalb preiswerten Massenbetrieb eines Providers die grundrechtsbezogene inhaltliche Beurteilung von Meinungsäußerungen vorgenommen werden, die im „analogen“ Leben ganze Zweige der Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt? Wie soll sich ein Provider verhalten, wenn die Sperrung von Inhalten, die Dritte beanstanden haben, zugleich eine Verletzung des Dienstleistungsvertrages mit dem

³⁰ Die zuständige 3. Kammer des EuGH wird voraussichtlich im zweiten Halbjahr 2011 entscheiden.

³¹ U.S. District Court for the Northern District of California 5.5.2000 Nr 154 – „Napster“, GRUR Int 2000, 1066; dazu Frey, ZUM 2001, 466 ff.

³² Vgl den Beitrag von Heigl, in diesem Band S 386 ff, Abschnitt IV; Greve/Schärdel, ZRP 2009, 54.

³³ So erwägt etwa Frey, ZUM 2001, 466 (477), Anbieter von peer-to-peer-Filesharing-Diensten schon wegen der „Gefährlichkeit“ der Technologie strengeren Haftungsregeln zu unterwerfen als andere Diensteanbieter.

Nutzer bedeutet?³⁴ Oder: Kann gegen eine Plattform wie Facebook eine Unterlassungsverfügung ergehen, durch die das Unternehmen verpflichtet wird, zB rechtswidrige Boykottaufrufe eines Facebook-Mitglieds gegen ein bestimmtes Unternehmen zu unterbinden – was durchaus in der Konsequenz des belgischen Urteils erster Instanz läge? Und wenn ja: Wie genau muss Facebook die Profile seiner derzeit 665 Mio Mitglieder kontrollieren – und zudem manuell, wie es das Eingangsgericht im belgischen Verfahren offenbar für möglich hält? Wie schnell muss der Plattformbetreiber reagieren, wenn Verstöße zu seiner Kenntnis gelangen?

Angesichts der weitreichenden Folgen, die das EuGH-Urteil haben wird, ist dem GA unbedingt beizupflichten, wenn er für die Einschränkung der in der Informationsgesellschaft essentiellen Kommunikationsgrundrechte die Einhaltung des in Art 52 Abs 1 der Grundrechtecharta niedergelegten Gesetzesvorbehaltes einmahnt. Ebenso ist zu begrüßen, dass hierbei die Rsp des EGMR herangezogen wird, wonach dieser Vorbehalt in materieller Hinsicht die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen eines grundrechtsbeschränkenden Gesetzes postuliert.

Da der GA Schwächen des belgischen Gesetzes bereits auf der Bestimmtheitsebene festgestellt hat, brauchte er sich zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Norm und ihrer Anwendung nicht mehr zu äußern. Für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung wäre es allerdings unumgänglich gewesen, die streitgegenständliche Maßnahme nicht nur bezüglich ihrer Wirkung auf die Kommunikationsgrundrechte der Internetnutzer, sondern vor allem vor dem Hintergrund der in Art 17 Abs 1 der Grundrechtecharta verbürgten Eigentumsgarantie des Internetproviders Scarlet zu bewerten. Diese Einschränkungen wären dann wiederum mit dem von Art 17 Abs 2 der Grundrechtecharta geschützten geistigen Eigentums der von SABAM vertretenen Urheberrechtsinhaber abzuwägen gewesen.

IV. Fazit und Ausblick

Das Urteil des EuGH wird – jedenfalls wenn der Gerichtshof (wie häufig) dem Schlussantrag des GA folgt – die Musikindustrie nicht freuen; es wird womöglich als Rückschlag im Kampf gegen die Internetpiraterie gescholten werden. Dabei ist keineswegs eine generelle Absage an das sog ISP-Blocking³⁵ zu erwarten; wohl aber wird die Grundrechtsrelevanz solcher Maßnahmen in Erinnerung gerufen werden und werden Anforderungen hinsichtlich des Bestimmtheitsgrades entsprechender Ermächtigungsgrundlagen formuliert werden.

³⁴ Die Provider versuchen sich bisher zu schützen, indem sie ihren Nutzern in AGB das Einstellen rechtswidriger Inhalte verbieten und sich für allfällige Verstöße ein Kündigungsrecht vorbehalten; vgl dazu *Redeker* in *Hoeren/Sieber*, Teil 12 (Internetverträge) Rz 59 ff.

³⁵ Zu Einzelheiten des ISP-Blocking vgl *Heigl*, in diesem Band S 378 ff, Abschnitt II.

Betrachtet man Art 87 § 1 Abs 2 des belgischen Urheberrechtsgesetzes aus der Perspektive der aufgrund dieser Norm ergangenen Unterlassungsverfügung, springt die mangelhafte Bestimmtheit dieser Norm geradezu ins Auge. Dabei darf man nicht vergessen, dass die zunehmende Konturlosigkeit solcher Normen – ganz sicher kein Spezifikum des belgischen Urheberrechts! – ihrerseits eine Folge des technologischen Fortschrittes ist: In Zeiten des „analogen“ Urheberrechts war es viel leichter zu bestimmen, wer zB „Vermittler“ eines geschützten Werkes ist und auf welchen Wegen ein Werk Verbreitung findet. Dementsprechend leichter bestimmbar war die Verpflichtung, eine urheberrechtswidrige Verbreitung eines Werkes zu unterlassen. Mit der Entstehung neuer Verbreitungs- und Vertriebswege nehmen entsprechende Verhinderungspflichten ganz neue Dimensionen an, welchen die geltenden Rechtsvorschriften nicht mehr zur Genüge Rechnung tragen.

Der Gesetzgeber befindet sich hier in einem Dilemma: Er muss aus unions- und verfassungsrechtlicher Sicht eine möglichst bestimmte, in ihren Rechtsfolgen vorhersehbare Ermächtigungsnorm für gerichtliche Maßnahmen formulieren. Doch je präziser er den Tatbestand fasst, desto größer ist die Gefahr, dass die Norm vom technologischen Fortschritt überholt wird, bevor das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist.

Ein anderes, von spezifisch internetrechtlichen Fragen abtrennbares Problem des Vorlageverfahrens betrifft die *Rechtsanwendung*: Art 87 § 1 Abs 2 des belgischen Urheberrechtsgesetzes ermächtigt das Gericht ausdrücklich nur zum Erlass von Unterlassungsanordnungen (*injonction de cessation*). Eine solche Anordnung setzt schon nach nationalem Recht voraus, dass das verbotene Verhalten klar und bestimmt umschrieben ist.³⁶ Indem das belgische Eingangsgericht antragsgemäß verurteilt hat, hat es aber im Ergebnis nicht nur eine Unterlassungspflicht des Verfügungsadressaten ausgesprochen, sondern darüber hinaus eine erfolgsbezogene Haftung für das Ausbleiben von Urheberrechtsverletzungen tituliert und so eine Verantwortlichkeit für das Verhalten Dritter begründet, ohne dass die Zurechnung normativ begründet würde. Das Gericht hat – schlimmer noch – die Abwendung eines Erfolges angeordnet, ohne abschließend zu klären, ob dies aus technischer Sicht überhaupt machbar ist³⁷, geschweige denn, ob sich der wirtschaftliche Aufwand in zumutbaren Grenzen hält. Damit wird, wie der GA völlig zu Recht feststellt, die Verantwortlichkeit im Kampf gegen die Internetpiraterie ohne Rücksicht auf Verluste auf die Provider verlagert.

³⁶ Vgl OGH 27.1.2010, 7 Ob 248/09k; für das deutsche Recht etwa OLG Köln, Beschluss vom 25.1.2000, 6 W 104/00, NJOZ 2001, 368; *Spatgens* in *Gloy/Loschelder/Erdmann* § 101 Rn 15 ff.

³⁷ Nach der Lektüre des Sachverständigengutachtens im Eingangsverfahren (vgl dazu SchIA GA Villalon 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 21) drängt sich im Gegenteil der Eindruck auf, dass schon auf dieser Grundlage der Antrag auf Erlass der Verfügung hätte zurückgewiesen werden müssen.

Napster reloaded

Die Inanspruchnahme der Provider als zentrale Zugriffsstelle gegen Urheberrechtsverletzungen ist aus Sicht der Urheberrechtsinhaber und ihrer Interessenvertretungen sicher ein effektiver Ansatz. Richtig und angemessen muss er deswegen noch nicht sein.³⁸

³⁸ SchIA GA Villalón 14.4.2011, C-70/10, *Scarlet Extended*, Rn 113.