



Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten Ges.m.b.H.

LSG, Schreyvogelgasse 2/5, A-1010 Wien

Bundesministerium für Verkehr, Innovation
und Technologie
Sektion III/PT2 (Recht)
Ghegastraße 1
1030 Wien

Schreyvogelgasse 2/5
A-1010 Wien
T: +43 (1) 535 60 35
F: +43 (1) 535 51 91
E: ifpi@ifpi.at

Wien, 2007-05-16

GZ. BMVIT-630.333/0001-III/PT2/2007

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir beziehen uns auf den mit Schreiben vom 17.4.2007 zur Begutachtung versandten Entwurf einer Novelle des TKG 2003, mit der die EU-Richtlinie über die Vorratsdatenspeicherung in Österreich umgesetzt werden soll.

Die Verwertungsgesellschaft LSG vertritt die Rechte der Musikproduzenten und die Rechte der ausübenden Künstler bezogen auf Handelstonträger. Der LSG gehören etwa 1.500 Musikproduzenten und mehr als 10.000 Interpreten als Mitglieder an. Die rechtliche und wirtschaftliche Grundlage der österreichischen wie auch der internationalen Musikbranche ist das geistige Eigentum, also der urheberrechtliche Schutz an unseren Musikaufnahmen und den Leistungen unserer Künstler.

Dieser Schutz soll durch den Novellen-Entwurf ohne sachlichen Grund für den gesamten und für die Zukunft der Musikbranche wesentlichen Bereich des Internets ausgehebelt werden. Namens unserer Mitgliedsfirmen und der von ihnen vertretenen Künstler verwehren wir uns gegen diesen ungerechtfertigten Angriff auf unser geistiges Eigentum und sprechen uns vehement gegen die betreffenden Teile des Novellenentwurf aus.

Vorweg einige grundsätzliche Anmerkungen zur TKG 2003-NovE:

- **Schutz geistigen Eigentums im Internet wird ohne sachlichen Grund ausgehebelt – Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums:** Mit der TKG-Novelle würde der Schutz des geistigen Eigentums im Internet gänzlich ausgehebelt; der Strafrahmen für nicht-gewerbsmäßig begangene Urheberrechtsverletzungen beträgt gemäß § 91 UrhG sechs Monate und liegt damit unter der in § 102a Abs 1 vorgesehenen Untergrenze von einem Jahr. Jene (Stamm-)Daten, die zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet zwingend notwendig sind, stünden - anders als nach derzeitiger Rechtslage – schlicht nicht mehr zur Verfügung. Folge: Das Urheberrecht wäre im In-

ternet de facto außer Kraft gesetzt und die Rechteinhaber enteignet - zweifelsohne ein Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums.

- **Gefahr für alle Kreativbranchen:** Dieselbe Problemstellung und dasselbe Gefahrenpotential gilt im Übrigen für sämtliche Kreativbranchen: Film, Buch, Zeitungen, Magazine, Games, Software, Fotografie usw. usw. Für alle diese Branchen ist das Internet ein Hoffungsmarkt, aber ohne Schutz ihres Contents ist dieser Markt nicht zu entwickeln.
- **EuGH-Verfahren gegen Richtlinie:** Darüber hinaus laufen gegen die EU-Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung Verfahren der Republik Irland und der Slowakei vor dem Europäischen Gerichtshof, deren Ausgang vor der Umsetzung der Richtlinie in Österreich abgewartet werden sollte.
- **Keine Zeitnot bei Umsetzung betreffend Internet (bis 15.3.2009):** Die Republik Österreich hat von dem in der Richtlinie vorgesehenen Recht Gebrauch gemacht und die Umsetzung der Regelungen betreffend Internet-Zugang, Internet-Telefonie und Internet-Email bis 15.3.2009 aufgeschoben. Es besteht daher zum jetzigen Zeitpunkt keine Not zu einer Regelung betreffend Internet. Die verlängerte Umsetzungsfrist sollte jedenfalls ausgenützt werden, um eine sachgerechte Lösung unter Beiziehung aller Betroffenen (auch der Content-Branchen!) zu finden. Folgerichtig sollten daher jedenfalls die den Bereich Internet betreffenden Regelungen ausgeklammert werden (insbesondere in § 92 Abs 3 Z 4a lit a, bb).

Dies vorausgeschickt, nehmen wir zum vorliegenden Novellentwurf („TKG 2003-NovE“) im Einzelnen wie folgt Stellung:

1. Motive und Vorgaben der Richtlinie 2006/24/EG und Verhältnis zur nationale Regelungsfreiheit bezüglich Datenspeicherung zu weiteren Zwecken

Die Richtlinie 2006/24/EG ist eine „Anlassrichtlinie“, die ihren historischen Hintergrund in den Madrider Bombenattentaten hat. Der EU-Gesetzgeber wollte sicherstellen, dass Standort- und Verkehrsdaten zumindest für einen Zeitraum von 6 Monaten aufbewahrt werden. Betrachtet man lediglich Art 1 Abs 2 und ErwG 21 der RL, so soll dies zum Zweck erfolgen, schwere Straftaten ermitteln und verfolgen zu können.

Dies ist neben der Harmonisierung der Pflichten der Dienstleister und Netzbetreiber iZm der Speicherung von bestimmten Daten der primäre Zweck der RL 2006/24 (ErwG 21), zumal sich die diesbezüglichen Regeln in den Mitgliedstaaten derzeit unterscheiden und in manchen Staaten - mangels Speicherung wichtiger Daten - die Verfolgung entweder unmöglich oder gesetzlich nicht ausreichend abgesichert ist.

Neben dieser Absicherung zur Verfolgung schwerer Straftaten besagt die RL aber keineswegs, dass der Zugang zu den Daten ausschließlich für diesen Zweck erfolgen darf. Sie

nennt als Motiv für die RL-konforme Speicherung die sicherlich vorrangige Bekämpfung der schweren Kriminalität (siehe schon oben).

Hingegen ist in **Artikel 4** der RL und in **ErwG 17** ausdrücklich festgehalten, dass die dadurch zumindest 6 Monate vorhandenen Daten *für bestimmte Fälle und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden können*. Für die Erlassung entsprechender Maßnahmen haben die Mitgliedstaaten selbst zu sorgen und daher *im innerstaatlichen Recht das Verfahren und die Bedingungen festzulegen, die für den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten gemäß den Anforderungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sind* (vgl. Artikel 4 2. Satz und ErwG 17).

Auch **ErwG 25** hält fest, dass diese RL nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, Rechtsvorschriften über den Zugang zu und die Nutzung von Daten durch von ihnen benannte nationale Behörden zu erlassen.

Daran ist zu erkennen, dass der Richtlinienggeber mit dem Passus „zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten“ eine fundamentale Rechtfertigung für die verpflichtende Sicherung von bestimmten Daten, die bislang mehrheitlich nicht vorrätig gespeichert werden mussten, zum Ausdruck bringt. Er macht auch klar, dass diese Art von Daten nach Ablauf der Frist – mit einer Ausnahme – zu vernichten sind (Art 7 lit d).

Es ist daher im Auge zu behalten, dass die RL ausdrücklich die Speicherpflicht und die Datenkategorien bestimmt, nicht aber eine ausdrückliche und abschließende Regelung hinsichtlich des Zugangs, der Offenlegung der Daten vorsieht.

Es ist demnach den Mitgliedstaaten überlassen, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die gespeicherten Daten von den Diensteanbietern weiter zu geben sind. Solche Bestimmungen bzw. entsprechend ausfüllende Judikatur existiert in Österreich auch bereits (§§ 88, 143 StPO, § 18 Abs 2 bis 5 ECG, § 87b Abs 3 UrhG sowie entsprechende Gerichtsentscheidungen); sie waren aber bisher mangels klarer Regelung über die Speicherung bzw. Löschung nicht immer verlässlich durchsetzbar.

Wichtig ist, dass sich die normierte Vorratsspeicherungspflicht als Ausnahme hinsichtlich der RL 2002/58/EG versteht (so Art 3 RL 2006/24/EG). So fügt die RL 2006/24/EG gemäß **Art 11** RL 2006/24/EG in Art 15 der RL 2002/58/EG einen Abs 1a ein. Die ErwG erläutern aber insbesondere in **ErwG 12**, dass **Art 15 Abs 1** RL 2002/58/EG weiterhin für Daten gilt, deren Vorratsspeicherung nach der neuen RL 2006/24 nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und die daher nicht in den Anwendungsbereich der vorliegenden RL 2006/24/EG fallen, so wie für die Vorratsdatenspeicherung zu anderen – einschließlich justiziellen – Zwecken als denjenigen, die durch die vorliegende RL abgedeckt werden.

Damit ist klar gestellt, dass die ins innerstaatliche Recht umzusetzende Vorratsspeicherung gemäß Art 15 Abs 1 RL 2002/58/EG durch die Mitgliedstaaten auch für andere Zwecke als diejenigen der RL 2006/24/EG vorgesehen werden kann. Dies zeigt, dass die RL 2006/24/EG hinsichtlich des Zwecks der Vorratsdatenspeicherung mit der Nennung der

schweren Straftaten den besonderen Anlass für die RL hervorhebt, aber nicht andere Zwecke, die anhand der gespeicherten Daten erreicht werden können, verbieten will (bzw. kann), sondern weiterhin den in der RL 2002/58/EG festgelegten Maßstäben unterzogen sehen will.

Sohin bleibt hinsichtlich der zulässigen Zwecke zu denen die gesicherten Daten verwendet werden können, der Passus des Artikel 15 Abs 1 RL 2002/58/EG erhalten, wonach auch dann eine Ausnahme bestehen kann, wenn Straftaten (ganz allgemein) verfolgt oder der unzulässige Gebrauch eines elektronischen Kommunikationssystems verhindert werden sollen. Dazu bedarf es einer klaren innerstaatlichen Regelung.

Der **deutsche Regierungsentwurf** zur Umsetzung der RL 2006/24/EG etwa sieht in § 100g Abs 1 Z 2 dtStPO ausdrücklich vor, dass – verkürzt gesagt – Verkehrsdaten erhoben werden dürfen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Straftat mittels Telekommunikation begangen hat und die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre. Er zählt in den Erl (S. 120) beispielhaft Straftaten iZm der Verletzung des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte oder Straftaten, die mittels eines Computersystems (Internet) begangen wurden, auf.

Offenbar erkennt dies auch der vorliegende Novellenentwurf, wenn er zunächst in den Erl an keiner Stelle lediglich die Verfolgung ... schwerer Straftaten als Zweck der RL bzw. der Umsetzung nennt, sondern sich der Ausdrucksweise der **ErwG 7 und 9 der RL** bedient und von „Straftaten, insbesondere der organisierten Kriminalität“ und „...für Zwecke der Strafverfolgung zu speichern“ spricht.

In der wesentlichen Bestimmung des **§ 102a TKG 2003-NovE** selbst, findet sich aber die Wendung „zum Zweck der Ermittlung, ... von mit beträchtlicher Strafe bedrohten Handlungen (§ 17 SPG), einschließlich der Tatbestände der §§ 107 und 107a StGB“ - Handlungen, die mit mehr als 1 Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind (zuzüglich „Gefährliche Drohung“ sowie „Stalking“).

Es ist daher zu befürchten, dass mit der Novelle auch die bisher bei Urheberrechtsverletzungen beauskunfteten Stammdaten (Name und Adresse zu dyn. IP-Adressen) nur mehr bei schwerwiegenden Delikten an die Behörde herauszugeben sind. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass die RL diesbezüglich keine abschließende Einschränkung vorsieht und auch zu den Erl zum Entwurf selbst, wo man ausdrücklich der einschlägigen – den Auskunftsanspruch bei Urheberrechtsverletzungen bestätigenden - OGH-Entscheidung gerecht werden will. Diese Entscheidung bezieht sich unter anderem auf **§ 103 Abs 4 TKG 2003**, der durch den Entwurf nicht geändert sondern sogar ausdrücklich auf sämtliche Stammdaten „erstreckt“ wird. In den Erl dazu wird auch explizit ausgeführt, dass *von dieser Auskunftspflicht gegenüber Gerichten insbesondere Stammdaten, die einen Teil der einen Teilnehmer betreffenden Daten darstellen, umfasst sind*.

Fazit: Die RL lässt dem nationalen Gesetzgeber die Freiheit, den Zugang zu gespeicherten Daten auch zu anderen Zwecken als jenen der Verfolgung schwerer Straftaten zu erlauben. Der Novellenentwurf schafft diesbezüglich keine Rechtssicherheit.

2. Keine Verknüpfung von Speicherpflicht und Auskunftspflicht in § 102 a

Regelungsinhalt der Richtlinie ist die Speicherpflicht, nicht aber die abschließende Regelung der Auskunftspflicht durch Kommunikationsdienstleister. Der österreichische Gesetzgeber verknüpft aber in der zentralen Bestimmung des § 102a Abs 1 offenbar Speicherpflicht und Auskunftspflicht und limitiert dabei die Auskunftspflicht rigoros auf Fälle schwerer Straftaten.

Da eine Rechtsdurchsetzung im Internet ohne entsprechende Informationen durch den Internet-Provider (niemand anderer verfügt über diese Information) scheitert, würde durch § 102a Abs 1 ein beträchtlicher Teil der österreichischen Rechtsordnung im Internet mangels Durchsetzbarkeit faktisch ausgeblendet - darunter auch das Urheberrecht, eine im Internet bekanntlich äußerst relevante Rechtsmaterie. Wo bleibt da der Rechtsstaat?!

Jedenfalls führt die Entwurffassung von § 102a Abs 1 zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit in Bezug auf verschiedene Auskunftsrechte und -pflichten, die sich aus zahlreichen anderen Gesetzen ergeben, wie etwa § 87b UrhG, §18 ECG oder § 149a STPO.

Fazit: § 102a TKG sollte sich ausschließlich mit der Speicherpflicht von Daten beschäftigen, nicht aber mit Auskunftspflichten, die sich aus anderen Gesetzen ergeben.

3. Aushebelung des Urheberrechtsschutzes im Internet verfassungswidrig

Die faktische Aushebelung des Urheberrechtsschutzes im Internet wäre zweifelsohne ein Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums, das gleichermaßen für das körperliche wie für das geistige Eigentum gilt.

Die rigide Einschränkung der Auskunftsrechte und -pflichten, wie sie § 102a offenbar vornehmen möchte, steht mit Bezug auf das Urheberrecht auch eindeutig im Widerspruch zu anderen EU-Richtlinien und völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs. Im besonderen sind hier Art 8 Abs 3 Info-RL (2001/29/EG), Art 3 und Art 8 Rechtsdurchsetzung-RL (2004/48/EG) und Art 41 Z1 TRIPS zu erwähnen.

4. Fragwürdige rechtspolitische Wertung

Äußerst fragwürdig und strikt abzulehnen ist auch die rechtspolitische Wertung, die dem Novellenentwurf zugrunde liegt: Das Interesse des (rechtstreuen) Urhebers an der Verteidigung seiner Rechtsposition wird geringer bewertet als der Schutz der Privatsphäre des Rechtsbrechers, der nicht erkannt werden möchte. Nichts anderes, als die Aufgabe fundamentaler rechtsstaatlicher Prinzipien!

5. Sinnwidrige Lösungsverpflichtung für Stammdaten

§ 102a ist aus einem weiteren Grund sinnwidrig. Es wird eine Lösungsverpflichtung nach Ablauf eines Zeitraums von 6 Monaten vorgesehen, dem alle in § 92 Abs 3 Z 4a genannten

Daten unterliegen, darunter auch Stammdaten (!). Soll etwa ein Internet-Provider seine Kundendaten nach 6 Monaten löschen, die er jedenfalls bis zur Beendigung der Vertragsbeziehung zu diesem Kunden dringend benötigt?

6. Speicherfrist von 6 Monaten zu kurz

Die Richtlinie gibt einen Rahmen für die verpflichtende Vorratsdatenspeicherung von 6 Monaten bis zu 2 Jahren vor. Wir verkennen nicht, dass die potenziellen grundrechtlichen Probleme, die mit der Speicherung personenbezogener Daten verbunden sind, mit der Dauer der Datenhaltung zunehmen. Allerdings erscheint eine Speicherfrist von 6 Monaten im Hinblick auf praktische Erfahrungen mit der Strafverfolgung völlig unzureichend.

Nach derzeitiger Rechtslage hat der Privatankläger, der gegen eine Urheberrechtsverletzung vorgehen will, zunächst die 6-wöchige Verfolgungsfrist des § 46 StPO zu beachten, innerhalb derer er eigene Ermittlungen anstellt. Sobald der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, kann ein entsprechender Verfolgungsantrag gestellt werden, in der Regel ein Antrag auf Vorerhebungen zur Feststellung des Inhabers eines bestimmten Kommunikationsanschlusses bzw. im Internet einer bestimmten IP-Adresse. Aufgrund möglicher längerer Bearbeitungszeiten bei den Gerichten könnte das bedeuten, dass in vielen Fällen, die Daten längst gelöscht sind, wenn das Gericht den betreffenden Beschluss auf Auskunftserteilung erlässt.

Dieses Problem kann auch nicht durch den Einsatz der zivilrechtlichen Auskunftsansprüche nach § 18 Abs 4 ECG und § 87b UrhG gelöst werden. Aufgrund der beträchtlichen Rechtsunsicherheit in diesem Bereich werden viele Auskunftersuchen von den Internet-Providern abschlägig behandelt. Wenn der Rechteinhaber versuchen würde, seinen Auskunftsanspruch zivilrechtlich durchzusetzen, wäre erst recht die Frist für die Vorratsdatenspeicherung abgelaufen.

Aufgrund der missverständlichen Formulierung des § 102a Abs 1 besteht somit die Gefahr, dass sich die Dienstanbieter auf eine Löschungspflicht nach Ablauf von 6 Monaten berufen und damit die unabdingbar erforderlichen Daten für die Feststellung der Identität eines Internet-Users verloren gehen.

7. Rechtsunsicherheit betreffend das Verhältnis zwischen Auskunftspflichten im Straf- und Zivilverfahren

Eine weitere und für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen erhebliche Unsicherheit wird auch betreffend das Verhältnis zwischen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Auskunftsansprüchen geschaffen.

§ 102a und weitere Verweise im Novellenentwurf nehmen Bezug auf strafrechtliche Bestimmungen. Bedeutet dies, dass eine Auskunftleistung nur mehr im Strafverfahren und eingeschränkt auf schwere Straftaten möglich ist und demnach zivilrechtliche Auskunftsansprüche, wie etwa § 87b Abs 3 UrhG wegfallen oder werden solche Auskunftsansprüche nicht berührt? Die Novelle führt diesbezüglich zu einer Verwirrung, nicht zur erhofften Klärung. Sollte die Novelle so zu verstehen sein, dass die Auskunftspflicht nunmehr auf qualifizierte

Straftaten (§ 17 SPG) bzw. §§ 107 und 107a StGB beschränkt wird, dann wäre dies innerstaatlich mit dem verfassungsrechtlichen Grundrecht auf Eigentum und zwischenstaatlich mit grundlegenden Bestimmungen des internationalen Urheberrechts nicht vereinbar (siehe Pkt. 3. oben)

8. Zusammenfassende Kritik und Änderungsvorschläge

Der Entwurf reduziert sich auf den Versuch, dem bestehenden TKG 2003 die Implementierung der RL 2006/24/EG aufzupropfen, ohne dies mit den bestehenden Bestimmungen ausreichend in Einklang zu bringen. Hinzu kommt, dass das TKG 2003 für einige Problemstellungen als Regelungsmaterie schlicht unbrauchbar und mit anderen Gesetzen nicht vereinbar ist. Dazu zählt der Umstand, dass das TKG 2003 rudimentär Auskunftsvorschriften vorsieht und die Novelle die diesbezüglichen, vom OGH bereits konstatierten Lücken nunmehr schließen könnte und sollte. Der Entwurf unterlässt dies aber. Da einige gesetzliche Bestimmungen Auskunftserteilungen von Stammdaten vorsehen (§ 18 Abs 2 bis 5 ECG und § 87b Abs 3 UrhG idF UrhGNov 2006), sollte der TKG 2003-NovE diesen Umstand berücksichtigen, um Widersprüche zu vermeiden.

Daher wäre insbesondere im Sinn der Entscheidung des OGH vom 16.3.2004 4 Ob 7/04i und der Entscheidung des OGH vom 26.7.2005 11 Os 57/05z u.a. (sowie des nachfolgenden BMJ-Erlasses) und unter Berufung auf die von der RL 2006/24/EG ausdrücklich in Art 4 2. Satz und ErwG 12 vorgesehene innerstaatliche Regelung über bestimmte Fälle, in denen der Zugang zu Daten festgelegt wird, folgender Absatz etwa als § 97 Abs 1a TKG 2003 der zukünftigen Fassung einzufügen:

„Anbieter und Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze haben Stammdaten gemäß § 92 Abs 3 lit a, b und c TKG 2003 idF Nov-E auf Verlangen dritter Personen unter Berücksichtigung der Aufbewahrungsfristen gemäß § 97 Abs 2 und § 102a Abs 1 TKG 2003 idF NovE zu beauskunften, sofern diese ein überwiegendes rechtliches Interesse an der Feststellung der Identität des Teilnehmers und eines rechtswidrigen Sachverhalts sowie überdies glaubhaft macht, dass die Kenntnis dieser Informationen eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverfolgung bildet.“

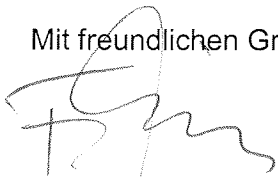
Der von der RL 2006/24/EG als Leitmotiv genannte Zweck der Vorratsspeicherung, ist für die Beauskunftung insbesondere von Stammdaten nicht als abschließend zu verstehen, was die RL und die ErwG an mehreren Stellen offenbaren. Auch der vorliegende Entwurf geht in seinen Erl und in seinen Bestimmungen (zB § 103 Abs 4 TKG 2003-NovE) nicht von diesem engen Rahmen aus. Daher sollte auch § 102a Abs 1 nicht den Eindruck erwecken, dass die Speicherung bzw. Weitergabe der Daten ausschließlich zu diesem Zweck erfolgt. Auch in der Richtlinie wird der Zugang zu den Daten nicht vorweggenommen sondern – unter Wahrung der Grundrechte und der Verhältnismäßigkeit – der innerstaatlichen Rechtsordnung überlassen.

Daher sollte in § 102a Abs 1 nach dem Wort „Kommunikationsvorganges“ das Wort „insbesondere“ eingefügt und die dadurch entbehrliche Wendung „einschließlich der Tatbestände der §§ 107 und 107a StGB“ gestrichen werden.

Unsere Stellungnahme deckt sich aufgrund gleicher Interessenlage inhaltlich mit jener des Verbands der österreichischen Musikwirtschaft – IFPI Austria und der VBT Verwertungsgesellschaft für Bild und Ton.

Wir ersuchen unsere Stellungnahme bei der weiteren Behandlung der Novelle zum TKG 2003 zu berücksichtigen und stehen für jedes weiterführende Gespräch gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Franz Medwenitsch
Geschäftsführer