

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
Abteilung C2/1 (Rechtsabteilung Außenwirtschaft)
Stubenring 1
1011 Wien
Email: not9834@bmwfj.gv.at

Wien, am 7. November 2013

**ISPA STELLUNGNAHME BETREFFEND DIE ÖFFENTLICHE KONSULTATION ZUM
ENTWURF EINER VERORDNUNG ÜBER DAS URHEBERRECHT IN ELEKTRONISCHEN
KOMMUNIKATIONSNETZEN UND UMSETZUNGSVERFAHREN GEMÄSS
GESETZESVERORDNUNG NR. 70 VOM 3. APRIL 2003**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich, im Zusammenhang mit der öffentlichen Konsultation zum Entwurf einer Verordnung der italienischen Regulierungsbehörde AGCOM über das Urheberrecht in elektronischen Kommunikationsnetzen und Umsetzungsverfahren gemäß Gesetzesverordnung Nr. 70 vom 3. April 2003, wie folgt Stellung zu nehmen.

Die ISPA vertritt die Ansicht, dass der Verordnungsentwurf geltendem europäischem Recht widerspricht und ist der Meinung, dass der Verordnungsentwurf stark in die Grundrechte auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit sowie die Erwerbsfreiheit und die Freiheit des Eigentums eingreift. Die Umkehr des Haftungsprivilegs führt zu einer „Zwickmühlensituation“ für Anbieter und ist auch aus wirtschaftlichen Gründen kein gangbarer Weg. Stattdessen würden Anbieter in die Rolle von Staatsorganen gedrängt, wobei zu bedenken ist, dass es den einzelnen europäischen Verfassungen und der Wertehaltung der Europäischen Union gemein ist, dass das Gewaltmonopol bei staatlichen Behörden liegt. Die ISPA ist der Meinung, dass eine solche Regelung nicht umgesetzt werden sollte, da dies eine große Zäsur im rechtsstaatlichen Gefüge darstellen würde.

Es ist vorweg festzuhalten, dass Accessanbieter aufgrund der Tatsache, dass sie bloß technische, automatische und passive Zugangshilfestellung leisten, ein Haftungsprivileg (vgl. Art 12 Richtlinie 2000/31/EG; in weiterer Folge: eComm-RL) genießen. Hosting-Provider sind von der Haftung befreit, solange sie nicht bewusst rechtswidrigen Content speichern (vgl. Art 14 eComm-RL). Übermittelnde bzw. speichernde Provider dürfen gemäß Art 15 der E-Commerce-Richtlinie nicht verpflichtet werden, gespeicherten oder übermittelten Content zu überwachen oder Fakten zu ermitteln, die die Gegenwärtigkeit von illegalem Inhalt ergeben könnte.

Die ISPA lehnt die Umsetzung des Verordnungsentwurfs ab, da durch ein derart formalisiertes Verfahren, welches mit stringenten Fristen sowie Handlungsverpflichtungen für die Anbieter (Art 6, Art 8 Abs. 2, 5; Art 9 Abs. 1, 2 des Verordnungsentwurfes) verbunden ist, ein Einfallstor für die

Abschaffung des Haftungsprivilegs in Europa geschaffen werden würde. In Zusammenhang mit der gegenwärtigen widersprüchlichen Judikatur zwischen EGMR¹, EuGH und nationalen Gerichtsentscheidungen ist diese Sorge als berechtigt einzustufen.

1 Anbieter dürfen nicht gezwungen werden über die Rechtmäßigkeit von Inhalten zu entscheiden

Die ISPA ist der Ansicht, dass eine antizipierte Bewertung von Content, wie dies der Verordnungsentwurf der italienischen AGCOM de facto vorsieht, eine Erschwerung der Kommunikation im Internet darstellen würde. Anbietern würde die Verpflichtung auferlegt, die über sie ins Netz gestellten oder von ihnen im Netz gespeicherten oder übermittelten Inhalte fortlaufend zu überprüfen. Nur so könnte verhindert werden, dass als illegal klassifiziertes Material erneut hochgeladen bzw. gespeichert wird. Dadurch würden die Anbieter in die Rolle eines verlängerten Armes des Gesetzes gedrängt, da sie noch vor einer richterlichen Entscheidung gezwungen würden, eine Abwägung treffen zu müssen, ob der angeblich illegale Content auch wirklich rechtswidrig ist. Die im Einzelfall zu treffenden Entscheidungen wären für Anbieter (vor allem unter dem exorbitant strengen Zeithorizont der Verordnung: vgl. Art 7 Abs. 1 und 8; Art 8 Abs. 2, 3 und 5; Art 9 Abs. 1 und 3; Art 10 Abs. 1; Art 13 Abs. 1, 2 und 3; Art 17 des Verordnungsentwurfes) mit zumutbaren Mitteln nicht durchführbar und würde eine unverhältnismäßige wirtschaftliche Erschwernis sowie eine Beeinträchtigung des Internetverkehrs bedeuten.

Kleine und mittlere Anbieter wären hiervor zudem besonders schwer betroffen.

Als Beispiel für die Herausforderungen in Zusammenhang mit der Beurteilung der Rechtswidrigkeit sei auf Probleme der Abgrenzung zwischen den Rechtsgütern der Meinungsfreiheit sowie der persönlichen Integrität verwiesen².

Der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) hat sich mit dieser für Anbieter sehr schwierigen Herausforderung bereits eingehend befasst und betont in seiner laufenden Rechtsprechung (vgl. OGH 6.7.2004, 4Ob 66/04s) völlig schlüssig, dass nur „für einen Laien offensichtliche Rechtsverstöße“ (z.B. Kindesmissbrauchsdarstellungen) eine Handlungspflicht des Anbieters nach sich ziehen würden. Der italienische Entwurf kennt eine derartige Einschränkung nicht und steht daher in Widerspruch zu österreichischem Recht.

Durch die Umsetzung des Entwurfs wären die Elemente der Rechtstaatlichkeit sowie der gesetzlichen Bestimmbarkeit in Frage gestellt, da statt den zuständigen nationalen Behörden die Anbieter gezwungen würden Aufgaben der Rechtsprechung zu übernehmen.

¹EGMR 64569/09, 31.10.2013 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126635#{"itemid":\["001-126635"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126635#{).

²Ibid.

2 Das Haftungsprivileg ist ein fundamentales Rechtsinstitut des Gemeinschaftsrechtes sowie der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten

Die ISPA gibt zu bedenken, dass Access- und Hosting-Anbieter aufgrund ihrer technischen neutralen Position nicht in der Lage sind, Content zu bewerten. Daher wäre auch eine flächendeckende Inhaltsüberwachung des Zurverfügungstellens nicht oder nur unter exorbitantem Aufwand möglich. Eine Verpflichtung, die hierfür notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, wäre der wirtschaftliche Ruin zahlreicher Access-Anbieter.

Da auch ein anonymer Zugang ins Netz möglich ist (Tor-Netze), ist eine Ermittlung von urheberrechtsverletzenden Personen nahezu ausgeschlossen, da Tornetze bisher nur im universitären Umfeld im Rahmen von wissenschaftlichen Versuchsanordnungen geknackt werden konnten. Auch Hosting-Anbieter können nicht für Inhalte ihrer Kunden haftbar gemacht werden. Solange Hosting-Anbieter keine Kenntnis von denen auf ihren Servern gespeicherten Inhalten erlangen, kann von diesen nicht verlangt werden, den Content zu überwachen. Eine antizipierte Kenntnisnahme wäre technisch wenn überhaupt, ebenfalls nur unter exorbitantem Aufwand sowie direkt daraus resultierende Maßnahmen nur unter dem Risiko von „*overblocking*“ (*der ungewollten Sperrung zulässiger Inhalte*) möglich.

Eine Überwachungsverpflichtung würde daher einen fundamentalen Eingriff in die, dem Haftungsprivileg zu Grunde liegenden, Grundrechte darstellen. Dieser Eingriff würde die Grundrechte der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit sowie die Freiheit des Eigentums und die Erwerbsfreiheit tangieren. Das Prinzip des Haftungsprivilegs ist somit nicht nur aus ökonomischen Gesichtspunkten, sondern auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten inopportun.

3 Eine Einschränkung des Haftungsprivilegs führt für Anbieter zu einer „Haftungszwickmühle“

Die ISPA ist der Meinung, dass eine Einschränkung des Haftungsprivilegs durch ein antizipiertes Einschreiten eines Providers auch dahingehend eine Herausforderung darstellt, dass Anbieter, im Rahmen ihrer (eingeschränkten) Haftungsprivilegierung, vor der schwierigen Wahl stehen, entweder gegenüber ihren Kunden oder gegenüber Dritten zu haften. Wenn ein Host-Anbieter angeblich illegale Inhalte zu früh oder aufgrund einer fälschlicherweise angenommenen Rechtswidrigkeit vom Netz nimmt, ist es wahrscheinlich, dass sich dieser mit Haftungsansprüchen des Uploaders konfrontiert sieht. Sofern der Hosting-Anbieter jedoch nicht handelt und den Inhalt nicht vom Netz nimmt, wird er von Dritten bzw. im Regelfall vom Rechteinhaber in Haftung genommen.

Zusammenfassend ersucht die ISPA zu berücksichtigen, dass der Verordnungsentwurf die Grundrechte auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit sowie die Freiheit des Eigentums und die Erwerbsfreiheit vehement tangiert. Die Anbieter dürfen nicht gezwungen werden, über die Rechtmäßigkeit von Inhalten zu entscheiden. Dies wäre eine Erschwernis für die Kommunikation im Internet und würde gravierende wirtschaftliche Nachteile für die Anbieter bedeuten. Hinzu kommt noch, dass die Abkehr vom Haftungsprivileg zu einer Haftungszwickmühle zu Lasten der Anbieter führt. Dass man dabei die Anbieter in die Rolle von Staatsorganen drängt, kann auch nicht im Sinne des Normengebers sein, da es der Werthaltung der Europäischen Gemeinschaft entspricht, das Gewaltmonopol bei den einzelnen Mitgliedstaaten zu halten.

Die ISPA ersucht um die Berücksichtigung Ihrer Bedenken und Anregungen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses. Für Rückfragen oder weiter Auskünfte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen,
ISPA Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert,
Generalsekretär

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – (LIVR Register Nr. LIVR-00226) ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von rund 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmer untereinander.