

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PEDRO CRUZ VILLALÓN
vom 14. April 2011¹

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung	I - 11964
II — Rechtlicher Rahmen	I - 11967
A — Unionsrecht	I - 11967
1. Regelung über den Schutz des geistigen Eigentums	I - 11967
a) Richtlinie 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft	I - 11967
b) Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums	I - 11968
2. Regelung über den Schutz personenbezogener Daten	I - 11969
a) Richtlinie 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr	I - 11969
b) Richtlinie 2002/58 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation	I - 11969
3. Regelung über den elektronischen Geschäftsverkehr: Richtlinie 2000/31 ..	I - 11970
B — Nationales Recht	I - 11970

1 — Originalsprache: Französisch.

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen	I - 11971
A — Sachverhalt und Ausgangsverfahren	I - 11971
B — Vorlagefragen	I - 11974
C — Verfahren vor dem Gerichtshof	I - 11974
IV — Würdigung	I - 11975
A — Vorbemerkungen	I - 11975
1. Umformulierung der ersten Frage: EMRK und Charta	I - 11975
2. Struktur der Antwort	I - 11977
3. Ein Vorgehen in vier Schritten	I - 11978
B — Die beantragte Maßnahme (Anordnung zur Beendigung) und das geforderte „System“ (Filterung und Sperrung)	I - 11979
1. Das Filter- und Sperrsystem	I - 11980
i) Filtermechanismus	I - 11980
ii) Der Mechanismus der „Sperrung“	I - 11982
2. Die Merkmale der Anordnung	I - 11982
a) „Ohne zeitliche Beschränkung“: der zeitliche Geltungsbereich der Maßnahme	I - 11983
b) „Alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Nachrichten“: der sachliche Geltungsbereich der Maßnahme	I - 11983
c) „Für sämtliche Kunden“: der persönliche Geltungsbereich der Maßnahme	I - 11984
d) „Generell und präventiv“: die Präventiv- und Abschreckungsfunktion der beantragten Maßnahme	I - 11985
e) „Auf eigene Kosten“: Träger der Kosten der Durchführung der beantragten Maßnahme	I - 11985
3. Zwischenergebnis	I - 11986
	I - 11963

C — Die Qualifikation der Maßnahme im Hinblick auf die Richtlinien und die Art. 7, 8 und 11 der Charta: eine „Einschränkung“ im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta	I - 11988
1. „Ausgelegt im Lichte der Art 7 und 8 der Charta“: zur Achtung des Privatlebens und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten	I - 11989
a) Der Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 der Charta)	I - 11990
b) Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation (Art. 7 der Charta)	I - 11992
2. „Ausgelegt im Lichte von Art. 11 der Charta“: zur Garantie der Freiheit der Meinungsäußerung und zum Recht auf Information	I - 11993
3. Zwischenergebnis	I - 11995
D — Zu den Voraussetzungen der Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten, insbesondere zur Voraussetzung der „Qualität des Gesetzes“ (Art. 52 Abs. 1 der Charta)	I - 11995
E — „Allein aufgrund der Vorschrift“: Prüfung der nationalen Regelung im Hinblick auf die Voraussetzung der „Qualität des Gesetzes“ (Art. 52 Abs. 1 der Charta)	I - 12000
V — Ergebnis	I - 12004

I — Einleitung

1. Mit dem vorliegenden Fall erhält nun auch der Gerichtshof Gelegenheit, sich mit

der Problematik der Verletzungen des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte im Internet, des illegalen Herunterladens geschützter Werke, zu befassen, einem Phänomen, das gemeinhin als „Piraterie“ von Werken der Musik, der Filmkunst, der Literatur oder audiovisueller Werke bezeichnet wird und eine weltweite Plage darstellen

soll, sowie mit der Bekämpfung dieses Phänomens durch die Rechtsinhaber oder Personen, denen von diesen Rechte eingeräumt worden sind². Konkret hat er über die — bisher nicht aufgeworfene — Frage zu entscheiden, ob mit dem Unionsrecht bestimmte technische Maßnahmen zur Bekämpfung der Internetpiraterie vereinbar sind, die, obwohl

ihre Zuverlässigkeit nicht hundertprozentig erwiesen ist und sie ständig dem technischen Fortschritt und der Weiterentwicklung der Verhaltensweisen unterliegen, doch eine mögliche adäquate Antwort auf die Angriffe auf die Rechte des geistigen Eigentums darstellen sollen, die tagtäglich „im Netz“ begangen werden.

2 — Es braucht wohl kaum darauf hingewiesen werden, dass es sich bei der Internetpiraterie um ein globales Problem handelt, dass in den einzelnen Ländern darauf in unterschiedlicher Weise reagiert worden ist, vor allem mit Gerichtsverfahren (entweder gegen die Internetnutzer selbst oder gegen die Diensteanbieter, die Provider, die Hosting-Anbieter, die Anbieter von Peer-to-Peer-Software oder -diensten, vgl. u. a. die Sachen *Napster* [A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201] und *Grokster* [Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005] in den USA, die Sache *Kazaa* [Kazaa (2005) F. C. A. 1242] in Australien oder die Sache *PirateBay* [Svea hovrätt, 26. November 2010, Rechtssache Nr. B 4041-09] in Schweden), bisweilen mit gesetzgeberischen Maßnahmen (z. B. in Frankreich mit der nach der durch sie geschaffenen Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet benannten „Loi Hadopi“ [Gesetz Nr. 2009-669 vom 12. Juni 2009 „favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet“ (zur Förderung der Verbreitung und des Schutzes des geistigen Schaffens im Internet)], JÖRF Nr.° 135 vom 13. Juni 2009, S. 9666], in Spanien mit der Schlussbestimmung 43 des Gesetzes Nr. 2/2011 vom 4. März „de Economía Sostenible“ [BOE vom 5. März 2011, Teil I, S. 25033]), manchmal auch mit Maßnahmen *sui generis* (z. B. mit dem 2008 von den größten Providern des Vereinigten Königreichs und den Vertretern der Kreativindustrie unterzeichneten *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*), die vielfach kommentiert worden sind und die hier natürlich nicht einmal zusammenfassend dargestellt werden können, und dass auch die mit diesem Problem ausgelöste Kontroverse global und überaus heftig geführt wird; vgl. für einen Überblick über die französische Sichtweise des Problems u. a. Derieux, E., und Granchet, A., *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois Dadvsi et Hadopi*, Lamy Axe Droit, 2010; vgl. für eine Zusammenfassung der Position der Kommission deren Ersten Bericht vom 21. November 2003 über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (KOM[2003] 702 endg., Abschnitt 4.7.), ihren Bericht vom 22. Dezember 2010 über die Anwendung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (KOM[2010] 779 endg., Abschnitt 3.3) sowie ihre Mitteilung vom 16. Juli 2008, „Eine europäische Strategie für gewerbliche Schutzrechte“ (KOM[2008] 465 endg., Abschnitt 5.3). Vgl. auch unter den Arbeiten des Europarats die Empfehlung CM/Rec(2008)6 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten vom 26. März 2008 „on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters“ (zu Maßnahmen zur Förderung der Achtung der Freiheit der Meinungsäußerung und der Information im Hinblick auf Internetfilter) und die „Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet“ (Leitlinien für Erbringer von Internetdiensten) von Juli 2008; vgl. auch Bericht der OECD vom 13. Dezember 2005 an die Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

2. Zur Beantwortung der Vorlagefragen sind sowohl ein ganzer Komplex von Bestimmungen von Rechtsakten des abgeleiteten Rechts als auch Bestimmungen des Primärrechts, nämlich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union³, unter Berücksichtigung der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten⁴ auszulegen. Es sei aber sogleich darauf hingewiesen, dass im Rahmen der vorliegenden Schlussanträge nicht auf sämtliche rechtlichen und technischen Fragen⁵ eingegangen werden kann, die durch die in Rede stehenden Maßnahmen aufgeworfen werden. Ich werde mich bemühen, dem vorlegenden Gericht durch Konzentration auf das Wesentliche eine sachdienliche Antwort zu geben; dabei werde ich vom Wortlaut der Vorlagefragen ausgehen sowie von der Sach- und

3 — Im Folgenden: Charta.

4 — Im Folgenden: EMRK.

5 — So werden, was die rechtliche Seite angeht, die rechtliche Qualifizierung der in Rede stehenden Urheberrechtsverletzungen und die Frage, ob Ausnahmen der Herstellung von Kopien für private Zwecke greifen, nicht untersucht; was die technische Seite angeht, können weder die Techniken des illegalen Herunterladens noch die Möglichkeiten, dies zu verhindern, untersucht werden. Ganz allgemein wird insoweit auf die umfangreiche Literatur verwiesen, die die rechtliche Befassung mit diesem Phänomen hervorbringt.

Rechtslage, wie sie vom vorliegenden Gericht dargestellt wird.

3. Das vorliegende Gericht möchte letztlich wissen, ob ein nationales Gericht nach dem Unionsrecht befugt ist, eine Maßnahme wie die im Ausgangsverfahren beantragte zu erlassen, mit der einem Provider⁶ aufgegeben wird, ein Filter- und Sperrsystem für den elektronischen Datenaustausch einzurichten. Da die beantragte Maßnahme für diesen Provider aber ganz andere Auswirkungen hat als für die Nutzer der Dienste dieses Providers und die Internetnutzer allgemein, ist diesen beiden Blickwinkeln Rechnung zu tragen, auch wenn die Vorlagefrage insbesondere auf die Rechte der Nutzer abzielt.

4. Es ist ferner vorab klarzustellen, dass sich der vorliegende Fall von der Rechtssache *Promusicae*⁷ unterscheidet, auch wenn diese beiden Rechtssachen, was den rechtlichen Rahmen und den allgemeinen Kontext angeht, eindeutige Ähnlichkeiten aufweisen.

Zwar ist es wie in der Rechtssache *Promusicae* auch im vorliegenden Fall erforderlich, die Erfordernisse des Schutzes verschiedener Grundrechte miteinander in Einklang zu bringen; die beiden Rechtssachen weisen aber Unterschiede auf, derentwegen, wie das vorliegende Gericht selbst ausführt, das, was sich dem Urteil *Promusicae* entnehmen lässt, insbesondere der dort aufgestellte Grundsatz eines angemessenen Gleichgewichts zwischen den Rechten, nicht ausreicht, um ihm eine Entscheidung zu ermöglichen. In der Rechtssache *Promusicae* wurde nämlich von einem Provider verlangt, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens den Namen und die Anschrift von durch die IP-Adresse⁸, den Tag und die Uhrzeit ihrer Verbindung identifizierten Personen offenzulegen. Es ging also um die Mitteilung ganz bestimmter, bekannter Daten im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Im Ausgangsverfahren hingegen wird von einem Provider die Einrichtung eines Systems der Filterung des elektronischen Datenaustauschs und der Sperrung von elektronischen Dateien verlangt, von denen angenommen wird, dass sie ein Recht des geistigen Eigentums verletzen. Verlangt wird nicht ein Einschreiten *a posteriori*, nach Feststellung einer Verletzung von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten, sondern ein Einschreiten *a priori*, um eine solche Verletzung zu verhindern und, genauer gesagt, ein System einzurichten, mit dem — präventiv — jede zukünftige Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums verhindert werden soll⁹, auf eine Art und Weise, die, wie wir

6 — Betrifft nur den französischen Text.

7 — Urteil des Gerichtshofs vom 29. Januar 2008 (C-275/06, Slg. 2008, I-271), Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 18. Juli 2007.

8 — Eine IP-Adresse ist eine nur einmal existierende Adresse, die von den gemäß dem „Internetprotokoll“ kommunizierenden Einrichtungen genutzt wird, um sich zu identifizieren und in einem Netzwerk miteinander zu kommunizieren; vgl. u. a. Jon Postel (Hrsg.), Internet Protocol, RFC 791, September 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache *Promusicae*, Nrn. 30 und 31.

9 — Allerdings ist der betreffende Provider, auch wenn von ihm, wie wir sehen werden, verlangt wird, dass er ein „präventives“ System zur Bekämpfung von Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums einrichtet, im vorliegenden Fall Adressat einer Anordnung, die in einem Zivilverfahren wegen festgestellter Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums ergangen ist.

sehen werden, mit einer ganzen Reihe von Unsicherheiten behaftet ist.

5. Gleichwohl wird der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, wie sich ergeben wird, hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte zu prüfen sein.

EG¹⁴ über den elektronischen Geschäftsverkehr ersucht; zwischen diesen Richtlinien bestehen komplexe Beziehungen. Deshalb werden bei der Darstellung des rechtlichen Rahmens der Rechtssache nur diejenigen Bestimmungen angeführt, die für das Verständnis des Ausgangsverfahrens unerlässlich sind.

1. Regelung über den Schutz des geistigen Eigentums

II — Rechtlicher Rahmen

A — Unionsrecht

6. Der Gerichtshof wird hauptsächlich um die Auslegung der Richtlinien 2001/29/EG¹⁰ und 2004/48/EG¹¹ über den Schutz des geistigen Eigentums, der Richtlinien 95/46/EG¹² und 2002/58/EG¹³ über den Schutz personenbezogener Daten und der Richtlinie 2000/31/

a) Richtlinie 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft

7. Art. 8 („Sanktionen und Rechtsbehelfe“) der Richtlinie 2001/29 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen bei Verletzungen der in dieser Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vor und treffen alle notwendigen Maßnahmen, um deren Anwendung sicherzustellen. Die betreffenden Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.“

10 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167, S. 10).

11 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157, S. 45, und —Berichtigungen — ABl. 2004, L 195, S. 16, und ABl. 2007, L 204, S. 27).

12 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281, S. 31).

13 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. L 201, S. 37).

14 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. L 178, S. 1).

(2) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Rechtsinhaber, deren Interessen durch eine in seinem Hoheitsgebiet begangene Rechtsverletzung beeinträchtigt werden, Klage auf Schadensersatz erheben und/oder eine gerichtliche Anordnung sowie gegebenenfalls die Beschlagnahme von rechtswidrigem Material sowie von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen im Sinne des Artikels 6 Absatz 2 beantragen können.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“

um eine drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern oder einstweilig und, sofern die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dies vorsehen, in geeigneten Fällen unter Verhängung von Zwangsgeldern die Fortsetzung angeblicher Verletzungen dieses Rechts zu untersagen oder die Fortsetzung an die Stellung von Sicherheiten zu knüpfen, die die Entschädigung des Rechtsinhabers sicherstellen sollen; eine einstweilige Maßnahme kann unter den gleichen Voraussetzungen auch gegen eine Mittelsperson angeordnet werden, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden; Anordnungen gegen Mittelspersonen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts in Anspruch genommen werden, fallen unter die Richtlinie 2001/29/EG“.

b) Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums

9. Art. 11 („Gerichtliche Anordnungen“) der Richtlinie 2004/48 lautet:

8. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/48 lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte die Möglichkeit haben, auf Antrag des Antragstellers

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte bei Feststellung einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums eine Anordnung gegen den Verletzer erlassen können, die ihm die weitere Verletzung des betreffenden Rechts untersagt. Sofern dies nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgesehen ist, werden im Falle einer Missachtung dieser Anordnung in geeigneten Fällen Zwangsgelder verhängt, um die Einhaltung der Anordnung zu gewährleisten. Unbeschadet des Artikels 8 Absatz 3 der Richtlinie 2001/29/EG stellen die Mitgliedstaaten ferner sicher, dass die Rechtsinhaber

a) gegen den angeblichen Verletzten eine einstweilige Maßnahme anzuordnen,

eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden.“

b) Richtlinie 2002/58 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

11. In Art. 5 der Richtlinie 2002/58 ist die Vertraulichkeit der Kommunikation geregelt; Abs. 1 dieses Artikels lautet:

2. Regelung über den Schutz personenbezogener Daten

a) Richtlinie 95/46 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr

„Die Mitgliedstaaten stellen die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch innerstaatliche Vorschriften sicher. Insbesondere untersagen sie das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt, es sei denn, dass diese Personen gemäß Artikel 15 Absatz 1 gesetzlich dazu ermächtigt sind. Diese Bestimmung steht — unbeschadet des Grundsatzes der Vertraulichkeit — der für die Weiterleitung einer Nachricht erforderlichen technischen Speicherung nicht entgegen.“

10. In Art. 13 Abs. 1 Buchst. g der Richtlinie 95/46 ist bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten können Rechtsvorschriften erlassen, die die Pflichten und Rechte gemäß Artikel 6 Absatz 1, Artikel 10, Artikel 11 Absatz 1, Artikel 12 und Artikel 21 beschränken, sofern eine solche Beschränkung notwendig ist für

12. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, der die Anwendung einzelner Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG vorsieht, lautet:

...

g) den Schutz der betroffenen Person und der Rechte und Freiheiten anderer Personen.“

„Die Mitgliedstaaten können Rechtsvorschriften erlassen, die die Rechte und

Pflichten gemäß Artikel 5, Artikel 6, Artikel 8 Absätze 1, 2, 3 und 4 sowie Artikel 9 dieser Richtlinie beschränken, sofern eine solche Beschränkung gemäß Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 95/46/EG für die nationale Sicherheit (d. h. die Sicherheit des Staates), die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten unter anderem durch Rechtsvorschriften vorsehen, dass Daten aus den in diesem Absatz aufgeführten Gründen während einer begrenzten Zeit aufbewahrt werden. Alle in diesem Absatz genannten Maßnahmen müssen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts einschließlich den in Artikel 6 Absätze 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegten Grundsätzen entsprechen.“

dass keine allgemeine Überwachungspflicht besteht:

„(1) Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.

(2) Die Mitgliedstaaten können Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu verpflichten, die zuständigen Behörden unverzüglich über mutmaßliche rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen der Nutzer ihres Dienstes zu unterrichten, oder dazu verpflichten, den zuständigen Behörden auf Verlangen Informationen zu übermitteln, anhand deren die Nutzer ihres Dienstes, mit denen sie Vereinbarungen über die Speicherung geschlossen haben, ermittelt werden können.“

3. Regelung über den elektronischen Geschäftsverkehr: Richtlinie 2000/31

B — *Nationales Recht*

13. Art. 15 der Richtlinie 2000/31, der den Abschnitt 4 („Verantwortlichkeit der Vermittler“) abschließt, stellt den Grundsatz auf,

14. In Art. 87 § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und ähnliche Rechte¹⁵ in der durch das Gesetz vom 10. Mai

¹⁵ — *Moniteur belge* vom 27. Juli 1994, S. 19297.

2007 zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 und Art. 11 der Richtlinie 2004/48 geänderten Fassung ist bestimmt:

„Der Präsident des Gerichts erster Instanz und der Präsident des Handelsgerichts stellen ... das Bestehen einer Verletzung des Urheberrechts oder eines ähnlichen Rechts fest und ordnen die Beendigung dieser Verletzung an.

Sie können ebenfalls eine Anordnung zur Beendigung der Verletzung gegen Mittelpersonen erlassen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Urheberrechts oder ähnlichen Rechts in Anspruch genommen werden.“

III — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

A — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

15. Mit Klageschrift vom 24. Juni 2004 erhob die Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs (SABAM) vor dem Präsidenten des Tribunal de première instance de Bruxelles gegen die Scarlet Extended SA (im Folgenden: Scarlet), einen Provider, im Eilverfahren

Klage auf Beendigung der Verletzung gemäß dem Gesetz vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und ähnliche Rechte.¹⁶

16. SABAM machte geltend, Scarlet sei als Provider ideal platziert, um Maßnahmen zur Abstellung der Urheberrechtsverletzungen zu treffen, die von ihren Kunden begangen würden, den Internetnutzern, die mit Hilfe von Peer-to-Peer-Programmen illegal zum Repertoire von SABAM gehörende Werke herunterluden, ohne eine Vergütung dafür zu entrichten, wovon Scarlet insoweit profitiere, als sich dadurch das Datenverkehrsaufkommen und somit die Nachfrage nach ihren Diensten erhöhen könnten.

17. SABAM beantragte zunächst, festzustellen, dass das Urheberrecht an den zu ihrem Repertoire gehörenden Werken der Musik, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, verletzt worden sei, und zwar durch den mit Hilfe von Peer-to-Peer-Programmen und unter Inanspruchnahme der Dienste von Scarlet erfolgten unzulässigen Austausch von Musikdateien.

18. SABAM beantragte sodann, Scarlet unter Androhung eines Zwangsgelds zu verurteilen, diese Verletzungen abzustellen, indem sie es unmöglich mache oder stoppe, dass ihre Kunden Dateien, die ein Werk der Musik ohne Zustimmung des Rechteinhabers enthielten, in irgendeiner Form mit Hilfe eines Peer-to-Peer-Programms sendeten oder empfangen.

¹⁶ — Im Folgenden: Scarlet.

19. SABAM beantragte schließlich, Scarlet unter Androhung eines Zwangsgelds zu verurteilen, ihr innerhalb einer Woche nach Zustellung des Urteils eine Aufstellung der getroffenen Maßnahmen zukommen zu lassen, auf der Homepage ihrer Website drei Monate lang einen bestimmten Text zu veröffentlichen und das Urteil in zwei Tageszeitungen und einer Wochenzeitung ihrer Wahl veröffentlichen zu lassen.

20. Mit Urteil vom 26. November 2004 stellte der Präsident des Gerichts fest, dass die beanstandeten Urheberrechtsverletzungen vorlägen. Er benannte aber vor einer Entscheidung über die Beendigungsklage in der Sache selbst einen Sachverständigen, der ein Gutachten zu den Fragen abgeben sollte, ob die von SABAM vorgeschlagenen technischen Lösungen technisch möglich seien, ob mit ihnen nur unzulässige Austausche von Dateien herausgefiltert werden können, ob es andere Systeme gebe, die Verwendung der Peer-to-Peer-Programme zu kontrollieren, und was die in Betracht gezogenen Systeme kosteten.

21. Der benannte Sachverständige reichte sein Gutachten am 29. Januar 2007 ein; er kam darin zu folgendem, in der Vorlageentscheidung wiedergegebenen Ergebnis:

„1. Bei einem Peer-to-Peer-Netz handelt es sich um ein offenes, unabhängiges, dezentralisiertes und mit hochentwickelten Such- und Downloadfunktionen ausgestattetes Hilfsmittel zum Austausch von Inhalten.

2. Außer der von Audible Magic vorgeschlagenen Lösung versuchen alle Lösungen, die Nutzung der Peer-to-Peer-Netze zu verhindern, unabhängig von den übermittelten Inhalten.

3. Im Übrigen ist die Dauerhaftigkeit der Lösungen der Filterung von Peer-to-Peer-Programmen, weil bei solchen Programmen zunehmend kryptografische Verfahren eingesetzt werden, mittelfristig (2 bis 3 Jahre) keineswegs gesichert.

4. Die von Audible Magic vorgeschlagene Lösung ist also die einzige, die versucht, eine spezifische Antwort auf das Problem zu finden. Diese Lösung, die hauptsächlich für den Schulbereich bestimmt ist, ist ihrem Wesen nach aber nicht auf das Datenverkehrsvolumen eines Providers ausgelegt. Der Einsatz dieser Technik im Bereich der Provider wäre deshalb mit hohen Anschaffungs- und Betriebskosten verbunden, um diese Unterdimensionierung zu kompensieren.

5. Diese Kosten sind in Beziehung zum Zeitraum zu setzen, während dessen diese Lösung wirksam ist, da die oben genannten kryptografischen Verfahren bei der Durchgangsfilerung auch diese Lösung unwirksam machen.

6. Methoden der internen Ausforschung eines Peer-to-Peer-Netzes sind schwerer durchzuführen, bringen aber bessere Ergebnisse. Diese Methoden zielen grundsätzlich nämlich nur auf den unzulässigen Teil des Datenaustauschs ab und können dem Kontext Rechnung tragen, in dem diese Austauschvorgänge stattfinden.

7. Diese Methoden sind im Übrigen überhaupt nicht oder deutlich weniger kryptografieanfällig und stellen meines Erachtens mittel- und langfristig die beste Investition dar, um den Schutz der Urheberrechte unter Wahrung der Rechte aller zu gewährleisten.“

22. Auf der Grundlage dieses Gutachtens des Sachverständigen erließ der Präsident des Tribunal de première instance de Bruxelles am 29. Juni 2007 ein zweites Urteil, mit dem er Scarlet unter Androhung eines Zwangsgelds von 2500 Euro für jeden Tag der Zuwiderhandlung gegen das Urteil nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten verurteilte, die in dem Urteil vom 26. November 2004 festgestellten Urheberrechtsverletzungen abzustellen, indem sie es ihren Kunden unmöglich mache, Dateien, die ein Werk der Musik aus dem Repertoire von SABAM enthielten, in irgendeiner Form mit Hilfe eines Peer-to-Peer-Programms zu senden oder zu empfangen.

23. Gegen dieses Urteil legte Scarlet am 6. September 2007 bei der Cour d'appel de Bruxelles Berufung ein.

24. Mit Gesuch vom 7. Dezember 2007 beantragte Scarlet im Übrigen beim Präsidenten des Tribunal de première instance de Bruxelles, die gegen sie ausgesprochene Zwangsgeldandrohung aufzuheben oder zumindest deren Vollzug auszusetzen. Scarlet machte geltend, es sei faktisch oder temporär unmöglich, der Unterlassungsanordnung nachzukommen, da das System Audible Magic nicht funktioniere und nicht erwiesen sei, dass es für einen Provider technisch machbar sei, den Peer-to-Peer-Datenverkehr wirksam zu sperren oder zu filtern.

25. Mit Entscheidung vom 22. Oktober 2008 wies der Präsident des Tribunal de première instance de Bruxelles diesen Antrag mit der Begründung zurück, dass wegen des Devolutiveffekts der Berufung das Verfahren vor ihm nicht wieder aufgenommen werden könne. Zwar habe die Lösung Audible Magic nicht mit Erfolg umgesetzt werden können, Scarlet habe aber keine anderen Möglichkeiten der Sperrung oder Filterung ausprobiert und somit nicht bewiesen, dass es nicht möglich gewesen sei, der Unterlassungsanordnung nachzukommen. Der Präsident setzte den Vollzug der Zwangsgeldandrohung aber bis zum 31. Oktober 2008 aus, um es Scarlet zu ermöglichen, andere Möglichkeiten zu erproben.

B — *Vorlagefragen*

26. Die Cour d'appel de Bruxelles hat das Verfahren daher ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. „Können die Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinien 2001/29 und 2004/48 in Verbindung mit den Richtlinien 95/46, 2000/31 und 2002/58, ausgelegt im Licht der Art. 8 und 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, dem nationalen Richter erlauben, in einem Verfahren zur Hauptsache allein aufgrund der Vorschrift, dass [der nationale Richter] ebenfalls eine Unterlassungsanordnung gegen Vermittler erlassen [kann], deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Rechte genutzt werden, gegen einen Anbieter von Internetzugangsdiensten die Anordnung zu erlassen, auf eigene Kosten zeitlich unbegrenzt für sämtliche Kunden generell und präventiv ein Filtersystem für alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Kommunikationen, die mittels seiner Dienste insbesondere unter Verwendung von Peer-to-Peer-Programmen durchgeführt werden, einzurichten, um in seinem Netz den Austausch von Dateien zu identifizieren, die ein Werk der Musik, ein Filmwerk oder audiovisuelles Werk enthalten, an denen

der Kläger Rechte zu haben behauptet, und dann die Übertragung dieser Werke entweder auf der Ebene des Abrufs oder bei der Übermittlung zu sperren?

2. Bei Bejahung von Frage 1: Ist der nationale Richter, der über eine Klage auf Erlass einer Anordnung gegen einen Vermittler zu entscheiden hat, dessen Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts genutzt werden, nach diesen Richtlinien zur Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, wenn er über die Wirksamkeit und die abschreckende Wirkung der beantragten Maßnahme zu befinden hat?“

C — *Verfahren vor dem Gerichtshof*

27. Scarlet, SABAM gemeinsam mit der Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) und der Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), die Internet Service Providers Association (ISPA), das Königreich Belgien, die Tschechische Republik, das Königreich der Niederlande, die Republik Polen, die Republik Finnland und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

28. In der Sitzung vom 13. Januar 2011 haben die Vertreter von Scarlet, von SABAM und von ISPA, die Bevollmächtigten des

Königreichs Belgien, der Tschechischen Republik, der Italienischen Republik, des Königreichs der Niederlande und der Republik Polen sowie der Bevollmächtigte der Europäischen Kommission mündlich verhandelt.

IV — Würdigung

A — Vorbemerkungen

1. Umformulierung der ersten Frage: EMRK und Charta

29. Das vorliegende Gericht weist darauf hin, dass die erste Vorlagefrage die Auslegung mehrerer Bestimmungen des abgeleiteten Unionsrechts „im Licht der Art. 8 und 10 EMRK“ betreffe. Es kann sich dabei sicher auf Art. 6 Abs. 3 AEU berufen, wonach „[d]ie Grundrechte, wie sie in der [EMRK] gewährleistet sind ..., ... als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts [sind]“. Hierzu sind aber Vorbemerkungen veranlasst, die zu einer punktuellen Umformulierung der Frage führen werden.

30. Zunächst ist festzustellen, dass in eben diesem Art. 6 EUV in Abs. 1 Unterabs. 1 zunächst klargestellt wird, dass die Charta „und die Verträge ... rechtlich gleichrangig [sind]“, worauf der Gerichtshof in seiner jüngsten Rechtsprechung hingewiesen hat¹⁷. Da die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze somit eine eigene rechtliche Bedeutung haben, die auch noch höchsten Ranges ist, ist ein Rückgriff auf die genannten allgemeinen Grundsätze, soweit diese mit den in der Charta niedergelegten übereinstimmen, nicht mehr in diesem Maße erforderlich. Das ist ein erster Gesichtspunkt, der dafür spricht, die Frage eher im Hinblick auf die Bestimmungen der Charta als im Hinblick auf diejenigen der EMRK zu prüfen, *ce-teris paribus*.¹⁸

31. Außerdem bestimmt Art. 52 Abs. 3 der Charta: „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz

17 — Vgl. jüngst u. a. Urteile vom 14. Oktober 2010, Fuß (C-243/09, Randnr. 66), vom 9. November 2010, Volker und Markus Schecke und Eifert (C-92/09 und C-93/09, Randnrn. 45 ff.) und B und D (C-57/09 und C-101/09, Randnr. 78), vom 12. November 2010, Asparuhov Estov (C-339/10, Randnr. 12), vom 23. November 2010, Tsakouridis (C-145/09, Randnr. 52), vom 22. Dezember 2010, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft (C-279/09, Randnr. 30), Sayn-Wittgenstein (C-208/09, Randnr. 52), Gavieiro Gavieiro und Iglesias Torres (C-444/09 und C-456/09, Randnr. 75) und Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU), sowie vom 1. März 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats u. a. (C-236/09, Randnr. 16).

18 — Vgl. in diesem Sinne auch Schlussanträge von Generalanwalt Bot vom 5. April 2011 in der Rechtssache Scattolon (C-108/10).

gewährt.“¹⁹ Im Ausgangsverfahren „entsprechen“ die in Art. 8 EMRK garantierten Rechte aber im Sinne von Art. 52 Abs. 3 der Charta den in den Art. 7 („Achtung des Privat- und Familienlebens“) und 8 („Schutz personenbezogener Daten“) der Charta garantierten, ebenso wie die in Art. 10 EMRK garantierten Rechte den in Art. 11 („Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“) der Charta garantierten „entsprechen“, auch wenn hinsichtlich der jeweils verwendeten Formulierungen und Begriffe Unterschiede bestehen²⁰.

Freiheiten“ nur unter einer Reihe von Voraussetzungen zu. Der Begriff „Einschränkung“ entspricht dem in Art. 8 EMRK verwendeten Begriff „Eingriff“ und wird auch in Art. 10 EMRK verwendet — Bestimmungen, die verschiedene Voraussetzungen nennen, die den in Art. 52 Abs. 1 der Charta aufgestellten auch zum großen Teil entsprechen und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom Gerichtshof zu berücksichtigen ist²¹. Soweit sich diese Voraussetzungen allerdings unterscheiden sollten, wären die Bestimmungen der Charta natürlich autonom auszulegen²².

32. Schließlich finden die Bestimmungen der EMRK, die unter bestimmten Voraussetzungen Einschränkungen der so garantierten Rechte und Freiheiten zulassen, hier Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2, ebenfalls — mit einer leicht anderen Formulierung — eine Entsprechung in einer für alle durch die Charta garantierten Rechte und Freiheiten geltenden Generalklausel der Charta, nämlich Art. 52 („Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze“) Abs. 1 der Charta.

33. Diese Bestimmung lässt „[j]ede Einschränkung der Ausübung der ... Rechte und

34. Somit schlage ich — mit den genannten Einschränkungen — vor, die Vorlagefrage umzuformulieren, nämlich „Art. 8 und 10 [EMRK]“ zu ersetzen durch „Art. 7, 8 und 11 der Charta in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 der Charta, soweit erforderlich ausgelegt im Lichte der Art. 8 und 10 EMRK“.

19 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 5. Oktober 2010, *McB* (C-400/10 PPU, Slg. 2010, I-8965, Randnr. 53), und *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft* (Randnr. 35).

20 — Vgl. hierzu auch die Erläuterungen gemäß Art. 52 Abs. 7 der Charta, die als Anleitung für die Auslegung der Charta verfasst wurden (Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007, C 303, S. 17), insbesondere die Erläuterungen zu den Art. 7, 8, 11 und 52 der Charta.

21 — Wie der Gerichtshof in Randnr. 35 des Urteils *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft* festgestellt hat, „werden die Bedeutung und Tragweite der garantierten Rechte nicht nur durch den Wortlaut der EMRK, sondern u. a. auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bestimmt“, in Einklang mit den Erläuterungen gemäß Art. 52 Abs. 7 der Charta, die als Anleitung für deren Auslegung verfasst wurden.

22 — Vgl. hierzu meine Schlussanträge vom 1. März 2011 in der Rechtssache *Samba Diouf*, beim Gerichtshof anhängig (C-69/10, Nr. 42).

2. Struktur der Antwort

35. Scarlet und ISPA sowie die belgische, die tschechische, die italienische, die niederländische, die polnische und die finnische Regierung vertreten nach einer materiellen Prüfung der einschlägigen Bestimmungen mit Unterschieden im Ansatz im Großen und Ganzen die Auffassung, dass das Unionsrecht dem Erlass einer Maßnahme wie der beantragten entgegenstehe. Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die in Rede stehenden Richtlinien als solche zwar nicht der Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems wie des beantragten entgegenstünden, dass aber die konkreten Modalitäten der Umsetzung dieses Systems nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprächen. Sie meint somit im Wesentlichen, dass letztlich das erstinstanzliche nationale Gericht die sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen nicht beachtet habe; die nationalen Rechtsvorschriften als solche seien nicht zu beanstanden.

36. Gewiss muss nach Art. 52 Abs. 1 der Charta jede Einschränkung der Rechte und Freiheiten — neben anderen Voraussetzungen — unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zweifellos zu wahren, sobald sich die Frage einer Einschränkung im Sinne dieser Bestimmung stellt, d. h. nicht nur im Stadium der konkreten Anwendung einer Einschränkung durch den Richter — eben dies ist Gegenstand der zweiten Frage —, sondern auch

vorher, im Stadium der abstrakten Definition der Einschränkung, ihrer Formulierung durch den Gesetzgeber. In diesem Punkt geht die Argumentation der Kommission meines Erachtens fehl.

37. Wenn das „Gesetz“ selbst einer Kontrolle der Verhältnismäßigkeit zu unterziehen ist, kann diese zweifellos jedenfalls erst dann erfolgen, wenn festgestellt ist, dass ein solches Gesetz überhaupt „existiert“. Nicht umsonst ist die erste der in Art. 52 Abs. 1 der Charta für jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten aufgestellten Voraussetzungen diejenige, dass sie „gesetzlich vorgesehen“ sein muss. Indem uns das vorliegende Gericht aber fragt, ob die in Rede stehende Maßnahme „allein aufgrund der Vorschrift“, die es anführt, erlassen werden kann, ersucht es uns als Erstes, zu prüfen, ob diese erste Voraussetzung erfüllt ist. Dieser Aspekt der Frage ist meines Erachtens unumgänglich und geht allen anderen vor²³. Beim Nichtvorhandensein eines „Gesetzes“ im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta wären nämlich die Voraussetzungen, die bei jeder Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten erfüllt sein müssen, u. a. die der Verhältnismäßigkeit, nicht eine nach der anderen zu prüfen. Zwar hatte sich der Gerichtshof nur selten mit dieser Voraussetzung

23 — Genau darauf zielte die Frage ab, die ich den verschiedenen Beteiligten mit Bedacht in der mündlichen Verhandlung gestellt habe.

zu befassen²⁴; sie ist aber auch in den Art. 8 und 10 EMRK enthalten und gibt seit Langem Anlass zu einer umfangreichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, weshalb insbesondere auf diese Rechtsprechung zurückzugreifen sein wird, um dem vorlegenden Gericht eine vollständige und vor allem sachdienliche Antwort zu geben.

die erste Frage zu verneinen ist, weshalb die zweite nicht zu prüfen sein wird²⁵.

3. Ein Vorgehen in vier Schritten

38. Die Cour d'appel de Bruxelles legt zwei Fragen zur Vorabentscheidung vor, von denen die zweite, die die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch die nationalen Gerichte betrifft, nur hilfsweise gestellt wird, nämlich für den Fall, dass der Gerichtshof die erste bejahen sollte. Es sei vorweggenommen, dass ich die Auffassung vertreten werde, dass

39. Anhand des Wortlauts der ersten, sehr ausführlich und genau formulierten Vorlagefrage werde ich meinen Gedankengang entwickeln können und mich dabei unmittelbar auf die verschiedenen darin enthaltenen Elemente stützen. Ich beabsichtige, meinen Gedankengang in vier Schritten darzulegen.

40. Als Erstes werde ich mich eingehend mit dem Wesen und den Merkmalen der Maßnahme, deren Erlass oder genauer gesagt Bestätigung oder Aufhebung in der Berufung beim vorlegenden Gericht beantragt wird, nämlich der Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems, zu befassen haben; hierbei wird zu unterscheiden sein zwischen den Merkmalen der beantragten Maßnahme selbst, d. h. der Anordnung zur Beendigung, und denjenigen des Inhalts dieser Maßnahme. Aufgrund der Analyse dieser Maßnahme dürfte sich die Vorlagefrage bereits grundsätzlich beantworten lassen, zumindest aus dem Blickwinkel der Rechte und Interessen von Scarlet. Da die Vorlagefrage aber hauptsächlich auf die Grundrechte der Nutzer der

24 — Vgl. für reine „Nennungen“ der Voraussetzung u. a. Urteile vom 21. September 1989, Hoechst/Kommission (46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859, Randnr. 19), vom 17. Oktober 1989, Dow Benelux/Kommission (85/87, Slg. 1989, 3137, Randnrn. 30 ff.), vom 26. Juni 1997, Familiapress (C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Randnr. 26), vom 11. Juli 2002, Carpenter (C-60/00, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 42), und vom 1. Juli 2010, Knauf Gips/Kommission (C-407/08 P, Slg. 2010, I-6375, Randnr. 91); vgl. für eine „Prüfung“ der Voraussetzung Urteil vom 9. November 2010, Volker und Markus Schecke und Eifert (C-92/09 und C-93/09, Randnr. 66). Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Promusicae (Randnr. 53).

25 — Im Folgenden wird deshalb der Einfachheit halber von der Vorlagefrage im Singular gesprochen.

Dienste von Scarlet und der Internetnutzer allgemein abzielt, wird die Prüfung unter diesem Gesichtspunkt zu vertiefen sein.

werden, ob eine Maßnahme wie die beantragte aus dem Blickwinkel der Nutzer der Dienste von Scarlet und der Internetnutzer allgemein allein auf der Grundlage der vom vorliegenden Gericht genannten nationalen Rechtsvorschriften erlassen werden kann.

41. Auf der Grundlage dieser Prüfung werde ich die beantragte Maßnahme dann als Zweites im Hinblick auf die genannten verschiedenen Richtlinien und insbesondere die einschlägigen Bestimmungen der Charta, gegebenenfalls ausgelegt im Licht der entsprechenden Bestimmungen der EMRK, die vom vorlegenden Gericht angeführt werden, untersuchen können. Die eingehende Analyse der in Rede stehenden Maßnahme soll es nämlich ermöglichen, die Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der Einschränkungen der Rechte und Freiheiten gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta zu betrachten.

B — Die beantragte Maßnahme (Anordnung zur Beendigung) und das geforderte „System“ (Filterung und Sperrung)

42. Da es sich, wie festzustellen sein wird, bei dieser Maßnahme um eine „Einschränkung“ der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta handelt, wird als Drittes zu prüfen sein, unter welchen Voraussetzungen sie zulässig wäre, wobei das Augenmerk hauptsächlich der Voraussetzung gelten wird, dass die Einschränkung „gesetzlich vorgesehen“ sein muss. Nach dem Wortlaut der Vorlagefrage wird es nämlich nicht erforderlich sein, die Maßnahme im Hinblick auf die anderen Voraussetzungen gemäß dieser Bestimmung zu prüfen, um eine sachdienliche Antwort zu erteilen.

44. Insoweit möchte das vorliegende Gericht wissen, ob ein Gericht eines Mitgliedstaats befugt ist, „gegen einen [Provider] die Anordnung zu erlassen, auf eigene Kosten zeitlich unbegrenzt für sämtliche Kunden generell und präventiv ein Filtersystem für alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Kommunikationen, die mittels seiner Dienste insbesondere unter Verwendung von Peer-to-Peer-Programmen durchgeleitet werden, einzurichten, um in seinem Netz den Austausch von Dateien zu identifizieren, die ein Werk der Musik, ein Filmwerk oder audiovisuelles Werk enthalten, an denen der Kläger Rechte zu haben behauptet, und dann die Übertragung dieser Werke entweder auf der Ebene des Abrufs oder bei der Übermittlung zu sperren“ — das Ganze im Wege einer Anordnung zur Beendigung.

43. Schließlich wird im Licht dieser Ausführungen als Viertes und Letztes geprüft

45. Bei der Prüfung der Merkmale sowohl des Filter- und Sperrsystems selbst als auch der beantragten Anordnung werde ich vom Wortlaut dieses Teils der Vorlagefrage ausgehen.

i) Filtermechanismus

1. Das Filter- und Sperrsystem

46. Das einzurichtende „System“ ist ein Doppeltes. Es soll als Erstes die Filterung aller über das Netz von Scarlet erfolgenden Datenaustauschvorgänge gewährleisten, um diejenigen ausfindig zu machen oder — wenn man so will — zu isolieren, die eine Urheberrechtsverletzung implizieren²⁶. Auf der Grundlage dieser Filterung soll das System als Zweites die Sperrung derjenigen Datenaustauschvorgänge gewährleisten, mit denen tatsächlich das Urheberrecht verletzt wird, entweder „auf der Ebene des Abrufs“ oder „bei der Übermittlung“²⁷. Da die Wirksamkeit des Sperrmechanismus die Wirksamkeit des Filtersystems voraussetzt, sind diese beiden Prozesse, auch wenn sie eng miteinander zusammenhängen, letztlich sehr wesensverschieden und wirken sich deshalb auch unterschiedlich aus.

47. Nach der Vorlageentscheidung würde Scarlet durch die beantragte Maßnahme zunächst verpflichtet, für sämtliche Kunden ein Filtersystem für alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Datenaustauschvorgänge einzurichten, die mittels ihrer Dienste durchgeleitet werden, insbesondere für den Peer-to-Peer-Datenaustausch. Ziel dieser Filterung sei es, „den Austausch von Dateien zu identifizieren, die ein Werk der Musik, ein Filmwerk oder audiovisuelles Werk enthalten, an denen [SABAM] Rechte zu haben behauptet“.

48. Ziel der Kontrolle soll also gerade sein, es zu ermöglichen, die eingehenden und ausgehenden elektronischen Datenaustauschvorgänge zu filtern, die mittels der Dienste von Scarlet durchgeleitet werden. Und diese Filterung soll es ihrerseits ermöglichen, die von den Kunden von Scarlet gesandten und empfangenen „Dateien“, die ein Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte verletzen sollen, zu identifizieren. Die einzurichtende Kontrolle, die also eine Filterphase und eine Aussonderungsphase umfasst, wird somit im Wesentlichen durch die Ergebnisse definiert, die mit ihr erreicht werden sollen, im Hinblick auf das Ziel der Sperrung derjenigen Dateien, bei denen festgestellt wird, dass sie ein Recht des geistigen Eigentums verletzen. Sie muss sich auch dem technischen

²⁶ — Im Folgenden: Filtersystem.

²⁷ — Im Folgenden: Sperrmechanismus.

Fortschritt anpassen können. Um wirksam zu sein, muss sie zugleich generell, universell und anpassungsfähig sein²⁸.

der Dateien angeht, die geraubt sein sollen²⁹. Insbesondere verfügt der Gerichtshof über keinerlei Informationen zu der Intensität und der Tiefe der durchzuführenden Kontrolle.

49. Allerdings machen weder das vorliegende Gericht noch SABAM irgendwelche Angaben dazu, auf welche Art und Weise die Kontrolle konkret durchgeführt werden kann oder muss, weder was die Filtertechniken angeht, noch was die Verfahren zur Identifizierung

50. Zwar ist es allein Sache des vorliegenden Gerichts und nicht des Gerichtshofs, gegebenenfalls die technischen Aspekte dieser Frage zu untersuchen³⁰; allerdings ist das Wesen

28 — In ihren Schriftsätzen macht SABAM allerdings geltend, dass die beantragte Maßnahme nur die Peer-to-Peer-Kommunikation betreffe. Mit dem Ausdruck Peer-to-Peer (von Gleich zu Gleich) wird eine Art des Datenaustauschs bezeichnet, bei der Computer, die online miteinander ein Netzwerk bilden, mit Hilfe von Programmen, die spezielle Protokolle verwenden, Daten austauschen, bei denen es sich wie im vorliegenden Fall um Dateien (sogenanntes File-Sharing), aber auch um Telefondienste wie Skype handeln kann. Beispielfhaft seien folgende File-Sharing-Protokolle und -Programme genannt: BitTorrent (Azoreus, BitComet, Shareaza, MIDonkey ...), eDonkey (eDonkey2000, MIDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MIDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MIDonkey ...), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MIDonkey ...), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MIDonkey); vgl. näher zum Peer-to-Peer u. a. Stevens, R., „Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing“, Juli 2010 (auf der Website der University of Oxford, Information and Communications Technology [http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml]). SABAM erläutert, dass die Maßnahme darauf abziele, „es unmöglich zu machen, Dateien, die ein Werk der Musik aus dem Repertoire von SABAM enthalten, in irgendeiner Form mit Hilfe eines Peer-to-Peer-Programms zu senden oder zu empfangen“. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, insoweit nähere Feststellungen zu treffen, insbesondere zu der Frage, ob sich das System auch an alternative Arten der Datenübertragung wie „Streaming“ (Datenstrom) und „direct download“ (unmittelbares Herunterladen, z. B. mit Hilfe von RapidShare, MegaUpload) anpassen können muss. Der Gerichtshof, der an den Wortlaut der ihm zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage und die Begründung der Vorlageentscheidung gebunden ist, hat von dem Grundsatz auszugehen, dass das geforderte Filter- und Sperrsystem „insbesondere“, also nicht ausschließlich, den Datenaustausch mit Hilfe von Peer-to-Peer-Programmen betrifft.

29 — Das ist eine unausweichliche Konsequenz des Grundsatzes der „Technikneutralität“, für den sich SABAM ausspricht; nach diesem Grundsatz verpflichtet die beantragte Maßnahme Scarlet nicht dazu, eine bestimmte Technologie anzuwenden.

30 — Mit der Vorsicht, die dem Nicht-Fachmann geziemt, ist festzustellen, dass die Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems offenbar auf mehreren Erkennungsmechanismen beruhen kann. Zu unterscheiden sind: 1. Erkennen des verwendeten Übertragungsprotokolls: Da jedes Peer-to-Peer-Protokoll eigene Mechanismen hat, um das Netz zu verwalten und die Verteilung des Datenverkehrs zu koordinieren, ist es möglich, Filter einzurichten, die in jedem IP-Paket den protokollspezifischen Fingerabdruck (Unterschrift) suchen. Ist die Unterschrift erst einmal bekannt, ist es möglich, entweder alle Datenaustauschvorgänge zu sperren oder zur Abschreckung erheblich zu verlangsamen, bei denen dieses Protokoll verwendet wird, oder die Möglichkeiten zur eingehenden inhaltlichen Kontrolle der Dateien zu nutzen, um nur diejenigen zu sperren, bei denen festgestellt wird, dass sie ein Recht verletzen. 2. Erkennen des Inhalts der ausgetauschten Dateien: Ein solches System kann entweder ein elektronisches Tattoo erkennen, mit dem eine Datei vorher versehen worden ist, oder den elektronischen Fingerabdruck einer Datei mit den vorher erstellten Fingerabdrücken der Werke vergleichen. Um ein solches System handelt es sich bei dem System CopySense von Audible Magic, von dem in der Vorlageentscheidung die Rede ist. 3. Erkennen des Verhaltens der Personen, die den streitigen Datenaustausch durchführen: Erkennen der Ports, Erkennen der Herstellung von Verbindungen zu mehreren anderen Clients durch ein Client-Server-System; Erkennen von Suchanfragen/Übertragung von Dateien oder gar Erkennen der Verschlüsselung des Datenaustauschs als Indiz für eine versuchte Umgehung der Schutzmaßnahmen. Vgl. für einen Überblick über die verschiedenen in Frage kommenden Techniken z. B. Bericht „Kahn-Brugidou“ vom 9. März 2005 und Bericht „Olivennes“ vom 23. November 2007, „sur le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux“ („zur Entwicklung und zum Schutz kultureller Werke in den neuen Netzwerken“), der die Loi Hadopi beeinflusst hat.

der durchzuführenden Filterung ganz klar durchaus auch von rechtlicher Bedeutung³¹.

ii) Der Mechanismus der „Sperrung“

51. Nach der Vorlageentscheidung muss der Sperrmechanismus entweder „bei der Übermittlung“ oder „auf der Ebene des Abrufs“ in Aktion treten; zur Funktionsweise eines solchen Mechanismus macht das vorliegende Gericht aber keine weiteren Angaben. SABAM betont, dass der einzurichtende Mechanismus im Wesentlichen durch seinen Zweck definiert sei, seine Fähigkeit „es ihren Kunden unmöglich [zu machen], Dateien, die ein Werk der Musik aus dem Repertoire von SABAM enthalten, in irgendeiner Form mit Hilfe eines Peer-to-Peer-Programms zu senden oder zu empfangen“. Es gehe darum, die Übermittlung bestimmter Informationen durch die Sendung sogenannter Time-Out-Meldungen zu verhindern, mit denen mitgeteilt werde, dass die Übermittlung nicht möglich sei.

52. In Wirklichkeit³² lässt sich die konkrete Funktionsweise, der *modus operandi*, des

Filtersystems und des Sperrmechanismus, zu deren Einrichtung die beantragte Maßnahme verpflichten würde, nicht beschreiben. Die Tragweite der geforderten Filterung, d. h. die von den Kontrollen betroffenen Personen, die von den Kontrollen betroffenen Datenaustauschvorgänge und die Intensität der durchzuführenden Kontrolle, ist sowohl sehr allgemein als auch zum Teil unbestimmt. Somit lassen sich ohne weitere Angaben weder die konkreten Auswirkungen der Kontrolle auf den Datenaustausch noch deren wirtschaftliche Gesamtkosten, insbesondere die Einrichtungs- und Betriebskosten, bestimmen.

2. Die Merkmale der Anordnung

53. Das Wesen und die Hauptmerkmale des geforderten Filter- und Sperrsystems, wie sie beschrieben worden sind, wirken sich unmittelbar auf das Wesen der beim Gericht beantragten Maßnahme aus. Wegen der sehr allgemeinen Tragweite des einzurichtenden Systems kann auch der persönliche und sachliche Geltungsbereich der beantragten Anordnung nur allgemein sein, ebenso wie der zeitliche, wie das vorliegende Gericht ausführt.

54. Die beantragte Maßnahme weist noch weitere Merkmale auf, auf die hinzuweisen wichtig ist. Sie würde Scarlet zum einen unter Androhung eines Zwangsgelds präventiv die

31 — Ungeachtet des Grundsatzes der Technologieneutralität, für den sich SABAM ausspricht, ist die Wahl des einzurichtenden Systems auch technisch nicht neutral. Es liegt z. B. auf der Hand, dass sich ein System der inhaltlichen Filterung des gesamten Datenaustauschs wahrscheinlich stärker auf das Netzwerk auswirken wird als die Filterung lediglich derjenigen Dateien, die nach einem Protokoll ausgetauscht werden, dessen Signatur identifiziert ist.

32 — Das ist eine unmittelbare Konsequenz der Idee der Technologieneutralität, für die sich SABAM ausspricht.

Verpflichtung auferlegen, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, und diesem Unternehmen zum anderen die Kosten der Einrichtung des Filter- und Sperrsystems aufbürden. Diese Maßnahme ist somit auch durch ihr Hauptziel definiert, nämlich den Providern die rechtliche und wirtschaftliche Verantwortung für die Bekämpfung des illegalen Herunterladens von Raubkopien im Internet zu übertragen. Betrachten wir diese Merkmale etwas näher.

Stand zu halten, das ausschließlich durch die Wirksamkeit seiner Ergebnisse im Hinblick auf das verfolgte Ziel des Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums definiert ist.

a) „Ohne zeitliche Beschränkung“: der zeitliche Geltungsbereich der Maßnahme

55. Nach der Vorlageentscheidung wird die Maßnahme „ohne zeitliche Beschränkung“ beantragt. SABAM macht in ihren Schriftsätzen geltend, dass die beantragte Anordnung außer der durch die Dauer des Urheberrechts selbst bedingten keiner zeitlichen Beschränkung unterliegen dürfe. SABAM betont auch den evolutiven Charakter der Maßnahme, die der technischen Entwicklung Rechnung tragen und deshalb anpassungsfähig sein müsse.

56. Durch die beantragte Maßnahme würde Scarlet und, wie wir sehen werden, den Providern allgemein eine sowohl ständige als auch unbefristete Verpflichtung auferlegt, ein Filter- und Sperrsystem zu entwickeln, zu erproben, einzurichten und auf dem neuesten

b) „Alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Nachrichten“: der sachliche Geltungsbereich der Maßnahme

57. Wie wir gesehen haben, sind die Datenaustauschvorgänge, die gefiltert und gegebenenfalls gesperrt werden, in keiner Weise näher bezeichnet. Es lässt sich nicht bestimmen, ob die Kontrollen den gesamten Datenaustausch oder nur solche Datenaustauschvorgänge erfassen sollen, die mit Hilfe eines Peer-to-Peer-Programms erfolgen; allerdings muss die einzurichtende Kontrolle, um wirksam zu sein, sowohl generell als auch universell durchgeführt werden.

58. Die beantragte Maßnahme, die eine einfache Anordnung gegenüber einem Provider im Rahmen eines Zivilverfahrens über eine Klage auf Feststellung und Ahndung einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums und auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens darstellen soll, zielt somit in Wirklichkeit auf die dauernde und unbefristete Einrichtung eines generellen und universellen Systems der Filterung des gesamten Datenaustauschs ab, der über die Dienste dieses Providers erfolgt.

c) „Für sämtliche Kunden“: der persönliche Geltungsbereich der Maßnahme

Urheberrechtsverletzung vorher im Einzelfall konkret festgestellt worden ist.

59. Das einzurichtende System soll — eine unmittelbare Konsequenz der Kontrolle des universellen Charakters der Filterung des Datenaustauschs — die Handlungen aller Nutzer der Dienste des betreffenden Providers erfassen, nicht nur diejenigen der Kunden. Wie SABAM in ihren Schriftsätzen erläutert, ist es unerheblich, ob der Datenaustauschvorgang von einem Kunden des Providers ausgeht oder an diesen gerichtet ist. Um wirksam zu sein, muss das System nach dem Wortlaut der Vorlagefrage funktionieren, ohne dass die Personen, die die Verletzungen des Urheberrechts begangen haben sollen, vorher identifiziert worden sind und unabhängig von irgendeiner Vertragsbeziehung zwischen diesen Personen und dem Provider.

60. Das einzurichtende System muss in der Lage sein, die Übermittlung jeder Datei, bei der davon ausgegangen wird, dass sie ein Recht verletzt, bei dem SABAM für die Verwaltung, Verwertung und Rechtswahrnehmung sorgt, durch jeden Internetnutzer, der Abonnent von Scarlet ist, an jeden anderen Internetnutzer, unabhängig davon, ob dieser Abonnent von Scarlet ist oder nicht, zu sperren. Es muss aber auch in der Lage sein, den Empfang jeder Datei, die gegen das Urheberrecht verstößt, durch jeden Internetnutzer, der Abonnent von Scarlet ist, von jedem anderen Internetnutzer, unabhängig davon, ob dieser Abonnent von Scarlet ist oder nicht, zu sperren. Das System soll die Sperrung einer jeden Datei ermöglichen, deren Inhalt zum Repertoire von SABAM gehört, ohne dass die

61. Im Übrigen ist unbedingt noch auf eine weitere Dimension der sehr großen Tragweite der beantragten Maßnahme hinzuweisen. Zwar stehen sich im Ausgangsrechtsstreit natürlich nur SABAM und Scarlet gegenüber; aus der Vorlageentscheidung und den Schriftsätzen der verschiedenen Beteiligten geht aber hervor, dass der Rechtsstreit zwangsläufig von fallübergreifender Bedeutung ist. Die Entscheidung, die im Ausgangsverfahren ergehen wird, ist zweifellos dazu prädestiniert, nicht nur auf alle Provider, sondern auch auf andere wichtige Akteure des Internets³³ allgemein ausgeweitet und verallgemeinert zu werden, und zwar nicht nur im Mitgliedstaat, von dem aus die Vorlagefragen gestellt werden, sondern in allen Mitgliedstaaten, ja sogar darüber hinaus³⁴. Wie bereits ausgeführt, möchte das vorlegende Gericht nämlich wissen, ob das Unionsrecht dem entgegensteht, dass ihm die Befugnis eingeräumt wird, eine Maßnahme wie die beantragte zu erlassen, und allgemein dem, dass die Rechteinhaber ihren Kampf gegen das illegale Herunterladen intensivieren können, indem sie in allen

33 — Dem Gerichtshof ist übrigens im Rahmen eines anderen Rechtsstreits zwischen SABAM und Netlog, einem sozialen Netzwerk, eine identische Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt worden; vgl. Rechtssache C-360/10, beim Gerichtshof anhängig (ABl. C 288 vom 23. Oktober 2010, S. 18).

34 — Die Entscheidungen der belgischen Gerichte in dieser Rechtssache haben nämlich über die Grenzen Europas hinaus ein starkes Echo gefunden, wie sich anhand einer Schnellsuche im Internet feststellen lässt.

Mitgliedstaaten und darüber hinaus solche Anträge stellen³⁵.

62. Somit ist die beantragte Maßnahme, die eine Anordnung gegenüber einer bestimmten juristischen Person, ein Filter- und Sperrsystem einzurichten, darstellen soll, in Wirklichkeit dazu prädestiniert, dauerhaft eine unbestimmte Zahl von natürlichen und juristischen Personen, von Providern oder Internetnutzern, von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft oder Nutzern dieser Dienste zu betreffen.

d) „Generell und präventiv“: die Präventiv- und Abschreckungsfunktion der beantragten Maßnahme

63. Das vorlegende Gericht weist darauf hin, dass bei ihm beantragt werde, die beantragte Maßnahme gegen Scarlet „generell“ und „präventiv“ zu erlassen, ohne zu erläutern, was es damit genau meint. Es ist aber anzunehmen, dass die beantragte Maßnahme nicht darauf abzielt, einem Provider eine Verpflichtung, etwas zu tun, aufzuerlegen, die davon abhängt, dass im Rahmen eines Zivilrechtsstreits durch ein Gericht konkret

35 — Es braucht wohl nicht auf die beachtlichen Vorteile hingewiesen zu werden, die eine generelle Einrichtung von Filter- und Blockiersystemen, vorausgesetzt, sie könnten tatsächlich wirksam sein, für die Inhaber der Rechte oder die Personen, denen von diesen Rechte eingeräumt worden sind, insbesondere die entsprechenden Verwertungsgesellschaften, bei der Bekämpfung des illegalen Herunterladens gegenüber einer Strategie, die darin besteht, die Provider gerichtlich zur Mitarbeit zu zwingen, um die Täter der Verletzungen aufzuspüren und zu erfassen, um dann Verfahren gegen sie einzuleiten, haben würde, in erster Linie auf der Ebene des Verfahrens und des Eigentumsschutzes.

eine tatsächliche oder bevorstehende Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte festgestellt worden ist. Die beantragte Maßnahme ist also sowohl als Präventiv- als auch als Abschreckungsmaßnahme gedacht³⁶.

e) „Auf eigene Kosten“: Träger der Kosten der Durchführung der beantragten Maßnahme

64. Schließlich sollen nach der Vorlageentscheidung die Kosten der Einrichtung des Filter- und Sperrsystems vom Provider getragen werden. Insoweit werden Scarlet durch die in Rede stehende Maßnahme letztlich die — sicher nicht unerheblichen — Kosten der Zivilverfahren aufgebürdet, die die Inhaber von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten oder Personen, denen diese Rechte eingeräumt haben, normalerweise einleiten müssten, um die Feststellung und Ahndung

36 — SABAM stellt insoweit klar, dass es ihr nicht darum gehe, Scarlet zu beschuldigen, die Verletzungen des geistigen Eigentums begangen zu haben oder dafür verantwortlich zu sein, sondern dieses Unternehmen davon abzuhalten, seine Dienste Dritten anzubieten, soweit diese sie dazu benutzen, ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht zu verletzen. Hierzu ist allerdings festzustellen, dass gegen Scarlet im ersten Rechtszug eine Anordnung zur Beendigung mit Zwangsgeldandrohung erlassen worden ist, die Gegenstand der Berufung des Ausgangsverfahrens ist, und dass SABAM die Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidungen sowie die Übersetzung und Veröffentlichung der Entscheidung auf der Website von Scarlet und in mehreren Zeitungen beantragt.

der Verletzungen dieser Rechte zu erreichen und gegebenenfalls Schadensersatz wegen dieser Verletzungen zu erlangen.

65. Die unmittelbaren wirtschaftlichen Auswirkungen der in Rede stehenden Maßnahme³⁷, die nicht bewertet worden sind und in Wirklichkeit³⁸ auch nicht bewertet werden können, werden außerdem durch die Zwangsgelder verstärkt, die mit der beantragten Maßnahme einhergehen könnten, insbesondere durch dasjenige, mit dem die Nichteinhaltung der Fristen für die Einrichtung des Filter- und Sperrsystems geahndet werden soll.

3. Zwischenergebnis

66. Somit ist festzustellen, dass die beantragte Maßnahme dadurch, dass sie einen Provider verpflichtet, ein Filter- und Sperrsystem wie das beschriebene einzurichten, in Wirklichkeit wie eine neue allgemeine „Verpflichtung“ erscheint, die dazu prädestiniert

ist, langfristig dauernd auf alle Provider ausgedehnt zu werden. Sie selbst ist nicht konkret und individualisiert, wie man es normalerweise von einer Antwort oder Reaktion auf ein Verhalten erwarten würde, von dem angenommen wird, das es speziell und bestimmt ist. Es wird als Reaktion auf mehr oder weniger individualisierte Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums beim vorlegenden Gericht der Erlass einer Maßnahme beantragt, die, wie wir gesehen haben, wesensnotwendig nur allgemein sein kann, und zwar in jeder Hinsicht: persönlich, räumlich und zeitlich.

67. Es sei an dieser Stelle der Hinweis gestattet, dass die Vorlagefrage, wenn sie nur aus dem Blickwinkel der Rechte und Interessen von Scarlet zu beantworten wäre, deshalb gemäß dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im weitesten Sinne verneint werden könnte. Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil Hoechst/Kommission³⁹ festgestellt hat, „bedürfen ... Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder — natürlichen oder juristischen — Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein“. Bei diesem Schutzerfordernis, das als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts anerkannt ist, handelt es sich um eine Ausprägung der Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Rechtssicherheit, die ihrerseits auf

37 — Dieser Aspekt der Frage wird von dem vom Präsidenten des Tribunal de première instance de Bruxelles beauftragten Sachverständigen hervorgehoben. Vgl. Nrn. 4 und 5 der Schlussfolgerungen seines Gutachtens vom 29. Januar 2007, die in der Vorlageentscheidung zitiert werden und oben in Nr. 21 wiedergegeben sind.

38 — Wie bereits gesagt, impliziert der Grundsatz der Technologieutralität, für den sich SABAM ausspricht, dass es *ex ante* unmöglich ist, die Gesamtkosten der Einrichtung eines solchen Filter- und Sperrsystems zu veranschlagen, seien es die Kosten der Forschung und der Erprobung des Systems selbst, die Investitionen (Filtergehäuse, Router usw.), die Kosten der Planung und Verwaltung des Projekts oder die laufenden Kosten der Instandhaltung und Überwachung des Betriebs.

39 — Randnr. 19.

dem Rechtsstaatsprinzip beruhen⁴⁰. Der Gerichtshof hat so wiederholt entschieden, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass eine Abgabenregelung⁴¹, eine Regelung, die nachteilige Folgen für Einzelne hat⁴², oder eine Regelung, die Restriktionen auferlegt, die einen erheblichen Eingriff in die Rechte und Freiheiten der aufgeführten Personen darstellen⁴³, klar und bestimmt ist, damit die Betroffenen ihre Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit ihre Vorkehrungen

treffen können⁴⁴. Wie ich aber, wenn ich mich auf den Blickwinkel der Nutzer der Dienste von Scarlet und der Internetnutzer allgemein konzentriere, im Einzelnen darlegen werde⁴⁵, genügt die nationale Rechtsvorschrift, auf deren Grundlage die Anordnung gegen Scarlet erlassen werden kann, u. a. diesen Anforderungen nicht.

40 — Es braucht nicht eigens erwähnt zu werden, dass zu den Werten, auf die sich die Union nach Art. 2 EUV gründet, u. a. die Rechtsstaatlichkeit zählt und dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung seit Langem den Begriff der „Rechtsgemeinschaft“ anerkannt hatte; vgl. u. a. Urteile vom 23. April 1986, *Les Verts/Parlament* (294/83, Slg. 1986, 1339, Randnr. 23), und vom 3. September 2008, *Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission* (C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 281). Vgl. zu diesen Fragen und mit allen Vorbehalten, die beim Rückgriff auf nationale Konzepte im Unionsrecht zu machen sind, u. a. Calliess, C., und Ruffert, M., *EU/VEGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar*, Beck, 2007, S. 62; Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2009, S. 219 ff.; Azoulay, L., „Le principe de légalité“, in: Auby, J.-B., und Duthéil de la Rochère, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, S. 394, 399; Simon, D., „La Communauté de droit“, in: Sudre, F., und Labayle, H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, S. 85, 117 ff.

41 — Vgl. Urteile vom 9. Juli 1981, *Gondrand und Garancini* (169/80, Slg. 1981, 1931, Randnr. 17), vom 22. Februar 1989, *Kommission/Frankreich und Vereinigtes Königreich* (92/87 und 93/87, Slg. 1989, 405, Randnr. 22), vom 13. Februar 1996, *Van Es Douane Agenten* (C-143/93, Slg. 1996, I-431, Randnr. 27), vom 17. Juli 1997, *National Farmers' Union u. a.* (C-354/95, Slg. 1997, I-4559, Randnr. 57), vom 16. Oktober 1997, *Banque Indosuez u. a.* (C-177/96, Slg. 1997, I-5659, Randnr. 27), vom 23. September 2003, *BGL* (C-78/01, Slg. 2003, I-9543, Randnr. 71), und vom 20. November 1997, *Wiener S. I.* (C-338/95, Slg. 1997, I-6495, Randnr. 19).

42 — Vgl. u. a. Urteile vom 7. Juni 2005, *VEMW u. a.* (C-17/03, Slg. 2005, I-4983, Randnr. 80), vom 14. Januar 2010, *Stadt Papenburg* (C-226/08, Slg. 2010, I-131, Randnr. 45), vom 14. September 2010, *Akzo Nobel Chemicals und Akros Chemicals/Kommission u. a.* (C-550/07 P, Slg. 2010, I-8301, Randnr. 100), und vom 2. Dezember 2010, *Jakubowska* (C-225/09, Slg. 2010, I-12329, Randnr. 42).

43 — Urteil vom 29. April 2010, *M u. a.* (C-340/08, Slg. 2010, I-3913, Randnr. 65).

68. Im Übrigen macht insbesondere die Kommission zu Recht geltend, dass zwischen der beanstandeten Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums und der beantragten Maßnahme ganz offensichtlich keine Verhältnismäßigkeit besteht. Das ist meines Erachtens aber nicht die Frage, die in erster Linie gestellt wird. Fraglich ist, ob den Providern diese neue „Verpflichtung“ zur Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems mit den oben beschriebenen Merkmalen angesichts der Auswirkungen dieses Systems auf die Grundrechte der Nutzer der Dienste der Provider, d. h. den Internetnutzern, im Wege einer Anordnung und auf einer Rechtsgrundlage, die

44 — Vgl. auch Urteile vom 30. Januar 1985, *Kommission/Dänemark* (143/83, Slg. 1985, 427, Randnr. 10), vom 21. Juni 1988, *Kommission/Italien* (257/86, Slg. 1988, 3249, Randnr. 12), vom 16. Juni 1993, *Frankreich/Kommission* (C-325/91, Slg. 1993, I-3283, Randnr. 26), vom 1. Oktober 2009, *Kommission/Rat* (C-370/07, Slg. 2009, I-8917, Randnr. 39), vom 11. November 2010, *Grootes* (C-152/09, Slg. 2010, I-11285, Randnr. 43), und vom 22. Dezember 2010, *Gowan Comércio* (C-77/09, Slg. 2010, I-13533, Randnr. 47). Vgl. zum Erfordernis der Klarheit und Bestimmtheit u. a. Urteile vom 20. Oktober 2005, *Kommission/Vereinigtes Königreich* (C-6/04, Slg. 2005, I-9017, Randnr. 21), vom 10. Mai 2007, *Kommission/Österreich* (C-508/04, Slg. 2007, I-3787, Randnr. 73), und vom 3. März 2011, *Kommission/Irland* (C-50/09, Slg. 2011, I-873, Randnr. 46).

45 — Siehe unten unter E Nrn. 101 ff.

noch zu prüfen sein wird, auferlegt werden kann.

C — Die Qualifikation der Maßnahme im Hinblick auf die Richtlinien und die Art. 7, 8 und 11 der Charta: eine „Einschränkung“ im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta

69. Die Vorlagefrage betrifft die Auslegung der „Richtlinien 2001/29 und 2004/48 in Verbindung mit den Richtlinien 95/46, 2000/31 und 2002/58, ausgelegt im Lichte der Art. [7, 8 und 11 und des Art. 52 Abs. 1 der Charta]“. Es geht im Wesentlichen darum, zu bestimmen, ob diese Gesamtheit von Rechtsnormen, die aus primärem und abgeleitetem Unionsrecht besteht, den Gerichten der Mitgliedstaaten angesichts der bestehenden nationalen Rechtsvorschriften ermöglicht, im Wege der Anordnung eine Maßnahme wie die oben beschriebene zu gewähren. Zu prüfen ist das Ausgangsverfahren allerdings in erster Linie im Licht des Primärrechts — dasselbe gilt für die Auslegung des abgeleiteten Rechts —, da die in den Art. 7, 8 und 11 der Charta garantierten Rechte und Freiheiten, wie wir sehen werden, von der in Rede stehenden Maßnahme unmittelbar berührt werden. Diese Feststellung gibt Anlass zu einigen Vorbemerkungen.

70. Die in der Frage angeführten Richtlinien sollen den rechtlichen Rahmen für den Erlass

der beantragten Maßnahme bilden⁴⁶, wobei die einen die Auffassung vertreten, dass sie den Erlass der Maßnahme erlaubten oder ihm nicht entgegenstünden, während die anderen die Auffassung vertreten, dass sie den Erlass der Maßnahme nicht erlaubten oder ihm sogar entgegenstünden⁴⁷. Diese Richtlinien verweisen mehr oder weniger ausdrücklich auf die durch die EMRK und nun durch die Charta garantierten Grundrechte⁴⁸. Im Urteil *Promusicae* hat der Gerichtshof festgestellt, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, bei der Umsetzung und Anwendung dieser Richtlinien darauf zu achten, dass ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Grundrechten, zu deren Garantie diese Richtlinien beitragen, aufrechterhalten werde.

71. Bekanntlich garantieren die Art. 7, 8 und 11 der Charta das Recht auf Achtung

46 — Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2001/29 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/48 erlegen den Mitgliedstaaten eine doppelte Verpflichtung auf: Sie müssen gerichtliche Mechanismen vorsehen, um Verletzungen der Rechte des geistigen Eigentums zu verhindern und zu sanktionieren. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 erlegt den Mitgliedstaaten eine doppelte Unterlassungspflicht auf: Sie müssen es unterlassen, „Anbietern“ eine allgemeine Verpflichtung aufzuerlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Die Richtlinien 95/46 und 2002/58 garantieren bereits durch ihren Gegenstand das Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Nach Art. 4 der Richtlinie 2006/24 müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen erlassen, um sicherzustellen, dass die gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden.

47 — Vgl. hierzu Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache *Promusicae*, in denen näher auf das Verhältnis der einzelnen Richtlinien zueinander eingegangen wird.

48 — Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 1, 2, 10 und 37 der Richtlinie 95/46/EG, Erwägungsgründe 3, 11 und 24 der Richtlinie 2002/58, Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2000/31 sowie Erwägungsgründe 9 und 25 sowie Art. 4 der Richtlinie 2006/24.

des Privat- und Familienlebens, das Recht auf Schutz personenbezogener Daten bzw. die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit. Es bedarf kaum des Hinweises darauf, dass im vorliegenden Fall weitere Grundrechte betroffen sind, u. a. das durch Art. 17 Abs. 1 der Charta garantierte Eigentumsrecht, speziell das durch Art. 17 Abs. 2 der Charta garantierte Recht auf Schutz des geistigen Eigentums, dessen Verletzung durch das illegale Herunterladen aus dem Internet enorme Ausmaße angenommen hat; diese Grundrechte stehen im Verfahren zur Hauptsache ganz klar im Mittelpunkt des Interesses. Allerdings geht es im Zusammenhang mit der beantragten Maßnahme und dem geforderten Filter- und Sperrsystem nach dem Wortlaut der Vorlagefrage in erster Linie um die durch die Art. 7, 8 und 11 der Charta garantierten Rechte; das Eigentumsrecht ist nur sekundär betroffen, soweit die Einrichtung des Systems ausschließlich auf Kosten des Providers erfolgen soll⁴⁹.

72. Mit dieser Maßgabe ist nun die Frage zu prüfen, ob die beantragte Maßnahme als „Einschränkung“ der Rechte und Freiheiten im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta, ausgelegt im Licht von Art. 8 Abs. 2 und Art. 10

49 — Soweit das Filter- und Sperrsystem ausschließlich auf Kosten des Providers eingerichtet werden soll, könnte durch die Maßnahme auch das Eigentumsrecht im Sinne von Art. 17 der Charta, ausgelegt im Licht von Art. 1 des Protokolls Nr. 1 EMRK und der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, „entzogen“ werden. Dieser Aspekt der Frage wird in den vorliegenden Schlussanträgen allerdings nicht geprüft werden.

Abs. 2 EMRK, eingestuft werden kann. Wenn die Maßnahme als solche als eine Einschränkung eingestuft werden sollte⁵⁰, bliebe zu prüfen, ob sie die verschiedenen Voraussetzungen erfüllt, die in diesen Bestimmungen aufgestellt werden.

1. „Ausgelegt im Lichte der Art 7 und 8 der Charta“: zur Achtung des Privatlebens und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten

73. Es ist nacheinander zu prüfen, ob die beantragte Maßnahme eine Einschränkung zum

50 — Oder als „Eingriff“ im Sinne von Art. 8 EMRK oder „Einschränkung“ im Sinne von Art. 10 EMRK. Vgl. zu diesen Begriffen u. a. Ganshof van der Meersch, W. J., „Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg“, in: *Völkerrecht als Rechtsordnung — Internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte*, Festschrift für H. Mosler, Springer, 1983, S. 263; Kiss, C.-A., „Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH“, in: Turp, D., und Beaudoin, G., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, S. 119; Duarte, B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, Dissertation, Université de Lille II, 2005; Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Dissertation, Universität Tampere, 2003; Loucaides, L. G., „Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights“, in: *The Finnish Yearbook of International Law*, Band 3, S. 334.

einen des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten und zum anderen des Rechts auf Wahrung der Vertraulichkeit der Kommunikation darstellt. Grundsätzlich ist die Möglichkeit, anonym zu bleiben, wesentlich, wenn die Grundrechte auf Achtung der Privatsphäre im Cyberraum gewahrt werden sollen, wie die Kommission gelegentlich festgestellt hat⁵¹. Zwar ist klar, dass die Richtlinien 95/46 und 2002/58 unter Berücksichtigung der Art. 7 und 8 der Charta⁵², gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 8 EMRK⁵³, auszulegen sind; der Bezug der beantragten Einrichtung des Filter- und Sperrsystems zum Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 der Charta) ist hingegen viel weniger deutlich⁵⁴.

a) Der Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 der Charta)

74. Es ist gar nicht so einfach, die konkreten Auswirkungen eines Filter- und Sperrsystems auf das Recht auf Schutz personenbezogener Daten zu bewerten. Eine erste Schwierigkeit besteht darin, die in Rede stehenden personenbezogenen Daten zu bestimmen, da diese außer bei den „IP-Adressen“⁵⁵ nicht eindeutig identifiziert sind. Die von SABAM geforderte Technologieneutralität hat nämlich zur Folge, dass sich *a priori* nicht bestimmen lässt, ob das einzurichtende System eine Verarbeitung personenbezogener Daten impliziert. Erst recht lässt sich nicht bestimmen, ob es die Erfassung und Entschlüsselung der IP-Adressen impliziert.

51 — Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Schaffung einer sichereren Informationsgesellschaft durch Verbesserung der Sicherheit von Informationsinfrastrukturen und Bekämpfung der Computerkriminalität, eEurope 2002, KOM(2000) 890 endg., insbesondere S. 23.

52 — Vgl. hierzu insbesondere Urteile des Gerichtshofs vom 20. Mai 2003, Österreichischer Rundfunk u. a. (C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Slg. 2003, I-4989, Randnr. 68), vom 16. Dezember 2008, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (C-73/07, Slg. 2008, I-9831), und Volker und Markus Schecke (Randnrn. 56 ff.). Vgl. auch Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Promusicae (Nrn. 51 ff.).

53 — Vgl. insbesondere den zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 95/46 sowie die Erwägungsgründe 1, 2, 7, 10, 11 und 24 sowie Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58.

54 — Scarlet und ISPA sowie die belgische, die tschechische und die niederländische Regierung machen im Wesentlichen geltend, dass die Einrichtung eines solchen Filter- und Sperrsystems die Provider dazu veranlassen würde, unter Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinien 95/46 und 2002/58 personenbezogene Daten zu verarbeiten. SABAM, die polnische und die finnische Regierung sowie die Kommission vertreten hingegen die Auffassung, dass die Einrichtung eines solchen Systems nicht gegen die Richtlinien 95/46 und 2002/58 verstoße. Vgl. für eine Prüfung der durch diese Richtlinien vorgesehenen Verarbeitungsverbote u. a. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Promusicae (Randnrn. 64 ff.).

75. Eine zweite Schwierigkeit besteht darin, zu bestimmen, ob es sich bei IP-Adressen um personenbezogene Daten handelt. Der Gerichtshof hatte sich bisher nur mit Fällen zu befassen, bei denen es um Daten ging, die mit IP-Adressen verbundene namentlich genannte Personen betrafen⁵⁶. Er hatte hingegen noch nicht die Gelegenheit, zu prüfen, ob

55 — Scarlet und ISPA vertreten die Auffassung, dass es sich bei den internetnutzerspezifischen IP-Adressen um personenbezogene Daten handele, da sich die Internetnutzer doch gerade anhand dieser Adresse identifizieren ließen. Somit stelle die Erhebung und Entschlüsselung der IP-Adressen der Internetnutzer, die für deren Identifizierung und damit für das Funktionieren eines solchen Systems erforderlich seien, eine Verarbeitung personenbezogener Daten dar, die die Richtlinien nicht erlaubten.

56 — Urteil Promusicae (Randnr. 45); Beschluss vom 19. Februar 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (C-557/07, Slg. 2009, I-1227).

IP-Adressen als solche als personenbezogene Daten eingestuft werden können⁵⁷.

Sinne von Art. 2 Buchst. a dieser Richtlinie handele⁶¹.

76. Auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hatte Gelegenheit, darauf hinzuweisen⁵⁸, dass „die Überwachung des Verhaltens von Internetnutzern und die weitere Erfassung ihrer IP-Adressen einen Eingriff in deren Recht auf Achtung ihres Privatlebens und ihres Schriftwechsels dar[stellt]“⁵⁹. Auch die durch die Richtlinie 95/46 eingesetzte Datenschutzgruppe⁶⁰ vertritt die Auffassung, es bestehe kein Zweifel, dass es sich bei IP-Adressen um personenbezogene Daten im

77. Diese Stellungnahmen entsprechen der Rechtslage, wie sie durch Art. 5 der Richtlinie 2006/24/EG⁶² bestimmt wird, der die Provider u. a. verpflichtet, zum Zweck der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten bestimmte Daten auf Vorrat zu speichern. Im Einzelnen sind das zum einen „zur Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle einer Nachricht benötigte Daten“, u. a. der Name und die Anschrift des Teilnehmers bzw. registrierten Benutzers, dem eine IP-Adresse zugewiesen ist, und zum anderen die zur Bestimmung von „Datum und Uhrzeit der An- und Abmeldung beim Internetzugangsdienst auf der Grundlage einer bestimmten Zeitzone, zusammen mit der vom Internetzugangsanbieter einer Verbindung zugewiesenen dynamischen oder statischen IP-Adresse“ benötigten Daten.

78. Somit können IP-Adressen als personenbezogene Daten eingestuft werden, soweit sich anhand ihrer eine Person identifizieren

57 — Die Frage stellt sich mittelbar in der Rechtssache *Bonnier* u. a. (C-461/10, beim Gerichtshof anhängig, ABl. 2010, C 317, S. 24), in deren Rahmen sich der Gerichtshof im Wesentlichen mit der Frage zu befassen hat, ob die Richtlinie 2006/24 zur Änderung der Richtlinie 2002/58 der Anwendung einer nationalen Vorschrift entgegensteht, die auf der Grundlage von Art. 8 der Richtlinie 2004/48 erlassen wurde und nach der in einem zivilrechtlichen Verfahren einem Internetdienstleister zu dem Zweck, einen bestimmten Teilnehmer identifizieren zu können, aufgegeben werden kann, einem Urheberrechtsinhaber oder dessen Vertreter Auskunft über den Teilnehmer zu geben, dem der Internetdienstleister eine bestimmte IP-Adresse zugeteilt hat, von der aus die Verletzung begangen worden sein soll.

58 — Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten vom 22. Februar 2010 zu den laufenden Verhandlungen der Europäischen Union über ein Abkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA) (Abl. 2010, C 147, S. 1, Randnr. 24); Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten vom 10. Mai 2010 zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI (Abl. 2010, C 323, S. 6, Randnr. 11).

59 — Er stützt sich insoweit auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Entscheidung *Weber und Saravia gegen Deutschland* vom 29. Juni 2006, Beschwerde Nr. 54934/00, Rep. 2006-XI, und Urteil *Liberty u. a. gegen Vereinigtes Königreich* vom 1. Juli 2008, Beschwerde Nr. 58243/00. Allerdings betreffen diese beiden Rechtssachen nicht speziell die Erfassung von IP-Adressen im Internet, sondern die Überwachung der Telekommunikation.

60 — Sogenannte „Artikel-29-Datenschutzgruppe“.

61 — Vgl. insbesondere Stellungnahme 4/2007 vom 20. Juni 2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf. Vgl. allgemein auch Empfehlung 3/97 vom 3. Dezember 1997, Anonymität im Internet, WP 6, und das Arbeitspapier vom 21. November 2000 mit dem Titel „Privatsphäre im Internet — Ein integrierter EU-Ansatz zum Online-Datenschutz“, WP 37, insbesondere S. 22.

62 — Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG (Abl. L 105, S. 54).

lässt, durch Verweis auf eine Kennung oder irgendein anderes Merkmal, das die Person kennzeichnet⁶³.

Schutz personenbezogener Daten⁶⁵ beeinträchtigen kann, und zwar in einem Maße, das ausreichend ist, um es als Einschränkung im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta einzustufen zu können.

79. Es stellt sich also weniger die Frage, welchen rechtlichen Status die IP-Adressen haben; es geht vielmehr darum, zu ermitteln, unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Zwecken sie erfasst, unter welchen Voraussetzungen sie entschlüsselt werden und damit einhergehend personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen und unter welchen Voraussetzungen die Erfassung und Entschlüsselung verlangt werden kann⁶⁴.

b) Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation (Art. 7 der Charta)

80. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass ein Filter- und Sperrsystem wie das geforderte ungeachtet der oben erwähnten Unsicherheiten technischer Art zweifellos das Recht auf

81. Die Einrichtung eines Systems der Filterung des Datenaustauschs wie des geforderten wirkt sich auch auf das Recht auf Schutz der Korrespondenz und das Recht auf Vertraulichkeit der Kommunikation allgemein aus, das durch Art. 7 der Charta⁶⁶, ausgelegt im Licht von Art. 8 EMRK und der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen

63 — Dieser Ansatz wird z. B. in Frankreich von der Commission nationale de l'informatique et des libertés verfolgt; vgl. Entscheidung Nr. 2007-334 vom 8. November 2007. Vgl. zu diesen Fragen z. B. González Pascual, M., „La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable“, REDE, 2010, Nr. 36, S. 591.

64 — Vgl. zur Tragweite des Verbots der Speicherung und Weitergabe von Verkehrsdaten im Sinne der Richtlinie 2002/58 und dessen Ausnahmen Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Promusicae (Nrn. 64 ff.).

65 — Durch Art. 11 der Richtlinie 2006/24 ist u. a. ein Abs. 1a in Art. 15 der Richtlinie 2002/58 eingefügt worden, nach dem Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 nicht für Daten gilt, für die in der Richtlinie 2006/24 eine Vorratsspeicherung ausdrücklich vorgeschrieben ist. Art. 4 der Richtlinie 2006/24 lautet: „Die Mitgliedstaaten erlassen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß dieser Richtlinie auf Vorrat gespeicherten Daten nur in bestimmten Fällen und in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht an die zuständigen nationalen Behörden weitergegeben werden. Jeder Mitgliedstaat legt in seinem innerstaatlichen Recht unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union oder des Völkerrechts, insbesondere der EMRK in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das Verfahren und die Bedingungen fest, die für den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten gemäß den Anforderungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sind.“

66 — Scarlet macht, unterstützt durch ISPA, geltend, dass die Einrichtung eines solchen Systems die Bestimmungen der Richtlinie 2002/58, die die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation betreffen, verletzen würde; Scarlet verweist insoweit auf den 26. Erwägungsgrund und Art. 5 dieser Richtlinie.

Gerichtshofs für Menschenrechte, garantiert wird.

82. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte noch keine Gelegenheit, sich zur Vereinbarkeit von Maßnahmen speziell zur Kontrolle der elektronischen Kommunikation, erst recht nicht eines Filter- und Sperrsystems wie des geforderten, mit der EMRK zu äußern. Allerdings würden solche Maßnahmen gemäß der Rechtsprechung zum Abhören von Telefongesprächen⁶⁷ Eingriffe im Sinne von Art. 8 EMRK darstellen. Im Übrigen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem Fall festgestellt, dass die Erfassung und Vorhaltung von die Nutzung des Telefons, von E-Mails und des Internets betreffenden personenbezogenen Daten ohne Wissen des Betroffenen einen „Eingriff“ in die Ausübung des Rechts des Betroffenen auf Achtung seines Privatlebens und seiner Korrespondenz im Sinne von Art. 8 EMRK darstellt⁶⁸.

83. Art. 5 der Richtlinie 2002/58⁶⁹ definiert die Vertraulichkeit der mit öffentlichen

Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten und stellt diese sicher. Diese Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten insbesondere, jegliches Mit- oder Abhören dieser Nachrichten zu untersagen, abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen gemäß Art. 15 dieser Richtlinie. Diese Bestimmung erlaubt es den Mitgliedstaaten, Rechtsvorschriften zu erlassen, die das Recht auf Vertraulichkeit der Kommunikation beschränken, u. a. dann, wenn diese Beschränkung für die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten notwendig ist. Die Maßnahmen, die insoweit getroffen werden können, „müssen den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts einschließlich den in Artikel 6 Absätze 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union niedergelegten Grundsätzen entsprechen“.

2. „Ausgelegt im Lichte von Art. 11 der Charta“: zur Garantie der Freiheit der Meinungsäußerung und zum Recht auf Information

67 — Er hat bei einer Maßnahme der Abhörung einer Wohnung im Übrigen ausdrücklich auf diese Rechtsprechung verwiesen. Vgl. EGMR, Urteil Vetter gegen Frankreich vom 31. Mai 2005, Beschwerde Nr. 59842/00, § 27, in dem ausdrücklich auf die Ausführungen in den Urteilen Huvig gegen Frankreich vom 24. April 1990, Beschwerde Nr. 11105/84, Serie A, Nr. 176-B, und Kruslin gegen Frankreich vom 24. April 1990, Beschwerde Nr. 11801/85, Serie A, Nr. 176-A, verwiesen wird.

68 — EGMR, Urteil Copland gegen Vereinigtes Königreich vom 3. April 2007, Beschwerde Nr. 62617/00, §§ 43 und 44.

69 — Der 15. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/31 verweist ausdrücklich auf Art. 5 der Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation (ABl. 1998, L 24, S. 1), die durch die Richtlinie 2002/58 aufgehoben worden ist.

84. Art. 11 der Charta, der nicht nur das Recht garantiert, Informationen

weiterzugeben, sondern auch das Recht, solche zu empfangen⁷⁰, findet ganz klar auf das Internet Anwendung⁷¹. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt hat, „[tragen die Websites] wegen ihrer Zugänglichkeit und ihrer Fähigkeit, große Datenmengen zu speichern und zu verbreiten, ... in großem Maße dazu bei, den Zugang der Bürger zu Nachrichten zu verbessern und allgemein die Verbreitung von Nachrichten zu erleichtern“⁷².

Weitergabe von Informationen darstellt⁷³, unabhängig davon, auf welche Art und Weise die Kontrolle des Datenaustauschs technisch konkret realisiert werden, in welchem Umfang und mit welcher Tiefe die Kontrolle durchgeführt werden und welche Wirksamkeit und Zuverlässigkeit die tatsächlich durchgeführte Kontrolle haben mag — Punkte, die, wie ich oben ausgeführt habe, streitig sind.

85. Wie Scarlet geltend macht, steht außer Zweifel, dass die Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems wie des geforderten, insbesondere der Sperrmechanismus, mit dem die Kontrolle des gesamten über ihre Dienste erfolgenden Datenaustauschs einhergehen kann, naturgemäß eine „Einschränkung“ im Sinne von Art. 10 EMRK der in Art. 11 Abs. 1 der Charta anerkannten Freiheit der

86. Wie Scarlet geltend macht, würde ein kombiniertes Filter- und Sperrsystem zwangsläufig die zulässigen Austausch von Inhalten beeinträchtigen und sich somit auf den Inhalt der durch Art. 11 der Charta garantierten Rechte auswirken, und sei es auch nur deshalb, weil ein bestimmter Kommunikationsvorgang in einem Land zulässig und in einem anderen unzulässig sein kann, je nach Reichweite des in Rede stehenden Urheberrechts, so dass sich die Frage der Zulässigkeit der Technik entzieht. Soweit ersichtlich, ist offenbar kein Filter- und Sperrsystem imstande, auf eine den Anforderungen von Art. 11 und Art. 52 Abs. 1 der Charta entsprechende Weise zu gewährleisten, dass nur diejenigen Datenaustauschvorgänge gesperrt werden, bei denen konkret festgestellt werden kann, dass sie unzulässig sind.

70 — Wie Art. 10 EMRK. Vgl. u. a. EGMR, Urteile *Observer und Guardian gegen Vereinigtes Königreich* vom 26. November 1991, Beschwerde Nr. 13585/88, Serie A, Nr. 216, § 59, und *Guerra u. a. gegen Italien* vom 19. Februar 1998, Beschwerde Nr. 14967/89, Slg. 1998-I, § 53.

71 — Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte auch Gelegenheit, bei seiner Beurteilung der Vereinbarkeit einer „Einschränkung“ der Freiheit der Meinungsäußerung im Hinblick auf die Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK das „Potenzial“ des Internets zu berücksichtigen, das, da es *per se* für alle zugänglich ist, einen hohen Multiplikationseffekt hat. Vgl. insbesondere EGMR, Urteile *Mouvement Raëlien Suisse gegen Schweiz* vom 13. Januar 2011, Beschwerde Nr. 16354/06, §§ 54 ff., *Akdaş gegen Türkei* vom 16. Februar 2010, Beschwerde Nr. 41056/04, § 28, und *Willem gegen Frankreich* vom 16. Juli 2009, Beschwerde Nr. 10883/05, §§ 36 und 38.

72 — EGMR, Urteil *Times Newspapers Limited gegen Vereinigtes Königreich* vom 10. Mai 2009, Beschwerden Nrn. 3002/03 und 23676/03, § 27. Der Gerichtshof stellt in diesem Urteil fest, dass „die Bildung von Datenbeständen im Internet einen wesentlichen Aspekt der Aufgabe der Websites darstellt“ und deshalb in den Anwendungsbereich von Art. 10 EMRK fällt.

73 — Es wird die Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen des Rechts des geistigen Eigentums eines Mitgliedstaats als solche eine Einschränkung im Sinne von Art. 10 EMRK darstellen könnten; vgl. *Danay, R., „Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom“*, *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, Band 8, Nr. 2, S. 32.

3. Zwischenergebnis

87. Somit ist festzustellen, dass die beantragte Maßnahme, soweit sie zur Einrichtung eines Systems der Filterung und Sperrung des elektronischen Datenaustauschs wie des oben beschriebenen verpflichtet, den Genuss der durch die Charta geschützten Rechte und Freiheiten, wie sie oben untersucht worden sind, beeinträchtigen kann, und folglich, was die Nutzer der Dienste von Scarlet und die Internetnutzer allgemein angeht, als „Einschränkung“ im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta⁷⁴ einzustufen ist. Einschränkungen der Ausübung der Grundrechte der Nutzer, die mit der Einrichtung eines solchen Filter- und Sperrsystems einhergehen sollten, sind aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, die nun zu prüfen sind.

D — Zu den Voraussetzungen der Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten, insbesondere zur Voraussetzung der „Qualität des Gesetzes“ (Art. 52 Abs. 1 der Charta)

88. Die Charta lässt Einschränkungen der Ausübung der in ihr anerkannten Rechte und

Freiheiten, wie wir gesehen haben, nur unter bestimmten Voraussetzungen zu, so wie auch in der EMRK definiert ist, unter welchen Voraussetzungen z. B. ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens oder eine Einschränkung der Freiheit der Meinungsäußerung als zulässig angesehen werden kann.

89. In Art. 52 der Charta wird hierbei auf die „Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ abgestellt und darauf, dass mit solchen Maßnahmen „dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen“ verfolgt werden und sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen. Zwar handelt es sich beim Schutz der Rechte des geistigen Eigentums sicherlich um eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung, wie aus den Richtlinien 2001/29 und 2004/48 hervorgeht; im vorliegenden Fall ist das Filter- und Sperrsystem allerdings hauptsächlich durch das Erfordernis gerechtfertigt, die „Rechte und Freiheiten anderer“ zu schützen. Im Mittelpunkt des Interesses stehen im vorliegenden Fall die „Erfordernisse des Schutzes der Rechte“ der Inhaber von Urheberrechten oder verwandter Schutzrechte; sie sind der wesentliche Grund des von SABAM gegen Scarlet eingeleiteten Zivilprozesses.

90. An dieser Stelle ist nämlich eindringlich darauf hinzuweisen, dass das Eigentumsrecht nun in Art. 17 der Charta niedergelegt ist, in dessen Abs. 2, was nicht außer Acht gelassen werden darf, ausdrücklich klargestellt ist, dass „[g]eistiges Eigentum ... geschützt [wird]“. Außerdem hatte der Gerichtshof das Eigentumsrecht bereits vorher als zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehörendes Grundrecht

⁷⁴ — Oder als „Eingriff“ im Sinne von Art. 8 EMRK bzw. „Einschränkung“ im Sinne von Art. 10 EMRK.

anerkannt⁷⁵ und festgestellt, dass die Urheberrechte unter das Eigentumsrecht fallen⁷⁶. Mit den Richtlinien 2001/29 und 2004/48⁷⁷ wiederum soll ein hohes Schutzniveau im Bereich des geistigen Eigentums gewährleistet werden. Im Übrigen fällt das geistige Eigentum als solches nach ständiger Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eindeutig in den Schutzbereich von Art. 1 des Protokolls Nr. 1 zur EMRK⁷⁸.

91. Schließlich hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Grundgedanke des Urheberrechts darin besteht, dass es dem Urheber schöpferischer und ursprünglicher Werke das ausschließliche Recht gewährt, diese Werke zu verwerten⁷⁹. Das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte haben somit wirtschaftlichen Charakter, da sie u. a. die Befugnis beinhalten, das Inverkehrbringen des geschützten Werkes kommerziell, insbesondere

in Form von Lizenzen, die gegen Zahlung einer Vergütung erteilt werden, zu nutzen⁸⁰.

92. Wir haben es also sicherlich mit „Erfordernissen des Schutzes [eines Rechts]“ im Sinne von Art. 52 Abs. 1 der Charta zu tun, die die „Einschränkung“ von anderen Rechten und Freiheiten im Sinne dieser Bestimmung rechtfertigen könnten.

93. Gleichwohl wird es nicht erforderlich sein, sämtliche Voraussetzungen der Zulässigkeit von Einschränkungen der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten im Einzelnen zu prüfen, um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort auf seine Frage zu geben. In der Vorlagefrage geht es nämlich speziell darum, ob die Einschränkung der Ausübung der Rechte und Freiheiten, die die Einrichtung des geforderten Filter- und Sperrsystems, wie soeben dargelegt, darstellen würde, „allein aufgrund der Vorschrift“ des Art. 87 § 1 des Gesetzes vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und ähnliche Rechte, einer nationalen Vorschrift, die das vorlegende Gericht im Übrigen ungekürzt wiedergibt, angeordnet werden kann. Wegen dieses Aspekts der Vorlagefrage ist vorrangig die erste Voraussetzung gemäß Art. 52 Abs. 1 der Charta, nämlich diejenige, dass die Einschränkung „gesetzlich vorgehen“ sein muss, zu prüfen, die so wörtlich

75 — Vgl. u. a. Urteil vom 12. September 2006, Laserdisken (C-479/04, Slg. 2006, I-8089, Randnr. 62).

76 — Urteil Laserdisken (Randnr. 65).

77 — Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 3 und 4 der Richtlinie 2001/29 und Erwägungsgründe 1 und 10 der Richtlinie 2004/48.

78 — Vgl. u. a. EMRK, Entscheidungen Smith Kline und French Laboratories Ltd. gegen Niederlande vom 4. Oktober 1990, Beschwerde Nr. 12633/87, DR 66, S. 81, und A. D. gegen Niederlande vom 11. Januar 1994, Beschwerde Nr. 21962/93; EGMR, Urteile British-American Tobacco Company Ltd gegen Niederlande vom 20. November 1995, Serie A, Nr. 331, §§ 71 und 72, Chappel gegen Vereinigtes Königreich vom 30. März 1989, Beschwerde Nr. 10461/83, Serie A, Nr. 152A, § 59, und Anheuser-Bush Inc. gegen Portugal vom 11. Januar 2007, Beschwerde Nr. 73049/01, §§ 71 und 72, sowie Entscheidung Melnychuk gegen Ukraine vom 5. Juli 2005, Beschwerde Nr. 28743/03, § 3.

79 — Vgl. Urteil vom 17. Mai 1988, Warner Brothers und Metrophone Video (158/86, Slg. 1988, 2605, Randnr. 13).

80 — Vgl. Urteile des Gerichtshofs vom 20. Januar 1981, Musik-Vertrieb membran und K-tel International (55/80 und 57/80, Slg. 1981, 147, Randnr. 12), und vom 20. Oktober 1993, Phil Collins u. a. (C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145, Randnr. 20).

auch in Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK enthalten ist; diese Prüfung wird im Licht der einschlägigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in denen diese beiden Bestimmungen ausgelegt worden sind, erfolgen — eine Rechtsprechung, die, wie bereits ausgeführt, inzwischen überaus umfangreich ist, so dass sich daraus die Umriss dieser Voraussetzung ableiten lassen.

in Rede stehenden Gesetzes“⁸² beziehen, um den Ausdruck aufzugreifen, der sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs durchgesetzt hat. Dieses „Gesetz“ muss nämlich „hinreichend zugänglich und vorhersehbar sein, d. h., so genau formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten, gegebenenfalls nach Einholung sachkundigen Rates, danach richten kann“, dass er in der Lage ist, „dessen Folgen für sich vorherzusehen“⁸³, „unter den Umständen des Falles angemessen die Folgen einer bestimmten Handlung“⁸⁴.

94. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat wiederholt entschieden, dass die Bestimmungen der EMRK, die den Eingriff in die Ausübung eines durch die EMRK garantierten Rechts oder die Einschränkung der Ausübung einer durch die EMRK garantierten Freiheit nur unter der Voraussetzung zulassen, dass sie „gesetzlich vorgesehen“⁸¹ sind, nicht nur implizieren, dass die Maßnahme überhaupt auf einer Rechtsgrundlage beruht, „eine Grundlage im nationalen Recht“ hat, sondern darüber hinaus Voraussetzungen aufstellen, die sich auf die „Qualität des

95. Das „Gesetz“ muss also hinreichend klar⁸⁵ und vorhersehbar sein, was den Sinn und das Wesen der anwendbaren Maßnahmen angeht⁸⁶, den Umfang und die Art und Weise der Ausübung des Eingriffs in die

81 — Vgl. u. a. van Dijk, P. u. a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., Intersentia, 2006, S. 336; Jacobs, F. G., White, R. C. A., und Ovey, C., *The European Convention on Human Rights*, 5. Aufl., Oxford University Press, 2010, S. 315; Harris, D. J., O'Boyle, M., und Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Oxford University Press, 2009; Grabenwarter, C., *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, 3. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, 2008, S. 112; Matscher, F., „Der Gesetzesbegriff der EMRK“, in: Adamovich, L., und Kobzina, A. E., *Der Rechtsstaat in der Krise — Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Manz, 1991, S. 105; Gundel, J., „Beschränkungsmöglichkeiten“, in: Merten, D., Papier, H. J. (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/1, C. F. Müller, 2010, S. 471; Weiß, R., *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — Vgl. u. a. Martín-Retortillo Baquer, L., „La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos“, *Derecho Privado y Constitución*, 2003, Nr. 17, S. 377; Wachsmann, P., „De la qualité de la loi à la qualité du système juridique“, in: *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Brüssel, Band 2, S. 1687.

83 — EGMR, Urteil Leander gegen Schweden vom 26. März 1987, Beschwerde Nr. 9248/81, Serie A, Nr. 116, § 50.

84 — EGMR, Urteil Margareta und Roger Andersson gegen Schweden vom 25. Februar 1992, Beschwerde Nr. 12963/87, Serie A, Nr. 226-A, S. 25, § 75.

85 — EGMR, Urteil Tan gegen Türkei vom 3. Juli 2007, Beschwerde Nr. 9460/03, §§ 22 bis 26; in dieser Rechtssache hat sich der Gerichtshof mit der Vereinbarkeit einer Regelung über die Korrespondenz der Gefangenen mit dem Grundsatz der Klarheit des Gesetzes befasst. Er hat festgestellt, dass die Regelung, die den Direktoren der Strafanstalten nach Entscheidung der Disziplinarausschüsse die Befugnis einräumte, die Zustellung von jeder als „störend“ angesehener Post abzulehnen, solche Post zu zensurieren oder zu vernichten, den Umfang und die Art und Weise der Ausübung des Ermessens der Behörden in dem betreffenden Bereich nicht hinreichend klar definiert.

86 — Vgl. u. a. EGMR, Urteil Kruslin gegen Frankreich vom 24. April 1990, Beschwerde Nr. 11801/85, Serie A, Nr. 176-A, § 30; Entscheidung Coban gegen Spanien vom 25. September 2006, Beschwerde Nr. 17060/02.

Ausübung der durch die EMRK garantierten Rechte hinreichend klar definieren⁸⁷. Ein Gesetz, das ein Ermessen einräumt, verletzt nicht als solches diese Anforderung, sofern der Umfang des Ermessens und die Art und Weise seiner Ausübung unter Berücksichtigung des verfolgten berechtigten Zieles hinreichend klar definiert sind, um dem Einzelnen angemessenen Schutz gegen Willkür zu bieten⁸⁸. Ein Gesetz, das ein Ermessen einräumt, muss also den Umfang dieses Ermessens festlegen⁸⁹.

96. Eine Einschränkung ist folglich nur zulässig, wenn sie auf einer Rechtsgrundlage im innerstaatlichen Recht beruht; diese muss zugänglich, klar und vorhersehbar sein⁹⁰ — Voraussetzungen, die sich allesamt aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit ergeben⁹¹. Das Erfordernis der Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit des Gesetzes für den

Betroffenen soll sich aus diesem Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit ergeben^{92, 93}.

97. Die Voraussetzung, dass jede Einschränkung „gesetzlich vorgesehen“ sein muss, beinhaltet somit nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dass dem Handeln der Inhaber der öffentlichen Gewalt Grenzen gezogen sind, die vorher durch Rechtsnormen bestimmt worden sind, was „bestimmte Anforderungen stellt, denen sowohl die Rechtsnormen selbst als auch die Verfahren, mit denen ihre

87 — Vgl. u. a. EGMR, Urteil Sanoma Uitgevers gegen Niederlande vom 14. September 2010, Beschwerde Nr. 38224/03, §§ 81, 82.

88 — U. a. Urteil Margareta und Roger Andersson, § 75.

89 — EGMR, Urteil Silver u. a. gegen Vereinigtes Königreich vom 25. März 1983, Beschwerden Nrn. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 und 7136/75, Serie A, Nr. 61, § 88.

90 — Vgl. hierzu Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Promusic (Randnr. 53), in denen das Urteil Österreichischer Rundfunk (Randnrn. 76 und 77) angeführt wird.

91 — Vgl. für eine Zusammenfassung dieser verschiedenen Anforderungen u. a. EGMR, Urteil Kopp gegen Schweiz vom 25. Mai 1998, Beschwerde Nr. 23224/94, Slg. 1998-II, § 55.

92 — EGMR, Urteil Valenzuela Contreras gegen Spanien vom 30. Juli 1998, Beschwerde Nr. 27671/95, Slg. 1998-V, § 46, in dem auf das Urteil Malone vom 2. August 1984, Beschwerde Nr. 8691/79, Serie A, Nr. 82, und auf die Urteile Kruslin und Kopp verwiesen wird.

93 — Der in der Präambel der EMRK genannte Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit impliziert, dass das innerstaatliche Recht einen gewissen Schutz gegen willkürliche Beeinträchtigungen der durch die EMRK garantierten Rechte durch die öffentliche Gewalt bietet. Wenn dieser Grundsatz „gebietet, dass ein Eingriff der Behörden in die Rechte des Einzelnen einer wirksamen Kontrolle unterliegen kann“ (EGMR, Urteil Klass u. a. gegen Deutschland vom 6. September 1978, Beschwerde Nr. 5029/71, Serie A, Nr. 28, S. 25, 26, § 55, Urteil Malone, § 68, Urteil Silver u. a., § 90), „... sich aus [ihm] u. a. [ergibt], dass ein Eingriff der Exekutive in die Rechte eines Einzelnen einer effektiven Kontrolle unterliegen muss, die im Regelfall von der Judikative — zumindest in letzter Instanz — ausgeübt werden sollte, da Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Verfahrenssicherheit am besten im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle gewährleistet sind“ (EGMR, Urteil Klass u. a., § 55), so verlangt er auch einen „Mindestschutz“, der nicht gewährleistet wäre, „wenn der der Exekutive eingeräumte Ermessensspielraum unbeschränkt wäre“ (vgl. zu Art. 8 EMRK außer den Urteilen Malone, § 68, und Kruslin, § 30, EGMR, Urteile Rotaru gegen Rumänien vom 4. Mai 2000, Beschwerde Nr. 28341/95, Slg. 2000-V, § 55, Segerstedt-Wiberg u. a. gegen Schweden vom 6. Juni 2006, Beschwerde Nr. 62332/00, Slg. 2006-VII, § 76, und Lupsa gegen Rumänien vom 8. Juni 2006, Beschwerde Nr. 10337/04, Slg. 2006-VII, § 34, sowie Entscheidung Weber und Saravia gegen Deutschland vom 29. Juni 2006, Beschwerde Nr. 54934/00, Slg. 2006-XI, § 94; vgl. zu Art. 10 EMRK Urteil Sanoma Uitgevers, § 82) oder wenn der dem Richter eingeräumte Ermessensspielraum unbeschränkt wäre (EGMR, Urteil Huvig gegen Frankreich vom 24. April 1990, Beschwerde Nr. 11105/84, Serie A, Nr. 176-B, S. 55, § 29; Entscheidung Weber und Saravia gegen Deutschland, § 94, Urteil Liberty u. a., § 6, Urteil Bykov gegen Russland vom 10. März 2009, Beschwerde Nr. 4378/02, § 78).

tatsächliche Beachtung durchgesetzt werden soll, genügen müssen“⁹⁴.

um unter den Umständen des konkreten Falles angemessen zu beurteilen, welche Folgen sich aus einer bestimmten Handlung ergeben können⁹⁶. Das gilt insbesondere für berufsmäßig tätige Personen, die gewohnt sind, sich bei der Ausübung ihrer Tätigkeit sehr umsichtig verhalten zu müssen.

98. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat ferner entschieden, dass die Bedeutung des Begriffs der Vorhersehbarkeit in hohem Maß vom Inhalt der in Rede stehenden Vorschriften, von dem durch sie geregelten Bereich sowie von der Zahl und der Eigenschaft ihrer Adressaten abhängt⁹⁵. Der Vorhersehbarkeit des Gesetzes steht nicht entgegen, dass die betreffende Person gezwungen ist, fachkundigen Rat einzuholen,

99. Schließlich hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Gelegenheit, festzustellen, dass der Begriff „Gesetz“ im materiellen und nicht nur im formellen Sinne zu verstehen ist, so dass darunter sowohl „geschriebenes Recht“ als auch „ungeschriebenes Recht“ oder auch „Richterrecht“ fallen kann⁹⁷. Deshalb kann es gegebenenfalls insbesondere erforderlich sein, die Rechtsprechung einzubeziehen. Eine veröffentlichte und somit zugängliche „ständige Rechtsprechung“, der die Instanzgerichte folgen, kann eine gesetzliche Bestimmung unter bestimmten Umständen vervollständigen und verdeutlichen, so dass diese vorhersehbar gemacht wird⁹⁸.

94 — Wachsmann, P., „La prééminence du droit“, in: *Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, S. 241, 263; vgl. auch Wiarda, G., „La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit“, *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, S. 452; Grabarczyk, K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008, insbesondere S. 194 ff.; Morin, J.-Y., „La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen“, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, S. 643.

95 — EGMR, Urteile Groppera Radio u. a. gegen Schweiz vom 28. März 1990, Beschwerde Nr. 10890/84, Serie A, Nr. 173, S. 26, § 68, und Cantoni gegen Frankreich vom 15. November 1996, Beschwerde Nr. 17862/91, Slg. 1996-V, § 35. Wie der Gerichtshof zu einer Maßnahme der GPS-Überwachung von Bewegungen einer Person an öffentlichen Plätzen festgestellt hat, sind die ziemlich strengen Maßstäbe, die im spezifischen Kontext der Telekommunikationsüberwachung gesetzt und angewandt worden sind, nicht *mutatis mutandis* auf alle anderen Formen von Eingriffen anwendbar. Vgl. EGMR, Urteil Uzun gegen Deutschland vom 2. September 2009, Beschwerde Nr. 35623/05, § 66. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof es vorgezogen, die allgemeineren Grundsätze „zum angemessenen Schutz vor willkürlichen Eingriffen in Rechte aus Artikel 8“ EMRK anzuwenden. Der Gerichtshof stellt fest, dass „bei von Behörden durchgeführten geheimen Überwachungsmaßnahmen angesichts der fehlenden öffentlichen Kontrolle und der Gefahr des Amtsmissbrauchs... das innerstaatliche Recht hinreichenden Schutz vor willkürlichen Eingriffen in die Rechte aus Artikel 8 bieten“ muss. „Der Gerichtshof muss sich davon überzeugen, dass angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch vorgesehen sind. Diese Einschätzung hängt von den gesamten Sachverhalts Umständen ab, d. h. von der Art, dem Umfang und der Dauer der möglichen Maßnahmen, den Gründen, aus denen sie angeordnet werden dürfen, den für die Genehmigung, Durchführung und Überwachung solcher Maßnahmen zuständigen Behörden und der Art des nach innerstaatlichem Recht vorgesehenen Rechtsbehelfs.“

96 — Vgl. u. a. Urteile Groppera Radio, § 68, und Tolstoy Miloslavsky, § 37.

97 — Vgl. u. a. EGMR, Urteile Sunday Times gegen Vereinigtes Königreich (Nr. 1) vom 26. April 1979, Beschwerde Nr. 6538/74, Serie A, Nr. 30, § 49, Tolstoy Miloslavsky gegen Vereinigtes Königreich vom 13. Juli 1995, Beschwerde Nr. 18139/91, Serie A, Nr. 316-B, § 37, und Sanoma Uitgevers, § 83.

98 — Vgl. u. a. EGMR, Urteil Müller u. a. gegen Schweiz vom 24. Mai 1988, Beschwerde Nr. 10737/84, Serie A, Nr. 133, § 29.

100. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Charta ebenso wie die EMRK die Möglichkeit einer Einschränkung der Ausübung der Rechte und Freiheiten, eines Eingriffs in die Ausübung der Rechte bzw. einer Einschränkung der Ausübung der Freiheiten, die sie garantieren, anerkennen, u. a. unter der Voraussetzung, dass diese „gesetzlich vorgesehen“ sind. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat hauptsächlich auf der Grundlage des in der Präambel der EMRK verankerten Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit und ausgehend von diesem Ausdruck im Wesentlichen über den Begriff der „Qualität des Gesetzes“⁹⁹ eine echte Lehre entwickelt, nach der jede Einschränkung bzw. jeder Eingriff vorher Gegenstand einer gesetzlichen Regelung, zumindest im materiellen Sinne, gewesen sein muss, die im Hinblick auf das von ihr verfolgte Ziel hinreichend genau sein muss, also Mindestanforderungen entsprechen muss. Diese Rechtsprechung ist vom Gerichtshof bei der Auslegung der Tragweite der entsprechenden Bestimmungen der Charta zu berücksichtigen.

E — „Allein aufgrund der Vorschrift“: Prüfung der nationalen Regelung im Hinblick auf die Voraussetzung der „Qualität des Gesetzes“ (Art. 52 Abs. 1 der Charta)

101. In diesem Stadium der Prüfung bleibt nur noch zu prüfen, ob die vom vorlegenden Gericht in der Rechtsordnung des Mitgliedstaats identifizierte Rechtsgrundlage aus dem Blickwinkel der Nutzer der Dienste der Provider und der Internetnutzer allgemein tatsächlich das erforderliche „Gesetz“ im Sinne der Charta und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, gegebenenfalls angepasst an die Besonderheiten der Rechtsordnung der Union, darstellen kann.

99 — Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat dem Begriff der „Qualität des Gesetzes“ nach und nach eine eigenständige Bedeutung verliehen, die der Verwirklichung der mit der EMRK verfolgten Ziele Rechnung trägt und ihn somit von verwandten, oft viel weiteren Begriffen unterscheidet, die es im Recht bestimmter Mitgliedstaaten gibt; vgl. u. a. Milano, L., „Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi“, *Revue du Droit public*, 2006, Nr. 3, S. 637; Rrapi, P., „La Mauvaise Qualité de la Loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council“, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Winter 2010, Nr. 37, S. 243; Reicherzer, M., „Legitimität und Qualität von Gesetzen“, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, S. 121; Wachsmann, P., „La qualité de la loi“, in: *Mélanges Paul Amselek*, S. 809; de Montalivet, P., „La ‚juridicisation‘ de la légistique. À propos de l’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la Loi“, in: *La confection de la loi*, PUF, 2005, S. 99; Moysan, H., „L’accessibilité et l’intelligibilité de la loi. Des objectifs à l’épreuve de la pratique normative“, *AJDA*, 2001, S. 428.

102. Vergewenwärtigen wir uns zunächst noch einmal den Wortlaut der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschrift, nämlich von Art. 87 § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. Juni 1994 über das Urheberrecht und ähnliche Rechte, den das vorlegende Gericht in der Vorlagefrage ungekürzt wiedergegeben hat: „[Der Präsident des Gerichts Erster Instanz und der Präsident des Handelsgerichts] können ebenfalls eine Anordnung zur Beendigung der Verletzung gegen Mittelpersonen erlassen, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Urheberrechts oder ähnlichen Rechts in Anspruch genommen werden.“

103. Es besteht somit kein Zweifel, dass das belgische Recht im Rahmen einer Zivilklage auf Feststellung und Ahndung einer Verletzung des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte und Ersatz des dadurch entstandenen Schadens für den Erlass einer Anordnung zur Beendigung der Verletzung, die wie im Ausgangsverfahren gegen einen Provider wie Scarlet gerichtet ist und mit der die tatsächliche Beendigung dieser Verletzung gewährleistet werden soll, „eine“ gesetzliche Grundlage enthält. Es geht in der Vorlagefrage aber nicht darum, ob das zuständige belgische Gericht in einer solchen Situation allgemein eine Anordnung zur Beendigung mit einem solchen Ziel erlassen kann, sondern darum, ob es im Hinblick auf die Anforderungen an die „Qualität des Gesetzes“ im Sinne der EMRK und nun der Charta eine Maßnahme der Art wie diejenige, die im vorliegenden Fall auf der Grundlage dieser Anordnungsbeugnis beantragt wird, erlassen kann.

Ausgangsverfahren in Rede stehende einzurichten, zum einen so eigen-, ja einzigartig, zum anderen „neu“, ja unerwartet, dass sie nur zulässig sein kann, wenn sie im Voraus ausdrücklich, klar und genau in einem „Gesetz“ im Sinne der Charta vorgesehen gewesen ist. Es kann aber schwerlich angenommen werden, dass sich das zuständige nationale Gericht, wenn es die beantragte Maßnahme auf der Grundlage der in Rede stehenden nationalen Bestimmung erlässt, an „gesetzlich“ im Voraus ausdrücklich, klar und genau bestimmten Grenzen hielte, gerade im Hinblick auf die Bestimmungen von Art. 15 der Richtlinie 2000/31¹⁰⁰. Für Scarlet war der Erlass einer Maßnahme dieser Art durch ein belgisches Gericht schwer vorhersehbar¹⁰¹ und grenzt angesichts ihrer möglichen wirtschaftlichen Folgen an Willkür.

104. Daher ist zunächst auf unsere anfänglichen Überlegungen zu den Eigenschaften und schließlich zum „Wesen“ der beantragten Maßnahme zurückzukommen.

106. Aus dem Blickwinkel der Nutzer der Dienste von Scarlet und der Internetnutzer allgemein soll das geforderte Filtersystem

105. Wie wir gesehen haben, ist aus dem Blickwinkel von Scarlet und der Provider die Verpflichtung, auf eigene Kosten ein Filter- und Sperrsystem wie das im

100 — Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 verpflichtet die Mitgliedstaaten, zweierlei zu unterlassen. Sie dürfen „Anbietern“ keine allgemeine Verpflichtung auferlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Außerdem verpflichtet Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die Anbieter von Diensten der Vermittlung des Zugangs zu einem Kommunikationsnetz, also u. a. Provider, nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich sind.

101 — Auch im 30. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (ABL L 337, S. 11) wird darauf hingewiesen, dass „[d]ie Richtlinie 2002/22/EG ... die Anbieter nicht [verpflichtet], die durch ihre Netze übermittelten Informationen zu überwachen oder aufgrund solcher Informationen gerichtliche Schritte gegen ihre Kunden einzuleiten, und ... den Anbietern auch keine Haftung für diese Informationen auferlegt“.

unabhängig von den konkreten Modalitäten seines Funktionierens generell und universell sowie dauernd und unbefristet zur Anwendung kommen; mit seiner Einrichtung ist aber keinerlei spezifische Garantie insbesondere im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten und die Vertraulichkeit der Kommunikation verbunden. Im Übrigen soll der Sperrmechanismus, wiederum unabhängig von den konkreten Modalitäten seines Funktionierens, dazu bestimmt sein, einzugreifen, ohne dass für die betroffenen Personen, d. h. die Internetnutzer, ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen wäre, sich gegen die Sperrung einer bestimmten Datei zu wenden oder in Zweifel zu ziehen, dass sie berechtigt ist.

107. Das kann auch gar nicht anders sein, da mit dem in Rede stehenden nationalen Gesetz überhaupt nicht das Ziel verfolgt wird, die zuständigen nationalen Gerichte zu ermächtigen, eine Maßnahme der Filterung des gesamten elektronischen Datenaustauschs der Kunden der Provider, die ihre Tätigkeit im Hoheitsgebiet des in Rede stehenden Mitgliedstaats entfalten, zu erlassen.

108. Somit ist festzustellen, dass die in Rede stehende Bestimmung des nationalen Rechts im Hinblick auf die Art. 7, 8 und 11 der Charta und insbesondere die Anforderungen an die „Qualität des Gesetzes“ und die Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit allgemein nicht als hinreichende Rechtsgrundlage für den Erlass einer Anordnung angesehen werden kann, mit der ein Filter- und Sperrsystem

wie das im Ausgangsverfahren geforderte auferlegt wird.

109. Im Übrigen ist unter dem Gesichtspunkt des Gesetzes im „materiellen“ Sinne ferner festzustellen, dass nicht vorgetragen worden ist, dass eine umfangreiche Rechtsprechung der belgischen Gerichte vorläge, die die Auslegung und Anwendung der in Rede stehenden Bestimmung des nationalen Rechts in Einklang mit dem Unionsrecht und dem Recht der EMRK im Sinne der beantragten Maßnahme wiederholt und verfeinert hätte, so dass angenommen werden könnte, dass die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit des Gesetzes erfüllt ist¹⁰².

110. In Anbetracht dieser Feststellung ist es nicht erforderlich, die Auswirkungen des Unionsrechts¹⁰³ auf die „Qualität“ der nationalen Rechtsgrundlage zu prüfen. Generalanwältin Kokott hat in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Promusicae*¹⁰⁴ insoweit festgestellt, dass „[d]ie Balance zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen ... zunächst der Gesetzgeber der Gemeinschaft treffen [muss]“, dass „[a]llerdings ... auch die Mitgliedstaaten verpflichtet [sind], sie bei der Ausschöpfung verbleibender

102 — Vgl. insbesondere EGMR, Urteil *Chappel*, § 56. Vgl. auch EGMR, Urteile *Bock und Palade* gegen Rumänien vom 15. Februar 2007, Beschwerde Nr. 21740/02, §§ 61 bis 64, *July und Libération* gegen Frankreich vom 14. Februar 2008, Beschwerde Nr. 20893/03, § 55, und *Brunet-Lecomte u. a.* gegen Frankreich vom 5. Februar 2009, Beschwerde Nr. 42117/04, § 42.

103 — Vgl. zur Berücksichtigung des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bei der Prüfung der Qualität des Gesetzes u. a. EGMR, Urteil *Cantoni*, § 30, und Entscheidung *Marchiani* gegen Frankreich vom 27. Mai 2008, Beschwerde Nr. 30392/03.

104 — Randnr. 56.

Regelungsspielräume im Rahmen der Umsetzung von Richtlinien zu beachten“.

111. Somit stellt sich die überaus schwierige Frage der jeweiligen „Verantwortung“ der Union und der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die untersuchten Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit in einem Fall, in dem Richtlinien zusammen mit den nationalen Umsetzungsmaßnahmen Gegenstand einer Anwendung sind, die eine „Einschränkung“ eines durch die Charta garantierten Rechts oder einer durch die Charta garantierten Freiheit bedeutet. Wegen des Wortlauts der Vorlagefrage, in der ausdrücklich auf die nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 2001/29 und 2004/48 zum Schutz des geistigen Eigentums abgestellt wird, können wir diese Frage aber, da vorab festzustellen ist, dass keine der in Rede stehenden Richtlinien zur Einrichtung eines Filter- und Sperrsystems wie des im Ausgangsverfahren geforderten verpflichtet, zunächst zurückstellen.

112. Schließlich ist die Auffassung, dass die in Rede stehenden Richtlinien, insbesondere die Richtlinie 2000/31, Gegenstand einer aktualisierten Auslegung sein müssten, die der Entwicklung der Technik und der Nutzungen des Internets Rechnung trage, in diesem Zusammenhang zurückzuweisen. Zwar verlangt die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit natürlich keine absolute Sicherheit, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

wiederholt entschieden hat¹⁰⁵; der Ansatz, der sich für eine „lebendige“ Auslegung ausspricht, kann aber nicht über das Fehlen einer jeglichen nationalen Rechtsgrundlage, in der ausdrücklich von einem Filter- und Sperrsystem die Rede ist, hinweghelfen. Eine Auslegung des Unionsrechts, insbesondere von Art. 15 der Richtlinie 2000/31, dahin, dass es den Erlass einer Maßnahme wie der beantragten erlaubt oder einer solchen nicht entgegensteht, entspräche nicht den Anforderungen an die „Qualität des Gesetzes“ und verstieße gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit¹⁰⁶ und des Vertrauensschutzes.

113. Es seien mir noch einige abschließende Bemerkungen gestattet. Indem die Charta und ebenso die EMRK verlangen, dass jede „Einschränkung“ (bzw. jeder „Eingriff“) der Rechte und Freiheiten „gesetzlich vorgesehen“ sein muss, stellen sie ganz gezielt auf die Aufgabe des Gesetzes, des Rechts im eigentlichen Sinne, als Quelle der *tranquillitas publica* ab, und zwar in dem überaus sensiblen Bereich, mit dem wir es im vorliegenden Fall zu tun haben. Die Charta will aber nicht nur, dass das Gesetz jeder Einschränkung der Rechte und Freiheiten „vorausgeht“, sondern darüber hinaus, dass diese Einschränkung dessen „Wesensgehalt“ achtet, was es praktisch unumgänglich macht, dass die Ziehung der Grenze zwischen der Einschränkung des

105 — Wie der Gerichtshof feststellt, „[geht] mit Sicherheit, auch wenn sie überaus wünschenswert ist, ... mitunter eine übertriebene Starrheit einher; das Recht muss sich aber Veränderungen der Realität anpassen können“; u. a. Urteil Sunday Times, § 49; EGMR, Urteil Editions Plon gegen Frankreich vom 18. Mai 2004, Beschwerde Nr. 58148/00, Slg. 2004-IV, § 26.

106 — Vgl. zum Zusammenhang, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mitunter zwischen dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Grundsatz der „Sicherheit der Rechtsverhältnisse“ herstellt, u. a. EGMR, Urteile Sovtransavto Holding gegen Ukraine vom 25. Juli 2002, Beschwerde Nr. 48553/99, Slg. 2000-VII, § 77, und Timotiyevich gegen Ukraine vom 8. November 2005, Beschwerde Nr. 63158/00, § 32. Vgl. auch Grabarczyk, K., a. a. O., S. 209 ff., Nrn. 583 ff.

Rechts und dem grundsätzlich unantastbaren Bereich dieses Wesensgehalts vom Gesetzgeber vorgenommen wird. Ebenso verlangt die Charta, dass jede Einschränkung der Ausübung der in ihr anerkannten Rechte und Freiheiten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, dem Grundsatz der Erforderlichkeit entspricht und tatsächlich von der Union anerkannte dem Gemeinwohl dienende Ziele verfolgt oder Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer entspricht. Im Hinblick auf alle diese Voraussetzungen ist meines Erachtens noch einmal festzustellen, dass ein solches „Gesetz“ fehlt, und zwar ein „Gesetz“ im formellen Sinne, d. h. mit demokratischer Legitimation. Nur ein Gesetz im formellen Sinne hätte nämlich ermöglichen können, mit der Prüfung der anderen Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 der Charta fortzufahren. Insoweit könnte die Auffassung vertreten werden, dass Art. 52 Abs. 1 der Charta die ungeschriebene

Voraussetzung des Vorliegens eines Gesetzes im formellen Sinne enthält, je nach Intensität der öffentlichen Debatte. Hier geht es allerdings um die geschriebene Voraussetzung des Vorliegens eines Gesetzes als „vorausgegangenes Gesetz“. Da wir aber festgestellt haben, dass diese im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist, kann die erste Vorlagefrage beantwortet werden.

114. Ich schlage dem Gerichtshof deshalb vor, die erste Vorlagefrage zu verneinen und demnach festzustellen, dass die zweite, nur hilfsweise gestellte, nicht zu beantworten ist.

V — Ergebnis

115. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, auf die von der Cour d’appel de Bruxelles zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu antworten:

Die Richtlinien 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in Verbindung mit den Richtlinien 95/46/EG des Europäischen

Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000, über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ausgelegt im Lichte der Art. 7, 8 und 11 und von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Berücksichtigung der Art. 8 und 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sind dahin auszulegen, dass sie dem entgegenstehen, dass ein nationales Gericht allein aufgrund der Vorschrift, dass „[die nationalen Gerichte] ... ebenfalls eine Unterlassungsanordnung gegen Vermittler erlassen [können], deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Rechte genutzt werden“, eine Maßnahme erlässt, mit der „gegen einen [Provider]“ angeordnet wird, „auf eigene Kosten ohne zeitliche Beschränkung für sämtliche Kunden generell und präventiv ein Filtersystem für alle eingehenden und ausgehenden elektronischen Nachrichten, die mittels seiner Dienste insbesondere unter Verwendung von Peer-to-Peer- Programmen durchgeführt werden, einzurichten, um in seinem Netz den Austausch von Dateien zu identifizieren, die ein Werk der Musik, ein Filmwerk oder audiovisuelles Werk enthalten, an denen der Kläger Rechte zu haben behauptet, und dann die Übertragung dieser Werke entweder auf der Ebene des Abrufs oder bei der Übermittlung zu sperren“.