



BUNDESVERBAND
DER PHONOGRAPHISCHEN
WIRTSCHAFT E.V.



DEUTSCHE
LANDESGRUPPE
DER IFPI E.V.

Stellungnahme

der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. und des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V. zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Die Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V. und der Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V. (im Folgenden: Phonoverbände) sind die inländischen Verbände der Tonträgerhersteller. Sie vertreten rund 350 Unternehmen, die in Deutschland mit der Produktion, der Vervielfältigung, der öffentlichen Zugänglichmachung und der Verbreitung von Musikaufnahmen tätig sind. Die Mitglieder der Phonoverbände repräsentieren insgesamt ca. 90 % des gesamten inländischen Tonträgermarktes.

Die Phonoverbände möchten zu dem am 24. Januar 2007 von der Bundesregierung im Kabinett verabschiedeten Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums Stellung nehmen. Der Regierungsentwurf dient der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte geistigen Eigentums (im Folgenden: Enforcement-Richtlinie) in nationales Recht. Die Enforcement-Richtlinie zielt darauf ab, die Position der Rechteinhaber bei der Verfolgung von Verletzungen der Rechte geistigen Eigentums zu stärken und eine schnelle und effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Es ist zu bedauern, dass dieses Ziel mit dem vorliegenden Gesetzentwurf in vielen Punkten nicht erreicht wird, ja sogar mit Verschlechterungen gegenüber der bestehenden Situation gerechnet werden muss.

Die Phonoverbände fordern daher dazu auf, die folgenden Nachbesserungen vorzunehmen:

- **Streichung des Richtervorbehalts beim Auskunftsanspruch gegenüber Dritten in Fällen des § 101 Abs. 9 UrhG-E.**
- **Streichung des Erfordernisses der Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ beim Auskunftsanspruch gegenüber Dritten, § 101 Abs. 2 UrhG-E.**
- **Regelung der Vorratsdatenspeicherung zur Sicherung des Auskunftsanspruchs gegenüber Dritten gemäß § 101 Abs. 2 UrhG-E.**
- **Streichung der Deckelung der Erstattung der Abmahngebühren, § 97a Abs. 2 UrhG-E.**
- **Einführung eines Verletzerzuschlags im Rahmen des Schadensersatzanspruchs des § 97 Abs. 2 UrhG-E.**

1. Streichung des Richtervorbehalts beim Auskunftsanspruch gegenüber Dritten in Fällen des § 101 Abs. 9 UrhG-E.

Die deutsche Musikwirtschaft ist – wie die Musikwirtschaft weltweit – in erheblicher Weise von Piraterie betroffen. Diese umfasst einerseits die Herstellung und den Vertrieb unerlaubt hergestellter körperlicher Vervielfältigungsstücke, also die Tonträgerpiraterie im klassischen Sinne. Sie umfasst andererseits die Internetpiraterie und hier insbesondere das illegale Anbieten von Musiktiteln durch einzelne Nutzer in Internet-Tauschbörsen, was längst zu einem Massenphänomen geworden ist. Aus der von der GfK jüngst erstellten Brennerstudie für das Jahr 2006 ergibt sich, dass allein in Deutschland 374 Mio. Musiktitel illegal aus Internet-Tauschbörsen heruntergeladen wurden. Fast 3,7 Mio. Personen haben Tauschbörsen für illegale Angebote bzw. Downloads genutzt. Demgegenüber wurden nur 91 Mio. Musiktitel über legale Online-Plattformen verkauft oder kostenlos verbreitet.

Die Piraterie – im physischen und Online-Bereich – hat in den vergangenen Jahren zu drastischen Umsatzeinbußen und damit einhergehenden Arbeitsplatzverlusten in der Musikwirtschaft geführt. Sie beeinträchtigt gleichzeitig die Etablierung legaler Internet-basierter Angebote, die vonseiten der Rechteinhaber unter erheblichem finanziellem Aufwand mit großer Nachhaltigkeit entwickelt werden. Voraussetzung für einen ertragsfähigen Online-Markt ist neben der Entwicklung neuer Business-Modelle jedoch auch, dass Rechteinhabern die notwendigen Mittel an die Hand gegeben werden, die erforderlich sind, um die Internetpiraterie effektiv einzudämmen.

Vor diesem Hintergrund ist die Umsetzung des zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs gegen Dritte, die nicht selbst Rechtsverletzer sind, wie es Art. 8 der Enforcement-Richtlinie vorsieht, für die Musikwirtschaft von größter Bedeutung.

Der Regierungsentwurf, der die Enforcement-Richtlinie in nationales Recht umsetzt, sieht in § 101 Abs. 2 UrhG-E den zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gegen Dritte vor. In § 101 Abs. 9 UrhG-E wird der Sonderfall geregelt, dass dem Dritten die Erteilung der begehrten Auskunft nur unter Verwendung von Verkehrsdaten möglich ist. Für diesen Fall sieht der Regierungsentwurf stets einen Richtervorbehalt vor.

Der Regierungsentwurf weist in seiner Begründung (Seite 93) zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeit, im Internet weitgehend anonym zu kommunizieren, häufig für die Verletzung von Rechten geistigen Eigentums genutzt wird. Die Begründung nennt hier konkret Tauschbörsen als Beispiel, bei denen in großem Umfang Urheberrechtsverletzungen stattfinden. Hier bestehe ein besonderes Interesse an der Auskunft, ohne die der Verletzer nicht ermittelt werden kann. Typischerweise „verstecken“ sich Rechtsverletzer hinter dynamischen IP-Adressen, die jedoch für andere Internetnutzer und damit auch für die Ermittler von Rechtsverletzungen im Internet sichtbar sind. Welchem konkreten Nutzer welche spezifische dynamische IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt zugeordnet worden ist, weiß neben dem Nutzer selbst nur der Internet-Access-Provider bzw. Internet-Service-Provider (im Folgenden: ISP), der die dynamische IP-Adresse an den Nutzer vergibt.

Von diesem benötigt der Rechteinhaber daher Auskünfte über die mit den bereits bekannten Verkehrsdaten (d. h. die dynamische IP-Adresse) korrelierenden Bestandsdaten (Name und Anschrift des Nutzers). Nur über die Inanspruchnahme des ISPs kann der Rechteinhaber erfahren, welcher Nutzer zum gegebenen Zeitpunkt die jeweilige festgestellte Rechtsverletzung begangen hat.

Aus Sicht der Musikwirtschaft ist damit der wichtigste Fall des in § 101 Abs. 2 UrhG-E geregelten Rechts auf Drittauskunft stets dem Richtervorbehalt unterworfen. Dies ist insoweit bemerkenswert, da der Regierungsentwurf in seiner Begründung (Seite 90) darauf verweist, dass ein Richtervorbehalt beim Drittauskunftsanspruch gerade nicht die Regel sein soll. Als Rechtfertigung für einen Verzicht eines allgemeinen Richtervorbehalts wird u. a. angeführt, dass ein solcher zu einer sehr hohen Belastung der Gerichte führen würde. Die Befürchtung, dass Gerichte in hohem Maße belastet würden, wird sich aber auch dann bewahrheiten, wenn sich der Richtervorbehalt lediglich auf die Fälle des § 101 Abs. 9 UrhG-E bezieht. Denn die Verfolgung von Rechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen setzt eine Vielzahl von Einzelverfahren voraus und somit eine Vielzahl von Auskunftsbeglehen bei Zivilgerichten. Diese Ansicht vertritt auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 9. März 2007 zum Regierungsentwurf der Bundesregierung und fordert aus diesem Grund, das Erfordernis des Richtervorbehalts zu streichen.

Darüber hinaus ist zu befürchten, dass eine wirksame Rechtsverfolgung den Rechteinhabern aufgrund der immensen Kostenlast unmöglich gemacht wird. Der Regierungsentwurf sieht für die Erlangung der Drittauskunft zunächst gemäß § 128c der Kostenordnung (KostO) eine Gebühr von 200,00 Euro für die Entscheidung des Gerichts auf Erlass einer Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG-E vor. Aus der Begründung (Seite 94) geht hervor, dass diese Kosten zunächst vom Rechteinhaber zu tragen sind, der diese wiederum später als Schaden gegenüber dem Verletzer geltend machen kann. Ferner kann gemäß § 101 Abs. 2 letzter Satz UrhG-E der zur Auskunft Verpflichtete, also der ISP, vom Rechteinhaber die für die Auskunft erforderlichen Aufwendungen ersetzt verlangen. Nach der Begründung (Seite 92) kann der Rechteinhaber auch diese Kosten gegenüber dem Verletzer als Schadensersatz geltend machen, sofern dieser schuldhaft gehandelt hat.

Durch die vorgeschlagenen Regelungen kämen auf die Musikwirtschaft bei einer konsequenten Rechtsverfolgung von einer Vielzahl von Einzelfällen prohibitive Initialkosten zu. Diese werden die Rechteinhaber in vielen nicht Fällen ersetzt bekommen. Denn der Regierungsentwurf verkennt, dass den Rechteinhabern in der Praxis meist die Möglichkeit abgeschnitten sein wird, die Kosten im Wege des Schadensersatzes geltend zu machen. Das deutsche Schadensrecht setzt das Verschuldensprinzip voraus. Der Nachweis eines Verschuldens aufseiten des Verletzers wird den Rechteinhabern aber in den Fällen nicht gelingen, in denen zwar der Anschlussinhaber eines Telefon-Anschlusses mittels seiner IP-Adresse ausfindig gemacht wird, dieser aber behauptet, dass die Rechtsverletzung von einer anderen Person, die auch diesen Telefon-Anschluss nutzt, begangen wurde. Der Nachweis, dass der Anschlussinhaber auch der Rechtsverletzer ist, gelingt dem Rechteinhaber dann nur schwerlich. Der Anschlussinhaber wird in diesem Fall zwar als Störer auf Unterlassen der Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen werden; ein Anspruch auf

Schadensersatz und somit die Erstattung der angefallenen und vorgestreckten Kosten bleibt dem Rechteinhaber aber verwehrt. Vor diesem Hintergrund sieht sich die Musikwirtschaft mit den vorgeschlagenen Regelungen auf geradezu ruinöse Rechtsverfolgungskosten verwiesen.

Dies ist nicht im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben in Art. 3 der Enforcement-Richtlinie. Dort heißt es wörtlich: *„Die Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen.“*

Das vorgeschlagene Drittauskunftsverfahren mit einem Richtervorbehalt macht die Rechtsverfolgung von Urheberrechtsverletzungen insbesondere in Internet-Tauschbörsen für Rechteinhaber jedoch kompliziert und kostspielig.

Der Richtervorbehalt ist auch nicht – wie noch aus der Begründung des Referentenentwurfs vom 3. Januar 2006 hervorging – aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Diese Meinung vertritt ebenso der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 9. März 2007 zum Regierungsentwurf.

Zu dieser Frage wurde von einigen Beteiligten des Forums der Rechteinhaber, dem auch die Phonoverbände angehören, ein Rechtsgutachten durch Herrn Professor Jürgen Kühling in Auftrag gegeben, der zu demselben Ergebnis kommt.¹ Unabhängig davon, ob man beim Zusammenführen bereits vorhandener Daten über den Kommunikationsvorgang zu einem bestimmten Zeitpunkt mittels einer bestimmten IP-Adresse mit den fehlenden personenbezogenen Bestandsdaten des durch die dynamische IP-Adresse referenzierten Nutzers einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis oder einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung annimmt, bedarf es ihm Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung einer genauen Analyse, ob tatsächlich ein Richtervorbehalt notwendig ist. Das oben erwähnte Gutachten beleuchtet unter Zugrundelegung eines strengen Prüfungsmaßstabs die Frage der verfassungsmäßigen Gebotenheit eines Richtervorbehalts bei dem oben geschilderten Auskunftsverfahren und kommt zu dem Ergebnis, dass ein solcher nicht erforderlich ist. Auf die ausführliche Analyse des Gutachtens wird verwiesen.

Die Phonoverbände fordern daher, das Erfordernis des Richtervorbehalts in § 101 Abs. 9 UrhG-E zu streichen.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in Österreich im Zuge der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie ein entsprechender Auskunftsanspruch ohne Richtervorbehalt oder sonstige prozedurale Sicherheitsmechanismen normiert worden ist. Aus der Begründung zu § 87b Abs. 3 der Regierungsvorlage geht hervor, dass diese Norm die Auskunftspflicht des ISPs im Fall einer Urheberrechtsverletzung im Internet behandeln soll, also genau den hier in Rede stehenden Fall.

¹ Das Gutachten wurde in Auftrag gegeben von: der Bertelsmann AG, dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.; der GEMA, der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. und dem Verband unabhängiger Tonträgerunternehmen, Musikverlage und Musikproduzenten e.V. Es ist unter http://www.ifpi.de/recht/kuehling_2006.pdf abrufbar.

Sollte der Gesetzgeber trotz fehlender verfassungsrechtlicher Gebotenheit an dem grundsätzlichen Erfordernis eines Richtervorbehalts festhalten, schlagen die Phonoverbände vor, ein fakultatives automatisiertes Auskunftsverfahren mit einem nachgeordneten Richtervorbehalt einzuführen. Dieser Vorschlag wurde von den Phonoverbänden bereits in der Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 3. Januar 2006 unterbreitet. Auch das Forum der Rechteinhaber hat sich in seiner Stellungnahme vom 11. Oktober 2006 diesem Vorschlag angeschlossen. Das vorgeschlagene Auskunftsverfahren enthält Sicherungsmechanismen, die einen Missbrauch des Auskunftsanspruchs effektiv zu verhindern vermögen, aber auch eine zeitnahe Rechtsverfolgung ermöglichen. Dieses Verfahren könnte wie folgt ausgestaltet sein:

Das alternative Auskunftsverfahren soll dem Verfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG-E fakultativ vorgeschaltet werden können. Der Rechteinhaber soll in einem ersten Schritt auf einer Erfassungsmaske einer Behörde (z. B. der Bundesnetzagentur oder einer anderen autorisierten Institution) die ihm bekannten Daten der rechtsverletzenden Handlung eingeben. Daraufhin sollen die Daten in einem zweiten Schritt automatisiert an den jeweiligen ISP gesendet werden, der anhand dieser Daten die dazugehörigen Bestandsdaten ermittelt. Der potenzielle Rechtsverletzer wird in einem dritten Schritt durch eine maschinell erzeugte Nachricht vom ISP oder der neutralen Stelle unterrichtet, dass ein Verfahren auf Erteilung von Drittauskunft durch den Rechteinhaber eingeleitet wurde. In diesem Schreiben soll dem potenziellen Rechtsverletzer die Wahl eröffnet werden, ob er der Weiterleitung seiner Daten an den Rechteinhaber zustimmt oder widerspricht. Zustimmung, Widerspruch oder Schweigen stellen dabei den vierten Schritt dar. Sofern der Angeschriebene widerspricht, wird der Erlass einer richterlichen Anordnung seitens des Rechteinhabers beantragt (fünfter Schritt). Das Verfahren setzt im Übrigen auf eine Opt-Out Lösung, d. h. das Schweigen auf das Schreiben wird als Zustimmung gewertet. Sofern kein Widerspruch durch den potenziellen Rechtsverletzer erfolgt, besteht der fünfte Schritt in der Weitergabe der Bestandsdaten an den Rechteinhaber.

Die verfassungsrechtliche Überprüfung des vorgeschlagenen automatisierten Verfahrens mit „optionalem“ / nachgeordnetem Richtervorbehalt ist ebenso Gegenstand des Gutachtens von Herrn Professor Jürgen Kühling. Er kommt zu dem Ergebnis, dass ein solches Auskunftsverfahren den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses gleichermaßen berührt wie ein direktes Auskunftersuchen gegenüber einem ISP. Der Eingriff ist jedoch insbesondere durch die vorgeschaltete Widerspruchsoption aufseiten des Rechtsverletzers verhältnismäßig und damit auch rechtmäßig. Auch hier wird bezüglich der verfassungsrechtlichen Analyse auf das Gutachten verwiesen.

Ein automatisiertes Auskunftsverfahren würde Rechteinhabern eine effektive, zügige und weniger kostenintensive Rechtsverfolgung ermöglichen. Zudem könnte vermieden werden, was sonst angesichts des immensen Ausmaßes der Internetpiraterie dem Staat droht: eine hohe Arbeitsbelastung der Gerichte verbunden mit erheblichen Kosten für den Staatshaushalt.

Sollte der Gesetzgeber den Richtervorbehalt beibehalten, fordern die Phonoverbände die Aufnahme einer gesetzlichen Regelung, die es ermöglicht, ein vorgeschaltetes automatisiertes Auskunftsverfahren entsprechend den hier unterbreiteten Vorschlägen einzuführen.

2. Streichung des Erfordernisses der Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ beim Auskunftsanspruch

In der Begründung des Regierungsentwurfs (Seite 117) wird für das Bestehen eines Drittauskunftsanspruchs neben einem gewerblichen Handeln des Dritten auch gefordert, dass die Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ erfolgt ist ohne dies im Gesetzeswortlaut erkennen zu lassen. Die Begründung führt dazu aus, dass damit Erwägungsgrund 14 der Enforcement-Richtlinie Rechnung getragen wird, wonach ein Auskunftsanspruch auf jeden Fall dann vorgesehen werden muss, wenn die Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß vorgenommen worden ist.

Das Erfordernis einer Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ ist jedoch mit den europarechtlichen Vorgaben unvereinbar. Die in Art. 8 der Enforcement-Richtlinie vorgesehene Gewerbsmäßigkeit bezieht sich auf die Handlung desjenigen, der auskunftspflichtig ist, d.h. im hier relevanten Fall auf den ISP. Dasselbe Erfordernis bezieht sich jedoch nicht auf die Person, die die Rechtsverletzung als solche begangen hat. Dies mag zwar die deutsche Textfassung des Erwägungsgrundes 14 nahelegen, wo es heißt: *“Nur bei in gewerblichem Ausmaß vorgenommenen **Rechtsverletzungen** müssen die Maßnahmen nach Artikel 6 Absatz 2, Artikel 8 Absatz 1 und Artikel 9 Absatz 2 angewandt werden. ...“* Diese Fassung stimmt jedoch nicht mit den übrigen Textversionen der Enforcement-Richtlinie überein. In allen anderen Fassungen bezieht sich das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit lediglich auf die **Handlung des zur Auskunft Verpflichteten**. In der englischen Übersetzung heißt es beispielsweise: *„ The measures provided for in Art. 6 (2), Art. 8 (2) and Art. 9 (2) need to be applied in respect of **acts** carried out on a commercial scale“.* Die deutsche Übersetzung ist demnach fehlerhaft.

Das dennoch in der Begründung aufgestellte und aus dem Erwägungsgrund 14 abgeleitete Erfordernis der Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ droht den wichtigsten Anwendungsfall der Drittauskunft, nämlich den Auskunftsanspruch der Rechteinhaber gegen ISPs bei Verwendung dynamischer IP-Adressen durch den Verletzer, vollkommen zu entwerten.

Die größte wirtschaftliche Gefahr der Internetpiraterie geht gerade von der Tatsache aus, dass sie selbst dann unvermindert schädlich bleibt, wenn sie ausschließlich von einem Netzwerk nicht gewerblich handelnder Rechtsverletzer zu verantworten ist. Daher geht jede Maßnahme, die ein Drittauskunftsbegehren eines Rechteinhabers an eine Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ knüpft, am Wesen der Internetpiraterie vorbei.

Es ist dem Rechteinhaber schon technisch gar nicht möglich, ein Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ seitens der Nutzer einer Tauschbörse darzulegen: Bei den wichtigsten Internet-Tauschbörsen, wie etwa *eDonkey*, besteht für den Nutzer die Möglichkeit, den Umfang des zum Download bereit-

gehaltenen eigenen Angebots verborgen zu halten. Die Systeme weisen dann lediglich aus, wer einen konkret nachgefragten Titel anbietet. Die gesamte Liste des illegalen Angebotes urheberrechtlich geschützter Inhalte auf der Festplatte des Nutzers ist nicht erkennbar. Zu diesem Ergebnis kommt auch das vom Fraunhofer-Institut IPSI erstellte Gutachten zum Thema „Auswirkung einer Bagatellklausel auf die Verfolgbarkeit von Urheberrechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen“ vom 11. August 2006.² Darüber hinaus teilt jeder ISP seinem Kunden bei jeder erneuten Nutzung des Internets eine neue dynamische IP-Adresse zu. Der Nutzer einer Tauschbörse hat folglich nie ein und dieselbe IP-Adresse. Daher kann der Rechteinhaber dem Verletzer auch nicht durch Beobachtung über einen längeren Zeitraum ein wiederholtes Anbieten von illegalen Inhalten in einer Internet-Tauschbörse nachweisen, was ein Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ begründen könnte.

Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 9. März 2007 deutlich gemacht, dass das Erfordernis des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“ aufseiten des Verletzers den Hauptanwendungsfall des Auskunftsanspruchs gegenüber Dritten bei Urheberrechtsverletzungen im Internet ausschließen würde. Der Bundesrat empfiehlt daher eine Klarstellung dahingehend, dass eine Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ beim Drittauskunftsanspruch nicht erforderlich ist.

Die Phonoverbände wiederholen daher ihre Forderung, das Erfordernis der Rechtsverletzung „im geschäftlichen Verkehr“ beim Auskunftsanspruch aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu streichen.

3. Vorratsdatenspeicherung zur Sicherung des Auskunftsanspruchs gegenüber ISPs

Es liegt auf der Hand, dass nur Auskünfte von einem ISP erteilt werden können, soweit die betreffenden Daten überhaupt gespeichert sind. In diesem Zusammenhang möchten die Phonoverbände auf die besorgniserregenden Entwicklungen in der Rechtsprechung (LG Darmstadt vom 25. Januar 2006, 25 S 118/2005) und der sich daraus entwickelnden Speicherpraxis der ISPs aufmerksam machen. Das LG Darmstadt hat geurteilt, dass die Speicherung der dynamischen IP-Adressen (Verkehrsdaten) und der korrelierenden Bestandsdaten bei Nutzern von Flatrate-Tarifen unzulässig sei. Aufgrund dieser Rechtsprechung sind in der Zwischenzeit einige ISPs dazu übergegangen, die Daten ihrer Flatrate-Kunden entweder gar nicht mehr oder nur für wenige Tage zu speichern. Rechteinhaber werden daher mit der Situation konfrontiert sein, dass die Daten, deren Herausgabe ihnen der zivilrechtliche Auskunftsanspruch nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie gewähren würde, gar nicht mehr vorhanden sind. Einige Staatsanwaltschaften, die im Rahmen ihrer strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, aber auch bei der Verfolgung von Verbrechen die Herausgabe der Daten beim ISP anfordern, sind dieser Situation bereits jetzt ausgesetzt. Viele Verfahren werden daher bereits eingestellt. Dies zeigt, dass eine Rechtsverfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen und anderen Straftaten bei Fortführung dieser Praxis und mangelnder gesetzlicher Verpflichtung der ISPs zur Speicherung

² Das Gutachten wurde vom Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V. und der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. in Auftrag gegeben. Es ist unter http://www.ifpi.de/recht/fraunhofer_20060811.pdf abrufbar.

der Daten gänzlich unmöglich gemacht wird. Dieser Umstand könnte mit der Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten beseitigt werden. Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG sieht eine Speicherpflicht der relevanten Daten für die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Rechteinhaber jedoch gerade nicht vor. Der Bundesrat erkennt in seiner Stellungnahme vom 8. Juni 2007 das aufgezeigte Problem und bittet im weiteren Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass ein ISP Auskunft über den Inhaber einer dynamischen IP-Adresse auch zur zivilrechtlichen Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum erteilen darf und die dabei gespeicherten Daten zur Erfüllung des Auskunftersuchens intern verarbeiten darf.

Die Bundesregierung ist daher aufgefordert, im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten dafür Sorge zu tragen, dass die ISPs verpflichtet werden, die betreffenden Daten auch zum Zwecke der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zu speichern, und Mindestspeicherungszeiten festgelegt werden, die das Abfragen der erforderlichen Daten noch möglich machen.

4. Streichung der Deckelung der Erstattung der Abmahngebühren, § 97a Abs. 2 UrhG-E

Der Regierungsentwurf beabsichtigt mit § 97a eine Neuregelung zum Institut der Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen einzuführen, das in der Praxis bereits ein anerkanntes Instrument ist, Urheberrechtsverletzungen außergerichtlich zu verfolgen. Die Neuregelung führt im Ergebnis jedoch zu einer Schlechterstellung der Rechteinhaber im Vergleich zur heutigen Rechtslage und erschwert geradezu eine effektive Rechtsdurchsetzung.

Gemäß § 97a Abs. 1 UrhG-E soll der Rechteinhaber einen Verletzer vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung abmahnen und ihm Gelegenheit geben, den Streit durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen. Die Vorschrift sieht vor, dass der Rechteinhaber bei berechtigter Abmahnung Ersatz der hierfür erforderlichen Aufwendungen vom Verletzer verlangen kann.

Gemäß § 97a Abs. 2 UrhG-E wird jedoch die Erstattungsfähigkeit der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung auf **50,00 EURO beschränkt**, sofern es sich um einfach gelagerte Fälle mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung handelt, die vom Verletzer außerhalb des geschäftlichen Verkehrs begangen wurde.

Es handelt sich bei der Internetpiraterie um ein Massenphänomen und die Musikwirtschaft verfolgt seit mehreren Jahren Rechtsverletzungen, die durch einzelne Nutzer in Internet-Tauschbörsen durch das illegale Bereitstellen (Upload) von Musik begangen werden. Dabei bedient sich die Musikwirtschaft üblicherweise des Instruments der außergerichtlichen Abmahnung. Mittels der Abmahnung wird der Rechtsverletzer schriftlich durch einen – von den Tonträgerfirmen mandatierten – Rechtsanwalt aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die Höhe der Anwaltskosten für

die Abmahnung richtet sich nach den Gegenstandswerten, die in gleich gelagerten Fällen bei einem gerichtlichen Verfahren zugrunde gelegt werden. Bei gerichtlichen Auseinandersetzungen erkennen die Gerichte zur Zeit einen Gegenstandswert in Höhe von 5.000 Euro bis 10.000 Euro für das illegale Anbieten eines Musiktitels an. Unter Zugrundelegung dieses Gegenstandswertes ergeben sich Anwaltsgebühren für die außergerichtliche Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen eines Musiktitels in Höhe von 400,00 bis 600,00 Euro.

Die Neuregelung in § 97 Abs. 2 UrhG-E sieht eine Deckelung auf 50,00 Euro nicht in Bezug auf die Höhe des Gegenstandswerts oder der Rechtsanwaltsgebühren vor, sondern in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit der Kosten für die anwaltliche Tätigkeit im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Verletzer. Der Verletzer hat also regelmäßig lediglich 50,00 Euro der tatsächlich angefallenen Abmahngebühren zu zahlen. Dies hat zur Folge, dass der Geschädigte, also der Rechteinhaber, die Differenz zwischen den tatsächlich angefallenen Rechtsanwaltsgebühren und den 50,00 Euro, die der Verletzer übernimmt, selbst zu tragen hat. Unter Zugrundelegung der oben genannten Gebühren sind das 350,00 bis 550,00 Euro für jeden einzelnen Fall von Urheberrechtsverletzungen, gegen den die Rechteinhaber vorgehen.

Der Wortlaut der Vorschrift beschränkt den Anwendungsbereich auf die erstmalige Abmahnung bei Urheberrechtsverletzungen. Die Begründung (Seite 116) führt dazu aus, dass das Vorliegen einer erstmaligen Abmahnung aus Sicht des konkret betroffenen Verletzten zu beurteilen sei. Die Einschränkung auf die erstmalige Abmahnung scheint auf den ersten Blick eine Begünstigung für die Rechteinhaber zu beinhalten, da sie bei einer wiederholten Abmahnung die Abmahngebühren voll vom Verletzer ersetzt verlangen können. Diese Einschränkung wird die Rechteinhaber in der Praxis aber aus folgenden Gründen finanziell nicht entlasten: Erfahrungswerte aus den von der Musikwirtschaft beauftragten Unternehmen und Kanzleien für die Piraterieverfolgung haben ergeben, dass es „Wiederholungstäter“ in Fällen, in denen Nutzer Musik illegal in Internet-Tauschbörsen zum Download anbieten, praktisch nicht gibt. Nach einer Abmahnung durch den Rechtsanwalt wegen einer Urheberrechtsverletzung und der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sieht der Verletzer nach den vorliegenden Erfahrungen von weiteren illegalen Angeboten von Musiktiteln in Internet-Tauschbörsen ab. Auch wenn dies für die Rechteinhaber erfreulich ist, da es zeigt, dass die mittlerweile gängige Praxis der Rechtsverfolgung ihren Zweck erfüllt und eine wirksame Abschreckungswirkung entfaltet, so haben die Rechteinhaber durch die „Beschränkung“ des Anwendungsbereichs des § 97a Abs. 2 UrhG-E auf die erstmalige Abmahnung nichts gewonnen. Denn im Ergebnis wird jeder Fall der Rechtsverfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen durch einzelne Nutzer unter die Deckelung der Erstattungsfähigkeit der Abmahngebühren fallen.

Berücksichtigt man nun noch den Richtervorbehalt beim Drittauskunftsanspruch in seiner vorgeschlagenen Form, so ergibt sich eine für die Rechteinhaber nicht mehr hinnehmbare Kostenlast bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen. Denn die Rechteinhaber werden für jeden einzelnen Fall der Rechtsverletzung die folgenden Kosten zu tragen haben oder jedenfalls in Vorleistung treten

müssen: die Kosten der Ermittlung für die Rechtsverletzung, die Kosten für die anwaltliche Inanspruchnahme für das Auskunftersuchen, Gerichtskosten in Höhe von 200,00 Euro für das Auskunftsverfahren, die Kosten für die Auskunftserteilung gegenüber den ISPs sowie der Differenzbetrag zwischen 50,00 Euro und den tatsächlich bei der Abmahnung anfallenden Rechtsanwaltsgebühren.

Es liegt auf der Hand, dass ein vielfaches Vorgehen gegen Rechtsverletzungen zwangsläufig dazu führen würde, dass die Musikwirtschaft Gelder im siebenstelligen Bereich aufbringen müsste, um ihre Rechte effektiv und konsequent im Internet zu verteidigen.

Darüber hinaus enthält die Vorschrift mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, die auch in der Begründung zum Regierungsentwurf nicht zufriedenstellend erläutert werden. Sie schaffen Rechtsunsicherheit im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Vorschrift. Aus der Begründung (Seite 116) geht hervor, dass ein Fall dann ein „einfach gelagerter“ sei, wenn er nach Art und Umfang ohne größeren Arbeitsaufwand zu bearbeiten sei, also zur Routine gehöre. Allgemein lässt sich sagen, dass nicht jeder Fall von Internetpiraterie in Tauschbörsen einfach gelagert ist. So kann der Arbeitsaufwand des Rechtsanwalts hinsichtlich der Verifizierung der Täterdaten (Kooperation der ISPs) und der Verhandlung mit dem Verletzer bezüglich der Abgabe der Unterlassungserklärung (komplexe Korrespondenz mit Verletzern bei fehlendem Unrechtsbewusstsein) ganz unterschiedlich sein. Ebenso ist der Rechtsbegriff „unerhebliche Rechtsverletzung“ in der Begründung nur dahingehend definiert, dass ein geringes Ausmaß der Verletzung in qualitativer wie quantitativer Hinsicht erforderlich sei. Die Begründung gibt z. B. keine Antwort auf die Frage, ob eine unerhebliche Rechtsverletzung vorliegt, wenn das öffentliche Zugänglichmachen eines Musiktitels in einer Internet-Tauschbörse zu der Gefahr des tausendfachen illegalen Downloads durch andere Nutzer führt, oder wie der Fall zu beurteilen ist, wenn ein neues Album vor Veröffentlichung bereits illegal in Internet-Tauschbörsen auftaucht. Ebenso bleibt die Frage unbeantwortet, ob für das Ausmaß einer Verletzung in qualitativer Hinsicht der Bekanntheitsgrad des Künstlers ausschlaggebend sein wird. Mangels ausreichender Erklärung in der Begründung zum Regierungsentwurf und der Komplexität und Vielschichtigkeit möglicher Sachverhalte bleibt der Anwendungsbereich der Vorschrift unklar. Es ist zu befürchten, dass Rechtsunsicherheit zu diesen Fragen so lange herrschen wird, bis diese höchstrichterlich geklärt sein werden.

Die Phonoverbände fordern daher die Streichung der Deckelung der Erstattung der Abmahngebühren in § 97a Abs. 2 UrhG-E.

5. Einführung eines „Verletzerzuschlags“ im Rahmen des § 97 Abs. 2 UrhG-E

Wie einleitend bereits erwähnt, sind auch die Regelungen der Schadensersatzpflicht für die Phonoverbände von zentraler Bedeutung.

Der Regierungsentwurf sieht in § 97 Abs. 2 Satz 3 vor, die Berechnung des Schadens im Wege der Lizenzanalogie ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall den Schadensersatz höher als die Lizenzgebühr zu bemessen. Ein solcher Vorstoß wird sehr begrüßt. Er ist auch richtlinienkonform, da Art 13 Abs. 1 lit b den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, eine erhöhte Lizenzgebühr einzuführen.

Dort heißt es: „... Schadensersatz ... auf der Grundlage von Faktoren wie **mindestens** dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte“.

Die Begründung des Regierungsentwurfs führt richtigerweise aus, dass es zum sachgerechten Schadensausgleich erforderlich sein kann, den Ersatz höher als die Lizenzgebühr zu bemessen, wenn dies besondere Umstände erfordern, wie etwa bei dem sogenannten „GEMA-Kontrollzuschlag“. Dieser Ansatz sollte verallgemeinert werden. Denkbar wäre eine Regelung, die eine pauschale Umlage der Piraterieverfolgungskosten durch einen Aufschlag zum Schaden nach der Lizenzanalogie erlaubt, soweit die jeweiligen Rechteinhaber nachweisen, dass sie tatsächlich generell-abstrakt Ermittlungen für die Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen betreiben oder betreiben lassen.

Insbesondere die Pirateriebekämpfung im Internet ist mit hohem personellem und technischem Aufwand verbunden. Die Musikwirtschaft bedient sich zum Zweck der Aufdeckung und Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen im Internet spezialisierter Unternehmen und Kanzleien und wendet dafür erhebliche finanzielle Mittel auf. Es ist jedoch nicht möglich, diesen Aufwand nachweislich einem einzelnen Verletzer zuzuordnen und von diesem im Rahmen des Schadensersatzanspruchs die Kosten der Feststellung der Rechtsverletzung einzufordern. Die Pauschalierung eines Schadensersatzes ist unter diesem Gesichtspunkt geboten. Vor diesem Hintergrund ist ein mindestens 100%iger Aufschlag entsprechend der Höhe des „GEMA-Kontrollzuschlags“ erforderlich. Ein pauschalierter Schadensersatz wäre für die Gerichte leicht zu handhaben und man käme dem Ziel eines schnellen Schadensausgleichs einen bedeutenden Schritt näher.

Auch der Bundesrat spricht sich in einer Stellungnahme vom 9. März 2007 zum Regierungsentwurf für einen Änderungsbedarf bei der Bemessung des Schadensersatzes bei Verletzungen des geistigen Eigentums aus und schlägt – wenn auch mit einer anderen rechtsdogmatischen Begründung – einen Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr vor.

Die Phonoverbände fordern, den Schadensersatz pauschal als mindestens doppelte Lizenzgebühr festzulegen.

18. Juni 2007

Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V.

Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.