



Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels als Repräsentant der deutschen Buchbranche und ihrer Verlage möchte zu einzelnen Punkten des am 24. Januar 2007 von der Bundesregierung vorgestellten Entwurfes für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums¹ Stellung nehmen. Mit dem Gesetz soll die sog. Durchsetzungs- bzw. Enforcement-Richtlinie der Europäischen Union in nationales Recht implementiert werden.² Ihr Ziel ist eine schnelle und effektive Rechtsdurchsetzung auch für den Bereich des Urheberrechts. Nach Auffassung des Börsenvereins wird dieses Ziel in einigen wesentlichen Punkten nicht erreicht.

Zwar begrüßt der Verband es ausdrücklich, dass die Bundesregierung mit der Schaffung des **§ 10 Abs. 3 UrhG-E** den Vorschlag der Verlage aufgegriffen hat, neben der Inhabervermutung für Leistungsschutzberechtigte auch eine entsprechende Vermutungsregelung für die Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte, also auch für Verleger, einzuführen. Denn damit wird der weit verbreiteten Praxis von Urheberrechtsverletzern, die Verlage durch das bloße unsubstantiierte Bestreiten der Aktivlegitimation in langwierige und kostenintensive Dokumentationspflichten zu drängen, in Zukunft wirksamer begegnet werden können.

Jedoch sieht der Börsenverein hinsichtlich anderer Regelungen dringenden Handlungsbedarf. Dies gilt insbesondere für die folgenden Punkte:

- **Überarbeitung des Auskunftsanspruchs gegen Dritte, § 101 Abs. 2 UrhG-E (1.):**
 - Streichung des Erfordernisses des Handelns „im geschäftlichen Verkehr“ auf Seiten des Verletzers, § 101 Abs. 2 UrhG-E
 - Streichung des Richtervorbehalts des § 101 Abs. 9 UrhG-E
- **Streichung der Deckelung der Ersatzfähigkeit der Abmahngebühren, § 97a Abs. 2 UrhG-E (2.)**
- **Einführung eines Verletzerzuschlags im Rahmen des Schadenersatzanspruchs des § 97 Abs. 2 UrhG-E (3.)**
- **Streichung des Rückrufs- und Entfernungsanspruchs nach § 98 Abs. 2 UrhG-E**

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird bezüglich des letzten Punktes in vollem Umfang, im Übrigen ergänzend auf die Stellungnahme des Börsenvereins vom 16. Februar 2006 zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums verwiesen.³

¹ Im Folgenden: Regierungsentwurf bzw. RegE.

² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, abrufbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_195/l_19520040602de00160025.pdf

³ Abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=119424&dl_id=108190



1. Änderung des Auskunftsanspruchs gegen Dritte, § 101 Abs. 2 UrhG-E

Autoren und ihre Verlage sind zunehmend von Internet-Piraterie betroffen. In Tauschbörsen finden sich heute nicht nur Hörbücher, sondern insbesondere auch Schul- und Fachbücher. Eine Studie aus dem Oktober 2006 hat gezeigt, dass knapp 4 Prozent der über die Tauschbörse BitTorrent getauschten Dateien Hörbücher waren, bei den sog. E-Books lag der Anteil sogar bei knapp 7 Prozent.⁴ Angesichts des Umstands, dass die Verlagsbranche gemessen an der Musik- oder Filmbranche verhältnismäßig klein ist, sind dies besorgniserregende Zahlen. Illegale Angebote im Netz führen in den betroffenen Branchen zum einen zu beträchtlichen Umsatzeinbußen und – wie sich in der Musikindustrie gezeigt hat - damit über kurz oder lang zu Arbeitsplatzverlusten. Zum anderen behindern sie die Verbreitung legaler Download-Angebote, wie sie von den Verlagen in den letzten Jahren zahlreich entwickelt wurden.⁵

Bei der Verfolgung von Internet-Piraterie geht es den Betroffenen daher vor allem darum, möglichst schnell und unkompliziert die Beendigung des illegalen Angebots zu erreichen. Um entsprechende Unterlassungsansprüche geltend machen zu können, müssen Verlage zunächst die dynamischen IP-Adressen der Anbieter von Dateien recherchieren. Diese IP-Adressen sind in der Tauschbörse für andere Internetnutzer sichtbar. Im nächsten Schritt ist die Ermittlung des Namens und der Adresse der Person erforderlich, die sich hinter der IP-Adresse verbirgt. Diese Daten kennt nur der Internet-Service- bzw. Internet-Access-Provider des Anbieters. Einen entsprechenden zivilrechtlichen Auskunftsanspruch gegen Internet-Access-Provider haben die Oberlandesgerichte bei der derzeitigen Gesetzeslage abgelehnt. Daher werden die Verlage momentan gezwungen, zunächst den Strafrechtsweg zu beschreiten. Nur durch Akteneinsicht im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist es momentan möglich, an die Daten des Rechtsverletzers zu gelangen.

Die Enforcement-Richtlinie sieht in Art. 8 einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch auch gegen Internet-Access-Provider vor. Gerade weil Urheber und Verlage in den meisten Fällen eine strafrechtliche Verfolgung gar nicht anstreben, ist die Schaffung dieses zivilrechtlichen Instruments von besonderer Bedeutung. Eine Umsetzung des Auskunftsanspruchs in nationales Recht ist vom Richtliniengeber da zwingend vorgesehen, wo Rechtsverletzungen im gewerblichen Ausmaß begangen werden. Der Begriff wird in der Richtlinie recht weit gefasst: Gewerbliches Ausmaß ist nur dann *nicht* anzunehmen, wenn Handlungen von Endverbrauchern im guten Glauben vorgenommen werden.⁶ Aber selbst wenn kein gewerbliches Ausmaß vorliegt, können die Mitgliedsstaaten der EU den Auskunftsanspruch zur Anwendung bringen. In Erwägungsgrund 14 der Richtlinie heißt es ausdrücklich:

„Unbeschadet davon können die Mitgliedstaaten diese Maßnahmen auch bei anderen Rechtsverletzungen anwenden.“

§ 101 des Regierungsentwurfs setzt Art. 8 der Richtlinie um. In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung - wie z.B. beim Angebot eines Verlagsprodukts in einer Tauschbörse - soll nach Absatz 2 grundsätzlich ein Auskunftsanspruch gegen Dritte bestehen. Die konkrete Ausgestaltung dieses aufgrund seiner europarechtlichen Konzipierung („Recht auf Auskunft“) starken Anspruchs bleibt jedoch weit hinter den Erwartungen der

⁴ Siehe insofern die Pressemitteilung der *ipoque GmbH*, abrufbar unter http://www.ipoque.com/dt/pressemitteilung_ipoque_231006.html (Stand: Februar 2007)

⁵ Bekannte Hörbuchportale sind z.B. www.audible.de, www.sofort-hoeren.de, www.claudio.de. E-Book-Angebote finden sich beispielsweise unter www.ciando.de oder www.libri.de

⁶ Vgl. Erwägungsgrund 14 der Richtlinie.



Betroffenen zurück. Die von der Richtlinie eröffneten Spielräume werden trotz der unbestritten massiven Bedrohung, die von Tauschbörsenangeboten ausgeht, nicht genutzt.

Dies zeigt sich zum einen daran, dass der Auskunftsanspruch für den Bereich der Internet-Piraterie unter einen Richtervorbehalt gestellt wurde, § 101 Abs. 9 UrhG-E. Zum anderen muss der Rechtsverletzer nach dem Entwurf der Bundesregierung im geschäftlichen Verkehr gehandelt haben, damit der Auskunftsanspruch überhaupt geltend gemacht werden kann.

a. Streichung des Erfordernisses eines Handelns im geschäftlichen Verkehr seitens des Rechtsverletzers, § 101 Abs. 2 UrhG-E

Dieses Erfordernis des Handelns im geschäftlichen Verkehr seitens des Rechtsverletzers wird im Wortlaut des § 101 Abs. 2 UrhG-E nicht deutlich. Es ergibt sich aber aus der Begründung. Dort heißt es auf Seite 117, auch der Auskunftsanspruch gegen Dritte setze voraus, dass die Rechtsverletzung im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist. Ein solches Handeln im geschäftlichen Verkehr liege dann vor, wenn das „Ausmaß der Rechtsverletzung über das hinausgeht, was einer Nutzung zum privaten Gebrauch entspricht“. Eine gewisse Bagatellgrenze muss also überschritten sein.

Damit weicht der Gesetzgeber beim Auskunftsanspruch gegen Dritte von der Definition des Handelns im geschäftlichen Verkehr ab, die er für den Auskunftsanspruch gegen den Rechtsverletzer selbst nach § 101 Abs. 1 UrhG-E vorgenommen hat. Dort wird ein Handeln im geschäftlichen Verkehr nur dann angenommen, wenn eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt, „mit der in Wahrnehmung oder Förderung eigener oder fremder Geschäftsinteressen teilgenommen wird“⁷. Da es gerade typisches Kennzeichen von Tauschbörsen ist, dass die Anbieter von Dateien diese Titel völlig kostenlos und ohne jegliches wirtschaftliches Eigeninteresse anbieten, würde diese Definition versagen.

Der Einführung einer Bagatellgrenze, wie sie stattdessen bezüglich des Auskunftsanspruchs gegen Dritte vorgesehen ist, stehen die Verlage schon deshalb kritisch gegenüber, weil der **wirtschaftliche Schaden gerade durch die Vielzahl der Einzelangebote** entsteht.⁸ Auch das Anbieten eines einzigen Titels ist illegal. Auch der, der nur einen einzigen Titel in einer Tauschbörse illegal anbietet, handelt strafbar. Es ist ein Wertungswiderspruch, wenn ein Verlag gegen einen solchen Anbieter zwar ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einleiten, nicht aber zivilrechtlich mit dem Ziel der Unterlassung vorgehen kann.

Zudem sehen sich die Verlage bei der Rechtsverfolgung durch die Bagatellgrenze mit einem weiteren, in der Praxis ganz entscheidenden Problem konfrontiert. **Das Ausmaß, in dem ein Rechtsverletzer Dateien in Tauschbörsen anbietet, ist technisch nicht nachweisbar.** Das ergibt sich aus folgenden Umständen: Die Beobachtung eines Anbieters von Dateien über eine längere Zeit hinweg ist in aller Regel nicht möglich. Denn Internetnutzer erhalten heute dynamische IP-Adressen. Das bedeutet, dass die IP-Adresse, unter der jemand illegal Dateien anbietet, bei jeder Nutzung des Internets eine neue ist. Solange man nicht weiß, wer hinter der IP-Adresse steht, kann man nicht sagen, wie oft und in welchem Ausmaß die Person Dateien angeboten hat. Bei der Ermittlung von Rechtsverletzungen muss man daher in aller Regel punktuell ermitteln. Das Justizministerium geht für diesen Fall, wie in der Presseerklärung des BMJ vom 24. Januar 2007

⁷ Vgl. den Verweis auf S. 117 auf die Regelungen im Markenrecht und insofern auf die Definition des Handelns im geschäftlichen Verkehr auf S. 104.

⁸ Schätzungen der Musikindustrie gehen dahin, dass in Deutschland ca. 7 Millionen Menschen rechtswidrige Angebote in Tauschbörsen machen, vgl. *Zombik*, Der Kampf gegen Musikdiebstahl im Internet, ZUM 2006, 450, 452.



deutlich wird,⁹ davon aus, dass der Anbieter eines Titels für den anfragenden Nutzer den Blick auf die eigene Festplatte ermögliche. Auf diese Weise sei feststellbar, ob jemand nur einen oder aber mehrere Titel zum Download anbiete. Damit verkennt das BMJ jedoch die Möglichkeiten moderner Tauschbörsen. Heute ist der Blick auf die Festplatte des Anbieters – anders als das Bundesjustizministerium meint – fast nie mehr möglich. Teilweise kann die Funktion, die ein solches Einsehen ermöglicht, vom Nutzer ganz einfach mit einem Klick deaktiviert werden. Bei vielen Programmen wie z.B. auch bei *emule*, der für die Tauschbörse *eDonkey* zumeist genutzten Software, ist sogar eine entsprechende Voreinstellung vorgenommen. Für den Rechteinhaber ist nicht erkennbar und damit auch nicht nachweisbar, ob ein Anbieter mehr als nur den einen, gerade zum Download angefragten Titel anbietet. Das hat ein Gutachten des Fraunhofer Instituts IPSI, das von Börsenverein und der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. in Auftrag gegeben wurde, bestätigt.¹⁰

Die Anknüpfung des Auskunftsanspruchs gegen Dritte an ein Handeln im geschäftlichen Verkehr seitens des Rechtsverletzers ist daher nicht nur sachfremd, weil sie das Phänomen der Bedrohung gerade durch massenhafte rechtswidrige Einzelangebote unberücksichtigt lässt. Sie ist auch praxisfern, weil sich bei modernen Tauschbörsen über das Ausmaß des Angebotes eines Rechtsverletzers gerade keine Aussagen treffen lassen.

Der Börsenverein fordert daher die Streichung des Erfordernisses des Handelns im geschäftlichen Verkehr seitens des Rechtsverletzers.

b. Streichung des Richtervorbehalts in § 101 Abs. 9 UrhG-E

§ 101 Abs. 9 UrhG-E ordnet einen Richtervorbehalt für die Fälle an, in denen dem Dritten die Erteilung der Auskunft nur unter der Verwendung von sog. Verkehrsdaten möglich ist. Verkehrsdaten sind Daten über die näheren Umstände der Telekommunikation,¹¹ z.B. auch die dynamische IP-Adresse, die einer Person von einem Internet-Access-Provider zugeteilt wird, wenn sie sich ins Internet begibt. In der Konsequenz greift der Richtervorbehalt in den für die Verlage relevanten Fällen der Internet-Piraterie ausnahmslos ein.

Der Richtervorbehalt hat zur Folge, dass ein Verlag, dessen Titel in Tauschbörsen angeboten wird, nicht direkt beim Internet-Access-Provider die Herausgabe der Daten der sich hinter der IP-Adresse verbergenden Person fordern kann. Vielmehr muss sich der Verlag vorab an das Landgericht wenden, in dessen Bezirk der jeweilige Internet-Access-Provider seinen Sitz hat. Dort muss er einen Antrag auf Erteilung der Auskunft durch den Internet-Access-Provider stellen. Verbunden damit sind für ihn Kosten in Höhe von € 200,00.¹² Diese Kosten soll der Verlag anschließend vom Rechtsverletzer im Wege des Schadenersatzanspruchs geltend machen können.¹³

Einen allgemeinen Richtervorbehalt für alle Fälle der Drittauskunft – auch solche, die keinen Bezug zur Internet-Piraterie haben, sondern beispielsweise die herkömmliche physische Piraterie betreffen – hat der

⁹ Siehe die Pressemitteilung des BMJ vom 24. Januar 2007, die über www.bmj.bund.de abrufbar ist.

¹⁰ Gutachten des Fraunhofer-Instituts IPSI vom 11.08.2006, abrufbar unter http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=119424&dl_id=118590

¹¹ Vgl. die Begründung zum RegE, S. 93.

¹² § 128c Abs. 1 Nr. 4 KostG-E.

¹³ Vgl. S. 94 der Begründung zum RegE: „Die Kosten für die richterliche Anordnung soll zunächst der Verletzte tragen, die er später *als Schaden* gegenüber dem Verletzer geltend machen kann.“



Gesetzgeber ausdrücklich verworfen. Man fürchtete eine zu hohe Belastung der Gerichte.¹⁴ Angesichts der massenhaften Rechtsverletzungen in Internet-Tauschbörsen ist jedoch trotz dieser Einschränkung absehbar, dass auf die Gerichte eine enorme zusätzliche Arbeitsbelastung zukommt, die aber offensichtlich vom Gesetzgeber hingenommen wird. Schwerer als die Interessen der Gerichte (und damit schwerer als die Belastung des Staatshaushalts) scheinen die Interessen der Internet-Provider und Telekommunikationsunternehmen zu wiegen. Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs sollen diese durch den Richtervorbehalt von Prüfungspflichten entlastet werden.¹⁵

Dies ist deshalb scharf zu kritisieren, weil die Richtlinie nicht den Schutz und die Entlastung von Telekommunikationsunternehmen oder Internet-Access-Providern zum Ziel hatte. Ziel war vielmehr die Schaffung von Instrumentarien, die eine schnelle und effektive Rechtsverfolgung ermöglichen. In Art. 3 der Richtlinie heißt es:

„Die Maßnahmen, Rechtsbehelfe und Verfahren müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen.“

Der Richtervorbehalt führt jedoch zu einer **Komplizierung** und zu einer **Verzögerung** des Auskunftsverfahrens. Er ist für die Verlage angesichts der massenhaften Rechtsverletzungen auch **äußerst kostenintensiv**. Der Verweis auf die Möglichkeit, die entstandenen Kosten im Wege des Schadenersatzes im Anschluss vom Verletzer ersetzt zu verlangen, geht an der Realität vorbei. Denn zum einen werden die Verlage in vielen Fällen die Kosten beim Rechtsverletzer nicht mehr eintreiben können. Zum anderen geht der verschuldensabhängige Schadenersatzanspruch dann ins Leere, wenn ein Verschulden nicht nachgewiesen werden kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn mehrere Personen sich einen Internetanschluss teilen, z.B. in einer Familie oder einer Wohngemeinschaft. In diesen Fällen kann technisch zwar der Anschlussinhaber ermittelt werden, nicht aber der tatsächliche Rechtsverletzer. Der Verschuldensnachweis kann somit nicht gelingen. In den allermeisten Fällen wird der Verlag die Kosten der richterlichen Anordnung im Ergebnis daher selber tragen müssen. In diesem Zusammenhang zu erwähnen ist auch, dass der Verlag neben den € 200,00 Gerichtskosten auch dem Provider dessen Aufwendungen für die Auskunft ersetzen muss, § 101 Abs. 2 S. 3 UrhG-E. Aus Österreich, wo es bereits einen Auskunftsanspruch gegen Internet-Access-Provider gibt, weiß man, dass hier noch einmal etwa € 100,00 auf den Verlag zukommen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Zugang zum Internet lediglich durch einen Provider vermittelt wird. Kommt es hingegen zu sog. Providerketten, wird der Zugang zum Internet also nicht nur durch einen, sondern, wie dies übliche Praxis ist, durch mehrere, hintereinander geschaltete Provider vermittelt, so können sich diese Kosten sogar potenzieren. Auch hinsichtlich des Auslagenersatzes für den Provider soll der verletzte Rechtsinhaber zwar einen Schadenersatzanspruch gegen den Verletzer haben.¹⁶ Jedoch stellen sich insofern dieselben Probleme wie beim Ersatz der Gerichtskosten: Ein Verschulden ist in der Regel nicht nachweisbar, der Schadenersatzanspruch greift nicht durch. Im Ergebnis muss der Verlag damit rechnen, für jedes Auskunftsbegehren einige hundert Euro in die Hand nehmen zu müssen und diese Kosten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen vom Rechtsverletzer nicht erstattet zu bekommen.

Das Ziel der Richtlinie, die effektive und schnelle Bekämpfung von Rechtsverletzungen, wird somit gefährdet. Sachliche Gründe für die Einführung des Richtervorbehalts fehlen indes:

¹⁴ Vgl. S. 90 der Begründung zum RegE.

¹⁵ Vgl. S. 93 der Begründung zum RegE.

¹⁶ Vgl. S. 92 der Begründung zum RegE.



Der **Richtervorbehalt** ist insbesondere **nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich**. Zum einen könnte man schon dahin argumentieren, dass die *Verwendung* (vgl. § 101 Abs. 9 S. UrhG-E) eines Verkehrsdatums wie der IP-Adresse unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht entscheidend sei. Vielmehr müsse es darauf ankommen, ob seitens des Providers die *Herausgabe* von den einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterliegenden Verkehrsdaten erfolgt. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Die IP-Adresse wird vom Verlag ermittelt, was deshalb einfach ist, weil sich der Rechtsverletzer in der Tauschbörse mit der ihm zugeteilten IP-Adresse zeigt. Vom Provider herausgegeben würden nach einem Auskunftsbegehren lediglich bloße Bestandsdaten¹⁷ wie Name und Adresse. Selbst wenn man aber mit dem Regierungsentwurf die Verwendung eines Verkehrsdatums ausreichen lässt, ergibt sich kein verfassungsrechtliches Erfordernis eines Richtervorbehalts. Unabhängig davon, ob im Rahmen des Auskunftsbegehrens in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses oder aber in den des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen würde: Das Grundgesetz kennt keinen pauschalen Zwang des Richtervorbehalts. Die Notwendigkeit eines Richtervorbehalts richtet sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr einerseits danach, welche Rechtsgüter betroffen sind und welche Intensität der Eingriff aufweist, andererseits nach der grundrechtsschützenden Wirkung, die eine prozedurale Absicherung gewährleisten kann. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bedarf es daher einer genauen Analyse, ob tatsächlich ein Richtervorbehalt erforderlich ist. Ein vom Börsenverein zusammen mit anderen Rechtsinhabern eingeholtes Gutachten des Verfassungsrechtlers Prof. Dr. Jürgen Kühling hat insofern ergeben, dass im vorliegenden Fall eines Auskunftsanspruchs gegen Internet-Access-Provider ein Richtervorbehalt gerade nicht notwendig ist. Wegen der Einzelheiten soll auf das Gutachten von Herrn Prof. Dr. Kühling verwiesen werden, das über www.boersenverein.de abrufbar ist.¹⁸

Interessant ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass in Österreich im Zuge der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie ein entsprechender Auskunftsanspruch ohne Richtervorbehalt normiert worden ist.¹⁹

Der Börsenverein fordert daher die Streichung des Richtervorbehalts nach § 101 Abs. 9 UrhG-E.

Sollte der Gesetzgeber trotz fehlender verfassungsrechtlicher Gebotenheit eines Richtervorbehalts an diesem dennoch festhalten wollen, so möchte der Börsenverein noch einmal auf einen Vorschlag des Forums der Rechteinhaber, dem auch der Börsenverein angehört, hinweisen. Das Forum hat in seiner Stellungnahme vom 11. Oktober 2006²⁰ ein fakultatives Auskunftsverfahren vorgestellt, das der richterlichen Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG-E vorangehen könnte. Nach diesem Modell wird der Rechtsverletzer über ein automatisiertes Verfahren, das in der Stellungnahme näher dargelegt ist, über die Feststellung der Rechtsverletzung informiert. Er soll dann selbst entscheiden, ob seine Daten an den Rechteinhaber herausgegeben werden können oder nicht. Widerspricht er der Herausgabe, so schließt sich das Verfahren der richterlichen Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG-E an.²¹ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses vorgeschalteten automatisierten Verfahrens, das auf einen Vorschlag der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. zu-

¹⁷ Vgl. § 3 Nr. 3 TKG.

¹⁸ Gutachten von Prof. Dr. Jürgen Kühling vom 06.09.2006, S. 35, direkt abrufbar unter http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=119424&dl_id=124563

¹⁹ Vgl. § 87b Abs. 3 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes.

²⁰ Die Stellungnahme des Forums der Rechteinhaber ist abrufbar unter http://www.boersenverein.de/de/69181?rubrik=119424&dl_id=123532

²¹ Vgl. S. 3 der Stellungnahme des Forums vom 11. Oktober 2006, a.a.O. Im Einzelnen ist das Verfahren im Gutachten von Prof. Dr. Kühling, a.a.O., dargestellt, siehe insofern insbesondere die schematische Darstellung auf S. 14.



rückgeht, wurde von Prof. Dr. Jürgen Kühling bestätigt.²² Eine solche Vorgehensweise würde Verlagen und anderen Rechteinhabern eine schnelle und effektive Rechtsverfolgung ermöglichen. Zudem würde es die Gerichte und damit den Staatshaushalt entlasten, weil nicht jedes Auskunftersuchen im Bereich der Internet-Piraterie in das Verfahren der richterlichen Anordnung führen würde.

Der Börsenverein fordert daher für den Fall, dass der Gesetzgeber an einem Richtervorbehalt trotz fehlender verfassungsrechtlicher Gebotenheit festhält, die Aufnahme einer gesetzlichen Regelung, die es ermöglicht, ein vorgeschaltetes automatisiertes Auskunftsverfahren einzuführen.

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

Soweit die Verlage Rechtsverletzungen im Internet verfolgen, gehen sie in der Regel im ersten Schritt mit einer außergerichtlichen Abmahnung gegen die Anbieter von Hörbuch- oder E-Book-Dateien vor. Die Abmahnung ist auf Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gerichtet. Pro Abmahnung entstehen dem Verlag Rechtsanwaltskosten von einigen Hundert Euro. Die genaue Höhe richtet sich dabei nicht nach dem Arbeitsaufwand des Anwalts, sondern nach dem sog. Gegenstandswert.²³ Maßgeblich für die Bemessung des Gegenstandswertes wiederum ist das Interesse des Verletzten an der Unterlassung. Aufgrund des hohen Schadens, der im Bereich des Internets durch Urheberrechtsverletzungen droht, ist das Interesse an einer Unterlassung - und ggf. an einem Schadenersatz - regelmäßig groß. Von den Gerichten im Falle des Anbietens eines Buches bzw. Hörbuches anerkannt sind Gegenstandswerte zwischen € 5.000 und € 10.000. Daraus resultieren für die Abmahnung in diesen Fällen Kosten in Höhe von € 400 bis etwa € 600.

Im Regierungsentwurf findet sich mit dem neu eingefügten § 97a UrhG-E nun eine gesetzliche Regelung zu dem bisher im Urheberrechtsgesetz nicht kodifizierten Institut der Abmahnung.

Absatz 1 ordnet in seinem Satz 1 an, dass einer gerichtlichen Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen eine Abmahnung vorausgehen *soll*. In Satz 2 wird statuiert, dass der Verletzte den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, soweit die Abmahnung berechtigt ist. Damit soll ausweislich der Begründung unter Anlehnung an § 12 Abs. 1 S. 2 UWG missbräuchlichen Abmahnungen entgegengetreten werden.

In Absatz 2 der Vorschrift erfolgt für den Bereich erstmaliger Abmahnungen eine Spezifizierung dahin, dass unter bestimmten Voraussetzungen von diesen erforderlichen Aufwendungen nur ein Betrag von € 50 vom Rechtsverletzer verlangt werden kann. Wörtlich heißt es:

„Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50 Euro.“

Beschränkt werden also durch Absatz 1 iVm Absatz 2 nicht der Gegenstandswert oder die Rechtsanwaltsgebühren an sich, beschränkt wird vielmehr die Möglichkeit des *Ersatzes* dieser Kosten durch den Rechtsverletzer – und zwar auf € 50. Das Ergebnis einer solchen Regelung liegt auf der Hand: **Für die Differenz**

²² Vgl. S. 36 ff. des Gutachtens von Prof. Dr. Kühling.

²³ Vgl. § 2 Abs. 1 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).



auf die tatsächlich anfallenden Kosten der Abmahnung hat statt dem Rechtsverletzer der Verletzte selbst, also der Verlag, aufzukommen. Wenn man von einem Gegenstandswert von lediglich € 5.000 und damit Abmahngebühren von etwa € 400 ausgeht, sind das also rund € 350.

Die Beschränkung dieser Deckelung auf Fälle, in denen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs gehandelt wird, ist dabei letztendlich in den für die Verlage relevanten Tauschbörsen-Fällen völlig wirkungslos. Denn in diesem Bereich wird immer ein Handeln außerhalb des geschäftlichen Verkehrs vorliegen. Ausweislich der Begründung ist ein Handeln im geschäftlichen Verkehr im Rahmen von § 97a UrhG-E (insofern abweichend von der Definition im Rahmen des § 101 UrhG-E) jede wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Markt, die der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt ist.²⁴ Die Nutzer von Tauschbörsen verfolgen aber – wie oben bereits dargestellt – gerade keine eigenen wirtschaftlichen Interessen.

Auch die Einschränkung dahin, dass die Deckelung nur bei erstmaligen Abmahnungen eingreifen soll, wird den Anwendungsbereich des § 97a Abs. 2 UrhG-E in der Praxis nicht begrenzen. Ausweislich der Begründung²⁵ ist die Frage der Erstmaligkeit der Abmahnung aus Sicht des konkret betroffenen Verletzten zu beurteilen. Es kommt also darauf an, ob der Anbieter schon einmal vom konkreten Verlag abgemahnt wurde. Solche Wiederholungsfälle wird es aber nur in den seltensten Fällen geben. Erfahrungswerte aus der Musik- und Verlagsindustrie zeigen, dass es „Wiederholungstäter“ fast nicht gibt. Vielmehr bewirkt die auf eine Abmahnung folgende Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, dass ein weiteres Angebot unterbleibt. Die Deckelung der Erstattungsfähigkeit der anwaltlichen Abmahnkosten würde also unter diesem Aspekt in fast allen Fällen eingreifen.

Damit wird die **prohibitive Wirkung**, die sich wie oben dargelegt durch den Richtervorbehalt in seiner gegenwärtigen Form ergibt, **noch verstärkt** werden. Die Deckelung wird dazu führen, dass – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 97a Abs. 2 UrhG-E – pro Rechtsverletzung neben dem oben beschriebenen Kostenrisiko von bereits einigen Hundert Euro auf die Verlage mehrere Hundert Euro Abmahngebühren zukommen, die sie definitiv selbst zu tragen haben. Gerade die Verlage, meist kleine oder mittlere Unternehmen, wären finanziell nicht in der Lage, diese Kosten zu stemmen. Der Hinweis in der Begründung, zusätzliche Kosten für die Wirtschaft seien nicht zu erwarten,²⁶ mutet somit fast zynisch an. Zutreffend ist die Aussage nämlich nur dann, wenn die Verlage kein Geld in die Hand nehmen, um Internet-Piraterie-Fälle zu verfolgen. So sehr der gesetzgeberische Wunsch zu verstehen ist, Missbrauchsfällen wirksam zu begegnen, die Konsequenz darf nicht sein, dass manche Unternehmen der Kulturwirtschaft von einer effektiven Rechtsverfolgung im Ergebnis abgeschnitten werden.

In diesem Zusammenhang muss auch kritisiert werden, dass der Regierungsentwurf bei § 97a Abs. 2 UrhG-E mit einer Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen operiert. Auch die Begründung zum Regierungsentwurf spezifiziert kaum näher, wann eine „nur unerhebliche Rechtsverletzung“ vorliegt und wann ein „einfach gelagerter Fall“. Der Hinweis, eine unerhebliche Rechtsverletzung erfordere ein geringes Ausmaß der Verletzung in qualitativer wie quantitativer Hinsicht, wobei es auf die Umstände des Einzelfalles ankäme,²⁷ hilft dabei nicht weiter. Ähnlich verhält es sich mit der Erläuterung, einfach gelagert sei ein Fall dann, wenn er nach Art und Umfang ohne größeren Arbeitsaufwand zu bearbeiten ist, also zur Routine gehört.²⁸ (Ganz

²⁴ Vgl. S. 116 der Begründung zum RegE.

²⁵ Vgl. S. 116 der Begründung zum RegE.

²⁶ Vgl. S. 84 der Begründung zum RegE.

²⁷ Vgl. S. 116 der Begründung zum RegE.

²⁸ Vgl. S. 116 der Begründung zum RegE.



abgesehen davon wird hier „durch die Hintertür“ das Kriterium des Arbeitsaufwandes wieder eingeführt, das das deutsche Rechtsanwaltsgebührenrecht gerade nicht kennt.) Auf alle Beteiligten kommt dadurch eine nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit zu, die über Jahre andauern wird, bis letztlich der BGH über die Auslegung der Begriffe entschieden haben wird.

Schließlich ist die Deckelung der Erstattungsfähigkeit der Abmahngebühren noch aus einem weiteren, rechtssystematischen Grund zu kritisieren. Ausweislich der Begründung hat man sich bei der Schaffung des § 97a Abs. 2 UrhG-E an der Vorschrift des § 12 UWG orientiert. Diese Anlehnung an das Wettbewerbsrecht ist jedoch in keiner Weise sachgerecht. Der Vergleich mit der Regelung des § 12 UWG hinkt schon insofern, als im UWG gerade keine Deckelung bei einem bestimmten Betrag vorgesehen ist. Vor allem aber lässt eine Orientierung am Wettbewerbsrecht die unterschiedlichen Schutzrichtungen dieser beiden Rechtsgebiete völlig außer acht. Ist im Bereich des Wettbewerbsrechts der Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern bezweckt, also der Schutz eines sehr weiten Kreises von Personen,²⁹ so wird mit dem Urheberrecht ein Eigentumsrecht gewährt, das dem Rechtsinhaber die Befugnis verleiht, andere von der Nutzung des Rechts auszuschließen. Zweck ist hier der Schutz desjenigen, der die Rechtsposition innehat. Anders als im Wettbewerbsrecht kann nicht ein großer Kreis von Personen mit einer Abmahnung gegen Rechtsverletzer vorgehen, sondern nur derjenige, der das Ausschließlichkeitsrecht innehat. Seine Position ist stärker und die Legitimität seines Interesses an einer Unterbindung des rechtswidrigen Angebots größer als im Wettbewerbsrecht die Position der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer. Mit gutem Grund wird deshalb in Literatur und Rechtsprechung eine analoge Heranziehung des § 12 Abs. 1 UWG für den Bereich urheberrechtlicher Abmahnungen auch überwiegend abgelehnt.³⁰

Der Börsenverein fordert daher die Streichung des § 97a Abs. 2 UrhG-E.

3. Einführung eines Verletzerzuschlags im Rahmen des Schadenersatzanspruchs des § 97 Abs. 2 UrhG-E

Der Regierungsentwurf eröffnet - anders als noch der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums - ausweislich seiner Begründung die Möglichkeit, im Einzelfall den Schadenersatz höher als eine einfache Lizenzgebühr zu bemessen. Hatte man sich im Referentenentwurf noch klar gegen eine erhöhte Lizenzgebühr als Schadenersatz ausgesprochen, nutzt der Regierungsentwurf nun den Spielraum, den die Richtlinie insofern vorgegeben hat. Dort heißt es in Art. 13 Abs. 1 lit b, dass „... Schadenersatz 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,“ zu leisten ist.

Dies wird vom Börsenverein sehr begrüßt. Denn Verlage sehen sich bei der Recherche von Rechtsverletzungen aufgrund des nicht unerheblichen technischen Aufwandes, der dafür erforderlich ist, mit hohen Ermittlungskosten konfrontiert. Diese lassen sich jedoch in aller Regel nicht einem einzelnen Fall zuordnen. Die **Bezifferung eines konkreten Schadens** ist insofern **nicht möglich**. Der Börsenverein hatte daher mit den anderen Vertretern des Forums der Rechteinhaber angeregt, einen pauschalen Verletzerzuschlag einzuführen, wenn nachgewiesen wird, dass seitens des Rechteinhabers tatsächlich generell-abstrakt Ermittlungen für die Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen unternommen werden. Ein solcher Zuschlag

²⁹ Vgl. § 1 UWG.

³⁰ Siehe z.B. Hefermehl/ Köhler/ Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Auflage 2007, § 12, Rdnr. 1.79, 1.86.



sollte in Anlehnung an den sog. GEMA-Zuschlag bei mindestens 100 Prozent liegen. Damit bewegte man sich auch in dem Rahmen, den die Europäische Kommission in ihrem Entwurf der Richtlinie vorgesehen hatte.³¹

Der Börsenverein fordert daher, im Anschluss an § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG-E folgenden Satz 4 einzufügen:

„In diesem Fall kann der Verletzte Schadenersatz mindestens in Höhe des Zweifachen einer angemessenen Lizenzgebühr verlangen.“

Schlussbemerkung

Abschließend möchten wir mit einem kurzen Rechenbeispiel die Auswirkungen des Regierungsentwurfs verdeutlichen: Die bekannten, von Rufus Beck gelesenen „Harry Potter“-Hörbücher aus dem Hörverlag kosten im Handel ca. € 70,00. Der Verlagslös beträgt etwa € 30,00. Verkauft der Hörverlag 500 Exemplare des Titels, so ergibt sich für ihn ein **Erlös von € 15.000**.³²

Möchte der Verlag auf der anderen Seite 500 Rechtsverletzungen – angesichts der massenhaften Angebote im Netz keine große Zahl – mit einer auf Unterlassung gerichteten Abmahnung verfolgen, kommen auf den Verlag allein durch die Kosten für den Richtervorbehalt (€ 200,00 Gerichtskosten) und den Auslagenersatz für den Provider (€ 100,00) bereits 500 mal € 300,00, also **€ 150.000,00** zu. Ob er diese Kosten vom Verletzer erstattet erhält, ist aus oben genannten Gründen unklar. Hinzu kommt, weil es sich in aller Regel um erstmalige Abmahnungen handeln wird (s.o.), pro Abmahnung möglicherweise noch einmal ein Betrag von mindestens € 350,00, also insgesamt bis zu **€ 175.000,00**. **Insgesamt können sich damit bei 500 Rechtsverletzungen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von insgesamt € 325.000,00 ergeben.**

Dieses kurze Beispiel verdeutlicht, welche fatalen Auswirkungen die Kumulation der Regelungen der §§ 97a und 101 (und ggf. auch 97 URhG-E) auf die Möglichkeit der Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internets haben wird. Es kommt jedenfalls im Bereich des Internets nicht – wie der Name des Gesetzentwurfs verspricht – zu einer Verbesserung der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums. Vielmehr wird die Durchsetzung erschwert, wenn nicht gar ganz unmöglich gemacht.

Frankfurt am Main, 9. Februar 2007

Dr. Anne-Katrin Leenen
Rechtsabteilung

³¹ Siehe KOM (2003) 46, abrufbar unter: http://www.ispa.at/downloads/f7877e9b3684_com2003_0046de01.pdf. Die Vorschrift wurde zwar gestrichen, dies aber nur deshalb, weil die Obergrenze offengelassen werden sollte, vgl. *Haft, Donle, Ehler, Nack*, GRUR Int. 2005, 403, 406.

³² Der größte Teil der Verlage (43,2%) bringt seine Hörbücher mit einer Startauflage von unter 2.000 Stück auf den Markt. Nur noch etwa 32% der Verlage gehen mit 2.000 bis 3.000 Stück an den Start, etwa ein Fünftel der Verlage mit 3.000 bis 5.000 Stück. Nur ganze 4,5% der Verlage haben bei ihren Titel im Durchschnitt eine Startauflage von 5.000 bis 10.000 Stück. Dies ergibt sich aus der Hörbuch-Umfrage 2006 des Börsenvereins, die über va@boersenverein.de bezogen werden kann.