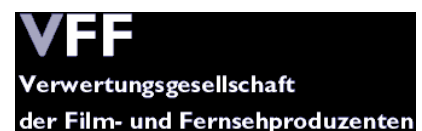


Forum der Rechteinhaber

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Telemediendienstegesetzes (TMGÄndG) der FDP-Fraktion - Drucksache 16/11173



Vorbemerkung

Der Ausschuss für Wirtschaft und Technologie hat sich im Rahmen einer Expertenanhörung am 4. März 2009 mit dem Gesetzentwurf der FDP-Fraktion zur Änderung des Telemediengesetzes (TMGÄndG) befasst. Leider war kein Vertreter der Kreativwirtschaft als Sachverständiger eingeladen, obwohl die Unternehmen der Musik-, Buch- und Filmbranche massiv von Rechtsverletzungen im Internet betroffen sind und seit geraumer Zeit intensiv an Kooperationslösungen mit Diensteanbietern arbeiten. Diese Bemühungen, die auch vom Bundeswirtschaftsministerium durch den „Wirtschaftsdialog für mehr Kooperation bei der Bekämpfung der Internetpiraterie“ unterstützt werden, drohen ins Leere zu laufen, wenn die Diensteanbieter im Vorfeld über eine Änderung des TMG von haftungsrechtlichen Regelungen ausgenommen werden.

Da auch das Bundeswirtschaftsministerium an einem Änderungsentwurf für das TMG arbeitet, gehen wir davon aus, dass die parlamentarische Meinungsbildung mit der genannten Anhörung nicht abgeschlossen ist. Bereits 2007 hat das BMWi alle betroffenen Wirtschaftszweige über einen Fragebogen um Stellungnahme gebeten. Die seinerzeit abgegebene Stellungnahme des Forums der Rechteinhaber liegt als **Anlage** bei.

Nicht zuletzt in Anbetracht des bisherigen Zeitablaufs ist fraglich, ob dieser Gesetzesentwurf zum geeigneten Zeitpunkt auf den Weg gebracht wurde. Die Regeln der Internetanbieterhaftung wurden vom europäischen Gesetzgeber in Artikeln 12 bis 15 der Richtlinie 2000/31/EG (sog. E-Commerce-Richtlinie) vorgegeben, die dem nationalen Gesetzgeber lediglich einen geringen Handlungsspielraum belassen. Der europäische Gesetzgeber hat bezüglich der Haftungsregeln für Diensteanbieter eine vollständige Harmonisierung angestrebt. Diese europäischen Vorgaben waren vor einiger Zeit selbst Gegenstand einer Konsultation der interessierten Kreise. Im Übrigen hat der europäische Gesetzgeber sich gerade im Hinblick auf Hyperlinks und Suchmaschinen Änderungen vorbehalten, sollte es Anpassungsbedarf geben (Artikel 21 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie). Auch deswegen erscheint es vor dem Hintergrund der per se internationalen Regelungsmaterie „Internet“ vorzugswürdig, zunächst den Abschluss der entsprechenden Arbeiten auf europäischer Ebene abzuwarten.

Dass es sich bei dem Diebstahl von geistigem Eigentum um ein Massenphänomen handelt, dürfte mittlerweile allgemein bekannt sein. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, setzen sich die Rechteinhaber seit einiger Zeit für sog. Kooperationsmodelle mit Access-Providern ein. Im Rahmen solcher Modelle würden die User zunächst lediglich verwarnet, müssten aber im Wiederholungsfalle mit weiteren Sanktionen rechnen. Ein gerichtliches Vorgehen, das für den User, die Gerichte und auch für den Rechteinhaber kosten- und zeitaufwändig ist, wäre hier lediglich die ultima ratio.

Die durch die Unterzeichner vertretenen Rechteinhaber sind in dem hier zur Diskussion stehenden Kontext insofern betroffen, als sie (oder beauftragte Dienstleister) im Internet Musikalben, Hörbücher, E-books oder Filme (im Folgenden „Inhalte“) massenhaft als illegale Angebote vorfinden. Zumeist gibt es die Inhalte parallel als legales kostenpflichtiges Angebot bei Anbietern wie z.B. iTunes, musicload, libreka!, videoload oder maxdome. In besonders schwerwiegenden Fällen wurden die Inhalte sogar noch vor der Veröffentlichung ins Netz gestellt und verbreitet.

Das vornehmliche Interesse der Rechteinhaber ist unmittelbar nach der Ermittlung ein äußerst schnelles Vorgehen, um die weitere - oft sekundenschnelle - Verbreitung der Dateien zu verhindern. Diese Verbreitung ist es, die die legale Auswertung durch die Rechteinhaber massiv schädigt. Ein sog. leak, d.h. ein im Internet von Dritten noch vor der Veröffentlichung verbreiteter Inhalt, ist für die weitere Auswertung katastrophal. Um die Verbreitung schnell und nachhaltig zu unterbinden, ist es für die Rechteinhaber notwendig, sich

direkt an den Diensteanbieter wenden zu können, da dieser - insbesondere auf technischer Ebene - selbst am Besten dazu berufen ist, die Rechtsverletzung abzustellen und weitere Verletzungen zu verhindern.

Das Forum der Rechteinhaber fordert daher:

1. Von der Einführung der Subsidiarität sowie der zusätzlichen Voraussetzung eines vollstreckbaren Titels als mit dem europäischen und internationalen Recht unvereinbarer Regelung abzusehen.

2. Dem Rechteinhaber nicht die Darlegungs- bzw. Beweislast darüber aufzuerlegen, was technisch möglich und zumutbar ist.

3. Bezüglich der Suchmaschinen und Hyperlinks sollte die am Einzelfall orientierte Beurteilung der konkreten Diensteanbieter auch weiterhin der Rechtsprechung obliegen.

In diesem Zusammenhang sollte auch nicht aus dem Blickfeld geraten, dass die Kreativwirtschaft seit Auftreten der massenhaften Rechtsverletzungen im Internet wirtschaftlich erheblich unter Druck geraten ist, während Diensteanbieter florieren und nicht unwesentlich von der gegenwärtigen Situation profitieren.

Position

Dies vorausgeschickt nimmt das Forum der Rechteinhaber **ergänzend zu der bereits erfolgten Stellungnahme** gegenüber dem BMWi zu den zentralen Änderungsvorschlägen des Gesetzentwurfs der FDP-Fraktion wie folgt Stellung:

1. Subsidiarität (Artikel 1, Ziff. 3 des Entwurfs)

In § 7 Abs. 2 Satz 2 a.E. des TMG soll ein Einschub erfolgen, der wie folgt lautet: „wenn sich Maßnahmen gegenüber dem verantwortlichen Nutzer als nicht durchführbar oder Erfolg versprechend erweisen und die Entfernung oder Sperrung technisch möglich und zumutbar ist.“ Die betroffenen Rechteinhaber sollen sich demnach zunächst an den Rechtsverletzer wenden, bevor sie an den Diensteanbieter herantreten. Zu allererst ist diesbezüglich festzustellen, dass die aktuelle Rechtsprechung des BGH ausdrücklich nicht von einer Subsidiarität der Inanspruchnahme ausgeht (Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06).

Überdies verstößt eine solche Regelung gegen EG-Recht. Artikel 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (Info-Richtlinie) gewährt den Rechteinhabern das Recht, gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen zu können, deren Dienste von Dritten zu Urheberrechtsverletzungen genutzt werden. In Erwägungsgrund 58 wird dabei ausdrücklich ausgeführt, dass der Unterlassungsanspruch unbeschadet anderer zur Verfügung stehender Sanktionen und Rechtsbehelfe zu gewähren ist. Artikel 9 und 11 der Richtlinie 2004/48/EG über die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungs-Richtlinie) nehmen ebenfalls Bezug auf diesen speziellen Unterlassungsanspruch gegen Vermittler. **In beiden Richtlinien ist eine Verpflichtung zur vorrangigen Ausübung eines Rechtsbehelfs gegen den unmittelbaren Rechtsverletzer nicht vorgesehen.** Zudem müssen Rechtsbehelfe nach Artikel 3 Abs. 2 der Durchsetzungs-Richtlinie wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, gerade weil die verstärkte Nutzung des Internets einen sofortigen globalen Zugriff auf Raubkopien ermöglicht (Erwägungsgrund 9 der Durchsetzungs-Richtlinie). Gerade die Wirksamkeit der Unterlassungsansprüche würde deutlich verringert, wenn die Rechteinhaber stets zuerst den Rechtsverletzer in Anspruch nehmen müssen. Darüber hinaus ist eine solche Einschränkung auch mit Artikel 41.1 TRIPS nicht vereinbar.

Sodann drängt sich - im Sinne der in dem Entwurf mehrfach eingeforderten Rechtssicherheit - die Frage nach den konkreten Anforderungen dieser Vorschrift auf. Aus Sicht der Rechteinhaber ist nämlich nicht erkennbar, welche Maßnahmen konkret angestrengt werden müssen bzw. welche der Maßnahmen sich als „nicht durchführbar“ oder „Erfolg versprechend“ erweisen müssen. Die Erfahrungen bei der Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internet zeigen, dass es in sehr vielen Fällen nicht möglich sein wird, unmittelbar gegen Rechtsverletzer vorzugehen. Selbst wenn man zunächst, z.B. im Rahmen des neuen zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs gem. § 101 UrhG, Informationen über die Identität des Verletzers bekommt, was bei vielen Diensten (z.B. den Usenet-Providern) schon gar nicht möglich ist, müsste dann z.B. gegen Rechtsverletzer mit Wohnsitz im Ausland vorgegangen werden. Bis in diesen Fällen ein solches - erfolgloses - Vorgehen gegen Rechtsverletzer gegenüber dem Diensteanbieter nachgewiesen worden ist und dieser daraufhin selbst in Anspruch genommen werden kann, hat sich die Anzahl der illegalen Kopien bereits potenziert.

Als konkretes Beispiel sei hier nochmals die illegale Verbreitung eines Musikalbums noch vor dem offiziellen Veröffentlichungstermin genannt. Der Tage der Veröffentlichung und die Tage danach sind entscheidend für den kommerziellen Erfolg eines Albums. Bereits ein möglicherweise notwendiges einstweiliges Verfügungsverfahren von 3-4 Tagen gegen den Diensteanbieter, um eine Löschung zu erwirken, hat wirtschaftlich katastrophale Auswirkungen. Ein Verfahren gegen den unmittelbaren Rechtsverletzer, so hat die Verfahrenspraxis gezeigt, kann sogar Monate in Anspruch nehmen, wenn er denn (s.o.) faktisch ermittelbar ist. Die sofortige Löschung durch den Diensteanbieter ist in einem solchen Fall die einzige effektive Lösung, um größeren Schaden abzuwenden. Eine Verzögerung von nur Stunden ermöglicht weitere tausendfache Rechtsverletzungen am Eigentum der Rechteinhaber.

Als Argument für die Einführung des Verursacherprinzips werden in der Begründung zum Gesetzesentwurf die den Diensteanbietern von seinen Vertragspartner drohenden Schadensersatzforderungen nach einer unberechtigten Löschung/Sperrung benannt. Nicht erwähnt wird jedoch, dass sich selbstverständlich auch Rechteinhaber schadensersatzpflichtig machen können, wenn sie einen zulässigen Inhalt sperren/löschen lassen. Rechteinhaber werden sich also hüten, unkritische Löschungsaufforderungen an die Diensteanbieter zu richten, da sie sich ansonsten der Gefahr von Regressansprüchen aussetzen würden. Zudem sind aus der Praxis keine Fälle von entsprechenden geltend gemachten Schadensersatzforderungen nach Löschung eines Inhalts auf Veranlassung der hier vertretenen Rechteinhaber bekannt geworden.

Die Schaffung einer lediglich nachgelagerten Inanspruchnahme der Vermittler ist für Rechteinhaber insofern nicht hinnehmbar. Dies vor allem deshalb, weil auf diese Weise ein schnelles und effizientes Vorgehen gegen Rechtsverletzungen deutlich verzögert und erschwert werden würde. Schließlich sind die Vermittler in den meisten Fällen selbst am Besten in der Lage, Rechtsverstöße zu unterbinden, worauf sich Erwägungsgrund 59 der Info-Richtlinie im Übrigen unmittelbar bezieht.

2. Vollstreckbarer Titel (Artikel 1, Ziff. 3 des Entwurfes)

In § 7 TMG soll ein dritter Absatz eingefügt werden, der eine Verpflichtung zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung vorhandener Informationen „nur nach Vorlage eines dahingehenden, vollstreckbaren Titels verpflichtet, der gegen den Anbieter der Informationen nach Absatz 1 gerichtet ist“ vorsieht.

Auch diese Änderung, die die ohnehin schon unzulässige Subsidiarität noch zu Ungunsten der Rechteinhaber erweitert, geht an der Realität der Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internet vorbei. Zunächst scheint die Konstellation, dass der Rechteinhaber keinen Titel gegen den Verletzer erwirken kann (was häufig der Fall sein wird) nicht geklärt. In dieser Konstellation würde er nach dem Wortlaut des Entwurfes dann auch den Diensteanbieter

nicht auf Entfernung oder Sperrung in Anspruch nehmen können. Der Rechtsschutz würde insofern leerlaufen.

Das Erwirken eines Titels gegen den Verletzer führt überdies zu einer sehr hohen Kostenbelastung. Zunächst fallen die Kosten bei dem Verletzten an, der ohnehin schon die Ermittlungskosten zu tragen hat. In den Fällen, in denen der Diensteanbieter die Kosten zu tragen hat - wann dies der Fall sein soll, ist gesetzlich nicht geregelt -, wird dieser die Kostenlast übernehmen müssen. Auch werden auf diese Weise die Gerichte sehr stark belastet.

Außerdem – und dies ist von ganz erheblicher Relevanz – ignoriert der Gesetzesvorschlag die seit Jahren etablierte Praxis von Notice- und Take-Down-Verfahren zwischen Rechteinhabern und vielen großen Host-Providern. So wurden allein von den hier vertretenen Rechteinhabern im letzten Jahr über 2 Millionen (!) illegale Inhalte bzw. der Zugang zu ihnen ohne Komplikationen gelöscht. Die Diensteanbieter sehen sich bei den hier betroffenen Rechten mit keinen Schwierigkeiten hinsichtlich der rechtlichen Prüfung konfrontiert, da diese in der Regel mit einem schlichten „Ja“ oder „Nein“ – mit Zustimmung der Rechteinhaber oder ohne diese – zu beantworten ist.

Auch sind bei der Durchsetzung der hier relevanten Eigentumsrechte der Kreativwirtschaft Gesichtspunkte wie die Meinungsfreiheit des Vertragspartners nicht betroffen. Wir verkennen dabei nicht, dass dies insbesondere bei Betreibern von z.B. Meinungsforen anders sein kann. Gegebenfalls müssen für diese Ausnahmen gesonderte Regelungen getroffen werden.

3. Darlegungs- und Beweislast (Artikel 1, Ziff. 3 des Entwurfes)

In § 7 TMG soll ferner ein vierter Absatz eingefügt werden, nach dem die Darlegungs- und Beweislast über die technische Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Maßnahme, die einem Diensteanbieter im Zusammenhang mit nach pflichtgemäßem Ermessen zu erbringenden Sorgfaltspflichten auferlegt wird, dem Antragsteller obliegt. Hierdurch kommt der Rechteinhaber in die Situation, dass er - ohne überhaupt Einblick in die technischen Systeme der Diensteanbieter zu haben - darlegen bzw. beweisen muss, was technisch möglich und zumutbar ist. Aus einer Vielzahl von Prozessen wissen die Rechteinhaber, dass dies in den meisten Fällen und insbesondere in den Fällen mit besonderem Schädigungspotential unmöglich ist. In aktuellen Prozessen zeigt sich außerdem, dass die Gerichte selbst nach einer detaillierten Darlegung der (vermuteten oder ermittelten) technischen Hintergründe bei den Diensteanbietern noch nicht einmal die sekundäre Beweislast ansiedeln. Dies obwohl es sich zumeist um Dienste handelt, die - z.B. über Werbeeinnahmen - deutlich davon profitieren, dass sie Rechtsverletzungen durch die User ermöglichen.

Als Anekdote sei erwähnt, dass sich den Rechteinhabern bereits „unabhängige Berater“ anbieten wollten, die - meistbietend und anonym - Hintergründe zu diversen Diensten feilbieten - wohlwissend, dass den Rechteinhabern der Einblick in die Systeme und mithin die technischen Hintergründe, die für eine realistische Einschätzung der technischen Möglichkeit erforderlich ist, fehlt.

Aus diesem Grunde fordert das Forum der Rechteinhaber, von einer entsprechenden Regelung abzusehen.

4. Erfassung von Suchmaschinen

Nach dem Entwurf sollen Suchmaschinen haftungsrechtlich wie Access-Provider behandelt werden. Eine solche Einordnung wird der Komplexität der Dienste, die sich mittlerweile im Internet herausgebildet haben und die wohl unter den Begriff der Suchmaschine zu subsumieren sind, nicht gerecht. Dienste, die als Suchmaschinen darauf ausgerichtet sind, dem User bei der Suche nach bestimmten illegalen Inhalten behilflich zu sein, existieren mittlerweile zuhauf.

Beispielhaft sei auf Dienste wie **www.seeqpod**, **www.mp3gle.com**, **www.collectr.net**, **http://rapidshare-search-engine.com**, **http://rapidstack.com** oder **www.spool.fm** verwiesen, die gezielt entsprechende Webseiten, auf denen die Inhalte in der Regel illegal gespeichert wurden, nach den vom Nutzer gewünschten Inhalten z.B. Hörbücher, Musiktitel, Filme durchsuchen. Der Nutzer ist deshalb oft nicht in der Lage, die Quelle zu erkennen und kann daher nicht überprüfen, ob diese legal oder illegal ist. Auch spezielle Usenet-Suchmaschinen wie **www.newzbin.com** oder **binsearch.info** sowie Reseller von Usenet-Diensten, die auch eigene Suchindices erstellen, wie z.B. **www.usenext.de**, **www.firstload.de** oder **www.alphaload.de** seien an dieser Stelle erwähnt.

Gerade solche Suchmaschinen würden nach § 8a TMGÄndG-E von einer Haftung ausgenommen. Insbesondere wählen diese Dienste Informationen automatisiert aus. Damit bestünde keine Ausnahme von der Privilegierung gemäß § 8a Abs. 1 Nr. 3 TMGÄndG-E. Auch der Verweis auf § 8 Abs. 1 S. 2 TMG in § 8a Abs. 2 TMGÄndG-E würde keine Abhilfe schaffen: Es ist für den Rechteinhaber in den meisten Fällen unmöglich, eine Absicht des Diensteanbieters nachzuweisen, mit einem seiner Nutzer zusammenzuarbeiten, um rechtswidrige Handlungen zu begehen.

Aufgrund der Fülle der unterschiedlichen Funktionen der Suchmaschinen, der damit verbundenen technischen Gegebenheiten und damit einhergehenden Rechtsverletzungen scheint es nicht sachgerecht, die Frage der Haftung von Suchmaschinen in eine gesetzliche Regelung zu pressen. Eine querschnittsartige Haftungsprivilegierung wie vorgeschlagen wäre für diese Fälle jedenfalls zu ungenau und würde zu unausgewogenen Ergebnissen führen.

Die bereits oben kritisierten Privilegierungen (z.B. Subsidiarität) würden eine Rechtsverfolgung unmöglich machen.

Aus diesem Grunde sollte die am Einzelfall orientierte Beurteilung der konkreten Diensteanbieter auch weiterhin der Rechtsprechung obliegen.

5. Hyperlinks

Der Entwurf scheint darauf abzielen, die bisher zu Hyperlinks ergangene Rechtsprechung umzusetzen. Eine Normierung erscheint insofern nicht notwendig, da gerade im Bereich der Hyperlinks zahlreiche technisch komplizierte und komplexe Einzelfälle bestehen, die sich einer einfachen gesetzlichen Regelung, die ihrerseits erst wieder durch Gerichte ausgelegt werden müsste, entziehen.

Die bereits oben kritisierten Privilegierungen (z.B. Subsidiarität) würden eine Rechtsverfolgung unmöglich machen.

So werden z.B. sog. Hash-Links auf Websites verbreitet, die dann rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Inhalte Filesharing-Netzwerken identifizieren (z.B. **www.goldesel.to**).

Auch Share-Hoster wie beispielsweise **www.rapidshare.com**, **www.megaupload.com**, **www.zshare.net** funktionieren nur über die an ihre Kunden vergebenen Hyperlinks. Diese werden von den Usern sodann weiterverbreitet um auf diese Weise immer mehr Usern die bei dem Dienst gehostete Datei rechtswidrig zugänglich zu machen.

Aus diesem Grunde sollte die am Einzelfall orientierte Beurteilung der konkreten Diensteanbieter auch weiterhin der Rechtsprechung obliegen.

17. April 2009

Das Forum der Rechteinhaber

Allianz deutscher Produzenten - Film & Fernsehen e.V.
Charlottenstr. 65
10117 Berlin

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.
Großer Hirschgraben 17-21
60311 Frankfurt am Main

BIU - Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e.V.
Rungestr. 18
10179 Berlin

Bundesverband Musikindustrie e.V.
Oranienburger Str. 67/68
10117 Berlin

Deutscher Musikverleger-Verband
Friedrich-Wilhelm-Str. 31
53113 Bonn

GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische
Vervielfältigungsrechte
Rosenheimer Str. 11
81667 München

GÜFA - Gesellschaft zur Wahrung von Filmaufführungsrechten
Vautierstr. 72
40235 Düsseldorf

GVL - Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten
Podbielskiallee 64
14195 Berlin

GVU - Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen e.V.
Bramfelder Str. 102A
22305 Hamburg

SPIO - Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.
Murnaistr. 6
65189 Wiesbaden

VdS Bildungsmedien e.V.
Zeppelinallee 33
60325 Frankfurt am Main

VFF - Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten
Brienner Str. 26
80333 München

VG Bild-Kunst
Weberstr. 61
53113 Bonn

VG Wort
Goethestr. 49
80336 München

VGf - Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken
Bleichstr. 8
80802 München

VUT - Verband unabhängiger Musikunternehmen e.V.
Fidicinstr. 3
10965 Berlin