



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

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des
geistigen Eigentums**

Der Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V und die Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V. sind die inländischen Verbände der Tonträgerhersteller. Sie vertreten rund 370 Unternehmen, die in Deutschland mit der Produktion, der Vervielfältigung, der öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung von Musikaufnahmen tätig und in dieser Funktion Inhaber der Rechte gemäß § 85 UrhG sind. Die Mitglieder der Verbände repräsentieren insgesamt gut 90% des gesamten inländischen Tonträgermarktes.

I.

Die Deutsche Musikindustrie, wie die Musikindustrie weltweit, gehört zu den Hauptleidtragenden der Piraterie. Dies betrifft sowohl die Herstellung und den Vertrieb unerlaubt hergestellter körperlicher Vervielfältigungsstücke, also die Tonträgerpiraterie im klassischen Sinne, als auch die Internetpiraterie, die – neben dem (legalen und illegalen) heimischen Kopieren – in den letzten Jahren zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten geführt hat. Seit dem Jahr 1999 haben die deutschen Tonträgerhersteller dadurch 45 % ihres Umsatzes eingebüßt, gut jeder dritte Arbeitsplatz bei deutschen Tonträgerherstellern ist verloren gegangen. Zugleich beeinträchtigt die Internet-Piraterie massiv die Etablierung legaler Internet-basierter Angebote, die sich nur unter Einsatz großer finanzieller und administrativer Mittel und dann auch nur sehr langsam im Markt fortentwickeln.

II.

Vor dem Hintergrund dieser dramatischen Entwicklung stehen für die Tonträgerhersteller bei der Umsetzung der sogenannten Durchsetzungsrichtlinie die Regelung des Auskunftsanspruchs laut § 101 UrhG sowie die Regelung des Schadensersatzes in § 97 UrhG (gemäß Art. 6 des Entwurfs) im Vordergrund. Wir werden daher zunächst auf diese Punkte eingehen, bevor wir uns den weiteren Bemerkungen zum Entwurf widmen.

1. Bei der Bekämpfung der Internet-Piraterie wird der Richtervorbehalt zum Regelfall

Völlig zutreffend weist die Begründung (Seite 82) darauf hin, daß die Möglichkeit, im Internet weitgehend anonym zu kommunizieren, häufig für die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums genutzt werde. Dies gelte beispielsweise für Tauschbörsen. Hier bestehe ein besonderes Interesse an einer Auskunft, ohne die der Verletzer nicht ermittelt werden kann. Obwohl er dieses besondere Interesse anerkennt, schreibt der Entwurf in § 101 Abs. 9 UrhG einen allgemeinen Richtervorbehalt vor, wenn auch in Form eines speziellen Anordnungsverfahrens.

Aus Sicht der Tonträgerwirtschaft ist damit der wichtigste Fall des in Absatz 2 geregelten Rechts auf Drittauskunft stets dem Richtervorbehalt unterworfen, obwohl es hier nur um die Zuordnung einer im übrigen vollständig dokumentierten Datenverbindung eines öffentlich agierenden Rechtsverletzers zu einem Anschluß geht.

Jedenfalls ist dieser regelmäßige Richtervorbehalt für die wichtigsten Fallgruppen der Online-Piraterie insofern bemerkenswert, als der Entwurf auf Seite 79 der Begründung im einzelnen erläutert, aus welchen Gründen ein allgemeiner Richtervorbehalt ungeeignet sei, die mit der Erteilung von Drittauskünften verbundenen Probleme zu lösen.

Ohne Polemik ließe sich also sagen, daß angesichts dieser Tatsachen der Richtervorbehalt geradezu planwidrig zum Regelfall wird.

Der Entwurf beruft sich dabei nicht auf die Vorgaben der Richtlinie (die einen Richtervorbehalt vorsieht, aber nicht zwingend fordert), sondern auf das Fernmeldegeheimnis (insbesonderen Art. 10 GG und § 88 TKG), das

- regelmäßig bei der Aufdeckung der Identität von Verletzern bei Internet-Tauschbörsen betroffen sei,
- und ferner eine den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis rechtfertigende richterliche Entscheidung erfordere.

Beide Aussagen sind unseres Erachtens in dieser generellen Form nicht haltbar.

2. Sind bei ermittelten Verletzungsfällen auch bei Tauschbörsen und der Verwendung dynamischer IP-Adressen stets nur Bestandsdaten betroffen, keine Verbindungsdaten?

Eine Reihe wichtiger Entscheidungen des letzten Jahres, sämtlich in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, widersprechen der These, die Identität eines Online-Piraten, der sich hinter einer dynamischen IP-Adresse versteckt, könne nur unter Eingriff in das Fernmeldegeheimnis ermittelt werden. Das LG Stuttgart (NJW 2005, 614), das LG Köln (Beschluss vom 24. März 2005 – 111 Qs 94/2005), das LG Hamburg (Beschluss vom 23. Juni 2005 – 631 Qs 43/05) und das LG Nürnberg (Beschluss vom 24. Oktober 2005 – 3 Qs 81/2005) haben entschieden, daß dem Fernmeldegeheimnis unterliegende Bestandsdaten im Sinne des § 3 Nr. 3 TKG jedenfalls dann nicht betroffen sind, wenn die Individualisierung der betreffenden Person (also des mutmaßlichen Verletzers) bereits durch die Erhebung der dynamischen IP-Adresse im Zusammenhang mit einem bestimmten Zeitpunkt oder Zeitraum erfolgt sei. Diese kennt der Rechteinhaber

regelmäßig, weil er zu dieser Zeit seinen „Testabruf“ des unerlaubten Angebots durchgeführt hat. In der Entscheidung des LG Stuttgart (NJW 2005, 614) heißt es insbesondere:

„Das nachgelagerte Auskunftsersuchen der Ermittlungsbehörde, das die dynamische IP-Adresse und den konkreten Zeitpunkt vorgibt und lediglich die Namhaftmachung des bereits ausreichend individualisierten Endgerätenutzers begehrt, zielt somit auf die Erhebung von Bestandsdaten i.S. von § 3 Nr. 3 TKG und berührt das Fernmeldegeheimnis nicht (mehr).

(...)

Entsprechendes ergibt sich auch aus den Gesetzgebungsmaterialien. Dort (vgl. BT-Dr 14/7008, S. 7) ist ausgeführt, in § 100g III StPO würden die dem Auskunftsanspruch unterfallenden Telekommunikationsverbindungsdaten abschließend aufgezählt. Aus den Materialien ergibt sich weiter die Ansicht des Gesetzgebers, bei dem Namen einer „hinter einer“ IP-Adresse stehenden Person handle „es sich jedoch um Bestandsdaten i.S. von § 2 Nr. 3 TDSV (entspr. § 3 Nr. 3 TKG n.F.), die gegenwärtig von den Strafverfolgungsbehörden in der Praxis über § 89 IV TKG (a.F., entspr. § 113 I TKG n.F.) abgefragt werden“ können.

(...)

Auch wenn in den Materialien keine Differenzierung zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen erfolgt, ist aus den Referentenentwürfen ersichtlich, dass dem Gesetzgeber die technisch gebotene Differenzierung und die damit einhergehende Problematik bekannt war. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die statischen und die dynamischen IP-Adressen einheitlich im Sinne des damaligen § 89 IV TKG a.F. (§ 113 I TKG n.F.) gehandhabt wissen will (...).“

Angesichts dieser Rechtsprechung, die – wie oben ausgeführt – inzwischen eine regelrechte Tradition begründen konnte, wäre näher zu begründen, warum sich der Entwurf ohne Diskussion dieser Frage die in der Rechtsprechung ebenfalls vertretene gegenteilige, durchaus aber nicht herrschende Auffassung zu eigen macht, es liege hier stets ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis vor.

3. Zwingender Richtervorbehalt?

Selbst wenn man unterstellen wollte, daß bei der Preisgabe der Verletzeridentität stets das Fernmeldegeheimnis betroffen sei, verwundert es doch, daß der Entwurf aus einem solchen Eingriff ohne weiteres auf die Notwendigkeit eines Richtervorbehalts schließt, ohne daß andere Möglichkeiten als der Richtervorbehalt ernsthaft erwogen worden zu sein scheinen. Dabei existieren außerhalb des Strafrechts erprobte Alternativen für eine weniger hindernde Regelung bei Eingriffen in den Schutzbereich des Art. 10 GG. Eine solche Alternative hat der deutsche Gesetzgeber in der Vergangenheit sogar im Urheberrecht in geltendes Recht umgesetzt, und zwar erstmals durch Einführung des damaligen § 111 a (heute § 111 b) UrhG, und zwar bereits im Jahre 1990 durch das Produktpirateriegesetz. Die dort vorgesehene Grenzbeschlagnahme, welche ja im hier erörterten Entwurf im Hinblick auf die jüngste EU-Verordnung ebenfalls novelliert wird, enthält bekanntlich ein Drittauskunftsverfahren, das ohne gerichtliche Anordnung auskommt, obwohl es Art. 10 GG einschränkt. Wörtlich heißt es in § 111 b Abs. 2 Satz 2 UrhG:

„Dem Antragsteller sind Herkunft, Menge und Lagerort der Vervielfältigungsstücke sowie Name und Anschrift des Verfügungsberechtigten mitzuteilen; das Brief- und Postgeheimnis (Artikel 10 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.“

Gerade weil sich das Grenzbeschlagnahmeverfahren sehr bewährt hat, lohnt es, über eine Lösung der Drittauskunftsproblematik nachzudenken, die diese Erfahrungen würdigt.

Das traditionelle Grenzbeschlagnahmeverfahren ist deshalb so effektiv, weil es dem Verfügungsberechtigten, also dem potentiellen Rechtsverletzer, die Möglichkeit offenhält, den Maßnahmen der Behörde im Auftrag der Rechteinhaber nicht zu widersprechen und damit dem Verfahren seinen Lauf zu lassen. Damit behält ein Verletzer die Möglichkeit, einen gemachten Fehler ohne Risiko unnötiger Folgekosten einzuräumen und die Verletzung umgehend zu beenden. Zugleich bleibt er in der Lage, eine gerichtliche Entscheidung zu erzwingen, wenn er sich im Recht meint. Die praktische Erfahrung hat gezeigt, daß die meisten Rechtsverletzer von ihrem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch machen, wenn sie befürchten müssen, in einem Rechtsstreit mit Kostenfolge zu unterliegen. Der Rechtsverletzer weiß in der Regel sehr gut, daß er im Unrecht ist und wird sich, sobald er sich entdeckt weiß, rational verhalten.

Wenn aber der vom Post- und Fernmeldegeheimnis geschützte Inhaber eines Anschlusses selbst die Weitergabe seiner Daten freigibt, und sei es nach ordentlicher Belehrung über die Rechtsfolgen seines Schweigens durch unterlassenen Widerspruch, kommt ein Verstoß gegen das Post- und Fernmeldegeheimnis schon begrifflich nicht in Betracht. Es sollte also erwogen werden, dem nun (im Entwurf zu § 101 Abs. 9 UrhG) vorgeschlagenen Anordnungs- ein automatisiertes Anfrageverfahren vorzuschalten, das strukturell dem Verwaltungsablauf der Grenzbeschlagnahme folgt, wenn auch mit den gebotenen Anpassungen.

Dies setzt zunächst voraus, daß eine staatliche Behörde bestimmt wird, die die Funktion der Zollbehörden im Grenzbeschlagnahmeverfahren übernehmen könnte. Dabei würde es nicht um personalintensive Ermittlungsarbeit gehen, sondern im wesentlichen um den Betrieb eines vollständig automatisierten EDV-Systems, das gleichsam als Puffer zwischen die Interessen des Auskunftspflichtigen Access-Providers, des mutmaßlichen Rechtsverletzers und des die Auskunft begehrenden mutmaßlichen Verletzten geschaltet ist. Eine solche Stelle könnte beispielsweise bei der Regulierungsbehörde angesiedelt sein. Denkbar wäre unter diesen Umständen folgendes Verfahren:

- Der verletzte Rechteinhaber gibt auf einer Erfassungsmaske der Behörde die ihm bekannten Daten der rechtsverletzenden Handlung vollständig ein, also insbesondere die ihm bekannte (dynamische) IP-Adresse, Zeit und Dauer der Verbindung, den Gegenstand der Rechtsverletzung sowie eine Erklärung der Rechtsinhaberschaft.
- Dieser Datensatz wird automatisiert an den jeweiligen Access-Provider übermittelt, der daraufhin, ebenfalls automatisiert, ohne nähere Sachprüfung die angeforderten Verbindungs- und darauf bezogenen Bestandsdaten an die Behörde zurückübermittelt.
- Diese sendet nun an den potentiellen Verletzer eine maschinell generierte Nachricht, die auf dem vom potentiellen Verletzten eingegebenen Daten beruht

und setzt ihn in Kenntnis, daß ein Verfahren auf Erteilung von Drittauskunft eingeleitet worden ist.

- Es läßt ihm nunmehr die Wahl, der Weitergabe seiner Daten an den Verletzten zuzustimmen (bzw. durch Schweigen nach Ablauf von z. B. zwei Wochen, in Eilfällen auch weniger, eine solche Zustimmung zu fingieren) oder gegenüber der Behörde zu widersprechen, worüber der Verletzte dann ebenfalls automatisiert informiert würde. Im Rahmen der Information an den mutmaßlichen Verletzer wäre dieser darauf hinzuweisen, daß er im Falle des Unterliegens die Kosten zu tragen habe, die für die Einholung der Drittauskunft angefallen sind.
- Sollte der Verletzer widersprechen, würde dies dem Verletzten unverzüglich mitgeteilt. Er würde dann, aber auch nur dann, das in Absatz 9 des Entwurfs zu § 101 UrhG geregelte Anordnungsverfahren durchlaufen müssen.

Nach den Erfahrungen mit der physischen Grenzbeschlagnahme ist zu erwarten, daß durch ein solches Verfahren ein Großteil der Verletzer die Freigabe der Information autorisieren und möglicherweise sogar freiwillig Unterlassungserklärungen abgeben würden. Aufwendige Verfahren könnten verkürzt werden, gerichtliche Hilfe müßte nur in Anspruch genommen werden, wo es wirklich erforderlich ist.

Die Deutsche Landesgruppe der IFPI ist wohlgerne der Auffassung, daß bereits kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis vorliegt, wenn ausermittelte Fälle der Onlinepiraterie die Offenlegung der Verletzeridentität gebieten. Unseres Erachtens wäre es durchaus möglich, in solchen Fällen ohne die in § 101 Abs. 9 UrhG des Entwurfs vorgesehene Anordnung zu operieren. Gleichwohl wollen wir aber einem sinnvollen automatisierten Verfahren nicht im Wege stehen, wenn es dazu beitragen kann, die widerstreitenden Interessen auszugleichen. Mit einem Modell wie dem gerade vorgestellten wäre dies möglich.

4. Vorratsdatenspeicherung

Selbstverständlich können nur Auskünfte erteilt werden, soweit die betreffenden Daten überhaupt gespeichert sind. Angesichts besorgniserregender Entwicklungen in der Rechtsprechung (LG Darmstadt, Urteil vom 25. Januar 2006, 25 S 118/05) erscheint es angebracht, in dieser Hinsicht für Klarheit zu sorgen und nötigenfalls im Hinblick auf die Auskunftsansprüche nach § 101 Abs. 2 des Entwurfes auch vorzuschreiben, daß die betreffenden Daten gespeichert werden müssen und Mindestspeicherungszeiten vorzuschreiben. Das LG Darmstadt hatte geurteilt, daß ein Internet Access Provider bei sogenannten „Flatrate-Tarifen“, bei denen also ein pauschales Nutzungsentgelt gezahlt wird, alle Daten umgehend zu löschen habe, die eine Verbindung zwischen der zugewiesenen IP-Adresse und dem Kunden herstellen.

Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten ist uns bekannt und könnte dafür sorgen, daß das Problem auf europäischer Ebene gelöst wird. Nach dem Entwurf sollen insbesondere Internet-Verkehrsdaten für mindestens sechs Monate auf Vorrat gespeichert werden müssen. Wir erlauben uns indes drauf hinzuweisen, daß die sinnvolle Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie zwingend auf die Vorratsdatenspeicherung angewiesen ist und schlagen jedenfalls einen ausdrücklichen Regelungsvorbehalt für den Fall vor, daß wider Erwarten die EU-Richtlinie nicht oder nicht in einem für das hiesige Umsetzungsprojekt erforderlichen Umfang verabschiedet werden sollte. Von Bedeutung ist bei der Umsetzung insbesondere,

daß der Zugang zu Vorratsdaten nicht etwa auf die Nutzung für Zwecke der Strafverfolgung beschränkt wird.

5. Zum Nachweis der Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung gemäß § 101 Abs. 2 d.E.

Zum Nachweis der von § 101 Abs. 2 Satz 1 geforderten Offensichtlichkeit der Rechtsverletzung könnte abermals auf die Praxis zurückgegriffen werden, die sich bei der Grenzbeschlagnahme nach § 111 b UrhG seit langem durchgesetzt hat. Rechtsverletzende Gegenstände unterliegen auch dort der Beschlagnahme,

„sofern die Rechtsverletzung offensichtlich ist“.

Seit ca. 15 Jahren hat sich hier die Praxis etabliert, daß Verbände der Schutzrechtsinhaber für die Mitgliedsfirmen die Kriterien der „Offensichtlichkeit“ definieren und durch Sammelanträge (unter Sicherheitsleistung) den ordnungsgemäßen und mißbrauchsfreien Ablauf des Antrags- und Beschlagnahmeverfahrens absichern. Auch die Deutsche Landesgruppe der IFPI hat bereits frühzeitig solche Anträge gestellt und dürfte sogar der erste Verband von Rechteinhabern gewesen sein, der für seine Mitglieder einen solchen Antrag gestellt hat. Er ist seither ohne jede Beanstandung seitens der Zollbehörden praktiziert worden.

In der Praxis könnte dies bedeuten, daß von der oben vorgeschlagenen Stelle auch im Drittauskunftsverfahren gemäß § 101 Abs. 2 UrhG des Entwurfes eng mit Verbänden zusammengearbeitet werden könnte. Dies wäre nicht zuletzt im Interesse der Auskunftspflichtigen, da solche verbandlichen Vorprüfungen vor problematischen „Alleingängen“ Einzelner schützen könnten. Leider schenkt der Entwurf den in Art. 4 der Richtlinie genannten Gruppen und ihrer Rolle bei der Pirateriebekämpfung nur geringe Beachtung (siehe Seite 48 der Begründung). Die Rolle von Berufsorganisationen (Art. 4 Buchst. d.) wie der Verbände (also auch der Deutschen Landesgruppe der IFPI) in ihrer Tätigkeit für die Gesamtheit ihrer Mitglieder kann gerade in Zusammenhängen wie diesem kaum überschätzt werden. Da Verbände regelmäßig für eine Mehrzahl von Schutzrechtsinhabern tätig werden, könnten sie als Mittler zwischen der als „neutralen Instanz“ vorgeschlagenen Behörde (sowie den von dieser herangezogenen Auskunftspflichtigen) einerseits und den einzelnen Rechteinhabern andererseits dafür sorgen, daß gewisse Anforderungen an Form und Inhalt der Auskunftsbegehren garantiert sind. Sie könnten gewährleisten, daß offensichtlich unbegründete Auskunftsbegehren gar nicht weitergeleitet werden und auf diese Weise die Access-Provider und die zwischengeschaltete Behörde vor einem Massenansturm unqualifizierter Einzelanfragen wirkungsvoll geschützt werden.

6. Zum angeblichen doppelten Erfordernis des „gewerblichen Ausmaßes“

Die Begründung (Seite 78) führt aus, der Drittauskunftsanspruch setze nicht nur voraus, daß die Mitwirkungshandlung des Dritten ein gewerbliches Ausmaß erreicht habe. Vielmehr müsse auch die Rechtsverletzung selbst in gewerblichem Ausmaß begangen worden sein. Abgesehen davon, daß dieses Erfordernis nicht aus dem Gesetzestext hervorgeht, droht das in der Begründung aufgestellte Erfordernis den wichtigsten Anwendungsfall der Drittauskunft, nämlich den gegen den Access-Provider bei Verwendung dynamischer IP-Adressen durch den Verletzer, vollkommen zu entwerten.

Es kann nicht oft genug betont werden, daß die größte wirtschaftliche Gefahr der Internetpiraterie gerade von der Tatsache ausgeht, daß sie selbst dann unvermindert schädlich bleibt, wenn sie ausschließlich von einem Netzwerk nicht gewerblich handelnder Rechtsverletzer zu verantworten ist.

Aus Sicht eines verletzten Rechtsinhabers macht es überhaupt keinen Unterschied, ob er Einbußen durch 100.000 gefälschte CDs erleidet, die von einem industriell agierenden Tonträgerpiraten hergestellt worden sind, oder ob er die gleichen Einbußen durch 100.000 Einzelangebote erleidet, die jeweils von nicht gewerblich handelnden Privatpersonen verantwortet werden. Es liegt geradezu im Wesen der Internetpiraterie, diesen Atomisierungsprozeß zu fördern, und entsprechend ginge jede Maßnahme, die Drittauskunftsbegehren oder sonstige Schutzmöglichkeiten der Rechteinhaber an das gewerbliche Ausmaß der einzelnen Verletzung knüpft, am Wesen dieser besonders gefährlichen Art der Piraterie vorbei.

Ohnehin ist schon jetzt bei wichtigen Internet-Tauschbörsen, wie etwa *BitTorrent* stets nicht mehr die ganze Liste der von einem Teilnehmer illegal angebotenen Titel erkennbar. Vielmehr weisen solche Systeme nurmehr aus, wer einen konkret nachgefragten Titel anbietet. Systeme, die die Sichtung der insgesamt angebotenen Titel prinzipiell ermöglichen, sehen zunehmend eine in deren Software verankerte Option vor, mit deren Hilfe eine solche Sichtung ausgeschlossen werden kann. Damit sehen alle Verletzer gleich „nicht gewerblich“ aus, und ein Antrag auf Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG des Entwurfs wäre stets zum Scheitern verurteilt, während der Verletzer tatsächlich hunderte oder tausende illegale Angebote bereithält, die nur solange „verborgen“ bleiben, bis sie konkret angefragt werden. Der Verletzte wäre damit auf einen ihm unmöglichen Nachweis verwiesen, und es bliebe dem Zufall überlassen, ob ihm der Nachweis „gewerblichen Ausmaßes“ gelingt.

7. Unzulässige doppelte Bagatellschwelle

Anders als die Begründung es unterstellt (Seite 78), fordert auch Erwägungsgrund 14 der Richtlinie durchaus nicht, daß der Gesetzgeber seine Maßnahmen auf gewerbliches Handeln zu beschränken hätte. Zunächst heißt es in Satz 2 des Erwägungsgrunds 14 ausdrücklich:

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

Im übrigen heißt es zum Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ lediglich, es schließe in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen würden. Doch abermals argumentiert die Begründung restriktiver als die Richtlinie es erfordert, indem sie ausführt, auch bei bösgläubigen Handlungen liege kein „gewerbliches Ausmaß“ vor, wenn sie eine Bagatellgrenze nicht überschritten.

Hier droht staatliches Handeln endgültig rechtswidrig in die Eigentumsordnung einzugreifen:

- Die vom Entwurf favorisierte Auslegung des Anspruchs auf Drittauskunft hinsichtlich dynamischer IP-Adressen schneidet z. B. bei der Nutzung von Internettauschbörsen – wie gerade erläutert - faktisch jede Möglichkeit zur zivilrechtlichen Verfolgung ab;

- zugleich sieht der gegenwärtig ebenfalls den beteiligten Kreisen vorliegende Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – „Zweiter Korb“ – in § 106 Abs. 3 ebenfalls eine Bagatellklausel vor, die auch eine strafrechtliche Verfolgung verbietet.

Damit bliebe eine zweifelsfrei nachweisbare Rechtsverletzung in nicht gewerblichem Ausmaß, die in keiner Weise gerechtfertigt oder entschuldigt ist, regelmäßig frei von zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen, weil sie praktisch nicht verfolgbar wäre. Der deutsche Gesetzgeber müßte sich in einem solchen Fall bereits jetzt auf Verfassungsbeschwerden der beteiligten Rechteinhaber einstellen, da ein solcher Eingriff in das grundgesetzlich geschützte Eigentum (Artikel 14 GG) an Urheberrechten, verwandten Schutzrechten und gewerblichen Eigentumsrechten ebensowenig zu rechtfertigen wäre wie der damit verbundene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Im übrigen verstieße eine solche faktische Durchsetzungsverweigerung eklatant den Bestimmungen des TRIPS-Abkommens, dessen Bindungen nicht nur die hier umzusetzende Richtlinie in Erwägungsgründen 4 und 5 anerkennt, sondern das auch in der Bundesrepublik geltendes Recht darstellt, worauf die Begründung selbst auf S. 46 ausdrücklich hinweist.

8. Prohibitive Initialkosten für die Rechtsverfolgung

Sollte der gegenwärtige Entwurf Gesetz werden, steht ferner zu befürchten, daß eine wirkungsvolle Rechtsdurchsetzung schon an den kaum tragbaren Kosten scheitern müßte, die bei einer flächendeckenden Verfolgung der atomisierten Rechtsverletzungen entstehen würden.

- Für die Erlangung von Drittauskünften wird zunächst gemäß § 128 c der Kostenordnung (KostO) eine Gebühr von €200,00 für die Entscheidung auf Erlaß einer Anordnung nach § 101 Abs. 9 UrhG anfallen.
- Ferner kann der zur Auskunft Verpflichtete vom Verletzten den Ersatz der für die Auskunftserteilung erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 101 Abs. 2 letzter Satz des Entwurfes).
- Als wäre dies noch nicht genug, sind die Ansprüche nach Absatz 2 ausgeschlossen, wenn die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Wie soll die Inanspruchnahme im Einzelfall unverhältnismäßig sein, wenn der Verletzte sämtliche Kosten trägt?

Regelmäßig geht es bei der beschriebenen „Atomisierung“ der Rechtsverletzung um tausende, ja zehntausende von Einzelfällen. Damit kämen auf die Rechteinhaber selbst bei verhältnismäßig überschaubaren Kosten im Einzelfall in Summe gewaltige und bei flächendeckender Verfolgung sogar prohibitive Initialkosten zu. Da es erheblichen Aufwand und ein erhebliches Ausfallrisiko erfordern dürfte, diese Kosten anschließend bei den jeweiligen Verletzern zu liquidieren, sehen sich die Rechteinhaber mit dem vom jetzigen Entwurf vorgeschlagenen Verfahren auf geradezu ruinöse Rechtsverfolgungskosten verwiesen, die sie zusätzlich zum bereits durch die Pirateriehandlungen selbst entstandenen Schaden über Gebühr belasten werden. Kaum ein Rechtsinhaber wird dazu in der Lage sein, unter diesen Umständen flächendeckend gegen Onlinepiraterie in Peer-to-Peer-Netzen vorzugehen.

Demgegenüber könnte eine Lösung wie die oben vorgeschlagene, weitgehend automatisierte Verfahrensweise dazu beitragen, Massenverfahren in einer sinnvollen und kostensparenden Weise zu administrieren.

9. Zuständigkeit für die Anordnung der Drittauskunft

Gemäß § 101 Abs. 9 UrhG des Entwurfs ist für den Erlass der Anordnung das Landgericht zuständig, in dessen Bezirk der zur Auskunft Verpflichtete seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder seine Niederlassung hat. Angesichts der Tatsache, daß die Marktführer unter den Access-Providern an unterschiedlichen Orten ihren Sitz haben, wird dies mit Sicherheit zur Ausbildung einer unterschiedlichen Spruchpraxis an den wichtigsten Orten (z.B. LG Hannover, Frankfurt und Berlin für T-Com, Ulm und Darmstadt für T-Online, Hamburg für AOL und Düsseldorf für Arcor) führen. Solche Unterschiede würden selbstverständlich erhebliche Rückwirkungen auf die Weiterentwicklung des Pirateriemarktes an sich zur Folge haben, da die Piraten ihre Aktivitäten in die Sphäre derjenigen Anbieter verlagern würden, die für die ihnen günstigere Rechtsprechung stehen. Bei dem oben vorgeschlagenen Modell, bei dem die Auskunftspflicht über eine zentrale Behörde zu erfüllen wäre, ließe sich an die Schaffung einer ausschließlichen örtlichen Zuständigkeit des für den Sitz dieser Behörde zuständigen Landgerichts denken. Solche ausschließlichen Zuständigkeitsregelungen sind dem Urheberrecht nicht fremd (vgl. § 16 Abs. 4 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz).

10. Schadenersatz

Wie einleitend ausgeführt, steht für die Tonträgerhersteller neben den Fragen um die Erteilung von Drittauskunft vor allem die Regelung der Schadenersatzpflicht im Mittelpunkt des Interesses. Hier gelangt der Entwurf, nicht ganz unerwartet, zu einer Absage an den sogenannten Strafschadenersatz (Seite 76 der Begründung). Zu Recht verweist er jedoch darauf, daß es zum sachgerechten Schadenausgleich erforderlich sein kann, den Ersatz höher als die Lizenzgebühr zu bemessen, wenn dies, wie etwa bei dem sogenannten „GEMA-Kontrollzuschlag“ besonderen Umständen geschuldet sei.

Genau hier liegt ein Ansatz, der es verdient, verallgemeinert zu werden. Dies sollte dadurch geschehen, daß der Entwurf in § 97 UrhG eine Regelung vorsieht, die eine pauschale Umlage von Piraterieverfolgungskosten durch einen Aufschlag zum Schaden etwa nach Lizenzanalogie erlaubt – soweit die jeweiligen Rechteinhaber nachweisen, daß sie tatsächlich generell-abstrakt Ermittlungen für die Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen betreiben.

Eine solche Pauschalierung ist - wie der Entwurf zutreffend bemerkt - gegenwärtig der GEMA vorbehalten, und auch ihr nicht in allen Wahrnehmungsbereichen. Leider schenkt der Entwurf, wie bereits oben ausgeführt, den übrigen in Art. 4 der Richtlinie genannten Gruppen nur geringe Beachtung (siehe Seite 48 der Begründung). Hier, in Zusammenhang mit dem Aufwand für die Ermittlungsarbeit, wäre ein Ort mehr gewesen, die Rolle von Berufsorganisationen (Art. 4 Buchst. d.) wie die Verbände (also auch die Deutsche Landesgruppe der IFPI) in ihrer Tätigkeit für die Gesamtheit ihrer Mitglieder gebührend zu würdigen.

Zu der Begründung für die Zuerkennung pauschalierter Schadenersatzes hatte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung *Filmmusik* (GRUR 1986, 376, 380)

ausführlich und unter Verweis auf die gesamte bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage folgendes ausgeführt:

„Die Zubilligung des pauschalen Schadenzuschlags für ungenehmigte öffentliche Musikwiedergaben beruht maßgebend auf der Erwägung, daß die Klägerin einen umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat unterhalten muß, um derartigen Urheberrechtsverletzungen nachzugehen; denn die sogenannten kleinen Musikaufführungsrechte werden in solcher Vielzahl gleichzeitig und oft an den entlegendsten Orten in Hotels, Gaststätten, Barbetrieben und dergleichen genutzt, daß eine Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen durch die einzelnen Urheber praktisch nicht möglich ist; nur durch die Einrichtung einer besonderen Überwachungsorganisation und unter entsprechend hohem finanziellen Aufwand kann verhindert werden, daß der Urheberrechtsschutz in diesem Bereich weitgehend leer läuft (...).“

Die Verfolgung der Internetpiraterie, besonders in sogenannten Peer-to-Peer-Diensten, hat sich inzwischen zu einem äußerst arbeitsintensiven Feld für die Ermittlungstätigkeit der Rechteinhaber entwickelt. So arbeitet die Piraterieverfolgungsorganisation der Tonträgerhersteller in Deutschland, die unter der Organisationsform der „Pro Media GmbH“ zentraldiese Ermittlungen betreut, mit einem Jahresetat in Höhe von *knapp 1 Mio €*. Dieser Aufwand wird übrigens nicht nur bei der Verfolgung der Internetpiraterie, sondern auch für die Verfolgung traditioneller physischer Piraterie aufgewandt. Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß die Ermittlungen stets gegen Piraten gerichtet sind, die Rechte einer Vielzahl von Rechteinhabern verletzen, so daß es hier wie im vom BGH entschiedenen Fall praktisch nicht möglich ist, einen Aufwand nachweislich einem einzelnen Fall oder gar einem einzelnen Rechtsinhaber zuzuordnen. Auch hier würde also eine Pauschalierung die meisten Probleme lösen können. Um übergroße Belastungen zu vermeiden, könnte sich das Modell an das des GEMA-Zuschlags anlehnen und vorsehen, daß die Schadenersatzsumme stets mit einem hundertprozentigen Kontrollzuschlag zu erhöhen sei.

Eine solche Generalisierung der Ersatzleistung für tatsächlich getriebenen Aufwand wäre ohne weiteres mit dem geltenden Recht und, wie ja auch die Begründung zum Entwurf durchaus anerkennt, sogar mit der geltenden Praxis vereinbar. Sie bedürfte nur einer ausdrücklichen Verankerung im Gesetz, um ihre Wirkung generell entfalten zu können.

11. Systematische Bedenken

Der Entwurf eröffnet gleich im ersten Satz des § 101 Abs. 2 UrhG zwei Alternativen, von denen die zweite ohne weitere gesetzgeberische Regeln kaum sinnvoll ausgeschöpft werden könnte. Es heißt dort:

„In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung oder in Fällen, in denen der Verletzte gegen den Verletzer Klage erhoben hat (...).“

Wie sollte denn der Verletzte gegen den Verletzer Klage erheben können, wenn ihm dessen Identität unbekannt ist und deren Offenlegung gerade den Gegenstand des Auskunftsbehrens bildet? Und wenn schon die Möglichkeit eines Klageverfahrens

vorgesehen ist – warum sollte es in Fällen gemäß Abs. 9 des Entwurfs dann (also innerhalb eines Klageverfahrens) noch einer gesonderten Anordnung bedürfen?

Hier sollten die Regelungen vereinheitlicht werden und die Klage gegen diejenige, einstweilen noch gar nicht namentlich bekannte Person zulassen, die sich hinter einer zu einem bestimmten Zeitpunkt benutzten dynamischen IP-Adresse verbirgt. In diesen Fällen wäre das Anordnungsverfahren nach Abs. 9 des Entwurfs entbehrlich.

III.

Der Entwurf geht auf Seite 8 davon aus, daß keine finanziellen Auswirkungen auf die staatlichen Haushalte zu erwarten seien. Angesichts der Tatsache, daß im Bereich des Anordnungsverfahrens in seiner jetzigen Form extrem hohe Zahlen von Verfahren durchgeführt werden müßten, kann schon jetzt unterstellt werden, daß die vor allem betroffenen Gerichte in Hamburg oder Darmstadt, zugleich aber auch all diejenigen Gerichte, vor denen anschließend Schadenersatzansprüche gegenüber den eigentlichen Verletzern durchgesetzt werden müßten, in ihrer gegenwärtigen Stellenplanung überfordert wären. Soweit insbesondere der Kostenansatz in § 128c KostO des Entwurfs eine Kostendeckung beabsichtigt, bleibt zu bedenken, daß sich auch das oben vorgeschlagene – weitgehend elektronisch handhabbare – Verfahren über kostendeckene Gebühren refinanzieren ließe, die aber trotz mehrfach höherer Fallzahlen auch in Summe erheblich niedriger ausfallen könnten, weil fast keine menschliche Arbeitskraft benötigt würde und sich viele Verfahren ohne Einschaltung von Gerichten erledigen ließen.

16. Februar 2006

Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V.

Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.