



VG WORT



BILD-KUNST

VFF

VERWERTUNGSGESELLSCHAFT DER
FILM- UND FERNSEHPRODUZENTEN MBH

BERTELSMANN
media worldwide



VGF

VERWERTUNGSGESELLSCHAFT FÜR
NUTZUNGSRECHTE AN FILMWERKEN MBH

ZPÜ

ZENTRALSTELLE

FÜR PRIVATE ÜBERSPIELUNGSRECHTE



Forum der Rechteinhaber

Stellungnahme zum
Referentenentwurf
vom 3. Januar 2006
für ein Gesetz zur
Verbesserung der
Durchsetzung von
Rechten des
geistigen Eigentums



BUNDESVERBAND
DER PHONOGRAPHISCHEN
WIRTSCHAFT E.V.



Verband unabhängiger Tonträgerunternehmen
Musikverlage und Musikproduzenten e.V.

11. Oktober 2006

Das „Forum der Rechteinhaber“

Bertelsmann AG
Unter den Linden 1
10117 Berlin

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

Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V.
Oranienburger Str. 67/68
10117 Berlin

BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e.V.
Ringestr. 18
10179 Berlin

DEFA – Stiftung
Chausseestraße 103
10117 Berlin

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

film20
Kuno-Fischer-Str. 8
14057 Berlin

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

GÜFA - Gesellschaft zur Übernahme und
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

IFPI - Deutsche Landesgruppe e.V.
Oranienburger Str. 67/68
10117 Berlin

SPIO - Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.
Kreuzberger Ring 56
65205 Wiesbaden

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

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

VG Bild-Kunst
Weberstr. 61
53113 Bonn

VGf - Verwertungsgesellschaft
für Nutzungsrechte an Filmwerken
Neue Schönhauser Str. 5
10178 Berlin

VG Wort
Goethestr. 49
80336 München

VUT - Verband unabhängiger Tonträgerunternehmen,
Musikverlage und Musikproduzenten e.V.
Wrangelstr. 66
10997 Hamburg

ZPÜ Zentralstelle für private Überspielungsrechte
Rosenheimer Str. 11
81667 München
(GEMA, GÜFA, GVL, GWFF, VFF, VG Bild-Kunst, VGf, VG Wort)

Forum der Rechteinhaber

Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 3. Januar 2006 für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums

Das Forum der Rechteinhaber möchte zu einzelnen Punkten des Referentenentwurfs für ein Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (im Folgenden: Referentenentwurf) Stellung nehmen, die für eine effektive Durchsetzung von Rechten geistigen Eigentums für Rechteinhaber und die Kreativwirtschaft von fundamentaler Bedeutung sind.

Der derzeitige Referentenentwurf, der die sogenannte Enforcement-Richtlinie in deutsches Recht umsetzen soll, versäumt es, den Rechteinhabern Mittel an die Hand zu geben, die es ermöglichen, Rechtsverletzungen geistigen Eigentums insbesondere im Internet effektiv und konsequent zu verfolgen. Um dies zu gewährleisten, bedarf es dringend der Nachbesserung des im Referentenentwurf vorgeschlagenen Auskunftsanspruchs gegen Dritte, der einerseits in einer Vielzahl von Fällen von dem Erfordernis eines Richtervorbehalts ausgeht und zum anderen ein „gewerbliches Ausmaß“ sowohl im Hinblick auf die Mitwirkungshandlung des Dritten als auch im Hinblick auf die Rechtsverletzung selbst vorsieht. Ebenso bedürfen die Regelungen zum Schadensersatz bei Urheberrechtsverletzungen einer Verbesserung.

Nach Ansicht des Forums der Rechteinhaber sollten daher die folgenden Punkte im weiteren Fortgang des Verfahrens berücksichtigt werden:

1. Streichung des Richtervorbehalts beim Auskunftsanspruch

Die Rechteinhaber sind in bedrohlicher Weise von der Internet-Piraterie betroffen. Nicht nur die deutsche Musikwirtschaft und die Rechteinhaber von Musikwerken, die als erste die gravierenden Folgen der Internetpiraterie erfahren mussten, sondern auch die Filmwirtschaft und zunehmend die Verlage, sind in großem Maße davon betroffen, da in so genannten Filesharing-Systemen neben Musik- und Filmtiteln längst auch Hörbücher und e-books illegal zum Download angeboten werden (Upload). Während die Internet-Piraterie auf der einen Seite zu drastischen Umsatzeinbußen und damit einhergehenden Arbeitsplatzverlusten führt, beeinträchtigt sie gleichzeitig die Etablierung legaler Internet-basierter Angebote, die von Seiten der Rechteinhaber erhebliche finanzielle Investitionen erfordern.

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 Rechteinhaber von größter Bedeutung.

Der Referentenentwurf weist in seiner Begründung auf Seite 82 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 Filesharing-Systeme als Beispiel, bei denen in großem Umfang Urheberrechtsverletzungen stattfinden. 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, der die dynamische IP-Adresse an den Nutzer vergibt. Von diesem benötigt der Rechteinhaber daher Auskünfte über die mit den bereits bekannten Verkehrsdaten korrelierenden Bestandsdaten (Name und Anschrift des Nutzers). Nur über die Inanspruchnahme des Internet-Access-Providers kann der Rechteinhaber erfahren, welcher Nutzer zum gegebenen Zeitpunkt die jeweilige festgestellte Rechtsverletzung begangen hat. Der Referentenentwurf sieht in § 101 Abs. 9 für diese Fallkonstellation stets einen Richtervorbehalt vor.

In der Begründung wird angenommen, dass das Fernmeldegeheimnis regelmäßig bei der Aufdeckung der Identität von Rechtsverletzern bei Filesharing-Systemen berührt sei und in diesen Fällen stets eine den Eingriff in das Fernmeldegeheimnis rechtfertigende richterliche Anordnung erfordere.

Das Forum der Rechteinhaber ist hingegen der Ansicht, dass in den oben aufgeführten Fällen ein Richtervorbehalt verfassungsrechtlich nicht geboten ist. Zu dieser Frage wurde von einigen Beteiligten des Forums der Rechteinhaber ein Rechtsgutachten durch Herrn Professor Jürgen Kühling in Auftrag gegeben, der zu dem selben Ergebnis kommt.¹ Das Gutachten liegt dieser Stellungnahme bei.

Es kann an dieser Stelle offen bleiben, ob sich auf verfassungsrechtlicher Ebene die Auffassung durchsetzen wird, dass 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 der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses gem. Art. 10 Abs. 1 Alt. 3 GG oder der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG betroffen ist. Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung der letzten Norm ein ebenso strenger Prüfungsmaßstab wie beim Fernmeldegeheimnis angewendet.

Das Grundgesetz kennt weder bei einem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 Alt. 3 GG, noch bei einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG einen pauschalen Zwang des Richtervorbehalts. Die Notwendigkeit eines solchen Richtervorbehalts als prozeduralem Sicherungsmechanismus des Grundrechtsschutzes richtet sich entsprechend der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einerseits danach, welche Rechtsgüter betroffen sind und welche Intensität der Eingriff aufweist, sowie andererseits nach der grundrechtsschützenden Wirkung, die eine prozedurale Absicherung gewährleisten kann.

Unabhängig davon, ob man hier einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis oder einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung annimmt, bedarf es ihm Rahmen der Verhältnismäßigkeitprüfung 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.

Das Forum der Rechteinhaber fordert daher, das Erfordernis des Richtervorbehalts in § 101 Abs. 9 des Referentenentwurfs zu streichen.

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..

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass in Österreich -im Zuge der Umsetzung der Enforcement-Richtlinie- ein entsprechender Auskunftsanspruch ohne Richtervorbehalt oder sonstigen prozeduralen Sicherheitsmechanismen normiert worden ist. Aus der Begründung zu § 87 b Abs. 3 der Regierungsvorlage geht hervor, dass diese Norm die Auskunftspflicht des Internet-Access-Providers im Fall einer Urheberrechtsverletzung im Internet behandeln soll.

Sollte der Gesetzgeber trotz fehlender verfassungsrechtlicher Gebotenheit an dem grundsätzlichen Erfordernis eines Richtervorbehalts festhalten, schlägt das Forum der Rechteinhaber vor, alternativ ein fakultatives automatisiertes Auskunftsverfahren mit einem nachgeordneten Richtervorbehalt einzuführen. 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 des Referentenentwurfs 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 Internet-Access-Provider gesendet werden, der anhand dieser Daten die dazugehörigen Bestandsdaten ermittelt. Der potentielle Rechtsverletzer wird in einem dritten Schritt durch eine maschinell erzeugte Nachricht vom Internet-Access-Provider oder der neutralen Stelle unterrichtet, dass ein Verfahren auf Erteilung von Drittauskunft durch den Rechteinhaber eingeleitet wurde. In diesem Schreiben soll dem potentiellen 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 potentiellen 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 Auskunftsersuchen gegenüber einem Internet-Access-Provider. Der Eingriff ist jedoch insbesondere durch die vorgeschaltete Widerspruchsoption auf Seiten des Rechtsverletzers verhältnismäßig und damit auch rechtmäßig. Auch hier wird bezüglich der verfassungsrechtlichen Analyse auf das Gutachten verwiesen.

Die Lösung eines automatisierten Auskunftsverfahrens würde Rechteinhabern eine effektive und zügige Rechtsverfolgung ermöglichen. Es könnte zudem vermeiden, was sonst angesichts des immensen Ausmaßes der Internet-Piraterie droht: eine hohe Arbeitsbelastung der Gerichte verbunden mit erheblichen Kosten für den Staatshaushalt.

Sollte der Gesetzgeber den Richtervorbehalt beibehalten, fordert das Forum der Rechteinhaber die Aufnahme einer gesetzlichen Regelung, die es ermöglicht, ein vorgeschaltetes automatisiertes Auskunftsverfahren, entsprechend der hier unterbreiteten Vorschläge einzuführen.

2. Streichung des doppelten Erfordernisses des „gewerblichen Ausmaßes“

In der Begründung des Referentenentwurfs auf Seite 78 wird für das Bestehen eines Drittauskunftsanspruchs neben einem gewerblichem Handeln des Dritten auch ein gewerbliches Handeln des Verletzers gefordert – ohne dies im Gesetzeswortlaut erkennen zu lassen. Das in der Begründung aufgestellte Erfordernis droht den wichtigsten Anwendungsfall der Drittauskunft, nämlich den gegen den Access-Provider bei Verwendung dynamischer IP-Adressen durch den Verletzer, vollkommen zu entwerten.

Die größte wirtschaftliche Gefahr der Internet-Piraterie geht gerade von der Tatsache aus, dass sie selbst dann unvermindert schädlich bleibt, wenn sie ausschließlich von einem Netzwerk nicht gewerblich handelnder Rechtverletzer zu verantworten ist.

Aus wirtschaftlicher Sicht eines verletzten Rechteinhabers macht es keinen Unterschied, ob er Einbußen durch 100.000 gefälschte CDs, Hörbücher oder DVDs erleidet, die von industriell agierenden Rechtsverletzern hergestellt worden sind, oder ob er die gleichen Einbußen durch 100.000 Einzelangebote erleidet, die jeweils von nicht gewerblich handelnden Privatpersonen verantwortet werden, oder ob ein einziges Angebot 100.000 mal von unterschiedlichen Nutzern heruntergeladen wird. Daher geht jede Maßnahme, die ein Drittauskunftsbegehren eines Rechteinhabers an das gewerbliche Ausmaß der einzelnen Verletzung knüpft, am Wesen der Internetpiraterie vorbei.

Bei den wichtigsten Filesharing-Systemen im Internet, 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 des Nutzers ist nicht erkennbar. Dem Rechteinhaber ist es demnach technisch nicht möglich, ein „gewerbliches“ Handeln seitens der Nutzer des Systems darzulegen. 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“*, welches dieser Stellungnahme beiliegt.²

Der Referentenentwurf erschwert darüber hinaus die effektive Rechtsverfolgung, indem er Erwägungsgrund 14 der Enforcement-Richtlinie dergestalt auslegt, dass der Gesetzgeber seine Maßnahmen auf gewerbliches Handeln zu beschränken hätte. Damit bleibt der Referentenentwurf weit hinter dem zurück, was nach der Richtlinie möglich ist. Es heißt in Satz 2 diese Erwägungsgrunds ausdrücklich:

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

Der Referentenentwurf macht demnach keinen Gebrauch von der Möglichkeit, den Auskunftsanspruch auch bei nicht-gewerblichem Handeln seitens der Verletzer zur Anwendung kommen zu lassen.

Während der Erwägungsgrund 14 in Satz 3, 2. Halbsatz lediglich Handlungen von Endverbrauchern, die in gutem Glauben handeln, von der Gewerbsmäßigkeit ausnehmen will, lässt der Referentenentwurf die Bösgläubigkeit eines Endverbrauchers für die Annahme eines „gewerblichen Ausmaßes“ nicht ausreichen. Die Begründung argumentiert restriktiver als die Richtlinie es erfordert, indem sie ausführt, auch bei einem bösgläubig handelnden Endverbraucher liegt kein „gewerbliches Ausmaß“ vor, wenn dieser beim Begehen der Rechtsverletzungen eine Bagatellgrenze nicht überschreitet.

² Das Gutachten wurde vom Börsenverein des deutschen Buchhandels e. V. und der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. in Auftrag gegeben.

Angesichts der bedrohlichen Situation für Rechteinhaber durch illegale Filesharing-Systeme und der damit einhergehenden vielen einzelnen Rechtsverletzungen ist der Referentenentwurf auch im Lichte des Art 14 GG mehr als bedenklich. Der wirtschaftliche Schaden entsteht in diesem Bereich wie dargelegt gerade durch die Vielzahl der privat handelnden Personen. Sie auch noch durch einen Ausschluss des Auskunftsanspruchs zu schützen, wenn ihr Handeln nicht über eine Bagatellgrenze hinausgeht, obwohl sie bösgläubig sind, macht den Auskunftsanspruch vollends zu einem stumpfen Schwert.

Das Forum der Rechteinhaber fordert daher, das Erfordernis des „gewerblichen Ausmaßes“ auf Seiten der Rechtsverletzer aus der Begründung des Referentenentwurfs zu streichen und es nicht über eine entsprechende Auslegung des Verhältnismäßigkeitsgebots durch die Hintertür wieder einzuführen.

3. Einführung eines „Verletzerzuschlags“ im Rahmen des § 97 Abs. 2 Referentenentwurfs

Wie einleitend ausgeführt, steht für das Forum der Rechteinhaber auch die Regelung der Schadensersatzpflicht im Mittelpunkt des Interesses. Der Referentenentwurf sieht in der Neufassung des § 97 Abs. 2 vor, die Berechnung des Schadens im Wege der Lizenzanalogie ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.

Die Begründung des Referentenentwurfs verweist richtigerweise darauf, dass es zum sachgerechten Schadensausgleich erforderlich sein kann, den Ersatz höher als die Lizenzgebühr zu bemessen, wenn dies, wie etwa beim sogenannten „GEMA-Kontrollzuschlag“ besonderen Umständen geschuldet sei.

Dieser Ansatz sollte verallgemeinert werden. Denkbar wäre eine Regelung, die eine pauschale Umlage von Piraterieverfolgungskosten durch einen Aufschlag zum Schaden etwa nach der Lizenzanalogie erlaubt – soweit die jeweiligen Rechteinhaber nachweisen, dass sie tatsächlich generell-abstrakt Ermittlungen für die Aufdeckung von Urheberrechtsverletzungen betreiben oder betreiben lassen. Eine Pauschalierung ist – wie der Entwurf zutreffend bemerkt – gegenwärtig lediglich der GEMA für einige Wahrnehmungsbereiche vorbehalten.

Zur Begründung für die Zuerkennung pauschalierten Schadensersatzes hatte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung Filmmusik (GRUR 1986, 376, 380) ausführlich und unter Verweis auf die gesamte bisherige Rechtsprechung ausgeführt, dass die Zubilligung des pauschalen Schadenszuschlags für ungenehmigte Musikwiedergaben maßgebend auf der Erwägung beruht, dass die Klägerin (GEMA) einen umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat unterhalten muss, um derartigen Urheberrechtsverletzungen nachzugehen.

Insbesondere die Pirateriebekämpfung im Internet ist ebenfalls mit erheblichem Arbeitsaufwand verbunden und Musik- und Filmwirtschaft sowie Verlage wenden hierfür erhebliche finanzielle Mittel auf. Bei der Verfolgung der Internet-Piraterie liegt es in der Natur der Sache, dass die Ermittlungen stets gegen Rechtsverletzer gerichtet sind, die Rechte einer Vielzahl von Rechteinhabern verletzen. Es ist daher praktisch nicht möglich den Aufwand nachweislich einem einzelnen Fall oder gar einem einzelnen Rechteinhaber zuzuordnen. Die Pauschalierung eines Schadensersatzes ist unter diesem Gesichtspunkt geboten. Sie wäre für die Gerichte leicht zu handhaben und man käme dem Ziel eines schnellen Schadensausgleichs einen bedeutenden Schritt näher. Unter Berücksichtigung des erheblichen finanziellen Aufwands, der die Pirateriebekämpfung für Rechteinhaber

insbesondere im Internet mit sich bringt, ist ein mindestens 100%iger Aufschlag entsprechend der Höhe des „GEMA-Kontrollzuschlags“ erforderlich.

Der Einführung eines solchen Zuschlags steht dem Wortlaut der Richtlinie nicht entgegen. Die Richtlinie lässt vielmehr dem nationalen Gesetzgeber in Art 13 Abs. 1 lit b die Möglichkeit, eine erhöhte Lizenzgebühr einzuführen („... 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“.)

Das Forum der Rechteinhaber fordert daher, den Schadensersatz pauschal als mindestens doppelte Lizenzgebühr festzulegen.

Berlin, den 11. Oktober 2006