

**Stellungnahme des Forums der Rechteinhaber
zum Referentenentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung
des Telemediengesetzes**

(3. TMGÄndG) vom 23. Februar 2017



Wir beziehen uns auf den o.g. Referentenentwurf vom 23. Februar 2017, zu dem wir Ihnen gegenüber Stellung nehmen möchten.

Das Forum der Rechteinhaber repräsentiert große Teile der deutschen **Kultur-, Kreativ- und Marktwirtschaft** und hat in dieser Eigenschaft in den vergangenen Jahren bereits an zahlreichen Stellen eine gemeinsame Position eingenommen.

Wir hatten bereits mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 als Forum der Rechteinhaber zum „Regierungsentwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (2. TMGÄndG)“ schwerpunktmäßig zum Thema der Host-Provider-Haftung Stellung genommen und auch dort bereits zur Thematik der Privilegierung der WLAN-Betreiber Ausführungen gemacht. Wir hatten seinerzeit – zu einem Zeitpunkt, als das EuGH-Vorlageverfahren (C 484/14) noch nicht entschieden war – bereits darauf hingewiesen, dass die weitergehende Haftungsfreistellung **nicht mit EU-Richtlinien und der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist**.

Bereits damals hatten wir festgestellt, dass sich bei der Auseinandersetzung mit der „Störerhaftung“ nicht die Frage stellt, ob man sich für oder gegen die „Störerhaftung“ ausspricht, sondern inwiefern man im Interesse der verschiedenen Beteiligten ein transparentes und zeitgemäßes Haftungsregime schafft, in dem die Verantwortung der einzelnen Beteiligten verbindlich geregelt ist. Man sieht dem aktuellen Referentenentwurf an, dass seine Verfasser die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigen wollen. Es wäre grundsätzlich zu begrüßen, dass nunmehr endlich Art. 8 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 in deutsches Recht umgesetzt werden sollen und dass die Interessen der Inhaber geistiger Eigentumsrechte in der Begründung explizit genannt werden.

Der im Referentenentwurf gewählte Ansatz der Umsetzung ist jedoch nicht geeignet, da die Störerhaftung von Access-Providern sowie die Möglichkeit zu deren außergerichtlichen und gerichtlichen Durchsetzung beseitigt werden und an ihre Stelle eine neue, in ihren Mitteln und in ihrem Ausmaß deutlich beschränkte Anspruchsgrundlage (§ 7 Abs. 4 TMG-E) treten soll, die lediglich die Sperrung des Inhalts erlaubt. Die entsprechenden Bestimmungen der beiden genannten Richtlinien sind hingegen wesentlich weiter gefasst, indem sie ohne auf bestimmte Mittel der Rechtsdurchsetzung abzustellen, den Mitgliedstaaten zwingend auferlegen, die Möglichkeit gerichtlicher Anordnungen gegen Vermittler sicherzustellen, sofern deren Dienste von Dritten zur Verletzung von Urheberrechten genutzt werden.

Der vorliegende Entwurf zur Änderung des Telemediengesetzes hat zum erklärten Regelungsziel, WLAN-Betreibern Rechtssicherheit zu verschaffen. Grundsätzlich ist der Wunsch, den **Zugang zum freien WLAN** zu erleichtern auch **verständlich und begrüßenswert**. Das Ziel muss jedoch **im Rahmen aller relevanten rechtlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten reflektiert** werden. Die Elemente, die hier zur Erreichung des Vorhabens vorgeschlagen werden, sind in diesem Licht betrachtet kaum vertretbar.

Deshalb lehnen wir die vorgeschlagene, weitere Novellierung des TMG ab oder bitten um die Berücksichtigung der im weiteren Verlauf erläuterten und berechtigten Anliegen der Kultur-, Kreativ- und Musikwirtschaft.

I.

Verantwortung fordern – Verantwortungslosigkeit fördern?

Die **Kultur-, Kreativ- und Marktwirtschaft** weist darauf hin, dass sich **Investitionen** in den Aufbau und die Vermarktung neuer Künstler und Produkte nur dann **rechtfertigen** lassen, wenn auch klare, effektive und **belastbare Regeln zur Rechtsdurchsetzung** existieren.

Rechtssicherheit kann nur auf Basis sorgfältiger Abwägungen grundrechtlich geschützter Interessen aller Beteiligten, also der Rechteinhaber, der Nutzer und der Internetwirtschaft geschaffen werden. Der Entwurf lässt eine solche Abwägung vermissen. Er vermittelt vielmehr den Eindruck, als wolle der Gesetzgeber rechtsdurchsetzungsfreie Räume im Internet aktiv fördern. Es erschließt sich insbesondere nicht, wie der Gesetzgeber mit diesem Entwurf die **notwendige Balance der betroffenen rechts-, wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Fragen** gewährleisten will.

Während vielfach zu Recht in der politischen Debatte von verschiedenen Diensteanbietern die Übernahme von mehr Verantwortung für ihre Services gefordert wird (Stichwort: „Hatespeech“), fördert der vorliegende Gesetzesentwurf zugleich die Verantwortungslosigkeit im digitalen Raum. Es wird **nicht leicht** sein, dem **Bürger** diese **Inkonsequenz verständlich** zu **machen**. Vor diesem Hintergrund – und gerade mit Blick auf die aktuellen Entwicklungen – ist der vorliegende Entwurf umso unverständlicher. **Verletzungen** von allgemeinen Persönlichkeitsrechten und anderen Rechtsgütern werden hier gar **nicht berücksichtigt** und sogar **Ansprüche** gegen Zugangsprovider sollen **völlig ausgeschlossen** sein, **selbst wenn** dies die **einzige Möglichkeit des Rechtsschutzes** ist.

Der Entwurf greift daneben zu kurz, weil er **nur Zugangsprovider oder Access-Provider**, aber nicht die praktisch für Verletzungen der geistigen Eigentumsrechte im Internet genauso relevanten **Host-Provider** einbezieht, obwohl es nach wie vor keine klaren gesetzlichen Regeln gibt, um gegen Angebote kommerzieller Dienste vorzugehen, die darauf angelegt sind, Inhalte illegal und ohne qualitative Abstriche einer potenziell unbegrenzten Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

Die Kollision mit rechtlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Grundlagen

Der aktuelle Entwurf lässt diese Erwägungen außer Acht und kollidiert nicht nur mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und dem Europarecht sowie dem deutschen Verfassungsrecht im Besonderen, sondern steht auch nicht mit dem Gleichheitsgrundsatz, dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes bzw. dem hieraus folgenden allgemeinen Justizgewährungsanspruch oder dem Leerlaufverbot im Einklang. Es drohen Lücken im Rechtsschutz.

Die vorgeschlagenen Regelungen machen die **Durchsetzung von Rechtsverletzungen im Internet weitgehend unmöglich**:

- Neben den gewerblichen sollen **auch die privaten WLANs** in den Anwendungsbereich der generellen Haftungsfreistellung fallen (vgl. § 1 TMG). Der Entwurf verfolgt das explizite Ziel, private WLAN-Betreiber dahingehend zu motivieren, ihr WLAN

anonymen Dritten zu öffnen, ohne dass sie hierbei irgendwelchen Sicherheitsvorkehrungen oder sonstigen Verpflichtungen unterlägen (RefE, S. 5 Abs. 2). Diese Dritten wären auch qua Nicht-Speicherung der IP-Adresse und Nicht-Registrierung beim WLAN-Betreiber ganz selbstverständlich nicht ermittelbar.

- Es wird ein **echter Richtervorbehalt in jedem Einzelfall** geschaffen (§ 7 Abs. 3 TMG-E). Der Entwurf geht davon aus, dass eine Verpflichtung zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach Europarecht erst dann bestehen könne, wenn diese gerichtlich oder behördlich angeordnet wurde (RefE, S. 8 Abs. 1). Dies widerspricht der Rechtsprechung des EuGH (*McFadden*). Ebenso wie der Bundesgerichtshof hat auch der EuGH eine Verpflichtung von Access-Providern zur Absicherung ihrer Netze nicht erst ab Erlass einer gerichtlichen Anordnung, sondern – ausgehend von der besonderen **Gefährlichkeit anonymer Netze** – mit der Zurverfügungstellung an Dritte als erforderlich angesehen, um das gebotene **Gleichgewicht der Grundrechte** zu gewährleisten.
- Durch das gesetzliche Verbot, Access-Provider auf Grundlage der Störerhaftung in Anspruch nehmen zu können, wird ein vom EuGH und BGH mehrfach bestätigtes System der Verfolgung *unterschiedlichster* Arten von Rechtsverletzungen im Internet komplett beseitigt. An deren Stelle tritt lediglich *eine* „neue“ Rechtsverfolgungsmöglichkeit: die gerichtliche Anordnung einer Nutzungssperre (§ 7 Abs. 4 TMG-E). Selbst dieser scheinbar gut gemeinte Anspruch auf gerichtliche Nutzungssperren führt im Ergebnis zu einer **Verschlechterung der Lage der Geschädigten**, da diesen eine **erhebliche Kostenlast ohne jede Regressmöglichkeit** auferlegt wird.
- Die oben genannte Kostenverteilung wird damit **gerechtfertigt**, dass der Rechteinhaber die ihm **auferlegten Kosten vom eigentlichen Täter im Wege eines Schadenersatzanspruches erstattet bekäme** (RefE S. 9 Abs. 6). Diese **Begründung** ist jedoch **falsch**, da **der eigentliche Verantwortliche** im Falle einer Nutzungssperre **nie identifiziert werden kann**. Denn das gesetzlich verordnete Subsidiaritätsprinzip des § 7 Abs. 4 TMG-E sieht ausdrücklich vor, dass Nutzungssperren nur dann angeordnet werden dürfen, wenn der eigentliche Täter nicht greifbar ist (RefE, S. 9 Abs. 1). Es manifestiert sich insgesamt ein Leerlauf der Rechtsdurchsetzung.
- **Ausgeschlossen** ist zudem die Anordnung von **Präventivmaßnahmen**, wie sie nicht nur im Rahmen der Störerhaftung, sondern allgemein bei bestehender **Erstbegehungsgefahr allgemein anerkannt** sind. Eine gerichtliche Nutzungssperre kommt nämlich explizit erst dann in Betracht, wenn bereits eine Verletzung von Rechten am geistigen Eigentum eingetreten ist und durch die Anordnung lediglich eine „*Wiederholung*“ der Rechtsverletzung verhindert werden soll. Der **Verletzte muss** nach diesem Entwurf eine **Erstverletzung** folglich **stets in Kauf nehmen**. In Einzelfällen mag eine Reaktion (erst) nach Eintritt der Rechtsverletzung zumutbar sein; in anderen Fällen (etwa beim Live-Stream eines lizenzierten Fußballspieles) kann ein solches Abwarten und gleichsam Erdulden der flüchtigen Rechtsverletzung nicht mehr hingenommen werden. Bis zur Zustellung einer gerichtlichen Nutzungssperre wäre der Live-Stream „längst Geschichte“.

- Die Voraussetzungen zur Sperrung einer Website hatte der BGH zwar konkret in einem Einzelfall auf Basis der Störerhaftung zugrunde gelegt. Die durch den vorliegende Entwurf eingeführte **Subsidiaritätsklausel** (RefE, S. 8 Abs. 5 und; RefE, S. 9 Abs. 1) würde die in einem Einzelfall normierten Voraussetzungen zukünftig aber in **allen erdenklichen Konstellationen** zugrunde legen, obgleich diese Subsidiaritätsklausel im Einzelfall zu **unverhältnismäßigen Benachteiligungen der Geschädigten** führen kann. Ob einem Geschädigten ein solches erfolgloses Vorgehen tatsächlich im Einzelfall zumutbar ist, **sollte** zwar im Rahmen einer **gerichtlichen Zumutbarkeitsprüfung** entschieden, **nicht aber per Gesetz** unterschiedslos für alle gegenwärtigen und zukünftigen Konstellationen verordnet werden.
- Die Anordnung, die Access-Provider zu einer Nutzungssperre verpflichtet, würde nur einen Teil der möglichen unterschiedlichen Urheberrechtsverletzungen abdecken. Zur Rechtsdurchsetzung, z.B. im Rahmen von Filesharing-Systemen, ist dieser Lösungsansatz ungeeignet.

Auf Basis des oben Gesagten möchten wir dringend dazu raten, sich ausreichend Zeit für eine TMG-Reform zu nehmen, um ein **grundsätzlich funktionierendes Haftungskonzept** zu schaffen, bzw. das vorliegende insgesamt zu **modernisieren**. Dabei sollten sowohl die Haftung der Host-Provider als auch Persönlichkeitsrechte und sonstige schützenswerte Rechtsgüter sowie die aktuellen europäischen Bemühungen, das Urheberrecht in Gänze zu reformieren, berücksichtigt werden. **In dieser Form sollte der TMG-E daher nicht weiterverfolgt werden.**

II.

Sollte an dem Gesetzesvorhaben und der angedachten Reform der §§ 7, 8 TMG trotz aller erheblichen oben genannten Bedenken festgehalten werden, so ergibt sich ein **umfassender Änderungsbedarf**.

1. § 7 Abs. 4 TMG-E (Umsetzung Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48)

Im Hinblick auf § 7 Abs. 4 TMG-E sehen wir folgenden Verbesserungsbedarf:

a) Systematische Stellung

Derzeit gewährt § 7 Abs. 4 TMG-E lediglich Ansprüche gegen „Diensteanbieter nach § 8 TMG“. Es erscheint als systematisch unglücklich, dass die Regelung sich nicht in § 8 TMG-E befindet. Die systematisch zweifelhafte Stellung könnte zu Missverständnissen auf Rechtsanwendungsseite führen, dass § 7 Abs. 4 TMG-E doch auch auf Host-Provider Anwendung finden soll.

§ 7 Abs. 4 TMG-E sollte deshalb **nach § 8 TMG-E verschoben** werden, wenn es bei einer exklusiven Anwendung auf Diensteanbieter nach § 8 TMG bleiben soll.

b) Subsidiaritätsklausel („keine andere Möglichkeit der Verletzung seines Rechts abzuhelpen“)

Es ist europarechtlich keinesfalls geklärt, ob ein Subsidiaritätskriterium im Einklang mit Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 steht. Im EuGH-Verfahren „kino.to“ hatte der Generalanwalt noch eine Subsidiarität befürwortet (Rechtssache C-314/12, Schlussanträge vom 26.11.2013 Rn. 107 – UPC Telekabel). Der EuGH ging in seiner Entscheidung mit keinem Wort darauf ein (Rechtssache C-314/12, Urteil vom 26.03.2014 – UPC Telekabel). Im Vergleich zum TMG-E prüfen einige Gerichte aus anderen EU-Staaten die Subsidiarität nicht bzw. legen sie weniger eng als § 7 Abs. 4 S. 1 TMG-E aus. Nach der britischen Rechtsprechung genügt es beispielsweise, dass es bloß unwahrscheinlich ist, dass ein Vorgehen gegen Host-Provider zu einer dauerhaften Unerreichbarkeit der zu sperrenden Website führt. „Keine andere Möglichkeit“ (§ 7 Abs. 4 S. 1 TMG-E) wird insoweit nicht vorausgesetzt (Court of Appeal (Civil Division) [2016] EWCA Civ 658 vom 6.7.2016; siehe J.B. Nordemann GRUR-Prax 2016, 491, 493, dort auch deutsche Leitsätze).

Bei ausdrücklicher Aufnahme der Subsidiaritätsklausel – selbst mit Zumutbarkeit – wird deshalb das Risiko eingegangen, nicht europarechtskonform zu handeln. **Die Subsidiaritätsklausel sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.** Vielmehr sollte die Frage, ob und inwieweit eine Subsidiarität besteht, der **Rechtsprechung** überlassen bleiben.

Über dies erscheint die Formulierung („keine andere Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzuhelpen“) in § 7 Abs. 4 TMG-E auch im Lichte der BGH-Rechtsprechung als zu weitgehend. Der Bundesgerichtshof hat sich wie folgt geäußert:

„Eine Störerhaftung des Vermittlers von Internetzugängen kommt nur in Betracht, wenn der Rechteinhaber zunächst zumutbare Anstrengungen unternommen hat, gegen diejenigen Beteiligten vorzugehen, die – wie der Betreiber der Internetseite – die Rechtsverletzung selbst begangen haben oder – wie der Host-Provider – zur Rechtsverletzung durch die Erbringung von Dienstleistungen beigetragen haben. Nur wenn die Inanspruchnahme dieser Beteiligten scheitert oder ihr jede Erfolgsaussicht fehlt und deshalb andernfalls eine Rechtsschutzlücke entstünde, ist die Inanspruchnahme des Zugangsvermittlers als Störer zumutbar. Bei der Ermittlung der vorrangig in Anspruch zu nehmenden Beteiligten hat der Rechteinhaber in zumutbarem Umfang Nachforschungen anzustellen.“

(BGH, Urteil vom 26. November 2015 – I ZR 174/14 –, 2. Leitsatz, Unterstreichung durch uns).

Diese Rechtsprechung erscheint auch sinnvoller, weil nicht jede (noch so aufwendige) Möglichkeit genügen darf, um den Anspruch auszuschließen. Es müsste deshalb die Subsidiaritätsklausel für WLAN-Anbieter in dieser Form gestrichen oder zumindest der Rechtsprechung des BGH angepasst und in § 7 Abs. 4 TMG-E wie folgt formuliert werden (Änderungen unterstrichen):

*„... keine andere zumutbare Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzu-
helfen, ...“*

c) Rechtsfolge auf „Sperrung von Informationen“ beschränkt

Der Gesetzentwurf beschränkt die Rechtsfolge von Ansprüchen nach § 7 Abs. 4 S. 1 TMG-E auf eine „Sperrung von Informationen“.

Sofern diese Formulierung abschließend gemeint ist, ginge das nicht konform mit den Rechtsfolgen, die Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 vorgeben. Dort ist jeweils sehr viel genereller von „Anordnungen“ die Rede. In der englischen Fassung heißt es „injunction“ („apply for an injunction“), was in das Deutsche zutreffend mit Antrag auf „Unterlassung“ und „Beseitigung“ zu übersetzen gewesen wäre (Unterlassung = „negative injunction“; Beseitigung = „positive injunction“). Der Wortlaut von § 7 Abs. 4 S. 1 TMG-E verletzt deshalb die Umsetzungspflicht Deutschlands und ist **nicht europarechtskonform**.

Entgegen der Annahme des Entwurfs stellen Portsperren aufgrund der technologischen Entwicklung kein wirksames Mittel mehr dar, Rechtsverletzungen, die über Filesharing-Netzwerke begangen werden, zu verhindern.

Bei den gegenwärtig üblicherweise verwendeten Filesharing-Programmen wird bei jedem Programmstart für die Kommunikation auf einen beliebigen Port zugegriffen. Die Vergabe des genutzten Ports erfolgt also rein zufällig. Eine wirksame Portsperre würde also bedeuten, dass der WLAN-Betreiber sämtliche möglichen Ports sperren müsste.

Auch Webseitensperren würden bei dem Versuch, Rechtsverletzungen über illegale Tauschbörsen zu verhindern, ins Leere laufen, da es sich bei solchen Systemen nicht um eine Webseite, sondern um dezentrale Netzwerke handelt.

Über dies erscheint es angesichts des **schnellen technologischen Wandels** nicht als sinnvoll, Ansprüche gegen Diensteanbieter nach § 8 TMG auf eine Sperrung von Informationen zu beschränken. Vielmehr sollte eine **technikneutrale Formulierung** gewählt werden, wie sie z.B. „Unterlassung“ oder „Beseitigung“ darstellt. Eine Sperrung von Informationen wäre dann nur ein Beispiel.

Über dies darf es bei der Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 nicht nur um die Verhinderung der Wiederholung einer (bereits begangenen) Verletzung gehen. Diensteanbieter müssen auch vorbeugend in Anspruch genommen werden können. Denn die beiden Bestimmungen dienen allgemein der Verhinderung von Rechtsverletzungen, also auch bloß erstmalig drohenden.

Danach erscheint folgende Formulierung als im Einklang mit Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 (Änderungen unterstrichen):

„... so kann der Inhaber des Rechts von dem betroffenen Diensteanbieter nach § 8 Beseitigung und Unterlassung, insbesondere die Sperrung der Nutzung von Informationen, verlangen, um die Wiederholung der Rechtsverletzung oder eine erstmalig drohende Rechtsverletzung zu verhindern.“

d) Kostenregelung (§ 7 Abs. 4 S. 3 TMG-E)

Gerichtliches Verfahren: Für das gerichtliche Verfahren muss die Kostenregelung in § 7 Abs. 4 S. 3 TMG-E zu der vor deutschen Gerichten üblichen Regel zurückkehren, nach der die unterlegene Partei die Prozesskosten zu zahlen hat, also die Gerichtskosten und den gegnerischen Prozessanwalt (sog. außergerichtliche Kosten) nach RechtsanwaltsvergütungsG („RVG“). Bislang sieht die Regelung vor, dass der Diensteanbieter nach § 8 TMG nur die Gerichtskosten im Fall des Unterliegens zu erstatten hat.

Die bislang angedachte Regelung ist **europarechtswidrig**. Art. 14 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 verpflichtet Deutschland als EU-Mitglied, dass

„die Prozesskosten und sonstigen Kosten der obsiegenden Partei in der Regel, soweit sie zumutbar und angemessen sind, von der unterlegenen Partei getragen werden, sofern Billigkeitsgründe dem nicht entgegenstehen.“

(Unterstreichung durch Verfasser).

Überdies geben wir zu bedenken, dass mit der derzeit geplanten Regel der Diensteanbieter nach § 8 TMG nicht angehalten wird, gerichtliche Rechtstreite zu vermeiden. Die Anwaltskostenerstattung macht in einem Gerichtsprozess stets einen relevanten Teil des Kostenrisikos aus. Bei einem Streitwert von z.B. 100.000,00 EUR ist die Anwaltskostenerstattung an die gegnerische Partei im Verlustfall nach RVG sogar höher als die Gerichtskosten. Daher ist realistischer Weise damit zu rechnen, dass Diensteanbieter nach § 8 TMG sehr viel häufiger als bislang die Gerichte beschäftigen. Das ist bislang unter „Erfüllungsaufwand für die Verwaltung“ nicht berücksichtigt und auch im Übrigen nicht wünschenswert.

Eine Aufrechterhaltung der Kostenerstattung für die vorgerichtliche Inanspruchnahme (Abmahnkostenerstattung) gebietet ferner die **Waffengleichheit**. In Fällen einer unberechtigten Abmahnung durch Rechteinhaber gewährt § 97a Abs. 4 UrhG im Urheberrecht bzw. § 823 BGB für die sonstigen geistigen Eigentumsrechte einen Gegenanspruch des Abgemahnten. Insbesondere für § 97a Abs. 4 UrhG ist anerkannt, dass er auch auf Fälle einer Abmahnung wegen urheberrechtlicher Störerhaftung Anwendung findet (J.B. Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 97a UrhG Rn. 33). Die Einführung des § 97a Abs. 4 UrhG hat der RegE ausdrücklich mit „Waffengleichheit“ für die Abgemahnten gegenüber dem Abmahnenden begründet (RegE BTDS 17/13057, S. 14). Ansonsten müsste zur Waffengleichheit klargestellt werden, dass bei unberechtigter Abmahnung von Diensteanbietern nach § 8 TMG auch keine Gegenansprüche der Diensteanbieter bestehen.

Parallel dazu müssen die Rechteinhaber bspw. auch bei der Inanspruchnahme von Host-Providern im Rahmen der Störerhaftung **mit hohen nichterstattungs-fähigen Kosten rechnen**. Neben den Ermittlungskosten für die Urheberrechtsverletzungen müssen die Rechteinhaber die Host-Provider bereits heute auf eigene Kosten über die Rechtsverletzungen ausführlich informieren und die notwendigen Sicherungsmaßnahmen einfordern, um die Störerhaftung überhaupt erst zu begründen. Hier liegt ebenfalls ein Ungleichgewicht vor.

2. § 7 Abs. 3 S. 1 TMG-E (Neufassung § 7 Abs. 2 S. 2 TMG)

Die Neuregelung der Ausnahme von den Haftungsprivilegien (bisher § 7 Abs. 2 S. 2 TMG) in § 7 Abs. 3 S. 1 TMG-E ist **europarechtswidrig**.

Nach dem Wortlaut sind nur Ausnahmen „aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen“ möglich. Verpflichtet sollen die Diensteanbieter damit offensichtlich erst sein, wenn ein Gericht oder eine Behörde so entschieden hat. Im Zivilrecht, also insbesondere bei Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48, kann das als **Richtervorbehalt** verstanden werden.

Einen solchen Richtervorbehalt gibt der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 bzw. Art. 14 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie 2000/31 nicht her:

„Dieser Artikel lässt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern.“

Es geht also nur um die *Möglichkeit* für Gerichte und Behörden, Diensteanbieter zu verpflichten. Freiwillige Verpflichtungen bleiben danach möglich. Ein Richtervorbehalt besteht im Zivilrecht nicht.

Im Übrigen würde die Regelung in § 7 Abs. 3 S. 1 TMG-E nicht nur für Diensteanbieter nach § 8, sondern auch für Diensteanbieter nach § 10 TMG gelten, also auch für Host-Provider. Damit könnten Host-Provider nur noch behördlich oder gerichtlich verpflichtet werden. Die etablierten und funktionierenden Notice-and-Takedown-Verfahren mit zumutbaren Vorsorgepflichten für Host-Provider (BGH GRUR 2013, 1030 – File-Hosting-Dienst) könnten nicht mehr auf freiwilliger Basis verabredet werden. Insoweit erscheint es als realistisch, dass die Gerichte zusätzlich auch stark im Hinblick auf Host-Provider belastet würden. Das ist bislang unter „Erfüllungsaufwand für die Verwaltung“ nicht berücksichtigt und auch im Übrigen wegen der funktionierenden Praxis kaum wünschenswert.

Die Formulierung könnte wie folgt – in Anlehnung an die Formulierung der E-Commerce-Richtlinie – klargestellt werden (Änderungen unterstrichen):

Nach den allgemeinen Gesetzen oder aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bestehende Verpflichtungen, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt.

Alternativ könnte es auch wie folgt heißen:

Verpflichtungen zur Entfernung von Informationen oder zur Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen oder aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bleiben auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 unberührt. Der Diensteanbieter darf solche Verpflichtungen auch ohne gerichtliche oder behördliche Anordnungen erfüllen. Das Fernmeldegeheimnis nach § 88 des Telekommunikationsgesetzes ist zu wahren.

3. § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E (Ausschluss der Haftung auf Beseitigung und Unterlassung)

Die Neuregelung in § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E erscheint im Hinblick auf Schadensersatz als konsequente Umsetzung von Art. 12 E-Commerce-Richtlinie im Lichte der EuGH-Rechtsprechung „McFadden“.

Im Hinblick auf Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung hat der EuGH allerdings in „McFadden“ genau das Gegenteil des jetzigen Wortlautes von Art. 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E ausgeurteilt (EuGH Rn. 76-78). Das gilt insbesondere für Ansprüche, die auf Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 beruhen. Diese Ansprüche gehen auf Unterlassung und Beseitigung (siehe oben Ziff. 1 d). Der Wortlaut („Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung“) von § 8 Abs. 1 S. 2 ist deshalb im Hinblick auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48, wie sie jetzt in § 7 Abs. 4 TMG-E umgesetzt werden, widersprüchlich. Ebenso widersprüchlich ist die Kostenregelung im zweiten Halbsatz, die die Kostenregelung in § 7 Abs. 4 S. 4 TMG-E konterkariert.

Es wird folgende Formulierung vorgeschlagen (Änderungen unterstrichen):

„Sofern diese Diensteanbieter nicht verantwortlich sind, können sie insbesondere nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden; dasselbe gilt hinsichtlich aller Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung dieses Anspruchs. ..“

Die beabsichtigte Abschaffung des Beseitigungsanspruchs kann nicht mit der Einführung einer Anspruchsgrundlage für Nutzungssperren gerechtfertigt werden. Um das vom EuGH geforderte Gleichgewicht der Grundrechte sicherzustellen, muss es möglich bleiben, einen Access-Provider zu weitergehenden Maßnahmen zu verpflichten. Hierfür bedarf es jedoch der Möglichkeit, den Access-Provider allgemein (im Rahmen des Zumutbaren) auf Beseitigung und Unterlassung (der Ermöglichung)

von Rechtsverletzungen in Anspruch zu nehmen. Wie der EuGH in seiner Entscheidung McFadden ausführt, kann sich der Access-Provider dann selbst für die für ihn günstigste Umsetzungsvariante entscheiden.

Insgesamt zeigt sich, dass der vorliegende Entwurf deutlich überarbeitet werden müsste. Wir schlagen auch aus Gründen der Klarheit vor, dass erst die Verabschiedung der europäischen Vorschläge zur Harmonisierung des Urheberrechts abgewartet werden sollte, bevor das TMG erneut geändert wird.

Für Fragen und Diskussionen stehen wir gerne jederzeit zur Verfügung.

Das „Forum der Rechteinhaber“:

BVMI – Bundesverband Musikindustrie e. V.

Reinhardtstraße 29
10117 Berlin

Der Bundesverband Musikindustrie (BVMI) vertritt die Interessen von rund 250 Tonträgerherstellern und Musikunternehmen, die mehr als 80 Prozent des deutschen Musikmarkts repräsentieren. Der Verband setzt sich für die Anliegen der Musikindustrie in der deutschen und europäischen Politik ein und dient der Öffentlichkeit als zentraler Ansprechpartner zur Musikbranche. Neben der Ermittlung und Veröffentlichung von Marktstatistiken gehören branchennahe Dienstleistungen zum Portfolio des BVMI. Seit 1975 verleiht er die GOLD- und PLATIN-Awards an die erfolgreichsten Künstler in Deutschland, seit 2014 auch die DIAMOND-Awards und seit 1977 werden die Offiziellen Deutschen Charts im Auftrag des BVMI erhoben. Zur Orientierung der Verbraucher bei der Nutzung von Musik im Internet wurde 2013 die Initiative PLAYFAIR ins Leben gerufen. Das kulturelle Engagement des BVMI erfolgt unter dem Label der Deutschen Phono-Akademie: Jährlich werden herausragende Künstler mit dem Deutschen Musikpreis ECHO, dem ECHO Klassik und dem ECHO Jazz ausgezeichnet.

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Braubachstr. 16
60311 Frankfurt am Main

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels ist die Interessenvertretung der deutschen Buchbranche gegenüber der Politik und der Öffentlichkeit. Er wurde 1825 gegründet und vertritt die Interessen von rund 5.000 Buchhandlungen, Verlagen, Zwischenbuchhändlern und anderen Medienunternehmen. Der Kultur- und Wirtschaftsverband veranstaltet die Frankfurter Buchmesse, vergibt den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels sowie den Deutschen Buchpreis. Zudem setzt er sich für die Meinungs- und Publikationsfreiheit ein und engagiert sich in der Leseförderung.

DFL – Deutsche Fußball Liga GmbH

Guiollettstraße 44-46
60325 Frankfurt/Main

Der DFL Deutsche Fußball Liga e.V. ist der Zusammenschluss der 36 Profifußballklubs der Bundesliga und 2. Bundesliga in Deutschland. In seinem Auftrag organisiert die DFL Deutsche Fußball-Liga GmbH (DFL) die Ligawettbewerbe und vermarktet die Bundesliga und 2. Bundesliga im In- und Ausland. Hierzu zählt insbesondere die Vermarktung der audiovisuellen Medienrechte an den Spielen der zwei obersten Spielklassen des deutschen Fußballs.

DMV – Deutscher Musikverleger-Verband

Friedrich-Wilhelm-Str. 31
53113 Bonn

Der Deutsche Musikverleger-Verband e.V. (DMV) ist als Interessenvertretung ein Zusammenschluss von Musikverlagen aus dem gesamten Bundesgebiet. Er vertritt als zweitältester Verband in Deutschland – nach dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels – die Interessen aller Musikverlage, vom Großunternehmen bis zum kleinsten Chorverlag.

Mit rund 400 Musikverlagen erreicht der Verband einen Organisationsgrad von über 90% der in der Bundesrepublik Deutschland tätigen Musikverlage. Neben dem reinen Notengeschäft hat sich das Aufgabengebiet des seit mehr als 180 Jahren tätigen Verbandes heute auf die Wahrung und Sicherung von Nutzungsrechten an Werken der Musik im Rundfunk-, Internet- und Tonträgerbereich sowie auf Rechts- und Wirtschaftsfragen und die Verwertungsgesellschaften ausgeweitet.

GEMA

Reinhardtstraße 47
10117 Berlin

Die GEMA vertritt in Deutschland die Urheberrechte von rund 70.000 Mitgliedern (Komponisten, Textdichter und Musikverleger) sowie von über zwei Millionen Rechteinhabern aus aller Welt. Sie ist weltweit eine der größten Autorengesellschaften für Werke der Musik.

GVL – Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH

Podbielskiallee 64
14195 Berlin

Wer etwas Künstlerisches leistet oder hierfür die wirtschaftliche Grundlage schafft, muss Geld für die Nutzung seiner Leistungen erhalten. Die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) erfasst diese Nutzung. Die treuhänderisch eingenommenen Gelder u.a. von Radio- und Fernsehsendern sowie für die öffentliche Wiedergabe (z.B. in Restaurants oder Cafés) leitet die GVL als Vergütung an ihre Berechtigten weiter. Fast 150.000 ausübende Künstler, Bild- und Tonträgerhersteller, Musik- und Videoclipproduzenten sowie Veranstalter weltweit vertrauen der GVL – und machen sie damit zu einer der größten Verwertungsgesellschaften für Leistungsschutzrechte weltweit. Gesellschafter der GVL sind die Deutsche Orchestervereinigung e.V. (DOV) sowie der Bundesverband Musikindustrie e.V. (BVMI).

Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V.

Charlottenstraße 65
10117 Berlin

Die Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen ist die unabhängige Interessenvertretung der deutschen Produzenten von Film-, Fernseh- und anderen audiovisuellen Werken. Sie repräsentiert mit über 240 Mitgliedern die wichtigsten deutschen Produktionsunternehmen und ist damit der maßgebliche deutsche Produzentenverband. Im nationalen und im internationalen Rahmen tritt die Produzentenallianz gegenüber Politik, Verwertern, Tarifpartnern und allen Körperschaften der Medien- und Kulturwirtschaft für die Belange der Produzenten ein.

SPIO – Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V.

Hauptstadtbüro
Oranienburger Str. 17
10178 Berlin

Die Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e.V. (SPIO) vertritt die Interessen der deutschen Filmwirtschaft entlang der Wertschöpfungskette Filmproduktion, Postproduktion, Filmverleih, Filmtheater und Home-Entertainment. Als Dachverband sind der SPIO derzeit 18 Berufsverbände angeschlossen. Ziel der SPIO ist es, den deutschen Film in seiner Vielfalt, Qualität und internationalen Wahrnehmung zu stärken und seine Wettbewerbsfähigkeit als Wirtschafts- und Kulturgut zu sichern.

Die SPIO unterhält mit der Freiwilligen Selbstkontrolle der Filmwirtschaft (FSK) die älteste Selbstkontrollereinrichtung Deutschlands. Sie ist Mitglied im Deutschen Filminstituts-DIF e.V., Gründerin der Friedrich-Wilhelm-Murnau-Stiftung und der Deutschen Filmkünstlernothilfe.

Verband Bildungsmedien e.V.

Zeppelinallee 33
60325 Frankfurt

Der Verband Bildungsmedien vertritt die Interessen jener Unternehmen, die Medien und Lernlösungen für das Bildungswesen produzieren: für Schulen, die berufliche Bildung und die Erwachsenenbildung, für das Lernen in öffentlichen Bildungseinrichtungen und die private Weiterbildung. Wir betreuen zahlreiche Unternehmen aus dem gesamten Bundesgebiet - namhafte Anbieter von analogen und digitalen Medien, die für alle Bildungsbereiche produzieren.

Unsere Mitglieder bieten Bildungsmedien im weitesten Sinne an: Schulbücher und Lernhilfen, E-Books und Bildungssoftware, Medien für Whiteboards, Online-Portale, Fachliteratur und vieles mehr. Sie entwickeln innovative digitale und analoge Medienkonzepte für unterschiedliche Lernsituationen und -orte: Lehren und Lernen verändert sich stetig - und so auch der Charakter unserer Bildungsmedien.

VG Media – Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Sendeunternehmen und Presseverlegern mbH

Lennéstraße 5
10785 Berlin

Die VG Media ist die Verwertungsgesellschaft der privaten Sendeunternehmen und Presseverleger mit Sitz in Berlin. Sie vertritt die Urheber- und Leistungsschutzrechte nahezu aller deutschen und mehrerer internationaler privater TV- und Radiosender sowie über 200 digitale verlegerische Angebote.

Zu den von der VG Media vertretenen Medienunternehmen zählen in den unterschiedlichen Bereichen TV-Stationen wie Sat.1, ProSieben, RTL, N24, SPORT1, CNBC Europe, AL Jazeera, Eurosport und VIVA, Radiosender wie ANTENNE BAYERN, Klassik Radio, RTL RADIO, Hit Radio FFH und radio ffn und digitale verlegerische Angebote wie welt.de, handelsblatt.com, haz.de, augsburger-allgemeine.de, derwesten.de, westfälische-nachrichten.de. Die VG Media ist eine von 13 in Deutschland zugelassenen Verwertungsgesellschaften und steht unter der Aufsicht des Deutschen Patent- und Markenamtes (DPMA).

VPRT – Verband Privater Rundfunk und Telemedien e. V.

Stromstraße 1
10555 Berlin

Der Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT) ist die Interessenvertretung der privaten TV-, Radio- und Telemedienunternehmen in Deutschland. Seine rund 150 Mitglieder bereichern die deutsche Medienlandschaft durch Vielfalt, Kreativität und Innovation. Zentrales Ziel des VPRT ist es, die Zukunftsfähigkeit des Medienstandortes Deutschland auch in der digitalen Welt zu sichern. Der Verband setzt sich auf nationaler und europäischer Ebene dafür ein, die wirtschaftlichen, ordnungspolitischen und technischen Rahmenbedingungen für private Medienunternehmen in Deutschland zu optimieren und der dynamischen Entwicklung des Marktes anzupassen.