

**Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines  
Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes  
(neues WLAN-Gesetz – 3. TMGÄndG)**

**Stellungnahme der Motion Picture Association („MPA“) vom 9. März 2017**

Die MPA ist ein Verband, der die Interessen von internationalen Produktions- und Vertriebsunternehmen aus den Bereichen Film, Fernsehen und Home Entertainment vertritt. Mitglieder der Motion Picture Association (MPA) sind Paramount Pictures Corporation, Sony Pictures Entertainment Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Universal City Studios LLP, Walt Disney Studios Motion Pictures sowie Warner Bros. Entertainment Inc.

Unsere Mitgliedsfirmen produzieren und verbreiten audio-visuelle Inhalte wie Kino- und Fernsehfilme, Serien und auch Dokumentarfilme auf internationaler sowie nationaler Ebene. Dabei produzieren unsere Mitglieder auch lokal und zusammen mit europäischen Produktionspartnern und/ oder für europäische Sendeunternehmen oder verbreiten rein national produzierte Inhalte über die Landesgrenzen hinaus.

Im Rahmen der Verbreitung nutzen unsere Mitglieder seit geraumer Zeit neue Technologien, um einem breiten Publikum ein innovatives Online-Angebot von Filmen zu offerieren. Gleichzeitig haben sie sich den Herausforderungen solcher Technologien zu stellen, die nicht nur einen neuen Verbreitungsmodus von Filmen erlauben, sondern auch die unrechtmäßige Nutzung von Filmen und Serien im Internet begünstigen. Unsere Mitglieder sind daher von dem vorgeschlagenen Gesetzgebungspaket in vielfacher Weise direkt betroffen und verfügen über jahrzehntelange Praxis und Erfahrung mit der Durchsetzung (und Problemen mit dieser) von Rechten im Internet.

Die MPA bedankt sich daher für die Möglichkeit, zum RefE des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (im Folgenden: „TMG-E“) Stellung nehmen zu dürfen.

**I.**

Im Internet besteht eine Vielzahl von Angeboten, die strukturell darauf ausgerichtet sind, die Schutzrechte Dritter zu verletzen. Diese Angebote sind darauf angelegt und in der Lage, die jeweiligen Werke vollständig und ohne inhaltlich qualitative Abstriche einer potenziell unbegrenzten Öffentlichkeit zur Nutzung zugänglich zu machen. Nur beispielhaft sei die illegale deutschsprachige Film-Website „kinox.to“ genannt, die (als eine von einer Reihe solcher Angebote) ist die derzeit 43 meist besuchte Internetseite in Deutschland, mit geschätzten 55 Mio. Seitenabrufen im Monat, wobei 85,7 Prozent der Nutzer hiervon aus Deutschland kommen.

Die Anbieter und Vermittler dieser Angebote verfolgen dabei kommerzielle Interessen. Der 2012 wegen Urheberrechtsdelikten zu 4,5 Jahren Haft verurteilte Betreiber des illegalen Film-Onlinedienstes kino.to erzielte nach den Urteilsfeststellungen des erkennenden Gerichts (LG Leipzig) bereits im ersten Jahr des Betriebs seines illegalen Dienstes 150.000 Euro monatlich allein an Werbeeinnahmen; zuletzt (2012) bewegten sich seine jährlichen Einnahmen insgesamt im Millionenbereich. Die Gewinnmargen der Anbieter sind aufgrund vielfacher illegaler Einsparungen erfahrungsgemäß beträchtlich, da sie weder Herstellungskosten an den kreativen Inhalten tragen noch Lizenzen an die Rechteinhaber oder auch Steuern abführen.

Ein unmittelbares rechtliches Vorgehen gegen die gewerbsmäßig organisiert agierenden Seitenbetreiber ist jedoch mangels Erreichbarkeit derselben nur in Ausnahmefällen möglich. Auch der Koalitionsvertrag vom 27. November 2013 erkennt das Problem der massenhaften Rechtsverletzungen im Internet (Seite 133). Diese Rechtsverletzungen werden im Regelfall anonym begangen, so dass es in einem solchen „Streaming-Umfeld“ (und im Gegensatz zu über sog. „Peer-to-Peer“-Netzwerke begangenen Rechtsverletzungen, wo es ein etabliertes System zur Verfolgung von Rechtsverletzungen gibt) schwierig bis unmöglich ist, die eigentlichen Täter verantwortlich zu machen.

Regelmäßig werden an Stelle der Verletzer die allein greifbaren Vermittler in Anspruch genommen, deren Dienste für die Rechtsverletzungen genutzt wurden. Dafür besteht ein unabweisbares Bedürfnis, wie es auch von Art. 8 Abs. 3 und von Erwägungsgrund 59 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 anerkannt ist:

*(59) Insbesondere in der digitalen Technik können die Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden. Oftmals sind diese Vermittler selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen. [...]*

Die MPA hat deshalb seit jeher zur Herstellung von Rechtssicherheit eine gesetzliche Umsetzung von Artikel 8 Abs 3 der UrhR-RL gefordert. Daher begrüßen wir grundsätzlich, dass das Ministerium diesen Ansatz aufgreift, der in der vorliegenden Form jedoch weit hinter den europarechtlichen Vorgaben und praktischen wie rechtlichen Anforderungen zurück bleibt und gegenüber der geltenden Rechtslage keine Verbesserung der Rechtssicherheit darstellt.

Zunächst sind die relevanten Vermittler nicht nur die Zugangsprovider, die der TMG-E allein regelt. Die TMG-Reform soll lediglich im Hinblick auf Diensteanbieter nach § 8 TMG erfolgen. Jedoch fallen unter Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 (als „Vermittler“) und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 (als „Mittelspersonen“) auch andere Diensteanbieter im Sinne des TMG, nämlich insbesondere Hostingprovider gem. § 10 TMG (EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 28 ff. – Netlog/SABAM), aber auch andere Vermittler im Internet. Nach der BGH-Rechtsprechung erfolgt die Umsetzung bisher auf der Grundlage der deutschen Störerhaftung (BGH GRUR 2007, 708 Rn. 36 – Internet-Versteigerung II).

Insbesondere Hosting Provider werden – wie Zugangsprovider nach § 8 TMG – umfassend genutzt, um im Internet Rechtsverletzungen zu begehen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Hinblick auf Hosting Provider ein geringeres Interesse an einer Umsetzung bestehen würde.

Methodisch inkonsequent ist im Zusammenhang mit Hosting Providern, dass der TMG-E in § 7 Abs. 3 S. 1 dann allerdings ausnahmsweise eine Regelung enthält, die (auch) auf Hosting Provider anwendbar ist. § 7 Abs. 3 S. 1 TMG-E könnte insoweit dazu führen, dass die langjährig eingespielte Praxis der Notice-And-Takedown-Verfahren mit zumutbaren Vorsorgepflichten für Hosting Provider nicht mehr funktioniert und Gerichte erheblich zusätzlich belastet werden (siehe unten II. 2.).

Aber der TMG-E greift nicht nur wegen der grundsätzlich fehlenden Regelungen für Hosting Provider deshalb zu kurz. Der TMG-E enthält eine Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48, die europarechtswidrig ist. Das gilt nicht nur für § 7 Abs. 4 TMG-E und seine Subsidiaritätsklausel, seine beschränkten Rechtsfolgen („Sperrung von Informationen“) oder die Kostenregelungen,

sondern auch für § 7 Abs. 3 TMG-E und für § 8 Abs. 1 TMG-E. Wir haben das im Detail unten in Ziffer II. dargestellt.

Schließlich besteht Regelungsbedarf auch außerhalb der Geistigen Eigentumsrechte. Hassreden und Fake News sind nicht nur gesellschaftspolitisch wenig wünschenswert, sondern verletzen regelmäßig auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen. Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts werden im TMG-E überhaupt nicht reguliert.

Schlimmer noch: § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E schließt Ansprüche gegen Diensteanbieter nach § 8 TMG (Zugangsprouider; WLAN-Provider) auf Unterlassung und Beseitigung, die beispielsweise wegen Verletzung von allgemeinen Persönlichkeitsrechten bestehen, gänzlich und pauschal aus. Nur für eine Verletzung von geistigen Eigentumsrechten gewährt § 7 Abs. 4 TMG-E eine Ausnahme. Mit anderen Worten: Persönlichkeitsrechtswidrige Hassreden und Fake News können gegenüber Diensteanbietern nach § 8 TMG nicht mehr verfolgt werden.

**Ein Beispiel:** Eine live im Internet ausgestrahlte „Nachrichten“-Sendung verbreitet neben Hassreden täglich Fake News. Die Sendung wird aus einem Ort in das Internet gestellt, der vor deutscher Rechtsverfolgung sicher ist. Die Sendung bedient sich allerdings deutscher Upstream-Provider (Diensteanbieter nach § 8 TMG), um den Live-Stream in Deutschland zugänglich zu machen. Ein Vorgehen gegen den Upstream-Provider zumindest auf Unterlassung wäre nach § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E ausgeschlossen.

Das erscheint als rechtlich sehr bedenklich. Allgemeine Persönlichkeitsrechte sind verfassungsrechtlich abgesichert (GG, EU-Charta). Genauso wie für geistige Eigentumsrechte drohen hier aber absolute Lücken im Rechtsschutz, wenn ein Vorgehen gegen Diensteanbieter nach § 8 TMG die einzige zumutbare Möglichkeit für einen Rechtsschutz ist. Z.B. bei persönlichkeitsrechtswidrigen Hassreden und Fake News würde der neue § 8 Abs. 1 S. 2 TMG-E damit eine absolute Rechtsschutzlücke reißen, wenn nur der Zugangsprouider zumutbare Möglichkeiten hat, die persönlichkeitsrechtsverletzende Äußerung zu verhindern. Solche Rechtsschutzlücken im Persönlichkeitsrecht erscheinen genauso verfassungswidrig wie bei geistigen Eigentumsrechten (siehe EuGH Rn. 98 – McFadden).

Die angedachte Reform des TMG springt danach zu kurz, weil sie

- nur Zugangsprouider, aber nicht die praktisch für Verletzungen der geistigen Eigentumsrechte im Internet genauso relevanten Hosting Provider einbezieht;
- Verletzungen von allgemeinen Persönlichkeitsrechten und anderen Rechtsgütern nicht berücksichtigt und sogar Ansprüche gegen Zugangsprouider völlig ausschließt, selbst wenn dies die einzige Möglichkeit des Rechtsschutzes ist.

Wir raten deshalb sehr nachdrücklich dazu, sich ausreichend Zeit zu nehmen, eine TMG-Reform auf den Weg zu bringen, die sowohl die Hosting Provider als auch Persönlichkeitsrechte und sonstige schützenswerte Rechtsgüter berücksichtigt. **In seiner aktuellen Form sollte der TMG-E nicht weiterverfolgt werden.**

Es besteht derzeit auch keine unerträgliche Rechtsunsicherheit, die ein sofortiges Handeln des Gesetzgebers erzwingen würde. Sowohl im Bereich Zugangsprouider als auch im Bereich Hosting Provider hat die Rechtsprechung die Störerhaftung mittlerweile so gut ausgeformt, dass die Rechtsunsicherheit begrenzt ist.

## II.

Sollten das BMWi, die Bundesregierung und letztlich der Deutsche Bundestag dennoch an dem Gesetzesvorhaben und der angedachten Reform der §§ 7, 8 TMG festhalten wollen, 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)

Die MPA begrüßt grundsätzlich, endlich Art. 8 Abs. 3 Urheberrechtsrichtlinie 2001/29 und Art. 11 S. 3 Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 ausdrücklich in deutsches Recht umzusetzen. Dieser Umsetzung dient § 7 Abs. 4 TMG-E.

Im Hinblick auf § 7 Abs. 4 TMG-E sehen wir noch 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 Hosting Provider Anwendung finden soll.

§ 7 Abs. 4 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“)

Die MPA spricht sich entschieden dagegen aus, die Subsidiaritätsklausel („keine andere Möglichkeit der Verletzung seines Rechts abzuhelpen“) in § 7 Abs. 4 TMG-E vorzusehen. Sie sollte ersatzlos gestrichen werden.

Es ist europarechtlich keinesfalls geklärt, ob ein Subsidiaritätskriterium überhaupt 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 Tebelkabel). Der EuGH ging in seiner Entscheidung mit keinem Wort darauf ein (Rechtssache C-314/12, Urteil vom 26.03.2014 – UPC Tebelkabel), was gegen jedes Subsidiaritätserfordernis spricht. Konsequenterweise prüfen deshalb im Vergleich zum TMG-E Gerichte aus anderen EU-Staaten gar keine Subsidiarität. Oder sie legen die Subsidiarität 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 Hostprovider 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 überhaupt und ggf. inwieweit eine Subsidiarität besteht, der europarechtlichen Rechtsprechung überlassen bleiben.

Über dies erscheint die kategorische Subsidiarität („keine andere Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzuhelpen“) in § 7 Abs. 4 TMG-E auch als unangemessenen. 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 entstände, 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 als sinnvoll, weil doch nicht jede (noch so aufwendige) Möglichkeit genügen darf, um den Anspruch auszuschließen. Es müsste deshalb in § 7 Abs. 4 TMG-E zumindest wie folgt formuliert werden (Änderungen unterstrichen):

*„... keine andere zumutbare Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzuhelpen, ...“*

Auch bei dieser Formulierung blieben jedoch die oben dargestellten grundsätzlichen Bedenken bestehen, ob eine Subsidiaritätsklausel überhaupt europarechtlich zulässig ist.

### 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 den 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.

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 in vor deutschen Gerichten üblichen Regel zurückkehren, dass 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 uns).

Über dies 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. Damit 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“ überhaupt nicht berücksichtigt und auch im Übrigen kaum wünschenswert.

Deshalb sollte § 7 Abs. 4 S. 3 TMG-E wie folgt umformuliert werden (Änderungen unterstrichen):

*„Ein Anspruch gegen den Diensteanbieter auf Erstattung der vor~~und~~  
~~außer~~gerichtlichen Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung des  
Anspruchs nach Satz 1 besteht außer in den Fällen des § 8 Absatz 1 Satz 3 nicht.“*

Vorgerichtliche Kosten: Anders als bei WLAN-Anbietern gibt es für allgemeine Zugangsprovider keine anlasslosen Prüfpflichten nach der Störerhaftung. Allgemeine Zugangsprovider (die nicht WLAN-Anbieter sind) haften also erst als Störer, wenn sie auf eine Rechtsverletzung aufmerksam gemacht wurden, für die ihre Dienstleistungen in Anspruch genommen werden. Für diese erste Notifizierung fallen schon heute keine Abmahnkosten an, weil die Notifizierung die Störerhaftung erst auslöst.

Deshalb sind bereits heute die Rechteinhaber bei der Inanspruchnahme von allgemeinen Zugangs Providern im Rahmen der Störerhaftung mit hohen nichterstattungsfähigen Kosten belastet. Neben den Ermittlungskosten für die Urheberrechtsverletzungen müssen die Rechteinhaber heute bereits auf eigene Kosten den Zugangsprovider über die Rechtsverletzungen ausführlich informieren und die notwendigen Sicherungsmaßnahmen einfordern, um die Störerhaftung überhaupt erst zu begründen. Zahlreiche Zugangsprovider kommen nach der Erstinformation ihren Sicherungspflichten nach und verhalten sich rechtskonform, um nach Kenntniserlangung die Kosten für eine etwaige Inanspruchnahme zu vermeiden. Die Zugangsprovider, die sich anders verhalten, nicht auf Notifizierungen reagieren und sich bewusst in den rechtlichen Graubereich bewegen, erscheinen nicht als schutzwürdig. Sie sollten weiter Abmahnkosten zahlen.

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.

## **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 Hostingprovider. Damit könnten Hostingprovider nur noch behördlich oder gerichtlich verpflichtet werden. Die etablierten und funktionierenden Notice-and-Takedown-Verfahren mit zumutbaren Vorsorgepflichten für Hostingprovider (BGH GRUR 2013, 1030 – File-Hosting-Dienst) könnten nicht mehr auf freiwilliger Basis verabredet werden. Insoweit erscheint es als realistisch, dass die Gerichte zusätzlich stark auch im Hinblick auf Hostingprovider belastet würden. Das ist bislang unter „Erfüllungsaufwand für die Verwaltung“ überhaupt 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):

*Die Möglichkeit, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, bleibt 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 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 Formulierungen 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 dieser Ansprüche.“*

Für ein Gespräch stehen wir jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

Kontakt MPA Deutschland:

Christian Sommer  
Country Representative Germany  
Motion Picture Association (MPA)  
Brunnenstr. 41  
10115 Berlin

E: christian\_sommer@mpagermany.org  
T: 030 120 88 187  
M: 0170 4577118