

HERAUSGEBER

Dietrich Beese, Rechtsanwalt, Hamburg – **Dorothee Belz**, Director Legal & Corporate Affairs, Microsoft Deutschland GmbH, Unterschleißheim – **Dr. Michael Bertrams**, Präsident VerfGH und OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, MSc. (LSE), Direktor Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V., Berlin – **Jürgen Doetz**, Präsident Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), Berlin/Präsident der Fernsehakademie Mitteldeutschland, Leipzig – **Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle**, Justitiar ZDF, Mainz – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin Öffentlichkeitsarbeit, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Prof. Dr. Günter Knieps**, Direktor des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik, Universität Freiburg – **Wolfgang Kopf**, Leiter des Zentralbereichs Politische Interessenvertretung und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Christopher Kuner J.D.**, LL.M., Attorney at Law, Hunton & Williams, Brüssel – **Matthias Kurth**, Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Raue L.L.P., Berlin – RA **Dr. Wolfgang von Reinersdorff**, Justitiar Deutsche Netzmarkting GmbH, Köln/Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg / Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – RA **Dr. Axel Spies**, Bingham McCutchen, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin –
Marianne Gerstmeyer, Redaktionsassistentin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL ACTA ad acta? Überlegungen zum urheberrechtlichen „Shitstorm“

Wer hätte noch vor einigen Jahren damit gerechnet, dass sich an einem kalten Samstag im Februar 2012 viele tausende Menschen in Deutschland zu Demonstrationen rund um das Copyright versammeln? Urheberrecht galt viele Jahrzehnte als „Exoten“-Thema, wichtig für Theaterleute, Filmemacher, Schriftsteller oder Musiker. Doch spätestens mit der Integration von Software und Datenbanken in das Urheberrecht sind von urheberrechtlichen Änderungen große Teile der Volkswirtschaft betroffen. Wer das Urheberrecht auf Betonsichtwände, Werbesprüche oder „Tripp-Trapp“-Stühle ausdehnt, darf sich nicht wundern, wenn immer größere Teile der Bevölkerung sich für Leistungsschutzrechte und Urheberrechtsschranken interessieren und gegebenenfalls dafür auch auf die Straße gehen.

Der Anlass für diese Demonstrationen ist wohl eher willkürlich. Denn ACTA selbst hat inhaltlich in der letzten Fassung keinen „Biss“ mehr. Die in den ersten Geheimfassungen enthaltenen Sperrverpflichtungen für Access-Provider sind ebenso wie viele andere bizarre Vorschläge aus dem Endtext herausgefallen. Geblieben sind allerdings sehr vage, abstrakte Formulierungen zur Stärkung der sog. Kreativwirtschaft. Zu Recht betont daher die *Bundesjustizministerin*, dass eigentlich sich derzeit – auf Grund von ACTA – in Deutschland kein neuer gesetzgeberischer Regelungsbedarf ergebe. Aber darum geht es den Demonstranten auch gar nicht.



Prof. Dr. Thomas Hoeren

Beklagt wird zu Recht anderes: ACTA ist das Symbol einer Geheimpolitik und einer unheilvollen Verbrüderung von Musik- und Filmindustrie mit der völkerrechtlichen Diplomatie. Die Content-Industrie hat immer wieder versucht, beängstigende Vorstellungen zur Verschärfung des Urheberrechts in die nationalen Parlamente zu bringen. Sie hat es in Berlin versucht, ist nach London und Dublin gezogen, hat in Frankreich interveniert. Meist ist sie damit gescheitert, zuletzt vor dem *EuGH* im Scarlet Extended-Fall (*EuGH*, U. v. 24.11.2011 – C-70/10, ZD 2012, 29). Auch ihre Versuche in den USA, bekannt unter den Kurzbezeichnungen SOPA und PIPA, haben nicht zuletzt dank des Widerstands aus Silicon Valley keine Früchte gezeigt.

Doch der „*IFPI-Cerberus*“ lässt jeden abgeschlagenen Kopf durch drei neue ersetzen. Und so hat der Lobbyismus das Völkerrecht entdeckt, eine dankbare Disziplin, weil sie in der diplomatischen „Geheimnistümelei“ unsägliche Ideen abseits aller parlamentarischen Kontrollen aushecken kann. Seit 2006 fanden geheime Verhandlungen über ein neues Abkommen zur Durchset-

zung der Rechte geistigen Eigentums außerhalb von *WIPO* und *WTO* statt. Verhandlungsparteien waren: Australien, Kanada, die EU und ihre Mitgliedstaaten, Japan, Südkorea, Mexiko, Marokko, Neuseeland, Singapur, Schweiz, USA.

Bis 2010 fehlte jegliche Transparenz. Entwurfsteile gelangten jedoch als sog. „Leaks“ in die Öffentlichkeit. Die Diskussion rund um ACTA galt weiter als „top secret“, selbst auf Intervention des *Europäischen Parlaments*. Nur nach enormem Protest, insbesondere aus der Schweiz, wurden Vorentwürfe im Netz veröffentlicht; erst langsam wurde das Ausmaß der Geheimverhandlungen klar.

Die ursprünglichen Texte von ACTA waren fatal gewesen: Angedacht war, die Access-Provider für die von ihren Kunden begangenen Urheberrechtsverletzungen als Störer haftbar zu machen. Dieser Verantwortlichkeit wären sie nur dadurch entgangen, dass sie den Datenverkehr ihrer Kunden überwachen und ihnen (ähnlich wie beim Three-Strikes-Prinzip) den Internetzugang nach drei Urheberrechtsverstößen sperren. Neu geregelt werden sollten Anstiftung und Beihilfe zu Urheberrechtsverletzungen. Schnell formierte sich auch ein Widerstand in der Wissenschaft, er kulminierte in einem an Deutlichkeit kaum zu überbietenden Aufruf zur Beendigung der ACTA-Diskussionen (*A. Metzger/R. Matulionyte* (coordinators), „Opinion of European Academics on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement“, February 2011, abrufbar unter: http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/pdf/ACTA_opinion_110211_DH2.pdf). ACTA wurde abgeschwächt, abgeschwächt, abgeschwächt – bis in dem Ende 2010 verabschiedeten Vertragstext nur noch vage Formulierungen blieben.

Deren Interpretation bleibt sehr unklar, zumal die Verhandlungsprotokolle zum Vertrag noch nicht veröffentlicht worden sind und selbst dem *Europäischen Parlament* nicht zur Verfügung stehen. Die „Teufeleien“ stecken daher im Detail, wie einige Beispiele zeigen. Während nach Art. 47 TRIPs Auskunftsansprüche nur gegen rechtsverletzende Access-Provider möglich sind, sieht Art. 27.4 ACTA eine Pflicht zur Weitergabe von Nutzerdaten unabhängig von einer Rechtsverletzung durch den Access-Provider vor. ACTA verweist an dieser Stelle zwar darauf, dass die fundamentalen Rechte „such as freedom of expression, fair process, and privacy“ einzuhalten sind. Es fehlen aber Hinweise im Text, wie das gehen soll. Oder: Art. 23.1 ACTA sieht Strafmaßnahmen bei kommerziellen Rechtsverletzungen vor und definiert „commercial scale“ als „all acts carried out on a commercial scale including at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage“. Damit bleibt unklar, ob zum Beispiel Handlungen zum privaten Nutzen oder zu Unterrichts- oder Forschungszwecken wirklich „non-commercial“ sind. Und schließlich lassen die Schadensersatzregeln von ACTA auf Grund unklarer Regelungen die Kombination von entgangenem Gewinn und Verletzerprofit bei der Schadensberechnung zu (Art. 9.1 und 9.2. ACTA).

Gerade diese Unklarheiten zeigen, dass die böswilligen Intrigen-Kampagnen der *IFPI* & Co. ein Ende haben müssen. Netzaktivisten lassen jedenfalls solche Kungeleien nicht mehr zu. Und es geht auch inhaltlich um mehr, als man denkt.

Wenn Frau *Leutheusser-Schnarrenberger* jetzt darauf verweist, dass in Deutschland kein Änderungsbedarf durch ACTA entstehe, verkennt sie, dass Deutschland schon jetzt unerträgliche, durch nichts gerechtfertigte Schlechterstellungen, sowohl der Kreativen wie auch der Nutzer im Urheberrecht, verankert hat. Viele Kreative werden in weiten Teilen der Content-Industrie durch Buy-out-Verträge ausgeblutet, sodass neuerdings die Rechtsprechung in der Not zur AGB-Kontrolle greift (*OLG Hamburg*, U. v. 1.6.2011 – 5 U 113/09; *OLG München*, U. v. 21.4.2011 – 6 U 4127/10; *LG Braunschweig*, U. v. 21.9.2011 – 9 O 1352/11; *LG Mannheim*, U. v. 5.12.2011 – 7 O 442/11). Die Nutzer werden mit abertausenden von Abmahnungen überzogen und mussten einen kontinuierlichen Wegfall der sie begünstigenden Schranken hinnehmen.

Die Instrumente zur Durchsetzung des Urheberrechts wurden immer weiter verfeinert und „verschlimmbessert“; parallel zur ACTA überlegt man in Brüssel gerade eine Verschärfung der Enforcement-Richtlinie (s. erste Vorschläge im Review-Bericht der *Kommission* Ende Januar 2011 unter: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2011_markt_006_review_enforcement_directive_jpr_en.pdf).

Und auch in der Diskussion um die Access-Provider kehrt keine Ruhe ein, denkt man etwa an das in vielfältiger Hinsicht unzulängliche Modell des *BMW* für einen Two-Strikes (der Text des Gutachtens ist abrufbar unter: <http://bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovation/warnhinweise-lang,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>). Nach diesem Modell soll es zulässig sein, wenn Rechteinhaber Hinweise auf illegale Nutzungen geschützter Werke zunächst an die Zugangsanbieter senden und diese unter Rückgriff auf Verbindungs- und Bestandsdaten den Anschlussinhaber ermitteln und verwarnen. Parallel dazu wird die Einrichtung einer Datenbank zur Erfassung von Wiederholungstätern vorgeschlagen.

Doch all diese weiteren Versuche, das Urheberrecht zu verschärfen und auszudehnen, stoßen jetzt eben auf immer breiteren Widerstand. Das Urheberrecht ist aus den Fugen geraten, es wird zu einem Urheber-Unrecht. Deshalb sind die Demonstrationen rund um ACTA nur der Beginn einer stillen Revolution, einer grundlegenden Infragestellung der Möglichkeiten und Grenzen eines Informationsrechts und des Abschieds von geheimen Strippenziehereien der Film- und Musikindustrie. Letztere wird dies kaum interessieren; sie berät wahrscheinlich jetzt schon wieder über neue taktische Maßnahmen. Aber ein wenig Angst wird sie schon haben; denn auch die Politik bangt – um ihre Wähler.

Münster, im März 2012

Thomas Hoeren

Professor Dr. Thomas Hoeren

ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mitherausgeber der *MMR*.