

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen des *Audiencia Provincial de Barcelona*, Spanien vom 31.10.2008

5. Januar 2008
Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 1.200 Unternehmen, davon 900 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software, IT-Services und Telekommunikationsdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für bessere ordnungspolitische Rahmenbedingungen, eine Modernisierung des Bildungssystems und eine innovationsorientierte Wirtschaftspolitik ein.

Auf Bitten des Bundeswirtschaftsministeriums nimmt BITKOM zum oben genannten Thema wie folgt Stellung:

Das *Audiencia Provincial de Barcelona* hat am 31. Oktober 2008 im Rahmen des Verfahrens der *SGAE* (spanische Verwertungsgesellschaft) gegen *Padawan S.L.* zu folgender Kernfrage ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof gestellt:

Ist es mit dem gemeinschaftlichen Begriff des „gerechten Ausgleichs“ (Art. 5 Abs. 2 Buchst. B der Richtlinie 2001/29/EG; im folgenden „Urheberrechts-Richtlinie“ genannt) vereinbar, dass bei einem Einziehungsverfahren, das Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung mit einer Abgabe belastet, diese „Abgabe“ auf Unternehmen und Freiberufler, die solche Geräte und Datenträger eindeutig zu anderen Zwecken als dem der privaten Vervielfältigung erwerben, unterschiedslos angewandt wird?

Nach Auffassung des BITKOM ist grundsätzlich zwischen der privaten und der gewerblichen Nutzung von Geräten und Speichermedien zu differenzieren und in letzterem Fall kein Raum für Abgaben. Der urheberrechtlich relevante Nutzungsgrad und der damit einhergehende Schaden sind bei gewerblich eingesetzten Geräten und Speichermedien entweder gar nicht vorhanden oder so marginal, dass eine Abgabe bei diesen Produkten nicht gerechtfertigt ist. Alles andere spräche gegen den Grundsatz des „gerechten Ausgleichs“.

Im Einzelnen:

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation und
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A
10117 Berlin-Mitte
Tel.: +49.30.27576-0
Fax: +49.30.27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

Ansprechpartner

Judith Lammers, LL.M.
Bereichsleiterin
Urheberrecht
Tel.: +49.30.27576-156
Fax: +49.30.27576-409
j.lammers@bitkom.org

Präsident

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
August-Wilhelm Scheer

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen „gerechter Ausgleich“

Seite 2

- 1. Impliziert der Begriff „gerechter Ausgleich“ in Art. 5 Abs. 2 Buchst. B der Richtlinie 2001/29/EG eine Harmonisierung, unabhängig von der Befugnis der Mitgliedstaaten, diejenigen Vergütungssysteme auszuwählen, die sie für die Durchsetzung des Rechts auf einen „gerechten Ausgleich“ für die Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums, die von der Einführung der Ausnahme für Privatkopien vom Recht auf Vervielfältigung betroffen sind, als sachgerecht erachten?**

Es ist eine goldene Regel des europäischen Rechts, dass dort wo explizite oder implizierte Ausnahmen zu europäischen Bestimmungen auf nationaler Ebene erlaubt sind, die nationale Umsetzung nicht zu einer Aushöhlung solcher Bestimmungen führen darf. Auch wenn die Europäische Kommission es mit der Urheberrechts-Richtlinie unterlassen hat, das Abgabensystem im Detail zu harmonisieren, so hat sie doch bestimmte Kriterien festgesetzt, um den Rahmen dieser Ausnahmen zu bestimmen und um eine einheitliche Auslegung des europäischen Urheberrechts zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, dass der Begriff „gerechter Ausgleich“, welcher für das gesamte Abgabensystem von maßgeblicher Bedeutung ist, in allen Mitgliedsstaaten gleich ausgelegt wird.

So ist es für eine intakte Wirtschaft im europäischen Binnenraum notwendig, dass Pauschalssysteme – wie das der urheberrechtlichen Abgaben – europaweit harmonisiert werden, um Marktverzerrungen zu vermeiden. Für Unternehmen, die im gesamten europäischen Binnenmarkt aktiv sind, ist es kaum noch überschaubar, in welchen Ländern welche Geräte und welche Speichermedien in welchem Umfang abgabepflichtig sind. Die momentane Situation – 27 verschiedene Abgabensysteme zu berücksichtigen – ist für Hersteller, Importeure wie auch Händler nicht tragbar. Eine Harmonisierung der Systeme ist hier längst überfällig.

Da aktuell die Vergütungspflicht in Europa für die einzelnen Geräte und Speichermedien höchst unterschiedlich geregelt ist, teilweise eine Vergütungspflicht auch gar nicht besteht, wird prinzipiell ein Anreiz geschaffen, die Produkte aus einem Land mit geringer oder keiner Abgabepflicht direkt an den Endkunden zu vertreiben. In einem Markt mit geringen Gewinnmargen ist eine solche Verlagerung des Vertriebs ein entscheidender Wettbewerbsfaktor. Der Wettbewerb zwischen den einzelnen Marktteilnehmern wird auf diese Weise durch den Standort und nicht das Produkt geprägt. Unternehmen, deren Struktur eine schnelle Verlagerung des Vertriebs erlaubt, können sich aufgrund der divergierenden Gesetzeslage kurzfristig einen beachtlichen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Dies widerspricht dem Grundgedanken des europäischen Binnenmarktes, nach dem der Vertriebsstandort gerade keinen Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit von Produkten haben soll.

Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass Hersteller und Importeure aufgrund einer Art Notkonstrukt für Abgaben belangt werden, weil man in der damals noch analogen Welt den eigentlichen Nutzer nicht greifen konnte. Daher ist es umso wichtiger, dass die Abgaben im europäischen Binnenmarkt gleich hoch sind. Nur so lassen sich Wettbewerbsnachteile vermeiden.

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen „gerechter Ausgleich“

Seite 3

Es ist entscheidend, dass sich der Ausgleich europaweit an dem „*actual harm*“ unter Berücksichtigung des „*de minimis*“-Prinzips bemisst. Diese Kriterien sind bei der Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht zwingend zu berücksichtigen und bedürfen einer einheitlichen Auslegung, um zumindest eine gewisse Angleichung der verschiedenen Systeme zu erreichen.

Abschließend ist zu Ziffer 1 festzuhalten, dass – obwohl es den Mitgliedsstaaten derzeit noch überlassen wird, wie und in welcher Form sie Abgabensysteme für Privatkopien gestalten – der Begriff „gerechter Ausgleich“ in Art. 5 Abs. 2 Buchst. B der Urheberrechts-Richtlinie in jedem Mitgliedsstaat gleich auszulegen ist und dass eine baldige Harmonisierung der Abgabensysteme auf europäischer Ebene unausweichlich ist.

- 2. Sind die Mitgliedstaaten unabhängig von dem System, das sie für die Bestimmung des gerechten Ausgleichs anwenden, verpflichtet, zwischen den Beteiligten – auf der einen Seite die Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums, die von der Ausnahme für Privatkopien betroffen sind, als Gläubiger des Ausgleichs und auf der anderen Seite die unmittelbar oder mittelbar zu seiner Zahlung Verpflichteten – Ausgewogenheit herbeizuführen, und wird diese Ausgewogenheit durch die Rechtfertigung des gerechten Ausgleichs bestimmt, die darin besteht, den sich aus der Ausnahme für Privatkopien ergebenden Schaden zu beseitigen?**

Die Regelung der Privatkopie stellt eine Ausnahme zum ausschließlichen Recht des Urhebers dar, sein Werk zu verwerten. Sie erlaubt, in bestimmtem Rahmen und zu bestimmten Zwecken ohne die Zustimmung des Urhebers Werke zu vervielfältigen. Aus diesem Grund ist es richtig und logisch, dass der Urheber für diese Ausnahme einen Ausgleich erhalten soll. Es ist aber genauso richtig und ausdrücklich durch die Urheberrechts-Richtlinie manifestiert, dass die Höhe des Ausgleichs sich nur an dem erlittenen Schaden des Urhebers bemessen kann. Dies ist insbesondere deshalb unerlässlich, da der Hersteller bzw. Importeur von Geräten und Speichermedien – wie oben bereits dargelegt – aus historisch logistischen Gründen als unbeteiligter Dritte belangt worden ist und dieser im Sinne des Gesetzes die Abgabe an den Verbraucher vollständig weitergeben soll. Damit werden an dieser Stelle nicht nur die Hersteller- sondern insbesondere die Verbraucherinteressen berührt. Als Beispiel für eine bisher völlig überschätzte Schadenshöhe und damit in erster Linie zum Schaden der Verbraucher ungerechtfertigte Abgabepflicht sei hier der Onlinemarkt von urheberrechtlich geschützten, digitalen Werken genannt:

Jede Abgabe, die gezahlt wird, um den Schaden durch digitale Kopien im Online- und Mobile-Bereich zu kompensieren, ist eine Doppelzahlung und damit eine inakzeptable Doppelbelastung des Verbrauchers. Im Online-Markt bezahlt der Verbraucher entweder für den Download oder aber der Urheber hat das Werk bewusst frei ins Netz gestellt – beide Vermarktungswege sind für die eigentliche Privatkopie, die durch die Abgabe abgedeckt werden soll, irrelevant, da sie keinen „*actual harm*“ verursachen. Bei erworbenen CDs oder DVDs ist die Privatkopie entweder Teil der Lizenzvereinbarung, vertraglich untersagt oder wird durch Kopierschutz unterbunden. In keinem Fall ist eine Pauschalabgabe erforderlich. Dies hat vor wenigen Monaten auch der deutsche Bundesgerichts-

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen „gerechter Ausgleich“

Seite 4

hof in seinem Urteil zur PC- und Druckerabgabe noch einmal klargestellt.¹ Soweit beispielsweise ein Ausdruck digitaler Werke von einem Datenträger möglich ist, sei dies entsprechend meist schon in den Nutzungsbedingungen gestattet. Liege keine ausdrückliche Gestattung vor, aber auch kein gegenteiliger Hinweis, dürfe der Erwerber des Datenträgers in der Regel davon ausgehen, dass er dessen Inhalt zum eigenen Gebrauch ausdrucken darf. Gleiches gelte – so der BGH – bei digitalen Inhalten aus dem Internet: Für den Fall, dass ein Ausdruck von Inhalten nicht unterbunden oder aber ausdrücklich untersagt wird, sei eine konkludente Einwilligung in die Vervielfältigung anzunehmen.

Entsprechend muss bei der Beurteilung des „gerechten Ausgleichs“ gerade im Online- und Mobile-Vertrieb immer wieder hinterfragt werden, (1) wo überhaupt „*actual harm*“ verursacht wird und (2) welche Kompensationsmöglichkeiten tatsächlich am sinnvollsten, effektivsten und für alle Beteiligten am wenigsten belastend sind. Gerade im Online- und Mobile-Bereich ist die Kompensation über die Pauschalabgabe längst überholt.

Zusammenfassend heißt dies, dass Abgaben – als Ausgleich für die gesetzlich erlaubte Privatkopie – nur den entgangenen Verlust des Urhebers an der eigenen Vermarktung des Werks kompensieren können. Wo kein Schaden entstanden ist, weil die Nutzung des Werks beispielsweise schon entgeltlich oder unentgeltlich lizenziert wurde, ist kein Ausgleich gerechtfertigt.

3. Muss in den Fällen, in denen ein Mitgliedstaat sich für ein System der Gebühr oder Abgabe auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Wiedergabe entscheidet, diese Gebühr (der gerechte Ausgleich für Privatkopien) notwendigerweise nach dem durch Art. 5 Abs. 2 Buchst. B verfolgten Zweck und dem Kontext dieser Vorschrift mit dem mutmaßlichen Gebrauch der Anlagen und Medien zur Anfertigung von Vervielfältigungen, die von der Ausnahme für Privatkopien begünstigt sind, im Zusammenhang stehen, so dass die Erhebung der Gebühr gerechtfertigt wäre, wenn die Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Wiedergabe mutmaßlich für die Anfertigung von Privatkopien verwendet werden, andernfalls aber nicht?

Ein Ausgleich ist nur dort adäquat, wo auch etwas auszugleichen ist; mit anderen Worten, dort wo ein Schaden durch die Erstellung einer Privatkopie entstanden ist. Dies ist nicht der Fall, wenn eine Kopie beispielsweise verboten und damit illegal erstellt wurde oder aber wenn eine Kopie nicht zu privaten oder sonstigen eigenen Zwecken erstellt wurde. Entsprechend ist der mutmaßliche Verwendungszweck der abgabepflichtigen Produkte von maßgeblicher Bedeutung.

Geräte, die ausschließlich kommerziell einzusetzen sind, wie Hochleistungs-scanner ohne Vorlagenglas, die in Postverteilungsanlagen in Unternehmen eingesetzt werden, mit einer Schnelligkeit von 200 Seiten pro Minute arbeiten und zwischen 10.000 und 30.000 Euro kosten, sind von der Abgabepflicht auszuschließen, da bei diesen Geräten kein mutmaßlicher privater Verwen-

¹ BGH Entscheidung zu PCs vom 2.10.2008, Aktenzeichen I ZR 18/06, Rz. 18 ff.; BGH Entscheidung zu Druckern vom 6.12.2007, Aktenzeichen I ZR 94/05, Rz. 26 ff.

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen „gerechter Ausgleich“

Seite 5

dungszweck auszumachen ist. Auch der BGH hat in seiner Entscheidung zu Kopierstationen entschieden, dass solche Geräte, die fast ausschließlich zu gewerblichen Zwecken verwendet werden, nicht abgabepflichtig sein können.²

Geräte wie z.B. PCs und Multifunktionsgeräte, aber auch Speichermedien werden sowohl zu privaten als auch zu gewerblichen Zwecken verkauft. Obwohl es sich hier zum Teil um sehr ähnliche Produkte handelt, sind die Vertriebswege und entsprechend auch die Nutzung unterschiedlich. Dem beruflichen Nutzer dient das Gerät oder Speichermedium grundsätzlich nicht zur Erstellung von abgabepflichtigen Privatkopien. Im Rahmen der klassischen Bürotätigkeit mag es zwar noch denkbar sein, in der Praxis erfolgt dies aber nur zu einem absolut untergeordneten Ausmaß.³ Auch hier ist der mutmaßliche Verwendungszweck mit dem Fokus auf den Nutzer als rein gewerblich einzuordnen.

Geräte und Speichermedien deren Produkteigenschaften oder aber deren Nutzertyp für einen mutmaßlichen gewerblichen Verwendungszweck sind deshalb von der Abgabepflicht auszuschließen.

4. Ist bei einem System der „Abgabe“ für Privatkopien die unterschiedslose Anwendung der Abgabe auf Unternehmen und Freiberufler, die Geräte und Datenträger zur digitalen Wiedergabe eindeutig zu anderen Zwecken als dem der privaten Vervielfältigung erwerben, mit dem Begriff des „gerechten Ausgleichs“ vereinbar?

Wie oben erwähnt, dient das Abgabensystem dem Ausgleich der gesetzlich erlaubten Privatkopie. Daher dürfen Abgaben nicht erhoben werden, (1) wenn eine Privatkopie verboten ist oder (2) dort wo Privatkopien – wenn überhaupt – einen minimalen Anteil der Gesamtnutzung des Gerätes oder Speichermediums darstellen („*de-minimis*“-Prinzip).

Vgl. weiter auch unter Ziffer 5.

5. Ist das von dem spanischen Staat eingeführte System, die Abgabe für Privatkopien auf sämtliche Anlage, Geräte und Medien unterschiedslos zu erheben, mit der Richtlinie 2001/29/EG vereinbar, soweit ein angemessenes Verhältnis zwischen dem gerechten Ausgleich und der ihn rechtfertigenden Einschränkung des Rechts zur Anfertigung von Privatkopien nicht mehr besteht, weil sie weitgehend auf anders gelagerte Sachverhalte angewendet wird, bei denen keine Beschränkung von Rechten gegeben ist, die den finanziellen Ausgleich rechtfertigen?

Das Abgabensystem dient allein der Kompensation von Privatkopien urheberrechtlich geschützter Werke. So spricht auch die Richtlinie in Art. 5 Abs. 2 Buchst. B der Urheberrechts-Richtlinie ausdrücklich von einem Ausgleich für

² BGH Entscheidung zu Kopierstationen vom 17.07.2008, Aktenzeichen I ZR 206/05.

³ Vgl. hierzu die Studie von *TNS Infratest Rechtsforschung* „Urheberrechtsrelevante Privatkopien bei Computern“ (April/Mai 2008), die nachweist, dass der abgabenrelevanten Nutzen von Geschäfts-PCs verschwindend gering ist.

Stellungnahme

Vorabentscheidungsersuchen „gerechter Ausgleich“

Seite 6

Vervielfältigungen zum „privaten Gebrauch und weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke“. Abgabensysteme die die Tatsache vernachlässigen, dass Geräte und Speichermedien in Unternehmen, Werkstätten und Behörden anders genutzt werden als Privatgeräte, sind nicht richtlinienkonform. Sie berücksichtigen weder den mutmaßlichen Verwendungszweck noch den „*actual harm*“, der mit dem Gerät oder Speichermedium verursacht wird. Sie führen dazu, dass Abgaben bezahlt werden, obwohl die gesetzliche Grundlage – der durch eine Privatkopie verursachte Schaden – fehlt.

Es gibt unterschiedliche Wege über die man die Verwendungszwecke (privat und geschäftlich) festmachen kann:

In Deutschland hat man 2007 das Problem darüber versucht zu lösen, dass man die Berücksichtigung des pauschal niedrigen Nutzungsgrades für die Abgabenhöhe zur Bedingung gemacht hat. Zwar wird damit nicht zwischen Privat- und Geschäftsgeräten bzw. -Speichermedien differenziert, es ist aber gesetzliche Bedingung⁴, dass die Abgabenhöhe dem Nutzungsgrad im Allgemeinen entsprechen muss – m.a.W. bei der Ermittlung des Nutzungsumfangs wird der durchschnittliche Nutzen von Geräten bzw. Speichermedien mit privatem Verwendungszweck und von Produkten, die ausschließlich im Geschäftsbereich eingesetzt werden, zu Grunde gelegt.⁵

Des Weiteren könnte man über den Verkaufskanal die Abgabepflicht bestimmen. So wären alle Geräte und Speichermedien, die ausschließlich im b2b-Bereich verkauft werden, nicht abgabepflichtig. Im Direktvertrieb würde die Differenzierung über den Verkaufskanal einwandfrei funktionieren. Lediglich dort, wo sich erst am Ende einer Handelskette der b2b-Verkauf herausstellt, würde diese Differenzierung dazu führen, dass auf Seiten der Hersteller Rückerstattungsansprüche entstehen. Dies ließe sich nur dadurch vermeiden, dass man die primäre Abgabepflicht vom Hersteller auf den Händler, der die Ware an den Endkunden weitergibt (als „point of sale“), überträgt.

Auch über zu bestimmende produktspezifische Kriterien ließen sich Geräte und Speichermedien von der Abgabepflicht ausschließen. Zumindest bei Geräten können Leistungsmerkmale, der Produktlebenszyklus wie auch der Preis eindeutige Indizien für ein rein gewerblich genutztes Produkt sein. Wichtig ist jedoch, dass es sich um produktspezifische Kriterien handelt, die keinen Missbrauch verursachen.

⁴ § 54 a Abs. 1 S. 1 UrhG.

⁵ Ähnlich hatte der Informationskreis Aufnahmemedien dies in alten Gesamtverträgen berücksichtigt. So war vereinbart, dass jedes Gesamtvertragsmitglied von der in Deutschland in den Verkehr gebrachten Stückzahl an CD-Rohlingen nur 30 % meldet und damit vergütet. Damit sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass nahezu 2/3 der Rohlinge in den b2b-Bereich fließen, wo sich die Privatkopie nahezu ausschließen lässt.