

Stellungnahme

Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts

15. Juni 2009

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.

Auch nachdem in den letzten zwei Wahlperioden durch den „ersten“ und den „zweiten Korb“ (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft) das deutsche Urheberrecht bereits maßgeblich reformiert wurde, ist der gesetzgeberische Handlungsbedarf noch lange nicht abgeklungen. Umso mehr begrüßt der BITKOM die Initiative des Bundesministeriums der Justiz, noch vor der anstehenden Bundestagswahl auch die Diskussion zu dem weiteren Handlungsbedarf im Bereich des Urheberrechts anzustoßen.

Bevor wir im Detail auf die einzelnen Fragen des umfassenden Konsultationspapiers zu sprechen kommen, möchten wir im Folgenden die für den BITKOM wichtigsten Punkte kurz zusammenfassen.

Zusammenfassung

Im Bezug auf die Regelung der Privatkopie beschränken wir uns auf den Hinweis, dass mit einer Beschränkung der Privatkopie auch die Höhe der Pauschalabgabe zwangsläufig zu senken wäre.

Intelligente Aufnahmesoftware, die lediglich den Komfort des Verbrauchers nicht aber die Anzahl der Privatkopien drastisch erhöht, sollte weiterhin erlaubt sein. Mit einem gesetzlichen Verbot würde in Technologieentwicklungen eingegriffen und dem Wirtschaftsstandort Deutschland nachhaltig geschadet werden.

Im Bereich der Kabelweitersendung sieht der BITKOM Reformbedarf im Hinblick auf eine praxistaugliche Schaffung von Technologieutralität sowie für eine Abgrenzung zu urheberrechtsneutralen Empfangsvorgängen. Sowohl § 20b Abs. 2 UrhG¹ als auch § 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG stellen sachlich nicht gerechtfertigte Belastungen von Netzbetreibern und Verbrauchern dar, weshalb ihre Streichung gefordert wird.

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: +49.30.27576-51156
j.lammers@bitkom.org

Präsident

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

Hauptgeschäftsführer

Dr. Bernhard Rohleder

¹ §§ mit der Bezeichnung „UrhG“ sind hier und im Folgenden die des Urheberrechtsgesetzes in der Fassung vom 07.07.2008; §§ mit der Bezeichnung „UrhWG“ sind die des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in der Fassung vom 26.10.2007.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 2

Hinsichtlich der §§ 69a bis 69g UrhG und der Regelung zum Handel mit gebrauchter Software sieht der BITKOM keinen weiteren Handlungsbedarf. Der Erschöpfungsgrundsatz ist auf das Vervielfältigungsrecht nicht übertragbar, so dass auch im Rahmen einer Weiterübertragung von Software der urheberrechtliche Grundsatz gilt, dass jegliche Vervielfältigung vom Urheber zu genehmigen ist.

Der Verzicht auf die Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten und die damit einhergehende Besserstellung der Filmproduzenten ist gerechtfertigt, so dass auch hier kein Handlungsbedarf besteht.

Auch hinsichtlich der Vergütungspflicht für die Abbildung von Werken im öffentlichen Raum sieht der BITKOM keinen Änderungsbedarf; im Gegenteil würde die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene Regelung den Anforderungen der Praxis nicht annähernd gerecht werden.

Nicht nur die Gegenseitigkeitsverträge der Verwertungsgesellschaften sondern auch die einzelnen Lizenzberechtigungen sollten in einer für den Verwerter leicht zugänglichen Datenbank veröffentlicht werden, um der Transparenzpflicht der Verwertungsgesellschaften zu entsprechen.

Für eine Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen besteht kein Anlass. Eine wie von der Enquete-Kommission vorgeschlagene „Ausweitung der Hinterlegungspflicht“ verkennt zudem den Sinn und Zweck des § 11 Abs. 2 UrhWG, der ausschließlich im Interesse der Verwerter steht. Nur ergänzend zu diesem Thema möchten wir darauf hinweisen, dass in der derzeitigen Praxis zu § 11 Abs. 2 UrhWG die Hinterlegungsbeträge in den meisten Fällen viel zu hoch angesetzt sind und deshalb der gerichtlichen Überprüfung unterliegen sollten, um weiteren wirtschaftlichen Schaden zu vermeiden.

Darüber hinaus sollte zur weiteren Förderung der Digitalisierung in Europa auch auf nationaler Ebene der Umgang mit verwaisten Werken geregelt werden. So kann es nicht im Interesse der Gesellschaft sein, dass verwaiste Werke ungenutzt weiter verwaisen, weil mit rechtlichen Konsequenzen gedroht wird, die niemand mehr durchsetzen wird.

Da die Veröffentlichung im Bundesanzeiger ein wichtiges Instrument ist mit dem z.B. im Bereich der Pauschalabgabe Ansprüche begründet werden, würde es der BITKOM begrüßen, wenn die Pflicht zur Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger für eine gewisse Übergangszeit nur mit einer parallelen Veröffentlichung in der Papierausgabe des Bundesanzeigers eingeführt wird.

Schließlich unterstützt der BITKOM einen Verweis auf die geltenden handelsrechtlichen Vorschriften im Bereich der Rechnungslegung und Prüfung der Verwertungsgesellschaften. Hingegen lehnt der BITKOM die Vorschläge der Verwertungsgesellschaften zur Verbesserung der Kontrollinstrumente ab. Derartige Kontrollinstrumente sind nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Perspektive nicht erforderlich und unangemessen.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 3

Der BITKOM erlaubt sich über den Fragenkatalog des Bundesministeriums für Justiz hinausgehend noch weiteren Änderungsbedarf im Bereich des Urheberrechts anzumerken:

So sieht der BITKOM weiterhin im Bereich der Pauschalabgabe Handlungsbedarf. Ziel sollte es sein, ein faires, effizientes, transparentes und zukunftsfähig ausgestaltetes Abgabensystem zu schaffen. Von diesem Ziel sind wir auch nach dem „zweiten Korb“ noch weit entfernt.

Auch sollte das UrhWG in der Form überarbeitet werden, dass den Verwertungsgesellschaften die Beteiligung an kommerziell betriebenen Lizenzmodellen verboten wird, dass den Verwertern mehr Transparenz zur Rechtesituation – insbesondere mit dem Ziel eines „echten One-Stop-Shop“ im Bereich der EWR-weiten Lizenzierung – eingeräumt wird, dass der Tätigkeitsbereich der Verwertungsgesellschaften mit einer effektiven Aufsicht derselbigen korrespondiert und dass auch den Werkvermittlern Leistungsschutz eingeräumt wird.

In unserer letzten Anmerkung plädieren wir für eine klarstellende Regelung, die auch in Deutschland das Angebot von Bildersuchdiensten ohne jegliches Haftungsrisiko ermöglicht.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 4

Inhalt.....	Seite
1 Prüfbitten des Deutschen Bundestages	5
1.1 Begrenzung der Privatkopie.....	5
1.2 Intelligente Aufnahmesoftware.....	6
1.3 Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen	8
1.4 Kabelweitersendung	9
1.5 Handel mit gebrauchter Software	16
1.6 Widerrufsmöglichkeit bei unbekanntem Nutzungsarten	24
2 Prüfbitten des Bundesrates	24
2.1 Open Access- und Open Source-Verwertungsmodelle.....	24
2.2 Elektronische Leseplätze in öffentlichen Bibliotheken etc.	25
2.3 Elektronischer Kopienversands durch Bibliotheken.....	25
2.4 Bereichsausnahme für Schulbücher	26
3 Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“	26
3.1 § 59 UrhG.....	26
3.2 Veröffentlichung von Gegenseitigkeitsverträgen	28
3.3 § 52 UrhG Öffentliche Wiedergabe	29
3.4 Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen	29
4 Prüfbitten der Europäischen Kommission	33
4.1 Regelung des Umgangs mit „verwaisten Werken“ („Orphan Works“)	33
5 Sonstige Fragen	34
5.1 Veröffentlichungspflicht im elektronischen Bundesanzeiger	34
5.2 Rechnungslegung und Prüfung der Verwertungsgesellschaft	35
5.3 Kontrollrechte	36
6 Weitergehender Änderungsbedarf aus Sicht des BITKOM	38
6.1 Pauschalabgaben	38
6.2 Weiterer Regelungsbedarf im UrhWG	39
6.3 Regelungsbedarf zur Bildersuche im Internet.....	44

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 5

1 Prüfbitten des Deutschen Bundestages

1.1 Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und des Verbots der Herstellung einer Kopie durch Dritte

1.1.1 Kopien nur vom Original: Sollte die zulässige private Vervielfältigung auf Kopien von einem Original beschränkt werden? Ist für den Verbraucher beim gegenwärtigen Stand der Technik nachprüfbar, ob die Kopiervorlage ein Original ist? Wäre eine solche Beschränkung in der Praxis durchsetzbar?

Aufgrund der Mitgliederstruktur des BITKOM, in der sowohl die Interessen der Netzbetreiber als auch die der Geräte- und Speichermedienindustrie vertreten sind, nimmt BITKOM zu diesem Punkt nicht Stellung.

1.1.2 Vervielfältigung durch Dritte: Sollte die Vervielfältigung durch Dritte verboten werden? Sollte das Verbot auch für die mit dem Nutzer persönlich verbundenen Personen gelten? Wäre eine solche Beschränkung in der Praxis durchsetzbar?

Aufgrund der Mitgliederstruktur des BITKOM, in der sowohl die Interessen der Netzbetreiber als auch die der Geräte- und Speichermedienindustrie vertreten sind, nimmt BITKOM zu diesem Punkt nicht Stellung.

1.1.3 Mit weiteren Beschränkungen der Privatkopie dürfte sich die Anzahl der gesetzlich zulässigen Vervielfältigungen reduzieren: Müsste damit nicht auch die Höhe der Pauschalvergütung für die gesetzlich zulässigen Vervielfältigungshandlungen sinken? Empfiehlt sich vor diesem Hintergrund eine Beschränkung der zulässigen Privatkopien?

Nach Einschätzung des BITKOM würde eine Beschränkung des § 53 Abs. 1 UrhG je nach Umfang zu einer erheblichen Reduzierung der (gesamten) Anzahl der gesetzlich zulässigen Vervielfältigungen führen. Zwingende Konsequenz dieser Reduktion wäre, dass auch die Höhe der Pauschalabgabe nach § 54 ff. UrhG für die zulässigen Vervielfältigungshandlungen sinkt.

Gemäß § 54a Abs. 1 UrhG ist – im Rahmen der Gesamtvertragsverhandlungen nach §§ 12, 13a UrhWG – zur Bestimmung der Abgabenhöhe auf das urheberrechtsrelevante Maß der tatsächlichen Nutzung des Gerätetyps oder des Speichermediums abzustellen. Maßgeblich ist also derjenige Umfang, zu dem das Gerät oder das Speichermedium zur Erstellung von Privatkopien eingesetzt wird.

Hieraus folgt logischerweise, dass mit einer Beschränkung der Privatkopie auch die Höhe der Pauschalabgabe sinken muss. Wenn es weniger Möglichkeiten gibt, in rechtlich zulässiger Weise Privatkopien anzufertigen, dann wird jedes Gerät oder Speichermedium naturgemäß auch in geringerem Maße zur Erstellung von rechtmäßigen Vervielfältigungen eingesetzt. Eine engere Auslegung der Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 1 UrhG bedingt einen geringeren „Schaden“ für die Rechteinhaber und damit auch eine Reduzierung der Pauschalab-

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 6

gabe. Dies muss im Rahmen der Verhandlungen über die Höhe der Pauschalabgabe Berücksichtigung finden. Jede andere Betrachtung würde unweigerlich dazu führen, dass Hersteller und Importeure entgegen der Regelungsintention des § 54a Abs. 1 UrhG auch für solche Nutzungsarten ihrer Geräte und Speichermedien Abgaben zahlen, die entweder bereits an anderer Stelle vergütet sind oder aber die sich jenseits der rechtlich zulässigen Nutzung von Werken befinden.

Die Forderungen der Verwertungsgesellschaften auf Basis des § 54 Abs. 1 UrhG übersteigen nach Auffassung des BITKOM bereits heute bei weitem die im Rahmen des § 53 UrhG notwendige Kompensation. Dies ist schon allein dadurch bedingt, dass die Verwertungsgesellschaften auch so genannte Raubkopien als im Rahmen des § 54 Abs. 1 UrhG kompensationswürdig ansehen. Dieser Auffassung kann BITKOM auch an dieser Stelle nur vehement widersprechen: Raubkopien fallen nicht unter die Ausnahmeregelung des § 53 Abs. 1 UrhG und sind damit auch nicht über die Pauschalabgabe zu kompensieren.

1.2 Gesetzliches Verbot sogenannter intelligenter Aufnahmesoftware, mit der gezielt Musiktitel automatisiert aus dem Webradio-Angebot herausgefiltert und aufgenommen werden können

1.2.1 Besteht ein Bedarf für ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware? Können Sie Angaben zur Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaber für Webradios und zu dem entsprechenden Vergütungsaufkommen sowie seiner Verteilung machen? Welche wirtschaftlichen Folgen entstehen für Urheber, ausübende Künstler und Tonträgerhersteller durch diese Software? Können Sie hierzu empirische Untersuchungen vorlegen oder darauf verweisen?

Ein grundsätzliches Verbot intelligenter Aufnahmesoftware ist abzulehnen. Hierdurch würde die Entwicklung neuer Technologien in Deutschland massiv gefährdet werden. Betroffen wären insbesondere Bereiche, in denen tatsächlich eine Aufnahmemöglichkeit durch die Rechteinhaber vorgesehen ist, z.B. bei der Aufnahme von Fernsehsendungen durch Settop-Boxen und Festplattenrekordern. Zukünftig denkbar wären intelligente Aufnahmemöglichkeiten, z.B. die aufgrund eines eingestellten Nutzerprofils entsprechende Fernsehsendung automatisch für den jeweiligen Nutzer aufnehmen und zum Abruf zur Verfügung stellen. Solche Technologien müssen in Deutschland möglich bleiben.

Von daher sollte jedenfalls differenziert werden:

Soweit intelligente Aufnahmesoftware die hinter den Privatkopieregelungen stehende Intention des Gesetzgebers, die Interessen der Allgemeinheit mit den Interessen der Urheber in Einklang zu bringen, dergestalt unterläuft, dass in der Gesamtbetrachtung die Zahl von Aufnahmen unter dem Mantel der Privatkopie signifikant steigt und dadurch die Marktchancen der Urheber und der Leistungsschutzberechtigten spürbar leiden, ist es nachvollziehbar, dass ein Bedarf für ein Verbot besteht.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 7

So gibt es aber auch vielfältige softwaregesteuerte Lösungen, die ein mehr oder weniger komfortables Vorprogrammieren von Rundfunksendeaufnahmen in digitalen Audio- und Videorekordern ermöglichen. Diese tragen aber ausdrücklich nicht dazu bei, dass die Gesamtmenge von Aufnahmen signifikant zunimmt.

Der Begriff der „intelligenten Aufnahmesoftware“ sollte daher sachgerecht eingegrenzt werden.

1.2.2 Welche Auswirkungen sind bei einem Verbot intelligenter Aufnahmesoftware auf Softwareindustrie, Anbieter von Audioinhalten (z.B. Webradios), Verbraucher zu erwarten?

Soweit sich ein umfassendes Verbot auch auf intelligente Aufnahmesoftware im weiteren Sinne bezieht, die also nicht zu einem signifikanten Missverhältnis zwischen den Interessen der Verbraucher und den Interessen der Urheber beiträgt, ist nicht auszuschließen, dass dadurch der Markt für Zusatzdienste zum digitalen Rundfunk, z.B. elektronische Programmführer, und die damit in Verbindung fortschreitenden Technologien behindert werden. Dies führt zwangsläufig auch zu einem Wettbewerbsnachteil für den Wirtschaftsstandort Deutschland.

1.2.3 Würde die Entwicklung neuer Technologien über den betroffenen Bereich der intelligenten Aufnahmesoftware hinaus durch ein Verbot behindert?

Vgl. Anmerkungen zu Ziffer 1.2.2.

1.2.4 Welche Möglichkeiten bestehen, um das Verbot intelligenter Aufnahmesoftware zu kontrollieren und durchzusetzen?

Keine Anmerkungen

1.2.5 Hätte ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware Auswirkungen auf die Höhe der pauschalen Vergütung nach § 54a UrhG?

Der Einsatz einer intelligenten Aufnahmesoftware ändert allenfalls den Komfort für den Verbraucher, nicht jedoch das Verhalten in Quantität. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware Auswirkungen auf das Kopierverhalten der Verbraucher hat. Damit kann sich ein Verbot auch nicht auf die Höhe der Pauschalabgabe auswirken.

1.2.6 Wie wäre ein solches Verbot technologie-neutral zu formulieren?

Denkbar wäre ein Verbot so zu formulieren, das solche Aufnahmesoftware erfasst, die über den Komfort des Vorprogrammierens hinaus das Aufnahmeverfahren selbst so sehr ökonomisiert, dass von Aufnahmen in einem gewerblichen Ausmaß gesprochen werden kann.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 8

1.3 Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind (§38 UrhG)

- 1.3.1 Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes (BR-Drs. 257/06) einen Vorschlag zur Regelung eines Zweitverwertungsrechtes unterbreitet. Auf diesen Regelungsvorschlag hat auch der Ausschuss des Deutschen Bundestages für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung in seiner Empfehlung für einen Entschließungsantrag Bezug genommen (BT-Drs 16/5939, S. 26). Dieser Vorschlag lautet wie folgt:**

„An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind und in Periodika erscheinen, hat der Urheber auch bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts das Recht, den Inhalt längstens nach Ablauf von sechs Monaten seit Erstveröffentlichung anderweitig öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist und nicht in der Formatierung der Erstveröffentlichung erfolgt. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden.“

- a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?
- b) Ist insbesondere der vorgeschlagene Zeitraum von sechs Monaten angemessen? Ist es sachgerecht, für alle Arten von Publikationen (Natur-, Geistes-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften etc.) dieselbe Frist vorzusehen, obwohl im Bereich Naturwissenschaften der Aktualisierungszyklus wesentlich kürzer sein dürfte?
- c) Ist zu befürchten, dass ein Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber deutschen Wissenschaftlern Publikationswege in international renommierten Fachzeitschriften verbauen könnte?
- d) In welchem Umfang formatieren Wissenschaftsverlage die in die Periodika aufgenommenen Werke? Wäre eine Veröffentlichung in einer anderen Formatierung als der der Erstveröffentlichung sinnvoll?

Keine Anmerkungen

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 9

1.3.2 In der wissenschaftlichen Literatur (Gerd Hansen, GRUR Int. 2005, S. 378 ff) wurde ein alternativer Regelungsvorschlag unterbreitet, der ein Zwangslizenzmodell vorsieht. Danach soll der Rechtsinhaber verpflichtet sein, nach einem näher festzulegenden Zeitraum (z.B. sechs Monate nach Erscheinen), jedermann zu angemessenen Bedingungen ein unbeschränktes, einfaches Nutzungsrecht zu gewähren, aber nur für Werke, die im Rahmen einer (überwiegend) mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind. Diese Verpflichtung sollte sich ggfs. nur auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beschränken.

- a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?
- b) Ist insbesondere der vorgeschlagene Zeitraum von sechs Monaten angemessen? Ist es sachgerecht, für alle Arten von Publikationen (Natur-, Geistes-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften etc.) dieselbe Frist vorzusehen?

Keine Anmerkungen

1.3.3 Wäre es ausreichend, in den Vergabebedingungen für Forschungsmittel urheberrechtliche Nutzungsregelungen zugunsten der Institutionen/öffentlichen Hand zu treffen (z.B. einfaches Nutzungsrecht, ggfs. zeitlich befristet, beschränkt auf bestimmte Nutzungsarten etc.)? Wäre damit ein Handeln des Gesetzgebers entbehrlich? Ist zu befürchten, dass derartige Vergabebedingungen deutschen Wissenschaftlern Publikationswege in international renommierten Fachzeitschriften verbauen? Wie ist die gegenwärtige Praxis?

Keine Anmerkungen

1.4 Überprüfung der bestehenden Regelungen der Kabelweitersendung (§ 20b UrhG)

1.4.1 Nach geltender Rechtslage liegt ein Fall der Kabelweitersendung (§ 29b UrhG) nur vor, wenn das Signal durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme zeitgleich, unverändert und vollständig weiter übertragen wird. Reicht diese gesetzliche Regelung angesichts des technischen Fortschritts noch aus? Kann die Anpassung der Norm der Rechtssprechung vorbehalten bleiben? Wenn nein, wie wäre eine technologieneutrale Ausgestaltung der Kabelweitersendung zu formulieren? Bedarf insbesondere die Abgrenzung zwischen Sendung (§ 20 UrhG) und der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) einer gesetzlichen Klarstellung? Bedarf das Tatbestandsmerkmal „Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme“ einer Anpassung an die technische Entwicklung?

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 10

Eine technologie neutrale Ausgestaltung der Regelungen über die Kabelweiter-sendung und damit die eindeutige Einbeziehung aller Formen der zeitgleichen, unveränderten und vollständigen Weiterübertragung einer Erstsending ist im Hinblick auf die Schaffung von Rechtssicherheit und Gewährleistung gleicher wettbewerblicher Voraussetzungen prinzipiell wünschenswert.

Allerdings bestehen angesichts der derzeitigen wirtschaftlichen Rahmenbedin-gungen Zweifel, ob eine solche urheberrechtliche Angleichung effektiv ist. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass trotz des Erwerbs der erforderlichen Rechte von den Verwertungsgesellschaften einige Sendeunternehmen zusätzliche Forderungen an die Netzbetreiber gestellt haben. Der Gesetzgeber muss also dringend klarstellen, dass die Sender selbst kein Verbotrecht mehr haben, wenn sie ihre Senderechte auf eine Verwertungsgesellschaft übertragen haben. Darüber hinaus haben Sendeunternehmen über technische Hürden (etwa im Zusammenhang mit der Verschlüsselung) versucht, ihre Verbreitung an zusätzli-che Entgelte zu knüpfen. Es ist daher unbedingt notwendig klarzustellen, dass die Anwendung von Verschlüsselungsmethoden bei der Übertragung urheber-rechtlich neutral ist.

Darüber hinaus sollte es für die Beurteilung, ob eine Erstsending weitergesen-det worden ist, keine Rolle spielen, auf welche Art und Weise das Programmsig-nal an den Signaleinspeisepunkt des jeweiligen Kabelnetzbetreibers gelangt. Insbesondere sollte auch eine Direktanlieferung der Programmsignale, z.B. mittels Glasfaser/ATM nicht zu dem Ergebnis führen, dass in solch einem Fall nach dem Wortlaut des § 20b UrhG unklar ist, ob die Voraussetzungen des § 20b UrhG noch erfüllt werden oder nicht. (Eine Direktanlieferung wird von den Kabelnetzbetreibern aus technischen Gründen bevorzugt, da die Qualität des Sendesignals bei einer Direktanlieferung in der Regel besser ist als z.B. beim Abgreifen des Satellitensignals). Maßgeblich für die Bejahung des § 20b UrhG sollte lediglich sein, dass das Sendesignal zeitgleich, unverändert und vollstän-dig übertragen wird.

1.4.2 Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält keine Norm, welche die Abgrenzung zwischen urheberrechtsfreiem Empfang durch Gemeinschaftsantennen und urheberrechtlich relevanter Kabelweiter-sending definiert. Gibt es Bedarf für eine gesetzliche Abgrenzung? Wenn ja, welche Kriterien sind für eine Abgrenzung geeignet und wie sollte die Abgrenzung konkret gestaltet werden?

§ 20b UrhG definiert die Kabelweiter-sending als „zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterübertragung durch Kabelsysteme oder Mikrowellen-systeme“. Die Reichweite dieses Tatbestands und damit zugleich des Ober-begriffs „Kabel-sending“ ist in der Rechtspraxis jedoch höchst streitig². Eine

² Die grundsätzliche Anerkennung eines „urheberrechtsfreien“ Empfangs über Antennenanlagen und das Bewusstsein von der Schwierigkeit der Abgrenzung hat sich aber in der Entstehungsgeschichte des § 20b UrhG niedergeschlagen, vgl. dazu etwa von *Ungern-Sternberg*, in: *Schricker*, UrhG, § 20 Rn. 35. Der frühere Vorstand und Generaldirektor der GEMA, *Erich Schulze*, hat bereits 1973 eine

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 11

hinreichende Konkretisierung durch die Rechtsprechung, die den vielfältigen Fallgestaltungen in der Praxis gerecht wird, fehlt und ist auch nicht in Sicht. Die jüngste Spruchpraxis der Schiedsstelle hat die Unsicherheit bezüglich der in vielen Verträgen verankerten Praxis (größenabhängige Grenze von 75 angeschlossenen Haushalten) erheblich verstärkt.

Es bedarf daher noch dringender als bislang einer gesetzlichen Klarstellung welche Übertragungsvorgänge als Sendung durch Kabelunternehmen anzusehen sind und welche als bloße Empfangsvorgänge gelten. Diese sollte sich von einer größenmäßigen Abgrenzung lösen und an eine wertende Betrachtung anknüpfen. § 20b Abs. 1 UrhG sollte um folgenden Satz ergänzt werden:

„Ein eigenständiger Sendevorgang liegt nicht vor, wenn das gesendete Werk im Rahmen eines im Inland veranstalteten Programms weiterübertragen wird, sofern das Programm im Nutzungsbereich des Kabelsystems bereits durch den Übertragungsweg der Erstsendung von jedermann empfangen werden kann.“

Die vorgeschlagene Regelung würde die Abgrenzung zwischen Sendung und Empfang eindeutig klarstellen. Anders als oft behauptet, würde sie auch nicht zu einer Benachteiligung der Urheber führen. Deren Verlangen nach einer angemessenen Vergütung wird bereits durch die Zahlungen der Sendunternehmen an die Verwertungsgesellschaften befriedigt. Denn die Sendunternehmen zahlen seit je her an die Verwertungsgesellschaften, und zwar für die bundesweite Verbreitung: Die Privatsender zahlen einen Anteil ihrer bundesweit erzielten Werbeeinnahmen, also somit überwiegend aus Verwertungserlösen, die sich auf den Werkgenuss von Kabelkunden beziehen, denn rund 19 Millionen der knapp 34 Millionen deutschen Fernsehhaushalte empfangen ihre Programme über einen Kabelanschluss. Die öffentlich-rechtlichen Sendunternehmen führen entsprechend einen Teil ihrer Rundfunkgebühren ab, die sie ebenfalls überwiegend von Kabelkunden erhalten. Seit der Änderung des § 32 UrhG ist diese Praxis und damit eine angemessene Vergütung der Urheber durch die erstverwertenden Sendunternehmen zusätzlich abgesichert. Selbst wenn die Verwertungsgesellschaften diese neue gesetzliche Möglichkeit bisher noch nicht genutzt haben sollten, kann dies keine Inanspruchnahme der Kabelnetzbetreiber rechtfertigen. Dies käme sonst einem Vertrag zu Lasten Dritter zwischen Verwertungsgesellschaften und Sendunternehmen gleich.

Nur die vorgeschlagene Ergänzung des § 20b UrhG würde auch zu der überfälligen Gleichbehandlung der Infrastrukturen Satellit, DVB-T und Kabel führen: So werden nämlich auch für die Programmverbreitung über DVB-T-Netze Satellitensignale empfangen und weitergeleitet. Hier wird die Verbreitung jedoch von den beteiligten Rechteinhabern und Nutzern einhellig nicht

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 12

als Weitersendung des Sendernetzbetreibers, sondern als Primärsendung des Sendeunternehmens angesehen.

Ebenso unbegründet wäre die Befürchtung der Sendeunternehmen, die Kontrolle über die Verbreitung ihrer Sendungen zu verlieren. Denn die Kabelweiterverbreitung umfasst ja wie bereits ausgeführt ausschließlich die unveränderte Einspeisung des von ihnen ausgestrahlten Satellitenprogramms und erschließt keinen neuen Rezipientenkreis.

Mit der vorgeschlagenen Definition der Weitersendung würde lediglich rechtlich klargestellt, was tatsächlich offenkundig ist: In der genannten Konstellation handelt es sich nicht um eine selbständige „Sendung“ des Kabelnetzbetreibers, sondern allein um einen professionell organisierten (Gemeinschafts-)Empfang. Die Kabelanlage ist lediglich Ersatz für individuelle Empfangsantennen, sie greift nicht in die Programmgestaltung ein und erschließt auch keinen gegenüber der Satellitenverbreitung oder der Terrestrik neuen Empfängerkreis. Der Anwendungsbereich der Kabelweiterverbreitung verbliebe dann – in Einklang mit der Kabel- und Satellitenrichtlinie (RL 93/83/EWG) – die Weiterübertragung eines Programms außerhalb des vom Sendeunternehmen intendierten Sendegebiets.

1.4.3 Gewährleisten mittlerweile Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und gemeinsame Vergütungsregeln im Sinne des § 20b Abs. 2 S. 4 eine angemessene Vergütung des Urhebers?

Dem BITKOM sind keine Anhaltspunkte dafür bekannt, dass dies nicht der Fall ist. Entscheidend ist aber allein, dass das Gesetz mit dem neuen § 32 und § 32a UrhG die für den Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen notwendigen Instrumentarien bereit gestellt hat. Sie bestmöglich im Interesse der Urheber zu nutzen, ist Aufgabe der Verwertungsgesellschaften. Selbst wenn sie dies bisher noch nicht getan haben sollten, kann dies keine Inanspruchnahme der Kabelnetzbetreiber rechtfertigen. Dies käme sonst wie bereits unter Ziffer 1.4.2 dargelegt einem Vertrag zu Lasten Dritter zwischen Verwertungsgesellschaften und Sendeunternehmen gleich.

1.4.4 Grundsätzlicher Änderungsbedarf zur Kabelweiterverbreitung

Die Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes und das Urheberrechtswahrnehmungsgesetz zur Kabelweiterverbreitung bedürfen dringend einer grundlegenden Überarbeitung. Sie müssen an die veränderten tatsächlichen Bedingungen der Kabelverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen angepasst werden. Der geltende Rechtsrahmen ist weder hinreichend klar noch konsistent. Dadurch gestalten sich die Verhandlungen zwischen Rechteinhabern und Kabelnetzbetreibern weiterhin äußerst langwierig. Vor wenigen Wochen konnte zwar – nach mehrjährigen Streitigkeiten – mit einigen Verwertungsgesellschaften eine Einigung auf einen neuen Gesamtvertrag erreicht werden, mit der VG Media und der neu gegründeten Verwertungsgesellschaft der Werbefilmproduzenten (TWF) besteht jedoch weiterhin grundlegende Uneinigkeit über die von diesen zusätzlich erhobenen Ansprüche wegen der behaupteten Nutzung von Leistungs-

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 13

schutzrechten durch die Kabelnetzbetreiber. Damit fehlt aber den Kabelunternehmen die notwendige Rechtssicherheit, um das Potenzial für Investitionen in wichtige Zukunftsmärkte wie digitales und interaktives Fernsehen, Breitbandinternet und IP-Telefonie voll ausschöpfen zu können. Gerade aus wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischen Gründen ist die Beseitigung dieses Missstandes besonders dringlich, denn der Breitbandbranche kommt für die gesamte Entwicklung unserer Volkswirtschaft eine Schlüsselrolle zu. Die besondere Bedeutung der hier zu tätigen Investitionen hat gerade durch die im Februar 2009 von der Bundesregierung verabschiedete „Breitbandstrategie“ und das Konjunkturpaket II eine neuerliche Bestätigung gefunden. Das Urheberrecht zählt zu den wichtigsten Rechtsgebieten, von denen ein entsprechender Impuls für einen schnellen Ausbau der Breitbandnetze ausgehen kann. Deshalb nutzt BITKOM die Gelegenheit, über das oben Gesagte hinausgehend Änderungsbedarf anzumerken:

Zur Erleichterung einer einstweiligen Gestattung der Kabelweitersendung sowie zu den Verfahrensvorschriften sollten die Regelungen zur Kabelweitersendung überarbeitet werden. Darüber hinausgehend sollten § 20b Abs. 2 und § 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG ersatzlos gestrichen werden. Zu den zwei letztgenannten Punkten möchten wir im Folgenden detaillierter eingehen:

1.4.4.1. Streichung von § 20b Abs. 2 UrhG

§ 20b Abs. 2 UrhG normiert einen zusätzlichen Vergütungsanspruch – ausschließlich für die Kabelweitersendung –, der zu einer doppelten Inanspruchnahme der Kabelnetzbetreiber durch die gleichen Verwertungsgesellschaften führt. Es handelt sich um eine künstliche Aufspaltung der Vergütungsansprüche, die die Lizenzverhandlungen unnötig verkompliziert. Doch nicht nur deshalb begrüßt der BITKOM die Streichung von § 20b Abs. 2 UrhG:

Die Struktur und Notwendigkeit der Bestimmung wird nicht nur unter den Rechtsgelehrten kontrovers diskutiert, sondern hat bekanntlich auch zu Streitigkeiten – selbst zwischen den Verwertungsgesellschaften untereinander – geführt.

Zudem widerspricht § 20b Abs. 2 UrhG dem Sinn und Zweck der Satelliten- und Kabelrichtlinie (RL 93/83/EWG). Die Richtlinie bezweckt für die Kabelunternehmen einen erleichterten Rechteerwerb, indem die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit der Kabelweitersenderechte festgelegt wurde. Das Kabelunternehmen soll also nicht mit jedem Urheber über die Kabelweitersendung verhandeln müssen. Daneben wurde in Artikel 10 den Sendeunternehmen das Recht eingeräumt, alle Rechte für die Kabelweitersendung geltend machen und abschließend auf die Kabelunternehmen übertragen zu können. Das Kabelunternehmen soll also entweder mit den Verwertungsgesellschaften oder alternativ mit dem einzelnen Sendeunternehmen verhandeln können. Bezweckt wurde eine Vereinfachung des Rechteerwerbs durch den Kabelnetzbetreiber³. Die Regelung des § 20b Abs. 2 UrhG erschwert

³ Vgl. Erwägungsgrund 28 der Richtlinie.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 14

jedoch wieder den Rechteerwerb, weil das Kabelunternehmen mit dem Sendeunternehmen keine abschließende Regelung vereinbaren kann und damit rechnen muss, von den Verwertungsgesellschaften in Anspruch genommen zu werden. Dies konterkariert die Absicht der Richtlinie. Auch von der Europäischen Kommission hat sie daher deutliche Kritik erfahren. In ihrem Bericht zur Umsetzung der Kabel- und Satellitenrichtlinie wird daher die deutsche Situation von der Kommission besonders negativ beurteilt: „Die volle rechtliche Wirksamkeit (...) wird in der deutschen Gesetzgebung erheblich abgeschwächt“⁴.

Des Weiteren stellt § 20b Abs. 2 UrhG eine zusätzliche Belastung der Netzbetreiber und ihrer Kabelkunden dar, die sachlich nicht gerechtfertigt ist. Sie hat zum Ziel, ein Vergütungsdefizit auszugleichen, das in Wirklichkeit nicht existiert. Denn mit den Zahlungen der Sendeunternehmen an die Verwertungsgesellschaften, die sich auf die bundesweite Ausstrahlung beziehen, ist auch bereits der Werkgenuss der Kabelkunden abgegolten, die insgesamt über die Hälfte der deutschen Fernsehzuschauer ausmachen. Die Regelung wird deshalb zu Recht als unzulässige „Doppelzahlung“ angesehen.

War § 20b Abs. 2 UrhG von Beginn an umstritten, ist er jedenfalls seit der Neuregelung des Urhebervertragsrechts durch das 4. Urheberrechtsänderungsgesetz überflüssig geworden. Mit der Neufassung des § 32 UrhG ist das damalige Regelungsziel, eine angemessene Vergütung auch für nachgelagerte Werknutzungen⁵ zu gewährleisten, bereits auf anderem, direkten Wege garantiert. Die für das Kabel geschaffene Spezialregelung ist durch ein lex generalis überholt worden.

Die Überflüssigkeit von § 20b Abs. 2 UrhG wird besonders augenfällig, wenn man betrachtet, dass schon bei der damaligen Einfügung der Vorschrift eine dem heutigen § 32 UrhG entsprechende, generelle Regelung als Alternative angesehen wurde⁶. Das verbleibende Gegenargument der Entwurfsbegründung, es müsse zunächst abgewartet werden, wie sich die Neuregelung in der Praxis auswirke, vermag nach nunmehr fast drei Jahren nach dem Inkrafttreten des maßgeblichen § 32 UrhG nicht mehr zu überzeugen. Dem BITKOM ist kein Fall bekannt geworden, in dem durch die Neuregelung des § 32 UrhG keine angemessene Vergütung der Kabelweitersenderechte möglich gewesen wäre. Es ist Aufgabe der zuständigen Verwertungsgesellschaften, die sich daraus gegebenenfalls ergebenden Änderungs- bzw. Ergänzungsansprüche gegen die Verwerter der ersten Stufe geltend zu machen. Ein Grund, warum dies nicht gelingen sollte, ist nicht ersichtlich. Die gegenwärtige Doppelregelung der Problematik in § 32 UrhG und § 20b UrhG ist inkonsistent. Sie benachteiligt spezifisch die Verwertungshandlung

⁴ Bericht zur Umsetzung der Kabel- und Satellitenrichtlinie vom 26. Juli 2002 (KOM (2002) 430), S. 6.

⁵ Siehe dazu die Begründung des Regierungsentwurfs zum 4. Urheberrechtsänderungsgesetz, BT-Drs. 13/4796, S. 10f.: „Schutz vor sogenannten „Buy-Out-Verträgen“ der Sendeunternehmen“.

⁶ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum 4. Urheberrechtsänderungsgesetz, BT-Drs. 13/4796, S. 2 unter C.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 15

der Kabelweitersendung, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung erkennbar ist.

Darüber hinaus stößt § 20b Abs. 2 UrhG in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten. Denn die Rechteeinräumung erfolgt in der Regel durch die Verwertungsgesellschaften. Damit ist eine angemessene Vergütung der Urheber sichergestellt. Die Begründung des Gesetzesentwurfs geht selbst davon aus, dass der Vergütungsanspruch des § 20b Abs. 2 UrhG nach der erfolgten Änderung nur noch auf die Fälle Anwendung finden wird, in denen der Urheber dem Sendeunternehmen das Weitersenderecht auf individualvertraglicher Basis übertragen hat. Dann ist jedoch erst recht ein individueller Ausgleich des Weitersenderechts nach §§ 32, 32a UrhG geboten: Die Frage der Angemessenheit der Vergütung kann sich dann stets nur nach dem Einzelfall bemessen. Letztlich muss auf jedes einzelne individualvertragliche Rechtsverhältnis abgestellt werden. Die Vergütungsanpassung erfolgt dann unter den Vertragsparteien. Die Einbeziehung des Kabelunternehmens verkompliziert den Ausgleich nur unnötig.

§ 20b Abs. 2 UrhG ist aber nicht nur überflüssig, sondern sogar schädlich für die Rechteinhaber. Überflüssig ist die Vorschrift, weil sie in der Praxis mit Zustimmung aller Beteiligten keine Anwendung findet. Bei keinem der bestehenden Verträgen ist der auf § 20b Abs. 2 UrhG entfallende Anteil der Zahlungen ausgewiesen – weil es unmöglich ist, die auf § 20b Abs. 2 UrhG entfallenden Beträge zu quantifizieren. Darüber hinaus schafft § 20b Abs. 2 UrhG strukturelle Probleme für die Verhandlung der beteiligten Sende- und Kabelunternehmen: Es ist unklar, wer welchen Teil der insgesamt angemessenen Vergütung an die Rechteinhaber zu zahlen hat. Die Sendeunternehmen versuchen unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung des § 20b Abs. 2 UrhG das Risiko der angemessenen Vergütung der Urheber auf die Kabelunternehmen zu verlagern. Gerade bei neuen Geschäftsmodellen wirkt dies als klarer Hemmschuh für eine Einigung. Im Ergebnis wirkt § 20b Abs. 2 UrhG damit für die Rechteinhaber kontraproduktiv; sie bekommen nicht mehr, sondern weniger Geld für ihre Rechte, weil zusätzliche Verwertungsformen nicht umgesetzt werden.

1.4.4.2. Streichung von § 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG

Nach dem im Rahmen der letzten Novelle des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 2007 eingefügten § 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG kann jedes einzelne Sendeunternehmen die Kabelunternehmen zu gemeinsamen Verhandlungen mit den „anspruchsberechtigten“ Verwertungsgesellschaften zwingen.

Die Einfügung dieser Bestimmung erfolgte gegen den erklärten Willen der Kabelnetzbetreiber und wurde auch von den Verwertungsgesellschaften nicht gefordert. Sie trägt allein den Partikularinteressen der öffentlich-rechtlichen Sendeunternehmen Rechnung. Die Privatsender haben sich damals ebenfalls ablehnend geäußert. In der Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 8. November 2006 wurden von allen Teilnehmern erhebliche Zweifel an der Regelung geäußert. Nicht nur aus diesen Gründen, fordert der BITKOM die Streichung des § 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG:

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 16

Die Möglichkeit der Sendeunternehmen, die Kabelnetzbetreiber gegen ihren Willen zu gemeinsamen Verhandlungen mit allen Verwertungsgesellschaften zu zwingen, ist ebenso kontraproduktiv wie unpraktikabel. Sie ist kontraproduktiv, weil sie den Abschluss von Einspeiseverträgen – insbesondere über digitale Programme – erheblich erschweren und verzögern kann: Ein Sendeunternehmen, das die Digitaleinspeisung blockieren will, kann bis zu acht Verwertungsgesellschaften an den Verhandlungstisch beordern, was erfahrungsgemäß schon bezüglich der Terminkoordination und der internen Abstimmung zwischen den Rechteinhabern zu Komplikationen führt. Das langsamste Glied gibt dann das Tempo vor. Zudem können Gegenstand der Verträge nach dem § 87 Abs. 5 UrhG Aspekte sein, die die Verwertungsgesellschaften überhaupt nicht betreffen, zu deren Offenlegung das Kabelunternehmen aber durch die gemeinsamen Verhandlungen gezwungen wird.

Die Bestimmung ist auch unpraktikabel. Dies zeigt etwa folgende Konstellation: Wenn zum Zeitpunkt des Beginn der Verhandlungen mit dem Sendeunternehmen seitens des Kabelunternehmens mit einer Verwertungsgesellschaft bereits ein anderweitiger Vertrag besteht (an dem evtl. auch dritte Parteien beteiligt sind), wie soll sich dann die Hinzuziehung zu den individuellen Einspeiseverhandlungen gestalten? Müssen die bestehenden Verträge mit den Verwertungsgesellschaften wieder aufgeschnürt werden? Kann das Sendeunternehmen auf diesem Weg im Ergebnis sogar unterbinden, dass Kabelunternehmen und Verwertungsgesellschaften bilaterale Verträge schließen? Was ist, wenn die unterschiedlichen Sendeunternehmen, die ja gerade keinen einheitlichen Block bilden, die Ansprüche auf gemeinsame Verhandlungen jeweils individuell geltend machen, d.h. nicht gemeinsam mit anderen Senderunternehmen aber jeweils mit den Verwertungsgesellschaften verhandeln wollen? Müssen sich dann die Kabelnetzbetreiber mit den jeweiligen Sendeunternehmen und jeweils allen Verwertungsgesellschaften auf einen Verhandlungsmarathon einer Vielzahl parallel laufender Einspeiseverhandlungen einstellen, an denen jeweils die gleichen Verwertungsgesellschaften teilnehmen? Sind die Verwertungsgesellschaften organisatorisch überhaupt in der Lage, an einer unbestimmten Vielzahl zeitgleicher Verhandlungen mit den jeweils separat verhandelnden Sendeunternehmen teilzunehmen?

§ 87 Abs. 5 Satz 2 UrhG hat daher zusätzliche Rechtsunsicherheit zur Folge: Es wird unter Umständen auch noch über die Vorfrage zu streiten sein, welche Verwertungsgesellschaften die einzelnen Sendeunternehmen jeweils für „anspruchsberechtigt“ halten und wann ausnahmsweise ein „rechtfertigender Grund“ für die Ablehnung eines gemeinsamen Vertragsschlusses besteht.

1.5 Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software

Die Regelungen der §§ 69a bis 69g UrhG wurden durch das 2. UrhGÄndG vom 09.06.1993 in das UrhG aufgenommen. Hierdurch wurden die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 91/250/EWG in nationales Recht umgesetzt. Weitere Änderungen erfolgten durch die Umsetzung des Ersten Korbes der Urheberrechtsreform am 10.09.2003, mit denen die Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG umgesetzt wurden.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 17

Es ist damit festzustellen, dass die Vorschriften der §§ 69a bis 69g UrhG auf europarechtlichen Vorgaben beruhen. Der deutsche Gesetzgeber hat daher bei allen Änderungen der §§ 69a bis 69g UrhG die Vorgaben des Europarechts zu beachten. Allerdings sieht der europäische Richtliniengeber derzeit keinen Bedarf einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software. So sollte es auch von dem deutschen Gesetzgeber übernommen werden.

1.5.1 Welche Auswirkungen hat die geltende Rechtslage für die Hersteller von Software, für gewerbliche Nutzer von Software, die Verbraucher und den Handel mit gebrauchter Software? Welche Auswirkungen hat die geltende Rechtslage insbesondere für gewerbliche Nutzer, wenn sich deren Betriebsstruktur etwa durch Outsourcing, Betriebsaufspaltung oder Arbeitsplatzabbau ändert?

Die geltende Rechtslage berücksichtigt in einem ausgeglichen Maße die Interessen aller beteiligten Parteien. Sowohl die geltende Gesetzeslage ist insoweit eindeutig als auch haben es Softwarehersteller sowie gewerbliche Nutzer und Verbraucher als Ersterwerber von Softwarenutzungsrechten selbst in der Hand, durch vertragliche Regelungen über die Weiterübertragung von Software die Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software zu regeln. Dadurch wird den Interessen der Softwareurheber am Schutz ihres geistigen Eigentums Rechnung getragen. Es besteht kein spezifischer Regelungsbedarf.

Nach der geltenden Rechtslage ist der Handel mit gebrauchter Software ohne Zustimmung des ursprünglichen Rechteinhabers dann nicht möglich, wenn zwischen dem Urheber und dem Ersterwerber einvernehmlich ein Weiterübertragsverbot vereinbart wurde. Solche Weiterübertragungsverbote können mit dinglicher Wirkung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam vereinbart werden. Hiervon geht auch das OLG München aus⁷.

Vereinbaren die Parteien wirksam ein Weiterübertragungsverbot, erwirbt der Ersterwerber überhaupt nur beschränkte Rechte vom Urheber. Insbesondere wird ihm das Vervielfältigungsrecht nur als nicht übertragbares Recht eingeräumt. Verweigert der Urheber seine Zustimmung zu einer Abtretung der Nutzungsrechte an der Software an den Zweiterwerber, kann der Ersterwerber einem etwaigen Zweiterwerber der Software das für die sinnvolle Nutzung der Software erforderliche Vervielfältigungsrecht nicht wirksam einräumen. Der Zweiterwerber ist dann nicht zur Vervielfältigung der Software berechtigt.

Der Erschöpfungsgrundsatz – soweit er je nach Art des erstmaligen Inverkehrbringens des jeweiligen Vervielfältigungsstückes überhaupt zum Tragen kommt – erstreckt sich ausweislich des eindeutigen Wortlautes des § 69 Nr. 3 Satz 2 UrhG nur auf das Verbreitungsrecht an dem jeweiligen Vervielfältigungsstück. Der Erschöpfungsgrundsatz erstreckt sich nicht auf das Vervielfältigungsrecht. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung „Parfumflakon“⁸ bestätigt.

⁷ vgl. OLG München, CR 2008, 551.

⁸ BGH, GRUR 2001, 51.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 18

Das LG München⁹ stellt zu Recht fest, dass „Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes (...) es nicht [ist], das Werk an sich verkehrsfähig zu machen, sondern die Verkehrsfähigkeit des Werkstückes zu erhalten.“

Auch ein Rückgriff auf § 69d Abs. 1 UrhG, um eine Berechtigung des Zweiterwerbers herzuleiten, scheidet aus: Diese Norm erlaubt nur dem „zur Verwendung (...) Berechtigten“ die bestimmungsgemäße Benutzung. Wird dem Zweiterwerber allerdings ein Vervielfältigungsrecht gar nicht erst wirksam eingeräumt, ist er nicht „Berechtigter“ im Sinne dieser Norm.

Die Auswirkung der geltenden Rechtslage für den Fall, dass sich die Betriebsstruktur eines gewerblichen Anwenders etwa durch Outsourcing, Betriebsaufspaltung oder Arbeitsplatzabbau ändert, ist gering: Zum einen ist es in der Praxis durchaus üblich, die Fälle des Outsourcings und der Betriebsaufspaltung vertraglich zu regeln. Zum anderen ist eine Weiterübertragung von Softwarenutzungsrechten oder eine Rückgabe mit Zustimmung des Softwareherstellers möglich. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis vielfältig Gebrauch gemacht. Hierzu ist anzumerken, dass bereits gesetzlich in § 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG geregelt ist, dass der Softwarehersteller seine Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern darf. In der Praxis verweigern daher die Softwarehersteller ihre Zustimmung zu solchen Lizenzübertragungen regelmäßig nicht – nicht zuletzt auch deshalb, weil sie ein Interesse daran haben, mit dem Erwerber einen Supportvertrag abzuschließen, der für gewerblich genutzte Software regelmäßig erforderlich ist, um die Software über einen längeren Zeitraum produktiv nutzen zu können.

Ebenso unproblematisch ist es, wenn der Rechtsträger identisch bleibt oder eine Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes eintritt, so zum Beispiel nach dem Umwandlungsgesetz bei einem Formwechsel, einer Verschmelzung oder einer Spaltung, gehen auch die Softwarelizenzen auf den neuen Rechtsträger über (vgl. z.B. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Solche Änderungen der Betriebsstruktur sind daher für gewerbliche Nutzer im Hinblick auf Softwarelizenzen unproblematisch. Bei Formwechseln bleibt der Rechtsträger gleich, bei Verschmelzungen greift § 34 Abs. 3 Satz 1 UrhG.

Für den Handel mit gebrauchter Software gibt es zwei unterschiedliche Geschäftsmodelle, die streng voneinander zu trennen sind: Bei dem einen Geschäftsmodell wird das Nutzungsrecht an der Software unter Vermittlung eines Gebrauchtssoftwarehändlers, der bei diesem Modell eigentlich eher eine Maklerfunktion hat, auf einen Zweiterwerber übertragen. Die Übertragung erfolgt unmittelbar vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber. Bei diesem Geschäftsmodell werden die Herstellervoraussetzungen für eine mögliche Übertragung beachtet und falls erforderlich die Zustimmung des Herstellers zur Lizenzübertragung eingeholt (§ 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG). Dieses Geschäftsmodell ist unproblematisch, soweit die betreffenden Übertragungsregelungen beachtet werden. Die in Rechtsprechung und Rechtsliteratur geführte Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software hat sich an dem zweiten Geschäftsmodell entzündet. Bei diesem Modell wollen Gebrauchtssoftwarehänd-

⁹ LG München, MMR 2006, 175 (177).

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 19

ler Nutzungsrechte ohne Zustimmung der Softwarehersteller übertragen und versuchen dies mit der Erschöpfung zu begründen.

Die Gerichte haben diesem zweiten Modell eine klare Absage erteilt.¹⁰ Die geltende Rechtslage hat somit für gewerbliche Nutzer von Software und den Handel mit gebrauchter Software die Auswirkung, dass der Hersteller in die Übertragung von Nutzungsrechten einzubeziehen ist. Das ist aber bei Software, die der ständigen Pflege und Aktualisierung bedarf, ohnehin erforderlich, weil solche Änderungen der Software mit Änderungen des Quellcodes einhergehen und daher nur unmittelbar vom Hersteller zu erlangen sind. Ein Gebrauchtsoftwarehändler kann keine solchen Pflegeleistungen erbringen.

1.5.2 Sollte die Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen Wegen des Inverkehrbringens von Software im Hinblick auf den Grundsatz der Erschöpfung gesetzlich klargestellt werden?

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht auf die Fälle anwendbar ist, in denen Software mittels Download erstmals in den Verkehr gebracht wurde, ist angesichts der derzeitigen Gesetzeslage sowie der Rechtsprechung des OLG München nicht erforderlich.

Der Wortlaut des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG ist klar und eindeutig. Die Rechtslage wird vom OLG München auch ausdrücklich so bezeichnet.¹¹ Das deutsche Gesetz verwendet konform mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG den Begriff „Vervielfältigungsstück“. Dadurch wird unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass der Erschöpfungsgrundsatz nur auf körperliche Werkexemplare und damit nur auf solche Software anwendbar ist, die auf körperlichem Wege in den Verkehr gebracht wurde. Diese Auffassung vertrat das OLG München bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006.¹²

Ebenso stellt der Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG klar, dass sich die Frage der Erschöpfung insbesondere bei Online-Dienstleistungen gar nicht erst stellt. Die Beschränkung auf ausschließlich körperliche Vervielfältigungsstücke ergibt sich zudem aus Fußnote 6 des WIPO-Urheberrechtsvertrags, der von der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnet wurde, und dessen Umsetzung unter anderem Zweck der Informationsgesellschafts-Richtlinie ist.¹³

Damit ist der dem nationalen Gesetzgeber eingeräumte Regelungsspielraum klar eingegrenzt: Eine Regelung, welche die Erschöpfung auf Vervielfältigungsstücke erstrecken würde, die durch den Internetnutzer nach einem Softwaredownload selbst hergestellt worden sind, aber zu deren Inverkehrbringen der Rechteinhaber gerade keine Zustimmung erteilt hat, wäre nicht richtlinienkon-

¹⁰ so OLG München, Urt. v. 3.7.2008 – 6 U 2759/07, MMR 2008, 601 im Wesentlichen unter Bezugnahme auf die Begründung der Vorinstanz LG München I, Urt. v. 15.3.2007 – 7 O 7061/06, MMR 2007, 328 ff.

¹¹ OLG München, MMR 2008, 601.

¹² OLG München, MMR 2006, 748.

¹³ Siehe hierzu ausdrücklich Erwägungsgrund 15 der Informationsgesellschafts-Richtlinie.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 20

form. Auch eine Regelung, die bloße Nutzungsrechte der Erschöpfung unterwerfen würde, wäre nicht richtlinienkonform.

Die Berücksichtigung der europäischen und internationalen Einflüsse auf das deutsche Urheberrecht lässt also keinen Spielraum für eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes.

Insofern ist es in der Literatur anerkannt, dass die Online-Wiedergabe keine Verbreitung ist, sondern das Recht der öffentlichen Wiedergabe betrifft. Dieses Recht der öffentlichen Wiedergabe von Software ist in § 69c Nr. 4 UrhG geregelt und nach einhelliger Auffassung nicht vom Erschöpfungsgrundsatz betroffen. Dass sich das Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht erschöpft, ist ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG geregelt.

Beim Online-Vertrieb von Software werden lediglich Nutzungsrechte veräußert, bei denen keine Erschöpfung eintritt. Allerdings wird gewerblich genutzte Software häufig ohnehin in der Weise vertrieben, dass die Einräumung des Nutzungsrechts durch Abschluss eines Lizenzvertrages separat und unabhängig von der Verschaffung der Softwarekopie erfolgt. Für die Übertragung von Nutzungsrechten ist die Zustimmung des Urhebers erforderlich (§ 34 Abs. 1 Satz 1 UrhG).

Fehlt es an einem körperlichen Werkstück, das mit Zustimmung des Berechtigten in den Verkehr gebracht wurde und das zum Nachweis der Berechtigung vorgelegt werden kann, würde darüber hinaus die Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte der Softwareurheber gegen Produktpiraterie wesentlich erschwert bzw. ganz unmöglich gemacht. Jeder Fälscher könnte sich bequem damit herausreden, dass die von ihm vertriebene Fälschung eine Sicherungskopie sei, die er für eine Softwarenutzung gemacht hat, die er per Download erhalten hat. Schutzbehauptungen würde Tür und Tor geöffnet werden. Gegen solche Schutzbehauptungen hilft auch nicht der Einsatz von DRM-Techniken. Auch solche Techniken bieten keinen absoluten Schutz vor der Umgehung. Der Missbrauch des geistigen Eigentums der Softwareurheber würde damit extrem erleichtert und die Bemühungen des deutschen Gesetzgebers „*durch die Verbesserung der Stellung der Rechteinhaber beim Kampf gegen Produktpiraterie ein Beitrag zur Stärkung des geistigen Eigentums*“¹⁴ zu leisten würde konterkariert.

Dennoch gibt es Stimmen in der Literatur und der Rechtsprechung, die den Erschöpfungsgrundsatz analog auf Software anwenden wollen, die auf unkörperlichem Wege in den Verkehr gebracht wurde.

Eine solche analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf erstmals per Download in den Verkehr gebrachte Software ist abzulehnen. Voraussetzung jeder analogen Gesetzesanwendung ist insbesondere eine „planwidrige Regelungslücke“. An dieser fehlt es.¹⁵ Die Regelung zur Erschöpfung bei Software in

¹⁴ So die ausdrückliche Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BT-Drucks. 16/5048, S. 1, das die Vorgaben der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums umsetzt.

¹⁵ vgl. insbesondere LG München, MMR 2007, 328 (330).

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 21

§ 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG wurde durch das 2. UrhGÄndG vom 09.06.1993 in das UrhG aufgenommen. Durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie zur Informationsgesellschaft vom 10.09.2003 wurde § 69c UrhG um eine weitere Nummer ergänzt. Auch zu diesem Zeitpunkt war der Download-Vertrieb bekannt, ohne dass der Gesetzgeber Handlungsbedarf gesehen hätte. Es fehlt damit jedenfalls an der „Planwidrigkeit“ einer Regelungslücke.

Aber auch die letzte Analogievoraussetzung liegt nicht vor. So fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage. Dies zeigt sich bereits darin, dass körperliche Gegenstände nach der deutschen Rechtsordnung gutgläubig erworben werden können, immaterielle Rechte hingegen nicht.

Das LG München¹⁶ führt darüber hinaus zu Recht aus, dass bei einer analogen Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes das berechnigte Interesse des Urhebers, an der wirtschaftlichen Verwertung seines geistigen Eigentums angemessen beteiligt zu werden, nicht im ausreichenden Maße berücksichtigt würde. Vielmehr ist die Ausnahmeregelung „Erschöpfung“ restriktiv auszulegen. Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes ist es, die Verkehrsfähigkeit von Werken zu erhalten, nicht sie zu schaffen. Ein selbst hergestelltes Vervielfältigungsstück ist von einer gewöhnlichen Raubkopie nicht zu unterscheiden, und man sieht ihm – im Gegensatz zum Originaldatenträger – nicht an, ob es mit Zustimmung des Rechteinhabers hergestellt und in Verkehr gebracht wurde. Würde man die Weitergabe der vom Nutzer selbst hergestellten Vervielfältigungsstücke auf der Grundlage der Erschöpfung erlauben, dann würde der freie Warenverkehr erheblich behindert, denn dann müsste der Empfänger bei jedem einzelnen Vervielfältigungsstück prüfen, ob es mit oder ohne Zustimmung des Urhebers hergestellt wurde. Diese Prüfung ist nicht zumutbar und in der Praxis kaum möglich. Insbesondere wenn das Vervielfältigungsstück mehrmals hintereinander weitergegeben wird, lässt sich in der Regel nicht mehr feststellen, wer es hergestellt hat, und ob dies mit oder ohne Zustimmung des Herstellers geschehen ist. Der Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes, klare und übersichtliche Rechtsverhältnisse für den Rechtsverkehr zu schaffen, würde durch die Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Vertrieb von selbst hergestellten Vervielfältigungsstücken oder auf bloße Lizenzen in sein Gegenteil verkehrt. Der Schutz des Verkehrs gebietet es daher, dass nur solche Vervielfältigungsstücke im Verkehr zirkulieren, bei denen ohne weiteres erkennbar ist, dass sie mit Zustimmung des Urhebers hergestellt und in Verkehr gebracht wurden.¹⁷

Bei gebrauchter Software tritt im Gegensatz zu anderen Wirtschaftsgütern kein Wertverlust ein. Ein Auto beispielsweise nutzt sich ab und verliert mit der Zeit an Wert, so dass der Käufer eines Gebrauchtwagens zu einem günstigeren Preis ein im Vergleich zu einem Neuwagen schlechteres, abgenutztes Produkt bekommt. Anders hingegen verhält es sich mit Software. Diese unterliegt keinem Qualitätsverlust und hat als „gebrauchte“ den identischen Wert wie „neue“ Soft-

¹⁶ LG München, MMR 2007, 328, 330.

¹⁷ Die wirtschaftlichen Folgen einer Ausdehnung des Erschöpfungsgedankens, auch für die Hersteller von Software, wurden sehr anschaulich und ausführlich in einem Aufsatz von Peter Ganea, „Ökonomische Aspekte der urheberrechtlichen Erschöpfung“ (GRUR Int 2005, S. 102ff.) dargestellt.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 22

ware. Daher hinkt der häufig herangezogene Vergleich zwischen gebrauchter Software und gebrauchten Autos.

Sofern man die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes ausweiten würde, erhielte der Softwarehersteller vom Zweiterwerber gebrauchter Software keine Vergütung, der ansonsten jedoch ein weiterer zahlender Ersterwerber wäre. Um eine angemessene Vergütung für das erstmalige Inverkehrbringen zu erhalten, müsste der Anbieter, der die Entwicklungskosten der Software zu tragen hat, schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen die Preise erhöhen. Will der Softwarehersteller aber konkurrenzfähig bleiben, ist ihm dies betriebswirtschaftlich nicht möglich. Unter diesen Umständen hat der Hersteller jedoch keine Gelegenheit mehr, zum Zeitpunkt der Erstinverkehrsetzung seiner Software eine angemessene Vergütung zu erzielen. Es ist ihm nicht möglich, eine Vergütung zu erzielen, die den Entwicklungsaufwand, der nur beim Hersteller, nicht jedoch beim Gebrauchtsoftwarehändler anfällt, angemessen berücksichtigt. Dabei ist gerade die angemessene Beteiligung der Urheber an der Verwertung ihrer Rechte einer der tragenden Gedanken des Urheberrechtsgesetzes, wie sich aus den §§ 32 ff. UrhG ergibt. Auf lange Sicht gesehen, kann sich das negativ auf die Arbeitsplatzsituation in der Softwarebranche auswirken.

Schließlich wurde in der Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass das Recht auf freie Berufswahl (Art. 12 GG) der Gebrauchtsoftwarehändler hinter den (geistigen) Eigentumsrechten (Art 14 Abs. 1 GG) der Softwarehersteller zurückzustehen hat.¹⁸

Wenn überhaupt eine Gesetzesänderung in diesem Bereich angedacht werden soll, dann sollte höchstens – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG München – kargestellt werden, dass sich der Erschöpfungsgrundsatz ausschließlich auf Software bezieht, die auf körperlichem Wege in den Verkehr gebracht wurde.

1.5.3 Sollte der Fall gesetzgeberisch geregelt werden, in dem mehrere Lizenzen auf nur einem Datenträger (Masterkopie) in den Verkehr gebracht wurden?

Der Fall, dass nur ein Datenträger in den Verkehr gebracht wird und der Erwerber nur zur Vervielfältigung der auf diesem Datenträger verkörperten Software ermächtigt wird, ist bereits gesetzgeberisch geregelt. Eine Änderung der bestehenden Regelung ist ebenso allenfalls zur Klarstellung angezeigt.

Ausweislich des klaren und eindeutigen Wortlautes des § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG bezieht sich dieser nur auf das jeweilige mit Zustimmung des Rechteinhabers in den Verkehr gebrachte Vervielfältigungsstück.

Eine wesentliche Voraussetzung der Erschöpfung des Verbreitungsrechtes ist es, dass das jeweilige Vervielfältigungsstück mit Zustimmung des Rechteinhabers in den Verkehr gebracht wird. Zwar erhält der Erwerber einer Volumenlizenz das Recht zur Vervielfältigung der Masterkopie. Der Rechteinhaber stimmt damit aber noch nicht automatisch dem Inverkehrbringen der einzelnen Vervielfältigungsstücke zu.

¹⁸ OLG München, MMR 2008, 601.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 23

fältigungsstücke zu. Fehlt es an einer solchen Zustimmung, werden die vom Erwerber hergestellten Vervielfältigungsstücke nicht mit Zustimmung des Rechteinhabers in den Verkehr gegeben, so dass keine Erschöpfung des Verbreitungsrechtes an diesen Werkstücken eintritt.

Gleiches zeigt sich an der Regelung des § 69d Abs. 2 UrhG. Nach dieser Norm wird dem Nutzungsberechtigten von Gesetzes wegen die Erstellung einer Sicherungskopie erlaubt. Auch dieses mit Zustimmung des Gesetzes erstellte Vervielfältigungsstück darf der Nutzungsberechtigte nicht zusätzlich zu der Kopiervorlage in den Verkehr bringen.

Darüber hinaus würde eine solche Loslösung von dem vom Softwarehersteller in den Verkehr gebrachten körperlichen Werkstück zu einer Vergeistigung der Software führen und damit den Missbrauch der Urheberrechte des Rechteinhabers erleichtern. Die berechtigte Verfolgung der Produktpiraterie würde erschwert. Es wäre dem Softwarehersteller nicht mehr möglich, die Vorlage eines Originaldatenträgers zu verlangen, um die Nutzungsberechtigung des Verwenders der Software nachzuweisen. Schutzbehauptungen wären nur noch schwer widerlegbar. Das erklärte Ziel des europäischen Richtliniengebers sowie des deutschen Gesetzgebers, die Stellung der Rechteinhaber beim Kampf gegen Produktpiraterie zu stärken und damit ein Beitrag zur Stärkung des geistigen Eigentums zu leisten, würde beeinträchtigt.

Schließlich ist die Interessenlage nicht mit dem Fall vergleichbar, dass anstelle einer Volumenlizenz die entsprechende Anzahl von einzelnen Datenträgern bestellt und von dem Softwarehersteller in den Verkehr gebracht wird. Die Preiskalkulation der Softwarehersteller geht in der Regel davon aus, dass die einzelnen erstellten Vervielfältigungsstücke nicht weiter vertrieben werden.

Eine andere Sichtweise stünde ebenfalls im Widerspruch zu internationalen, europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. die entsprechenden Ausführungen zu Ziffer 1.5.2). Eine Lizenzaufspaltung ist schon deshalb nicht möglich, weil es nur einen Masterdatenträger gibt, und derjenige, der nicht Eigentümer und Besitzer dieses Datenträgers ist, nicht zur Vervielfältigung und Nutzung der Software berechtigt sein kann.

Sollte dennoch eine Gesetzesänderung in diesem Bereich beabsichtigt werden, so wäre allenfalls im Hinblick auf die beiden erstinstanzlichen Entscheidungen von nicht auf Urheberrecht spezialisierten Spruchkörpern, die diesen Fall zu entscheiden hatten¹⁹ eine Klarstellung angezeigt, dass keine Erschöpfung an den vom Erwerber erstellten Vervielfältigungsstücken eintritt, wenn mehrere Lizenzen auf nur einem Datenträger (Masterkopie) in den Verkehr gebracht wurden.

¹⁹ 15. Zivilkammer des LG Hamburg, Urt. v. 29.6.2006 - 315 O 343/06, MMR 2006, 827 ff. m. krit. Anm. Heydn/Schmidl, MMR 2006, 830 f. und Wimmers/Schulz, ZUM 2007, 162 ff. sowie 30. Zivilkammer [Einzelrichterin] des LG München I, MMR 2008, 563 ff. m. krit. Anm. Heydn, MMR 2008, 565 f. und Stögmüller K&R 2008, 428 ff.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 24

1.6 Prüfung hinsichtlich einer Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten

1.6.1 Ist die Besserstellung der Filmproduzenten gegenüber anderen Verwertern gerechtfertigt? Tragen Filmproduzenten ein höheres wirtschaftliches Risiko als andere Verwerter?

Eine solche Besserstellung der Filmproduzenten ist gerechtfertigt. Der Verzicht auf eine Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten wurde im Rahmen der Urheberrechtsreform "Zweiter Korb" zu Recht erkannt:

Bei Filmwerken besteht ein besonderer Regelungsbedarf, da bei einem solchen Werk, an dem mehrere Urheber beteiligt sind, jeder Urheber einzeln ein Widerrufsrecht geltend machen und somit unter Umständen die Auswertung des Werkes als Ganzes entgegen den Interessen der Übrigen verhindern könnte. Zudem sind Kosten und Aufwand des (nachträglichen) Rechtserwerbs bei Filmwerken, an denen mehrere Urheber beteiligt sind, nicht vergleichbar mit Werken, von denen nur einzelne Urheber betroffen sind. Die derzeitige Regelung trägt insofern den besonderen Interessen des Filmproduzenten sowie der weiteren Lizenznehmer (Verwerter) Rechnung.

1.6.2 Wie sollte das Widerrufsrecht der Filmurheber gestaltet werden? Wäre eine Regelung entsprechend § 31a Abs. 3 UrhG sinnvoll? Welche Auswirkungen hätte eine solche Regelung in der Praxis?

Ein Widerrufsrecht der Filmurheber hätte zur Folge, dass Filmhersteller die Rechte an unbekanntem Nutzungsarten nicht oder nicht wie gehabt einräumen können. Die in der Praxis übliche Garantie in Bezug auf den Bestand sämtlicher zur Auswertung erforderlicher Rechte würde seitens der Filmhersteller in Frage gestellt werden müssen und in entsprechender Form an die Filmverwerter weitergereicht werden. Damit bestünde erhebliche Rechtsunsicherheit in Bezug auf mögliche Auswertungsformen, welche insbesondere die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle (z.B. Video-on-Demand) hemmen könnte.

2 Prüfbitten des Bundesrates

2.1 Wie kann den Besonderheiten von Open Access- und Open Source-Verwertungsmodellen Rechnung getragen werden?

2.1.1 Welche Formen der Open Access-/Open Source-Nutzung sind nicht bereits auf Grundlage des geltenden Rechts möglich? Welche rechtlichen Hindernisse stehen der Umsetzung im Wege? Welche gesetzlichen Regelungen sollten ggf. zur Förderung erwünschter Open Access-/Open Source-Nutzung geschaffen werden?

Keine Anmerkungen

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 25

2.1.2 In der wissenschaftlichen Literatur (Thomas Pflüger/Dietmar Ertmann, ZUM 2004, S. 436 – E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich) wird vorgeschlagen, in § 43 UrhG einen Absatz 2 hinzuzufügen, nach dem der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet ist, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Werk i.S.v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Hochschule (exklusiv oder nicht exklusiv) zur Veröffentlichung anzubieten. Werden das Werk nicht binnen einer bestimmten Frist von der Hochschule veröffentlicht, sollen dem Urheber die Verwertungsrechte wieder unbeschränkt zustehen.

- a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?
- b) Würde diese international zu einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler führen?

Keine Anmerkungen

2.2 Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven, § 52b UrhG – Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sonstige Bildungseinrichtungen

2.2.1 Ist eine solche Ausweitung sachgerecht? Was wären die (wirtschaftlichen) Konsequenzen?

Keine Anmerkungen

2.2.2 Ist der Begriff „Bildungseinrichtungen“ hinreichend abgrenzbar? Wäre die Ausweitung von § 52b UrhG auch auf diese Einrichtungen mit dem Bestimmtheitsgebot und dem 3-Stufen-Test vereinbar?

Keine Anmerkungen

2.3 Keine Begrenzung des elektronischen Kopienversands durch Bibliotheken: Ist durch diesen Rahmenvertrag über den elektronischen Versand von wissenschaftlichen Artikeln die Informationsversorgung für Wissenschaft und sonstige Interessenten durch die Subito-Bibliotheken hinreichend gewahrt?

Keine Anmerkungen

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 26

2.4 Auswirkungen der neu eingeführten Bereichsausnahme für Schulbücher bei der Schrankenregelung des § 53 Abs. 3 UrhG

2.4.1 Sind zwischen Kultusministerien und Schulbuchverlagen bereits Verträge über die Vervielfältigung von Schulbüchern für den Unterrichtsgebrauch an Schulen geschlossen worden? Wenn nein, warum nicht?

Keine Anmerkungen

2.4.2 Sind Beeinträchtigungen im Schulbetrieb aufgrund der neu eingeführten Bereichsausnahme festzustellen?

Keine Anmerkungen

3 Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“

3.1 § 59 UrhG – Vergütungspflicht für die Abbildung von Werken im öffentlichen Raum

3.1.1 Nach der Intention des Gesetzgebers (BT-Drs. IV/270, S. 76) basiert § 59 UrhG auf dem Gedanken, dass mit der Aufstellung eines Kunstwerkes an öffentlichen Orten das Werk der Allgemeinheit gewidmet wird. Halten Sie diese Einschätzung auch weiterhin für zutreffend? Wenn ja, stünde die von der Enquete-Kommission empfohlene Vergütungspflicht für die gewerbliche Verwertung im Widerspruch zu dieser Intention des Gesetzgebers?

Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass mit Aufstellung eines Kunstwerkes an öffentlichen Orten das Werk der Allgemeinheit gewidmet wird, ist aus nachfolgenden Gründen weiterhin zutreffend:

- Beim dauerhaften Aufstellen eines Kunstwerks an einen öffentlichen Ort ist dem Urheber bekannt, dass das Kunstwerk öffentlich eingesehen werden kann und damit auch abgelichtet/ gezeichnet werden kann. Sinn und Zweck ist ja auch gerade die öffentliche Wirkung.
- Urheber können sich gegen eine öffentliche Einsehbarkeit der Werke entscheiden bzw. vom Auftraggeber eine entsprechend höhere Vergütung verlangen, mit der dann auch die Rechte zur Nutzung von Fotos von Kunstwerken im öffentlichen Raum abgedeckt sein sollte.
- Eine Verbreitung von Kunst in der Öffentlichkeit (durch Fotografie, Abbildung) ist ja gerade beabsichtigt.
- Der Staat kommt (zumindest indirekt) seinem Kultur- und Bildungsauftrag nach.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 27

- Die von der Enquete-Kommission empfohlene Vergütungspflicht für gewerbliche Verwertung stünde u. E. aus folgenden Gründen im Widerspruch zu der o.g. Intention des Gesetzgebers:
 - Dadurch, dass Fotos von Kunstwerken im öffentlichen Raum nur noch sehr eingeschränkt gewerblich genutzt werden dürften, ohne dass dafür aufwändig Rechte eingeholt und eine Vergütung zu entrichten wäre, würde die Pressefreiheit beschnitten werden.
 - Die geplante Vergütungspflicht käme letztlich einem Fotografierverbot gleich, wenn das Ausfindigmachen von Urhebern, die Vertragsverhandlung etc. zu zeit- und geldaufwändig wäre.
 - Jede Art von Öffentlichkeit würde kommerzialisiert, obwohl das Kunstwerk der Öffentlichkeit gewidmet wurde.
 - Die Kunstwerke werden zum großen Teil aus Steuermitteln der Bürger und Unternehmen angeschafft und unterhalten, daher müssen sie auch weiterhin ohne Entgelt der Öffentlichkeit gewidmet sein.
 - Die Regelung der Gemeinfreiheit müsste aber auch im Falle einer Vergütungspflicht weiterhin nach Ablauf der Schutzfrist für Kunstwerke im öffentlichen Raum gelten.

3.1.2 Würde die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene Regelung den Anforderungen der Praxis gerecht?

Die von der Enquete-Kommission vorgeschlagene Regelung würde den Anforderung in der Praxis u.E. aus folgenden Gründen nicht gerecht:

- Die Abgrenzung zwischen Kunstwerk-Alltagsgegenstand und Werbung im öffentlichen Raum ist nur schwer möglich.
- Es würden zeit- und kostenintensive Prozesse zur Meldung und Vergütung entstehen.
- Die Abgrenzung zum Beiwerk (§ 57 UrhG) ist schwierig und würde zu erheblichen Unsicherheiten bzw. zu einer Abmahnungs- und Klageflut führen.
- Abbildungen in der Presse wären zwar bei tagesaktuellen Berichterstattungen (§ 50 UrhG) erlaubt, allerdings dürften die meisten Abbildungen wohl eher in Internet-Fotogalerien, Bildbänden, Kalendern, Postkarten etc. stattfinden, die nicht mit tagesaktuellen Ereignissen zusammenhängen.
- Es wird ein großer Graubereich geschaffen, der zu erheblichen Unsicherheiten führt. Bisher ist klar, dass alles was von öffentlichem Grund abgelichtet wird und den Anforderungen des § 59 UrhG entspricht, frei genutzt werden darf.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 28

- Vielfältige Nutzungen, auch im digitalen Bereich (z.B. Internet-Fotogalerien, Internetseiten, Internet-Foto-Shops, Presseartikel über nicht tagesaktuelle Themen mit Fotos von Kunstwerken die z.B. in Online Archiven liegen), müssten aufwändig geprüft und gefiltert werden

3.1.3 Wenn eine Vergütungspflicht eingeführt würde, wäre es sinnvoll, die Ansprüche verwertungsgesellschaftspflichtig auszugestalten?

BITKOM befürwortet aus den oben genannten Gründen keine Einführung einer Vergütungspflicht. Wenn diese allerdings eingeführt würde, wäre es sinnvoll, die Ansprüche verwertungsgesellschaftspflichtig auszugestalten, da der Urheber/Rechtswahrnehmer ansonsten nur schwer auffindbar ist und vertragliche Einigungen mit Urhebern sehr viel Zeit in Anspruch nehmen können. Darüber hinaus muss es einen einheitlichen Meldeprozess geben und die Kosten müssen sich in einem angemessenen Rahmen bewegen sowie überprüfbar sein.

3.1.4 Wenn eine Vergütungspflicht eingeführt würde, wäre mit Blick auf vorhandene Publikationen eine Übergangsvorschrift angezeigt? Wie lange sollte ein solcher Übergangszeitraum sein?

Wenn eine Vergütungspflicht eingeführt würde wäre es aus Sicht des BITKOM sinnvoll, mit Blick auf vorhandene Publikationen eine Übergangsvorschrift einzuführen: Es gibt vor allem im digitalen Bereich eine Unmenge an Fotos in Archiven und bei Bildagenturen und in Internet-Fotogalerien, Internetseiten etc. eingestellte Fotos, die alle überprüft werden und deren Rechte geklärt werden müssten. Das ist ein fast nicht zu bewältigender Aufwand und wird zur Abschaltung einiger Archive führen müssen – zum einen aus Aufwands- zum anderen aus Kostengründen.

3.2 Veröffentlichung von Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften: Ist eine dahingehende Veröffentlichungspflicht erforderlich?

Verwertungsgesellschaften unterliegen einer Transparenzpflicht, da sie wegen ihrer besonderen quasi Monopolstellung der Kontrolle durch den Markt weitestgehend entzogen sind. Nach Einschätzung des BITKOM wäre es sachgerecht, diese Transparenzpflicht zum einen konkret durch eine gesetzliche Veröffentlichungspflicht auszugestalten.

Um die für die Unternehmen erforderliche Transparenz zu schaffen, reicht die Veröffentlichung der angeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge jedoch nicht aus. Die Verwertungsgesellschaften sollten vielmehr auch dazu verpflichtet werden, ihre Lizenzierungsberechtigung in Bezug auf die Rechte, die sie vergeben, zu veröffentlichen und zu gewährleisten, beispielsweise in einer leicht zugänglichen Datenbank (vgl. dazu auch unten Ziffer 6.4). Gerade vor dem Hintergrund, dass sich das System der Rechtswahrnehmung der Verwertungs-

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 29

gesellschaften im Online- Bereich nach der Empfehlung der EU-Kommission grundlegend verändert, ist es für die Rechteinhaber von elementarer Wichtigkeit, sich ein transparentes Bild der Rechtesituation machen zu können.

3.3 § 52 UrhG Öffentliche Wiedergabe – Revision des Wortlauts

3.3.1 Sind Fälle bekannt, in denen eine Vergütung gefordert wurde, obwohl die Voraussetzungen für den Wegfall der Vergütungspflicht vorlagen? Hat die zuständige Verwertungsgesellschaft trotz Verweis auf § 52 UrhG eine Vergütung gefordert? Mit welcher Begründung?

Keine Anmerkungen

3.3.2 Welches tatbestandliche Element der geltenden Regelung führt nach Ihren Erfahrungen dazu, dass § 52 UrhG nicht entsprechend der Intention des Gesetzgebers umgesetzt wird? Inwiefern besteht Änderungsbedarf?

Keine Anmerkungen

3.4 Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen

3.4.1 Können Sie Fälle benennen, in denen sich das Insolvenzrisiko verwirklicht hat?

Dem BITKOM sind keine Fälle bekannt, in denen sich in der Vergangenheit das Insolvenzrisiko eines Vergütungsschuldners verwirklicht hat. Er geht aber davon aus, dass sich die Vergütungsansprüche der Rechteinhaber – wenn überhaupt – nur in seltenen Ausnahmefällen mangels Liquidität des Schuldners nicht realisieren ließen. Dabei dürfte es sich nur um kleine, allenfalls mittelständische Unternehmen gehandelt haben, d. h. es dürften nur geringe Anspruchsvolumen betroffen gewesen sein. Sofern es in der Vergangenheit zu Inkassolücken gekommen ist, ist dies in erster Linie auf eine mangelnde Durchsetzung der bestehenden Rechte durch die Verwertungsgesellschaften zurückzuführen.

Der BITKOM macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass die empirisch nicht belegte Behauptung von Insolvenzrisiken paradigmatisch für die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften ist. Die Verwertungsgesellschaften und die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) nehmen die ihnen obliegenden Aufgaben bislang in intransparenter und damit nicht nachprüfbarer Art und Weise und teilweise nicht marktdeckend wahr. Dies ist aus Sicht des BITKOM nicht akzeptabel. Er fordert daher, dass auf die Reformvorstellungen der Verwertungsgesellschaften generell erst dann eingegangen wird, wenn insbesondere die ZPÜ verbindlich eine deutlich erhöhte Transparenz zusichert. Es bedarf dringend einer umfassenden Offenlegung aller relevanten Daten. Erst auf dieser Grundlage wird der Gesetzgeber in der Lage sein, profunde und nicht auf Mutmaßungen basierende Entscheidungen zu treffen.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 30

3.4.2 Sollte für gesetzliche Vergütungsansprüche der Verwertungsgesellschaften eine Hinterlegungspflicht eingeführt werden? Sollte eine Hinterlegungspflicht für alle gesetzlichen Vergütungsansprüche gelten oder empfiehlt sich eine auf bestimmte Ansprüche beschränkte Regelung?

Der BITKOM lehnt die Einführung einer Regelung entsprechend § 11 Abs. 2 UrhWG für die pauschalen Abgabenansprüche der Verwertungsgesellschaften mit Nachdruck ab.

Der Vorschlag der Enquete-Kommission Kultur in ihrem Schlussbericht zugunsten einer Ausweitung der „Hinterlegungspflicht“ begegnet bereits deshalb Bedenken, weil die maßgebliche Prämisse – die Verwertungsgesellschaften und damit die Rechteinhaber seien vor dem Insolvenzrisiko insbesondere der Importeure zu schützen – nach den Erkenntnissen des BITKOM wohl der tatsächlichen Grundlage entbehren dürfte (vgl. bereits zuvor unter Ziffer 3.4.1). Die Abgabenansprüche der Verwertungsgesellschaften konnten stets mit den gem. § 249 HGB gebildeten Rückstellungen erfüllt werden. Wo sich in der Vergangenheit aber bislang keine Insolvenzrisiken verwirklicht haben, da bedarf es jetzt auch keiner gesetzgeberischen Gegensteuerung.

Zudem lässt der Vorschlag der Enquete-Kommission Sinn und Zweck des § 11 Abs. 2 UrhWG unbeachtet. Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil aus dem Jahr 2000 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die „Hinterlegungspflicht“ im Zusammenhang mit dem Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften aus § 11 Abs. 1 UrhWG zu betrachten ist und allein die Belange der Verwerter schützen will. Wörtlich heißt es:²⁰

„Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 UrhWG soll nicht eine Vermögensposition der Verwertungsgesellschaften begründen und sie – anders als andere Inhaber urheber- und leistungsschutzrechtlicher Befugnisse – gegen die Gefahr sichern, Ansprüche wegen Rechtsverletzungen nach Erwirkung eines Schadensersatztitels nicht mehr vollstrecken zu können. Zweck des § 11 Abs. 2 UrhWG ist vielmehr allein der Schutz des Verwerter. Die Vorschrift soll verhindern, dass sich die Verwertungsgesellschaft, die meist für ihren Tätigkeitsbereich eine Monopolstellung besitzt, durch Hinauszögern der Rechtseinräumung und unangemessen hohe Vergütungsforderungen dem Abschlusszwang, dem sie nach § 11 Abs. 1 UrhWG unterliegt, tatsächlich entzieht.“

Diese teleologische Betrachtung zeigt, dass § 11 Abs. 2 UrhWG – anders als teilweise behauptet – keine Privilegierung der Verwertungsgesellschaften bezweckt. Der mit der Hinterlegung einhergehende Schutz vor der Insolvenz des hinterlegenden Verwerter ist lediglich eine rechtsreflexartige Begleiterscheinung, vermag aber nicht selbst die Forderung nach einer Ausweitung der gesetzlichen Regelung zu rechtfertigen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Vorschlag der Enquete-Kommission die gesetzgeberischen Vorgaben letztlich in ihr genaues Gegenteil verkehrt: § 11 Abs. 2 UrhWG stellt lediglich eine rechtliche Option zugunsten der

²⁰ BGH GRUR 2000, 872, 874 – Schiedstellenanrufung.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 31

Nutzer dar, d. h. es statuiert eine Hinterlegungsmöglichkeit. Diese Möglichkeit zugunsten der Nutzer würde aber durch die Ausdehnung auf Streitigkeiten bezüglich des pauschalen Abgabensystems in eine Hinterlegungsverpflichtung der Abgabenschuldner umfunktioniert werden.

Gegen die Einführung einer Hinterlegungspflicht betreffend die gesetzlichen Abgabenansprüche spricht darüber hinaus, dass nachvollziehbare sachliche Gründe für eine solche Regel nicht erkennbar sind. Es liegt in der Natur eines jeden anspruchsbegründenden Schuldverhältnisses, dass der Gläubiger Risiko läuft, von der Insolvenz des Schuldners betroffen zu werden. Dass der Gläubiger von dieser allgemeinen Gefahr befreit wird, ist der gesetzliche Ausnahmefall, der besonderer Rechtfertigung bedarf. Legitimierende Gründe jenseits hypothetischer Annahmen wurden bislang aber nicht benannt.

Schließlich sei angemerkt, dass eine Ausdehnung des § 11 Abs. 2 UrhWG die Abgabenschuldner einer kaum tragbaren finanziellen Belastung aussetzt. Dies zeigt bereits die derzeitige Praxis mit Bezug auf § 11 Abs. 2 UrhWG. Durch häufig überhöhte Lizenzforderungen der Verwertungsgesellschaften zwingen sie die Verwerter, unverhältnismäßig hohe Summen zu hinterlegen, wenn die Verwertungsgesellschaften nicht interimistisch niedrigere Hinterlegungssummen akzeptieren. Unverhältnismäßig hohe Hinterlegungssummen haben in der Praxis zur Folge, dass Geschäftsmodelle aufgrund des wirtschaftlichen Risikos nicht eingeführt werden können. Diese Folgen sind aber mit § 11 Abs. 2 UrhG vom Gesetzgeber sicherlich nicht intendiert gewesen. Eine Ausweitung dieser Hinterlegungsregelung ist daher auch aus diesen Gründen nicht zu befürworten.

3.4.3 Nach welchen Kriterien sollte sich die Höhe der Hinterlegungspflicht bemessen, wenn eine gesetzliche Hinterlegungspflicht eingeführt würde?

Sollte entgegen der vorstehenden Erwägungen eine gesetzliche Hinterlegungspflicht tatsächlich eingeführt werden, sollte sich die Höhe des zu hinterlegenden Betrages keinesfalls nach dem Vorbild des § 11 Abs. 2 UrhWG an den Forderungen der Verwertungsgesellschaft orientieren. Eine derart einseitige Bestimmung würde sich ersichtlich nicht mit den schutzwürdigen Interessen der Hersteller, Importeure und Händler vertragen. Wie bereits hinsichtlich der Lizenzschuldner zuvor dargelegt, hätten auch hier die teilweise vollkommen überhöhten Forderungen der Verwertungsgesellschaften zur Folge, dass eine unverhältnismäßig hohe Summe hinterlegt werden müsste. Die Hinterlegungssumme wäre „totes Kapital“ für die Betroffenen und würde Produkteinführungen verhindern und das obwohl die Forderungen der Verwertungsgesellschaften sich im Nachhinein möglicherweise sogar dem Grunde nach oder aber zumindest der Höhe nach als unbegründet herausstellen – dies allerdings möglicherweise erst nach jahrelangen Rechtsstreitigkeiten.

Nur vorbeugend möchte BITKOM darauf hinweisen, dass bei der Diskussion um mögliche Hinterlegungspflichten zu berücksichtigen ist, dass Abgabeansprüche – wenn überhaupt – erst mit der Tarifveröffentlichung durch die Verwertungsgesellschaft entstehen. Auch erst dann könnte – wenn überhaupt – erst über die Höhe der Hinterlegung entschieden werden. Nach dem geltenden System der

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 32

Festlegung der Abgabensätze sind die Verwertungsgesellschaften gehalten, zunächst empirische Untersuchungen zur tatsächlichen Nutzung der im Streit stehenden Geräte/Speichermedien einzuholen. Erst auf Grundlage dieser Studien ist es ihnen erlaubt, ihre Tarife (bzw. Tarifvorstellungen) festzusetzen und zu veröffentlichen. Die Tarifveröffentlichung ist damit nach der Systematik der §§ 13, 13a Abs. 1 Satz 3 UrhWG anspruchsbegründende Voraussetzung der Abgabensprüche, so dass die Verwertungsgesellschaften nicht rückwirkend ihre Forderungen geltend machen können. Geräte und Speichermedien, die vor der Tarifveröffentlichung abgesetzt wurden, sind vielmehr gerade nicht abgabepflichtig: Denn wesentlicher Bestandteil des Abgabensystems ist, dass der Verbraucher die Abgabe zahlt, was voraussetzt, dass der Hersteller die Abgabe vorher eingepreist hat. Dies ist ihm aber – ebenso wie die Bildung von Rückstellungen – erst möglich, wenn die Abgabe durch die Tarifaufstellungen konkretisiert ist.

3.4.4 Gerichtliche Herabsetzung des Hinterlegungsbetrages

Im Zusammenhang mit der o.g. Diskussion um die Ausweitung des Regelungsgehalts des § 11 Abs. 2 UrhWG auf Pauschalabgaben, möchten wir noch auf die derzeitige Praxis zum § 11 Abs. 2 UrhWG und eine notwendige Regelungsänderung hinweisen:

Der Sinn und Zweck der in § 11 Abs. 2 UrhWG geregelten Hinterlegung ist vor allem vor dem Hintergrund des Kontrahierungszwang der Verwertungsgesellschaften (§ 11 Abs. 1 UrhWG) zu betrachten. Wie bereits oben dargelegt ergibt sich aus dieser Gesamtschau, dass die Hinterlegung keinesfalls eine Privilegierung der Verwertungsgesellschaften bezweckt, sondern – genau umgekehrt – die Belange der Nutzer schützt.

In der Konsequenz dieses Zwecks liegt es, zukünftig den Schutz des Nutzers dadurch zu vervollständigen, dass die Höhe des zu hinterlegenden strittigen Teils einer Vergütung gerichtlich überprüft und ggf. angepasst werden kann und zwar möglichst in einem Eilverfahren oder anderweitig verkürztem Verfahren. Damit würde ein wichtiges Korrektiv bzw. Gegengewicht zu den Tarifbefugnissen der Verwertungsgesellschaft geschaffen. Denn insbesondere kleineren und mittleren Unternehmen sind vielfach nicht mit einer Kapitaldecke ausgestattet, die es ihnen erlaubt, auf unbestimmte Zeit Summen in beträchtlicher Höhe zu hinterlegen. Faktisch können sich die Verwertungsgesellschaften also letztlich trotz der Hinterlegung dem Abschlusszwang entziehen. Innovative Nutzungsformen und Geschäftsmodelle werden dadurch gefährdet.

In Österreich ist eine entsprechende Regelung als § 17 Abs. 4 in das Verwertungsgesellschaftengesetz 2006 aufgenommen worden²¹.

²¹ § 17 Abs.3 des österreichischen Verwertungsgesellschaftengesetz: „Verweigert die Verwertungsgesellschaft die Nutzungsbewilligung nur deshalb, weil keine Einigung über die Bemessung des Entgelts erzielt werden kann, dann gilt die Bewilligung als erteilt, wenn der Nutzer den nicht strittigen Teil des Entgelts an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und eine Sicherheit in der Höhe des strittigen Teils des Entgelts durch gerichtliche Hinterlegung oder Stellung einer Bankgarantie geleistet hat.“

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 33

4 Prüfbritte der Europäischen Kommission

4.1 Regelung des Umgangs mit „verwaisten Werken“ („Orphan Works“)

4.1.1 Wann kann von einem verwaisten Werk gesprochen werden? Welche Voraussetzungen müssen bei der Suche nach dem Rechtsinhaber erfüllt werden?

Vgl. Anmerkungen zu Ziffer 4.1.3

4.1.2 Welche Nutzung verwaister Werke ist beabsichtigt, die gegenwärtig nicht aufgrund von urheberrechtlichen Schrankenregelungen zulässig ist? Um welche Anzahl von Werken handelt es sich?

Keine Anmerkungen

4.1.3 Soweit ein gesetzlicher Handlungsbedarf bejaht wird, bestehen verschiedene Optionen, auf welche Weise die Nutzung ermöglicht werden kann:

In Kanada wurde mit Art. 77 Canada's Copyright Act ein Zwangslizenzmodell eingeführt: Hier können Nutzer eine Lizenz zur Nutzung eines bestimmten Werkes bei dem Copyright Board of Canada beantragen, wenn die Identität bzw. der Aufenthaltsort des Rechtsinhabers auch durch „angemessene Anstrengungen“ nicht festgestellt werden konnte.

Lizenzierungsmodell der VG Wort: Die VG Wort beabsichtigt, auf Basis der derzeitigen Rechtslage verwaiste Werke zukünftig für eine digitale Nutzung (Einscannen und Online-zur-Verfügungstellen) zu lizenzieren, wenn die Nutzer eine Suche gemäß einem von Bibliotheken, Börsenverein, Verwertungsgesellschaften und der Deutschen Literaturkonferenz derzeit entwickelten Plan durchgeführt haben und diese ergebnislos verlaufen ist. Sollte der Rechtsinhaber zu einem späteren Zeitpunkt bekannt werden, wird er von der VG Wort entschädigt.

§ 17 Abs. 4 des österreichischen Verwertungsgesellschaftengesetz: „Der Urheberrechtssenat kann die Höhe der Sicherheitsleistung auf Antrag des Nutzers angemessen herabsetzen. Über einen solchen Antrag ist unter sinngemäßer Anwendung des § 273 ZPO ohne förmliches Beweisverfahren möglichst rasch zu entscheiden.“

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 34

Wie bewerten Sie diese Modelle? Sind sonstige Modelle – insbesondere unter Berücksichtigung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft – zum Umgang mit verwaisten Werken denkbar?

Mit Blick auf die hohe Anzahl von sogenannten „verwaisten Werken“ sieht der BITKOM eine gesetzliche Regelung als notwendig an, um die Digitalisierung innerhalb von Europa weiter voranzubringen. In den meisten Fällen ist es mit hohen Kosten und hohem Zeitaufwand verbunden, die tatsächlichen Rechteinhaber zu identifizieren. Zudem ist das Haftungsrisiko des Verwerter sehr hoch. Der BITKOM ist der Ansicht, dass es sowohl technische wie auch gesetzgeberische Lösungswege gibt, um im Bereich der „verwaisten Werke“ Rechtssicherheit zu erlangen und die Digitalisierung voranzutreiben.

So begrüßt der BITKOM die Unterstützung der Europäischen Kommission zu dem Projekt „ARROW“ – das heißt die Einrichtung einer europaweiten Datenbank, über die die Urheberrechte vor der Verwertung geklärt werden können. Mit einer derartigen Datenbank lässt sich die Anzahl der „verwaisten Werke“ stark reduzieren.

Darüber hinaus bedarf es einer Gesetzesregelung, wie mit tatsächlich „verwaisten Werken“ umzugehen ist. Nur so kann für die Verwerter bestmögliche Rechtssicherheit garantiert und damit zur Onlineverwertung ermutigt werden. Entsprechend den Grundsätzen des ARROW-Projektes sollte jedes Werk, das nicht in der ARROW-Datenbank vermerkt ist, als „verwaistes Werk“ klassifiziert werden. Diese Klassifikation sollte darüber hinaus folgende rechtliche Konsequenzen haben:

- Die Verwertung von „verwaisten Werken“ sollte keine Urheberrechtsverletzung mit möglichen zivil- und strafrechtlichen Verfolgungen darstellen.
- Je nach der bezweckten Verwertung sollten die Lizenzen auf Basis von fairen und vertretbaren Preisen kollektiv vergeben werden.
- Nur in dieser Höhe sollte auch ein Rechteinhaber rückwirkend Rechtsansprüche gegenüber der zuständigen Verwertungsgesellschaft geltend machen können.

5 Sonstige Fragen

5.1 Elektronischer Bundesanzeiger: Wäre eine Veröffentlichungspflicht im „elektronischen Bundesanzeiger“ vorzugswürdig?

Aus Sicht des BITKOM sollten die Verwertungsgesellschaften ihren aus §§ 5, 9 und 13 UrhWG folgenden Veröffentlichungspflichten auf absehbare Zeit noch durch Veröffentlichungen in der Papierausgabe des Bundesanzeigers nachkommen dürfen. Der BITKOM spricht sich jedoch dafür aus, dass die Verwertungsgesellschaften zukünftig zunächst parallel sowohl im „Bundesanzeiger“ als

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht
Seite 35

auch im „elektronischen Bundesanzeiger“ veröffentlichen; ab einem noch festzulegenden Zeitpunkt sollte nur noch die Veröffentlichungen im elektronischen Bundesanzeiger zwingend sein.

Insbesondere die Veröffentlichung der aufgestellten Tarife nach § 13 UrhWG im Bundesanzeiger ist für die betroffenen Unternehmen eminent wichtig, weil sie ab diesem Zeitpunkt über die Entstehung der Vergütungsansprüche (vgl. hierzu unter Ziffer 3.4.3) informiert und in der Lage sind, ihre Preise zu kalkulieren und die vom Verbraucher zu tragende Abgabe einzupreisen. Eine sofortige komplette Ersetzung des Veröffentlichungsorgans „Bundesanzeiger“ durch den „elektronischen Bundesanzeiger“ ist nicht angezeigt, da sich die mit den Veröffentlichungen der Verwertungsgesellschaften befassten Verkehrskreise auf den „Bundesanzeiger“ eingestellt haben und sich dieses Publikationssystem bewährt hat.

Der BITKOM verkennt dabei nicht, dass es dem generellen gesetzgeberischen Anliegen entspricht, auf lange Sicht die Papierausgabe des Bundesanzeigers durch den elektronischen Bundesanzeiger abzulösen. Dieses Anliegen wird vom BITKOM in der Sache unterstrichen und unterstützt. Allerdings erscheint es übereilt und kontraproduktiv, das Veröffentlichungsorgan „von einem Moment auf den anderen“ komplett zu wechseln.

Die Ideallösung dürfte daher darin bestehen, die Verwertungsgesellschaften zunächst zu einer parallelen Veröffentlichung sowohl im „Bundesanzeiger“ als auch im „elektronischen Bundesanzeiger“ zu verpflichten, um sodann zu einem von vornherein festgelegten Zeitpunkt nur noch Veröffentlichungen im elektronischen Bundesanzeiger zu gestatten. Eine solche „weiche“ Lösung bedeutet für die Verwertungsgesellschaften keinen nennenswerten zusätzlichen verwaltungstechnischen oder finanziellen Aufwand, während den betroffenen Verkehrskreisen die Möglichkeit gegeben wird, sich während einer bestimmten Übergangszeit auf die neue Veröffentlichungspraxis einzustellen.

5.2 Rechnungslegung und Prüfung der Verwertungsgesellschaft: In § 9 UrhWG sind derzeit die Maßnahmen zur Rechnungslegung und Prüfung im Einzelnen aufgeführt. Diese orientieren sich am Bilanzrichtliniengesetz vom 19. Dezember 1985 sowie an den damals einschlägigen Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Stattdessen könnten die erforderlichen Maßnahmen durch einen Verweis auf die für große Kapitalgesellschaften geltenden handelsrechtlichen Vorschriften wie folgt geregelt werden: „§ 9 Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung: Verwertungsgesellschaften haben ungeachtet ihrer Rechtsform einen Jahresabschluss und einen Lagebericht nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Ersten, Dritten und Vierten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs aufzustellen, prüfen zu lassen und offenzulegen.“ Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Auch an dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Verwertungsgesellschaften als die Treuhänder der Urheber zur größtmöglichen Transparenz verpflichtet werden sollten. Dies betrifft auch die Verteilungspläne und die inter-

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 36

ne Verteilung zwischen den Verwertungsgesellschaften. Entsprechend begrüßen wir den oben vorgeschlagenen Verweis.

5.3 Kontrollrechte: Sollte zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch die Verwertungsgesellschaften diese Regelung modifiziert werden? An welche Tatbestandsvoraussetzungen sollten diese Kontrollinstrumente anknüpfen?

Gemäß § 54f Abs. 1 Satz 1 UrhG kann der Urheber von den zur Zahlung der Pauschalabgabe Verpflichteten Auskunft über Art und Stückzahl der im Inland veräußerten oder in Verkehr gebrachten Geräte und Speichermedien verlangen. Dieses Auskunftsrecht wird gestützt durch eine Kontrollbefugnis der Verwertungsgesellschaften: Gemäß § 54f Abs. 1 Satz 1 UrhG i.V.m. § 26 Abs. 7 UrhG können die Verwertungsgesellschaften Einsicht in die Geschäftsbücher oder sonstigen Urkunden im erforderlichen Umfang verlangen, sofern „begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit“ der Auskunft bestehen.

Der BITKOM betrachtet die von den Verwertungsgesellschaften eingeforderte Änderung der bestehenden Auskunft- und Kontrollregelungen „zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung“ als kritisch. Das gilt umso mehr, als selbst von Seiten der Verwertungsgesellschaften zugegeben wird, dass das Kontrollinstrument der „Händlerauskünfte“ nach §§ 54f Abs. 1, 54b UrhG „sich in der Praxis als äußerst effektiv herausgestellt“ hat.²²

Der BITKOM gibt einerseits zu bedenken, dass jedes zusätzliche bzw. vereinfacht anzuwendende Kontrollinstrument die Interessen der Hersteller, Importeure und Händler tangiert. Jede externe Kontrolle greift in den betrieblichen Geschehensablauf ein und führt zu wirtschaftlich spürbaren Nachteilen. Das Erfordernis des Vorliegens „begründeter Zweifel“ ist Ausdruck des auch im Privatrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Eine Ausgestaltung der Kontrollbefugnisse dergestalt, dass eine Kontrolle der Geschäftsbücher jederzeit und unabhängig von dem Vorliegen begründeter Zweifel, d. h. ohne jeden „Anfangsverdacht“ ermöglicht wird, widerspricht diesem verfassungsrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Anlassunabhängigen Überwachungsrechten der Verwertungsgesellschaften können vom BITKOM nicht unterstützt werden, da sie zwangsläufig zu einer Betroffenheit auch solcher Unternehmen führen wird, die ihren Auskunftspflichten wahrheitsgemäß und vollständig nachgekommen sind. Es muss auf Widerspruch stoßen, wenn seriöse Unternehmen nicht nur Nachteile aus den Wettbewerbsverzerrungen zu erleiden haben, sondern darüber hinaus auch für das unlautere Verhalten ihrer Konkurrenten einstehen sollen, ohne dass sie hierfür irgendeinen Anlass gegeben haben.

Auf der anderen Seite hat selbstverständlich auch der BITKOM ein erhebliches Interesse daran, dass die Verwertungsgesellschaften allen Herstellern, Importeuren und Händlern, die ihren gesetzlichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachkommen, mit einem effektiven Kontrollinstrumentarium begegnen können. Die Wettbewerbsverzerrungen, die mit dem Absatz abgabenpflichtiger

²² Siehe Müller, ZUM 2007, 777, 786. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Diskussionsbericht von Niederalt, ZUM 2008, 397, 399 f.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 37

Produkte ohne Abführung der Pauschalabgabe einhergehen, stellen für die rechtmäßig agierenden Unternehmen ein erhebliches Problem dar. Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsgleichheit spricht daher vieles für eine Effektuierung der bestehenden Überwachungsmöglichkeiten. Als Grundlage gesetzgeberischer Entscheidungen können jedoch nur typische Problemlagen dienen, die sich tatsächlich als regelungsbedürftig erwiesen haben. Im Bereich der Pauschalabgaben ist aber zunächst entscheidend, dass vor der Einführung weiterer Sanktions- und Kontrollmaßnahmen es zunächst einer vollen Ausschöpfung des vorhandenen Instrumentariums bedarf. Dies erfolgte durch die ZPÜ in der Vergangenheit nicht. So zeigt die Praxis der ZPÜ, dass sie immer zunächst nur bei wenigen Unternehmen einer Branche versucht, ihre Ansprüche vor der zuständigen Schiedsstelle bzw. vor Gericht durchzusetzen. Wichtige Marktteilnehmer werden teils übersehen, teils verjähren unstrittige Ansprüche. Gerade die Verwertungsgesellschaften sollten als Treuhänder der Urheber jedoch ihre Schuldner kennen. Die hierfür notwendige Marktkenntnis ist aber insbesondere bei der ZPÜ nur begrenzt vorhanden. Die aus Unkenntnis und zum Teil auch unzureichender Marktanalyse resultierende partielle Rechtsdurchsetzung führt im Markt nicht nur zu Unklarheiten und Verwirrungen, sondern auch zu relevanten Wettbewerbsverzerrungen unter denen insbesondere die kleinen und mittelständischen Unternehmen leiden.

In diesem Zusammenhang will der BITKOM noch mal darauf aufmerksam machen, dass die Inkassotätigkeit der ZPÜ ebenso wie die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften insgesamt in Zukunft deutlich transparenter auszugestaltet sind. Der Forderung nach einer Ausweitung der Kontrollrechte darf erst dann nachgegangen werden, wenn die Aufgabenwahrnehmung durch die ZPÜ unter das strikte Postulat der Transparenz gestellt wird (vgl. zu dieser Forderung bereits zuvor sowie unter Ziffer 6). Mangels Offenlegung jedweder belastbarer Daten ist es aus Sicht des BITKOM derzeit nicht möglich zu überprüfen, ob tatsächlich Kontrolldefizite bestehen. Wenn die Verwertungsgesellschaften weitergehende Kontrollmöglichkeiten einfordern, sind sie im Mindesten verpflichtet, die Faktenlage klar aufzuzeigen. So haben sie etwa nicht nur die Stückzahl vergüteter und die Stückzahl importierter und in Verkehr gebrachter Produkte zu benennen. Sie müssen ferner den nach ihrer Auffassung bestehenden „Graumarkt“ bezeichnen, der mangels ausreichender Kontrollmöglichkeiten in der Vergangenheit nicht in Anspruch genommen werden konnte. Schließlich muss dargetan werden, wie viele und welche Händler und Hersteller in den letzten Jahren auf Auskunft in Anspruch genommen worden sind und welche Importeure Produkte gemeldet haben. Über all diese Fragen besteht derzeit Unklarheit, was nicht weiter akzeptabel erscheint.

Der BITKOM macht abschließend darauf aufmerksam, dass die bestehenden gesetzlichen Überwachungsrechte weniger restriktiv sind, als dies auf Seiten der Verwertungsgesellschaften mitunter angenommen wird. Für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „begründete Zweifel“ kann auf die Interpretation vergleichbarer gesetzlicher Regelungen zurückgegriffen werden. So sieht etwa § 87c Abs. 4 HGB ein Einsichtsrecht des Handelsvertreters wegen seines Provisionsanspruchs vor, das ebenfalls das Bestehen „begründeter Zweifel“ voraussetzt. Es genügen zwar keine Vermutungen ohne näheren Anhalt; ausreichend ist es jedoch anerkanntermaßen, wenn aus objektiver Sicht zumindest in einem Punkt Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit bestehen. Legt man diesen

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 38

Maßstab auch hinsichtlich der Kontrollrechte der Verwertungsgesellschaften zugrunde, wird sich bei gewissenhaftem Abgleich der Händlerauskünfte mit den Mitteilungen der Hersteller oder Importeure in vielen Fällen ein erster Anfangsverdacht begründen lassen.

6 Weitergehender Änderungsbedarf aus Sicht des BITKOM

Der BITKOM nutzt die Gelegenheit, an dieser Stelle noch weitergehende, in der Konsultation jedoch leider unberücksichtigt gebliebene urheberrechtliche Themen anzusprechen, die sowohl in der Wirtschaft als auch in der Politik thematisiert werden und die die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers bzw. klaren Regelungen bedürfen:

6.1 Pauschalabgaben

Der BITKOM versteht eine weitere Anpassung des Urheberrechtsgesetzes als Chance, das Abgabensystem auch nach dem Zweiten Korb in umfassender Weise den Gegebenheiten der Gegenwart (weiter) anzupassen. Ihm ist daher daran gelegen, dass die Gesetzgeber im Rahmen der noch laufenden Verhandlungen zu den Pauschalabgaben folgende Gesichtspunkte im Blick behalten:

Die derzeitige Wirtschafts- und Finanzkrise, deren Ende nicht absehbar ist, leistet der ohnehin rasant verlaufenden technologischen Entwicklung weiter Vorschub. Produkte und Dienstleistungen, gerade auch Inhalte wie Text, Bilder, Musik und Video, werden immer häufiger (ausschließlich) digital erzeugt und genutzt. Nach Erhebungen des BITKOM wollen 2,2 Millionen Deutsche im Jahr 2009 ein digitales Buch kaufen; im Jahr 2008 haben sie 34 % mehr digitale Songs auf ihre Computer geladen als im vorherigen Jahr.

Aus den vorstehenden Fragen und Antworten im Rahmen der Konsultation ergibt sich nur andeutungsweise, dass ein zentrales Konfliktfeld des Urheberrechts in der Vergütung der legitimen Privatkopien über die Geräte- und Speichermedienabgabe liegt. Mit der Digitalisierung der gesamten Wertschöpfungskette werden die Abgabenforderungen zu Lasten der Hersteller von Büro- und Unterhaltungselektronik (als unbeteiligte Dritte) auf immer neue Gerätekategorien ausgedehnt. Zugleich nimmt das illegale Kopieren urheberrechtlich geschützter Werke rapide zu und die herkömmlichen Geschäftsmodelle der Rechteinhaber geraten ins Wanken.

Vor diesem Hintergrund bedarf es dringend zukunftsgerechter Lösungen. Dem derzeitigen Abgabensystem fehlt es zu Lasten aller Beteiligten sowohl an Transparenz als auch an Planungssicherheit. Hier besteht dringender Handlungsbedarf. Konkret bedarf es eindeutiger Regelungen, welchen Wert eine Kopie als Grundlage für die Abgabe hat, wie die wirtschaftliche Angemessenheit der Abgaben gewährleistet werden kann und welche Geräte und Speichermedien tatsächlich der Abgabepflicht unterliegen.

Darüber hinaus muss ein zeitgemäßes und faires Urheberrecht Lösungen für weitere Probleme bereit halten:

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 39

- Für Verbraucher darf es nicht durch Lizenzzahlungen beim legalen Download von Musik etc. und der zusätzlichen Zahlung der Pauschalabgabe in vielen Fällen zu einer Doppelvergütung kommen.
- Betriebe dürfen nicht durch die Abgabenzahlung belastet werden, wenn die Produkte überhaupt nicht zu vergütungspflichtigen Vervielfältigungshandlungen durch ihre Mitarbeiter genutzt werden.
- Die traditionellen Strukturen des Abgabensystem dürfen nicht zu einer Benachteiligung solcher Kreativen führen, die sich von analogen Techniken abwenden und nur noch digital arbeiten; sie dürfen sich zudem nicht – wie im Musikbereich bereits geschehen – als Hemmschuh für die Weiterentwicklung individueller Lizenzierungsmaßnahmen wie DRM oder Wasserzeichen auswirken.
- Die Verwertung digitaler Inhalte sollte vom Gesetzgeber gefördert werden. So hat der Urheber jegliche technologische Möglichkeiten, die Verwertung seiner Werke völlig auszuschöpfen. Die Manifestierung des Pauschalabgabensystems hemmt diese Marktentwicklung nur.
- Will der Urheber seine Rechte bewusst nicht über DRM kontrollieren, sondern – z.B. aus Marketingzwecken – seine Werke im Internet frei verfügbar machen, so sollte dies im Abgabensystem entsprechend Berücksichtigung finden. Für ein Pauschalabgabensystem besteht in solchen Fällen kein Bedarf. Dies bestätigt auch der BGH in seiner *Drucker-*Entscheidung.²³

Für die Hersteller von IT-Geräten und Speichermedien führt das geltende Abgabensystem zu schwerwiegenden Belastungen. Große Unternehmen sind genötigt, mehrere 100 Millionen Euro Abgaben zu zahlen bzw. entsprechende Rückstellungen zu bilden. Es handelt sich hierbei um Kapital, das – gerade jetzt in der Krise – für Investitionen in Beschäftigung und Forschung fehlt. Hinzu kommen Bürokratiekosten für das Administrieren der Abgaben, die sich bei einzelnen großen Herstellern unter Einbezug von deren Partnern und Händlern europaweit auf mindestens 5.000 Personentage summieren.

Dieses Exempel aus der unternehmerischen Praxis bekräftigt die generelle Forderung des BITKOM: Das Abgabensystem muss fair, effizient, transparent und zukunftsfähig ausgestaltet werden und darf sich nicht als Bremse innovativen Fortschritts und wirtschaftlichen Wachstums auswirken.

6.2 Weiterer Regelungsbedarf im UrhWG

Der aktuelle Status der kollektiven Rechtswahrnehmung in Deutschland und der grenzüberschreitenden Lizenzierungspraktiken hemmt nicht nur den deutschen Markt im digitalen Sektor. Ergänzend zu den oben bereits aus dem Kommissi-

²³ BGH, Urteil vom 6.12.2007 – I ZR 94/05.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 40

onsbericht der Enquete-Kommission angesprochenen Punkten möchten wir deshalb auf noch weitere Problempunkte hinweisen:

6.2.1 Entwicklung der Verwertungsgesellschaften

Nach Einschätzung des BITKOM ist ein Verbot in das UrhWG aufzunehmen, das klarstellt, dass die GEMA sich in keiner Form an kommerziell betriebenen Lizenzierungsmodellen beteiligen darf.

Um einen Monopolmissbrauch durch die Aufstellung unangemessen hoher Tarife zu verhindern, hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 1 UrhWG den Abschlusszwang für Verwertungsgesellschaften angeordnet und durch § 11 Abs. 2 UrhWG dafür gesorgt, dass sie sich dem Abschlusszwang nicht entziehen können. Die Auslagerung von Rechten in eigene Gesellschaften wie die CELAS, PAECOL und andere führt jedoch dazu, diese gesetzliche Regelung im Online- und Mobilfunkbereich zu umgehen.

Dies möchten wir näher an dem Beispiel CELAS verdeutlichen:

Die GEMA hat Ende 2006 auf Initiative des Musikverlages EMI Music Publishing Europe Limited („EMI“) gemeinsam mit den britischen Verwertungsgesellschaften MCPS und PRS eigens für die EMI zur europaweiten Wahrnehmung der Online- und Mobilfunkrechte des angloamerikanischen EMI-Musikrepertoires die CELAS GmbH („CELAS“) mit Sitz in München bei der GEMA gegründet.

Die CELAS erfüllt alle gesetzlichen Merkmale einer Verwertungsgesellschaft gem. § 1 Abs. 1 UrhWG, denn sie nimmt urheberrechtliche Nutzungsrechte mehrerer Urheber für deren Rechnung zur gemeinsamen Auswertung wahr. Sie bedarf damit einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 UrhWG, die nach unserem Informationsstand bislang nicht erteilt wurde und auch nicht erteilt werden kann, solange die CELAS nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Ihre Aktivitäten sind mangels der nach § 1 UrhWG erforderlichen Erlaubnis unzulässig.

Die CELAS entspricht in jeder Hinsicht den gesetzlichen Vorstellungen einer aufsichtlich zu kontrollierenden Verwertungsgesellschaft. Sinn und Zweck des UrhWG ist es, alle Formen der treuhänderischen kollektiven Wahrnehmung der Missbrauchskontrolle und Aufsicht zu unterwerfen. Die Erlaubnispflicht für die CELAS zu verneinen, würde dem Sinn und Zweck des UrhWG diametral zuwiderlaufen.

Ebenso unzulässig ist die Beteiligung der GEMA an dem von der CELAS ohne rechtliche Erlaubnis betriebenen Lizenzierungsmodell.

Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages hat die Aktivitäten der CELAS und der GEMA in ihrem Ende 2007 erschienenen Schlussbericht „Kultur in Deutschland“ in ungewöhnlicher Schärfe als missbräuchliche und für die Kulturlandschaft schädliche Konstruktion kritisiert und sich durch das CELAS-Lizenzmodell sogar dazu veranlasst gesehen, dem Bundestag ein ausdrückliches gesetzliches Verbot derartiger Lizenzierungsmodelle zu empfehlen. Dies

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 41

verdeutlicht die akute Gefahr, die von den unkontrollierten Aktivitäten der CELAS für die geordnete Auswertung von Musikwerken im Online- und Mobilfunkbereich und damit für einen wesentlichen Teil des Kulturbetriebs in Deutschland ausgeht.

Selbst wenn man unterstellen würde, dass die CELAS keine Verwertungsgesellschaft ist, wäre jedenfalls der GEMA eine Beteiligung an dem CELAS-Lizenzmodell zu verbieten. Denn die GEMA würde in diesem Fall durch ihre Mitwirkung am CELAS-Lizenzmodell die Vergütung für die von ihr wahrgenommenen Aufführungsrechte unzulässigerweise der Angemessenheitsprüfung gem. § 13 UrhWG entziehen. Eine Überprüfung dieses Tarifs ist nämlich nur möglich, wenn die CELAS als Verwertungsgesellschaft eingestuft wird. Wird sie es nicht, unterliegt das von ihr mit einer einheitlichen Vergütung angebotene Online-Recht (das das mechanische Recht und das Aufführungsrecht umfasst) keiner Angemessenheitskontrolle. Die Vorteile der kollektiven Rechtswahrnehmung (Nutzung der Infrastruktur der Verwertungsgesellschaft) würden dann mit denjenigen der individuellen Rechtswahrnehmung (freie Tarifgestaltung) zu Lasten der Nutzer kombiniert, ohne dass die Betreiber der Lizenzierungsmodelle bereit wären, auch die damit jeweils verbundenen Verpflichtungen der individuellen Rechtswahrnehmung (kostspieliger Aufbau einer eigenen Infrastruktur) und der kollektiven Rechtswahrnehmung (Angemessenheitskontrolle der Tarife und Überprüfbarkeit nach dem UrhWG) hinzunehmen, sich also an die vom Gesetzgeber aufgestellten „Spielregeln“ zu halten.

Die mit der im UrhWG statuierten Erlaubnispflicht verfolgten Ziele würden völlig leerlaufen, wenn Konstrukte wie die CELAS nicht insgesamt der Missbrauchskontrolle durch das UrhWG unterstellt werden.

Es ist nicht hinzunehmen, dass eine Verwertungsgesellschaft sich an einem zur Umgehung der Bestimmungen des UrhWG führenden Lizenzierungsmodell aktiv als Berater, Lizenzgeber und Bereitsteller des für die Lizenzierung erforderlichen Personals sowie als Lieferant der dafür erforderlichen Infrastruktur (insbesondere Datensystem) beteiligt. Es ist mit der treuhänderischen Aufgaben einer Verwertungsgesellschaft schlicht nicht vereinbar, dass die GEMA Dienstleistungen gegenüber Dritten erbringt, die mit der Natur ihrer Tätigkeit absolut unvereinbar sind.

Die am Beispiel der CELAS aufgeführten Probleme betreffen in gleicher oder sehr ähnlicher Weise die weiteren Gesellschaften PAECOL, PEDL etc., in die die Major-Musikverlage ihre Rechte am angloamerikanischen Repertoire übertragen haben.

6.2.2 Verbesserung der Transparenz der Verwertungsgesellschaften

Nach Auffassung des BITKOM müssen Lösungen gefunden werden, die es den Verbrauchern ermöglichen, Nutzen aus einem echten Binnenmarkt zu ziehen. Um dies zu erreichen, sollte nach unserer Überzeugung ein echter „One-Stop-Shop“ für die EWR-weite Lizenzierung von Online-Rechten auf der Grundlage des so genannten „Herkunftsland-Prinzips“ ermöglicht werden.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 42

Die Verwertungsgesellschaften teilen den Lizenznehmern (die selber keine Möglichkeit haben, dies zu beurteilen) nicht mit, welches Repertoire sie repräsentieren. In der Vergangenheit, als die nationalen Verwertungsgesellschaften hundert Prozent des Repertoires in einem Gebiet vergeben konnten, war dies noch kein gravierendes Problem. Diese Situation hat sich aber mittlerweile dramatisch verändert, denn ein Lizenznehmer muss potenziell mit vier oder mehr Gesellschaften verhandeln, um sicherzustellen, dass hundert Prozent des Repertoires für ein bestimmtes Gebiet lizenziert wird. Ohne die Kenntnis der erforderlichen Informationen sind die Rechte-Nutzer dementsprechend verpflichtet, jede Nutzung von Werken im Rahmen ihrer Dienste (z. B. in einem Online-Video-Streaming-Dienst) in dem betroffenen Gebiet jeder Gesellschaft, die ein Repertoire in diesem Gebiet vergibt, mitzuteilen. Diese Gesellschaften berechnen dann – in einer sogenannten Black Box –, welche Lizenzgebühren die Rechtenutzer wem schulden. Diese Entwicklungen des Marktes führen zu der Notwendigkeit, die bestehenden Lizenzierungsstrukturen zu überarbeiten; insbesondere seit der Empfehlung der Kommission aus dem Jahr 2005 über die kollektive Wahrnehmung von Rechten. Der Rückzug der großen Verlage und die jüngste Entscheidung auf Kommissionsebene zu der Frage, wie Verwertungsgesellschaften zusammenarbeiten können, haben zu großen Veränderungen in der Art und Weise geführt, wie Rechte nunmehr innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums verwaltet werden. Die Tatsache, dass die Verwertungsgesellschaften sich weiterhin weigern, potentiellen Lizenznehmern Details über das Repertoire offenzulegen, das sie für ein bestimmtes Gebiet lizenzieren dürfen, bedeutet, dass es keine Möglichkeit gibt, die Größe des Geltungsbereiches und die mit einer eingeräumten Lizenz verbundenen Kosten abzuschätzen, und die Lizenznehmer geraten nicht selten in die Situation, zweimal für dieselben Rechte zahlen zu müssen.

Wir räumen ein, dass die CISAC-Entscheidung die Lizenzierung des gleichen Repertoires für das gleiche Gebiet durch mehrere Verwertungsgesellschaften ermöglicht und dass dies den Wettbewerb zwischen den Verwertungsgesellschaften fördert. Damit die Nutzer aber ein Urteil über den Wert der konkurrierenden Lizenzen treffen können, müssen sie die Details über das Repertoire kennen, das von den Gesellschaften für ein bestimmtes Gebiet bereit gehalten wird.

Von den Nutzern wird nach wie vor verlangt, alle Nutzungen von Werken in ihrem Dienst mitzuteilen, und jede Verwertungsgesellschaft berechnet die von ihr repräsentierten Rechte und leistet entsprechende Zahlungen. Dies ist als wettbewerbswidrig zu qualifizieren, da jede Verwertungsgesellschaft nicht nur weiß, wie die von ihr repräsentierten Werke, sondern auch diejenigen der konkurrierenden Verwertungsgesellschaften genutzt worden sind.

Der BITKOM ist der Auffassung, dass die Transparenz unmittelbar verbessert werden könnte, wenn die Verwertungsgesellschaften zur Bereitstellung von Datenbanken verpflichtet würden, aus denen hervorgeht, welche Repertoires von welchen Verwertungsgesellschaften repräsentiert werden, aufgeschlüsselt nach der Art des Rechts, dem räumlichen Geltungsbereichs und der Dauer.

Die Veröffentlichung dieser Datenbanken würde

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 43

- sicherstellen, dass die Rechteinhaber eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Werke erhalten;
- für die Nutzer sicherstellen, dass sie die erforderlichen Lizenzen für das über ihre Dienste angebotene Repertoire haben;
- eine präzise Auswertung der Nutzung erlauben, die den Verwertungsgesellschaften eine exaktere Vergütung ihrer Mitglieder ermöglichen würde;
- es Nutzern erlauben, die von den Verwertungsgesellschaften angebotenen Lizenzen richtig zu bewerten und eine informierte Wahl zwischen den konkurrierenden Angeboten zu treffen und
- Service-Provider in die Lage versetzen, sich gegen die Lizenzierung bestimmter Werke in bestimmten Ländern zu entscheiden (und deren Nutzung effektiv zu blockieren), wenn sie nicht in der Lage sind, mit der Verwertungsgesellschaft oder einer anderen beteiligten Lizenzierungsgesellschaft ein wirtschaftlich realisierbares Lizenzierungssystem zu vereinbaren.

6.2.3 Stärkung der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften

Den Regelungen zum Tätigkeitsbereich einer Verwertungsgesellschaft muss eine effektive und mit Kontroll- und Eingriffsbefugnissen ausgestattete Aufsicht korrespondieren. Die Aufsicht muss den veränderten Strukturen der Verwertungsgesellschaften angepasst werden, denn überwiegend sind diese keine Vereine mehr, sondern Unternehmenstöchter, die entsprechend offensiv agieren. Auch sollte die bestehende Aufsichtsbefugnis des Deutschen Patent- und Markenamts ausgeweitet werden auf die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ), die als Inkassogesellschaft für eine große Anzahl an Verwertungsgesellschaften tätig wird, jedoch derzeit keinerlei Transparenzpflichten unterliegt.

6.2.4 Leistungsschutz für Werkvermittler

Ein zunehmender Wertungswiderspruch bei der Rechtelizenzierung erwächst dadurch, dass einerseits organisatorisch-technische und unternehmerische Leistungen vor allem bei Theater- und Konzertveranstaltern, Tonträgerherstellern, Sendeunternehmen und Filmherstellern und zukünftig wohl auch noch Verlegern mit einem eigenen Leistungsschutzrecht honoriert werden. Ähnliche Leistungen anderer Intermediäre wie der Kabelnetzbetreiber genießen keinerlei gesetzlichen Schutz, wodurch gerade investitionsträchtige innovative Verwertungsmodelle behindert oder sogar verhindert werden. Diese Leistungen sollten deshalb z.B. durch eine Klarstellung im Rahmen des § 13 Abs. 3 Satz 4 UrhWG (z.B. durch folgende Ergänzung: „Bei der Tarifgestaltung ist auf den Anteil der Werknutzung am Gesamtumfang des Verwertungsvorganges sowie auf organisatorisch-technische und unternehmerische Leistungen des zur Verfügung Verpflichteten angemessen Rücksicht zu nehmen.“) geschützt werden.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 44

6.3 Regelungsbedarf zur Bildersuche im Internet

Im Folgenden möchten wir noch einen weiteren Themenkomplex – die Bildersuche im Internet – ansprechen, der für die Branche durch Tendenzen in der Rechtsprechung zunehmend an Brisanz gewonnen hat.

6.3.1 Arbeitsweise der Bildersuche

Nahezu alle verbreiteteren Suchmaschinen bieten ihren Nutzern in Ergänzung zur Textsuche eine zusätzliche Funktion zum Auffinden grafischer Inhalte. Der Nutzer kann wie bei der Suche nach Texten einen oder mehrere Suchbegriffe in eine Maske eingeben, woraufhin ihm die Suchmaschine eine Liste im Internet frei verfügbarer Bilddateien präsentiert. Charakterisierend für diese Liste sind verkleinerte Vorschaubilder (sog. Thumbnails) der aufgefundenen Bilder. Diese verkleinerten Bilder dienen durch entsprechende Programmierung zugleich als Hyperlinks zu den entsprechenden Bildern. Sobald der Nutzer auf diese Hyperlinks klickt, wird er auf eine Ergebnisseite geleitet, welche etwa bei dem Anbieter Google zweigeteilt ist. Während im oberen Bereich wiederum das in der Auflösung stark reduzierte Vorschaubild zu sehen ist, findet sich im unteren, größeren Bereich in einem sog. Frame die das Bild enthaltende Seite, also das Bild in seinem Original-Kontext. Das Vorschaubild im oberen Teil fungiert als Hyperlink auf die Original-Bilddatei, welche sich nicht auf dem Server der Suchmaschine, sondern auf der des Bildanbieters befindet.

Während die Funktion der Bildersuche von den meisten Webseitenbetreibern gewünscht ist und eine wichtige Rolle dabei spielt, von Internetnutzer gefunden zu werden, sehen einige wenige in dem Angebot eben dieser Thumbnails eine Verletzung der Ausschließlichkeitsrechte des Bildurhebers bzw. Leistungsschutzrechteinhabers. Programme des Suchmaschinenanbieters (sog. Robots), die das Internet planmäßig auf relevante Inhalte durchsuchen, erzeugen bei ihrer Suche u.a. standardmäßig derartige Thumbnails, sobald sie eine Bilddatei auffinden. Eine Auswahl zu verwertender Inhalte durch Menschenhand findet nicht statt. Die Funktionsweise dieser Robots kann jeder Webseiten-Inhaber durch eine parallel zu seiner Internetseite (und für den herkömmlichen Nutzer unsichtbare) Datei (robots.txt.) beeinflussen, indem er etwa bestimmte Teile seiner Internetpräsenz vom Indexieren durch die Robots ausnimmt. Ebenso kann damit die Herstellung von Thumbnails untersagt werden. Die Inhalte dieser Datei haben sich zu einem Standard im Internet entwickelt und werden von den Suchmaschinenanbietern respektiert. Sofern die robots.txt keine anders lautende Anweisung enthält, werden die Vorschaubilder durch starke Verringerung von Qualität und Größe der Bilder erzeugt und auf dem eigenen Server des Suchmaschinenanbieters zwischengespeichert. Durch diese starke Reduzierung der Bildqualität besteht durch die Vorschaubilder regelmäßig keine Gefahr der Substitution der Originalbilder, da selbst auf diesen basierende eventuelle Vergrößerungen qualitativ nicht annähernd dem Original nahe kommen.

6.3.2 Dringender Handlungsbedarf auf Grund bisheriger Rechtsprechung

Auf Grund der dezentralen Struktur des Internets mit mehreren Milliarden ständig wechselnder Webseiten ist ein gezieltes Auffinden einzelner Inhalte vor allem

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 45

unter Zuhilfenahme von Suchmaschinen möglich. Suchmaschinen sind insofern integraler und notwendiger Bestandteil der technischen Infrastruktur des World Wide Web. Folgerichtig hat der BGH in seiner Entscheidung zur Nachrichtensuche „Paperboy“ festgestellt: *„Ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten und deren Einsatz von Hyperlinks [...] wäre die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im World Wide Web praktisch ausgeschlossen“* (BGH, GRUR 2003, 958, 963). Im Hinblick auf die vom BGH nicht entschiedene Frage nach der Zulässigkeit der Bildersuche besteht eine identische Interessenlage. Auch Bildersuchdienste bieten der Allgemeinheit durch die Erschließung einer unüberschaubaren Anzahl von Informationsquellen einen erheblichen Zusatznutzen, ohne den ein Auffinden von Bildern und sonstigen grafischen Informationen im Internet praktisch ausgeschlossen wäre.

Die Instanzrechtsprechung ist jedoch bisher stets von einem Eingriff in dem Urheber vorbehaltene Verwertungsrechte (insbesondere §§ 16, 19a UrhG, aber auch § 23 UrhG) ausgegangen und hat sich – unter Hinweis auf den Grundsatz der engen Schrankenauslegung – nicht im Stande gesehen, die Bildersuche unter eine der bestehenden Schrankenbestimmungen zu subsumieren.²⁴ Von einer Änderung dieser Rechtsprechung ist bei Zugrundelegung der derzeitigen gesetzlichen Grundlagen nicht zu rechnen.

Vielmehr haben die Gerichte die negativen Konsequenzen eines Verbotsanspruchs in Bezug auf die Bildersuche sowie die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens unterstrichen. Mit deutlichen Worten forderte zuletzt das LG Hamburg²⁵ den Gesetzgeber auf, eine gesetzliche Grundlage für die Tätigkeit von Bildersuchdiensten zu schaffen und somit zugleich auch dem *„hoch anzusiedelnden Interesse der Allgemeinheit an effizientem Zugang zu grafischen Informationen im Netz“* Geltung zu verschaffen. Diese Forderung kommt auch darin zum Ausdruck, dass das Gericht die vorläufige Vollstreckbarkeit des gewährten Unterlassungsanspruchs in mehreren Verfahren gegen Bildersuchanbieter an eine Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 100.000.000,00 (!) geknüpft hat – offenbar, um eine Vollstreckung praktisch unmöglich zu machen und dem Gesetzgeber die notwendige Zeit zu geben, die für erforderlich gehaltenen Gesetzesänderungen vorzunehmen.

Auf Grund der bisherigen Rechtsprechung ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers dringend geboten, soll Bildersuchdiensten in Deutschland nicht die rechtliche Grundlage entzogen werden. Die bisherige Rechtsprechung würde dazu führen, dass Suchmaschinenbetreiber das Angebot von Bildersuchdiensten bereits auf Grund des nicht tragbaren Haftungsrisikos und der im Urheberrechtsgesetz enthaltenen Strafbestimmungen einstellen müssten. Deutschland wäre weltweit das einzige Land, in welchem die Bildersuche im Internet nicht mehr angeboten werden könnte. Dies stünde in krassem Gegensatz zur Zielsetzung der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG), in der die Berechtigung von Suchdiensten ausdrücklich anerkannt wurde.²⁶

²⁴ LG Hamburg, MMR 2004, 558; LG Erfurt, MMR 2007, 393; LG Hamburg, MMR 2009, 55 sowie OLG Jena, MMR 2008, 408.

²⁵ MMR 2009, 55, 61 – *Bildersuche*.

²⁶ z.B. Erwägungsgrund 18.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 46

6.3.3 Vielfältige Lösungsansätze in der Literatur

In der urheberrechtlichen Literatur wird nahezu unisono vertreten, dass die Bildersuche nicht von einem Verbotsrecht der Urheber abhängig gemacht werden darf. *De lege ferenda* wird gefordert, in Anlehnung an die *fair-use*-Generalklausel des US-amerikanischen Urheberrechts und im Hinblick auf nützliche, der Infrastruktur des Internets zuzuordnende Nutzungsformen eine neue, flexible Schrankenbestimmung in das deutsche Urheberrechtsgesetz einzuführen.²⁷ Aber auch *de lege lata* wird – entgegen der Rechtsprechung – fast ausnahmslos von einer Zulässigkeit der Bildersuche ausgegangen, wobei eine Vielzahl unterschiedlicher Lösungsansätze diskutiert wird:

Schon keine urheberrechtsrelevante Nutzungshandlung: Zunächst wird überzeugend vertreten, dass die Darstellung von Thumbnails durch Suchmaschinen nicht dem Betreiber des (automatisierten) Suchdienstes sondern demjenigen zuzurechnen ist, der die Inhalte zum freien Abruf im Internet zugänglich macht und sich somit der Bildersuchdienste als technisch integralem Bestandteil der Netzinfrastruktur zur Auffindbarkeit seiner Inhalte bedient.²⁸ Der BGH hat gerade im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung technischer Neuerungen immer wieder betont, dass die Frage, ob eine Werknutzung vorliegt oder nicht, eine Wertung erfordert und nicht bei der Feststellung eines technischen Ablaufes stehen bleiben darf. Diese Grundsätze begründete der BGH insbesondere bei der Verwendung von Telefax-Geräten im Zusammenhang mit „Kopienversand“ oder bei der Einführung der Kabelweitersendung im Fernsehen. Nach dem BGH richtet sich die Frage, wer ein Werk im Sinne des Urheberrechts nutzt, nicht allein nach der tatsächlichen Vornahme technischer Vorgänge, sondern ist auf Grund einer wertenden Betrachtung zu beurteilen.²⁹ Diese fest etablierten Grundsätze des BGH finden auch auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung³⁰ und bei Vornahme der erforderlichen Wertung auf Bildersuchen Anwendung. Denn es ist nicht die Suchmaschine, die das betreffende Bild im Sinne von § 19a UrhG zugänglich macht. Die von Bildersuchdiensten vorgenommenen Handlungen stellen lediglich technisch bedingte – und wirtschaftlich unbedeutende – Zwischenschritte dar, die der eigentlichen Zugänglichmachung durch den das Bild einstellenden Urheber bzw. Webseitenbetreiber (technisch) dienen. Sie gehen in ihrer Wirkungsweise nicht über die rein technische Verknüpfung von Inhalten hinaus, die der BGH in der *Paperboy*-Entscheidung bewusst nicht als eine den urheberrechtlichen Verwertungsrechten unterliegende Handlung bewertet hat. Es ist zudem schon nicht sachgerecht, im Hinblick auf die Anzeige der Thumbnails von einem erneuten und im Hinblick auf die ursprüngliche Einstellung der verlinkten Inhalte eigenständigen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung auszugehen.

Thumbnails als bloße Inhaltsangabe: Zudem wird argumentiert, dass es sich bei der Anzeige von Thumbnails im Hinblick auf deren Nachweisfunktion um eine bloße Inhaltsbeschreibung (§ 12 Abs. 2 UrhG) der aufgefundenen Bilder handelt, die – entsprechend Abstracts von Textwerken – solange urheberrechtlich zulässig ist, wie sie keinen eigenständigen Werkgenuss ermöglicht und eine

²⁷ etwa: *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 500; *Ott*, K&R 2008, 305, 307.

²⁸ *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170, 177.

²⁹ vgl. BGH, GRUR 1999, 707, 711 – *Kopienversanddienst*, BGH, GRUR 1994, 45 – *Verteileranlagen*; BGH, GRUR 2003, 328 – *Sender Felsberg*, BGH, GRUR 2003, 956, 957 – *Gieß-Adler* sowie *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhR, 3. Auflage (2006), § 20, Rn. 35, 16.

³⁰ *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhR, 3. Auflage (2006), § 19a, Rn. 55.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 47

Kenntnisnahme der Originalbilder nicht substituiert.³¹ Bildersuchdienste ersetzen nicht die Kenntnisnahme der Ursprungsdateien, sondern ermöglichen und fördern deren Nutzung. Einen eigenständigen Werkgenuss ermöglichen sie nicht.

Privilegierung durch Schrankenbestimmungen: Mit unterschiedlichen Ansätzen wird in der Literatur zudem eine Privilegierung unter bestehende Schrankenbestimmungen diskutiert. Aufgrund der Sachnähe kommt in systematischer Hinsicht zunächst eine analoge Anwendung von § 44a UrhG in Betracht. Eine Privilegierung der Bildersuche entspricht der Zweckausrichtung dieser Bestimmung. Es besteht eine planwidrige Regelungslücke insoweit, als sich § 44a UrhG dem Wortlaut nach nicht auch auf technisch bedingte Akte der öffentlichen Zugänglichmachung bezieht, die allein der ursprünglichen Zugänglichmachung dienen und denen im Verhältnis zu dieser keine eigenständige Bedeutung zukommt. Vertreten wird ferner eine analoge Anwendung von § 49 UrhG.³² Diskutiert wird auch eine analoge Anwendung von § 58 und § 59 UrhG.³³ Keine Analogie erfordert schließlich die von den beiden führenden Urheberrechtskommentaren vertretene Auffassung, dass die Anzeige der Thumbnails als Hinweis auf den Fundort der Ursprungsdateien von der Zitierfreiheit des § 51 UrhG gedeckt ist.³⁴ Der Gesetzgeber hat § 51 UrhG im Rahmen des Zweiten Korbes im Hinblick auf neue Nutzungsformen bewusst als Generalklausel formuliert und zugleich das Erfordernis aufgegeben, dass ein Zitat nur dann zulässig ist, wenn es in ein selbständiges, ebenfalls urheberrechtlich geschütztes Werk aufgenommen wird.

Rechtfertigung durch Annahme einer konkludenten Einwilligung: Ein weit verbreiteter Ansatz geht davon aus, dass die Nutzung der aufgefundenen Bilder als Thumbnails durch Bildersuchdienste von einer (konkludenten) Einwilligung desjenigen gedeckt ist, der das Bild im Internet eingestellt hat.³⁵ Diese Lösung führt jedoch nur in solchen Fällen zu sachgerechten Ergebnissen, in denen die verlinkten Bilder mit ausdrücklicher Zustimmung des Urhebers öffentlich zugänglich gemacht werden. Ob dies der Fall ist, kann von Suchmaschinenbetreibern jedoch nicht überprüft werden. Dieser Auffassung kann man aber entnehmen, dass sich der einstellende Nutzer jedenfalls konkludent der neutralen Leistung der Suchmaschine für seine Zugänglichmachung des Bildes bedient, was bei der erforderlichen wertenden Betrachtung zu einer Werknutzung allein durch diesen einstellenden Nutzer führte (s.o.).

6.3.4 Forderung des BITKOM

Auf Grund der bisherigen Rechtsprechung und der akut drohenden Blockade der Bildersuche in Deutschland insgesamt ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden dringend erforderlich und verfassungsrechtlich geboten.

³¹ vgl. *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 502 f.; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste und Urheberrecht, S. 252 f.

³² *Niemann*, CR 2009, 97.

³³ *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 502.

³⁴ *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Auflage (2008), § 51, Rn. 24; sowie *Schricker/Wild*, UrhR, 4. Auflage (2009), § 97 - erscheint demnächst.

³⁵ v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369; Ott, ZUM 2009, 345; ders., ZUM 2007, 119; Berberich, MMR 2005, 154; ders., CR 2007, 393; vgl. auch *Leistner*, GRUR 2006, 801; LG Erfurt, MMR 2007, 393; a.A. OLG Jena, MMR 2008, 408, 411f., das allerdings im konkreten Fall zu einer Lösung über § 242 BGB kam).

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 48

Es ist zu konstatieren, dass die Ermöglichung der Bildersuche im Interesse aller Beteiligten liegt: Ein Verbot der Urheber würde zu dem ökonomisch völlig widersinnigen Ergebnis führen, dass das Angebot von Bildersuchdiensten – auf Grund prohibitiver Transaktionskosten sowie unüberschaubarer Haftungsrisiken – unmöglich wäre und somit ein sozial nützlicher Dienst blockiert würde, der – insbesondere durch die Generierung von Traffic auf die jeweiligen Ursprungsseiten – gerade auch im Interesse der Rechteinhaber selbst erfolgt. Durch eine Blockade von Bildersuchdiensten wäre neben den Interessen der Urheber und sonstiger Rechteinhaber sowie der Betreiber solcher Dienste jedoch vor allem das Interesse der Allgemeinheit betroffen, die Vorteile des Internet unter Ausschöpfung seiner technischen Möglichkeiten für eine optimale Informationsversorgung nutzen zu können. Bilder und sonstige graphische Informationen wären ohne Bildersuchdienste im Internet praktisch nicht auffindbar. Auf die enormen wirtschaftlichen Folgen für die betroffenen Webseitenanbieter (z.B. Fotografen, Künstler, Bildergalerien, Museen, Online-Zeitungen, Produktanbieter usw.) und die Anbieter von Bildersuchen sei verwiesen.

Ein gesetzgeberisches Tätigwerden ist dringend geboten. Schließlich wäre eine rechtliche Blockade von Bildersuchdiensten auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht tragbar. Die Gewährleistung freier Informationstätigkeit und eines freien Informationszugangs sowie die Erhaltung vielfältiger Informationsmöglichkeiten und einer pluralen Informationsvermittlung sind wesentliches Anliegen des Grundgesetzes.³⁶ Im Hinblick auf die drohende Blockade von Bildersuchdiensten ergibt sich insofern aus der objektiv-rechtlichen Dimension der betroffenen Kommunikationsgrundrechte im Sinne eines Grundrechtsvoraussetzungs-schutzes ein konkreter Handlungsauftrag an den Gesetzgeber, das Urheberrecht an die bestehende Gefährdungslage dem Zielgut der betroffenen Grundrechte entsprechend anzupassen. Andernfalls würden die Anbieter von Bildersuchdiensten in Deutschland sogar in die Gefahr einer strafrechtlichen Haftung geraten.³⁷ Dies wäre ein untragbares und allgemein ungewolltes Ergebnis.

Unter wertungsmäßigen Gesichtspunkten erscheint es im Hinblick auf die Tätigkeit von Suchmaschinen sachgerecht, bereits bei den urheberrechtlichen Eingriffstatbeständen anzusetzen und eine Klarstellung ins Urheberrechtsgesetz aufzunehmen, dass die von Bildersuchdiensten vorgenommenen Handlungen der flüchtigen Speicherung aufgefundener Bilder als Thumbnails und deren Anzeige in den Suchergebnissen bereits nicht in den Urhebern vorbehaltene Verwertungsrechte eingreifen. Eine Lösung könnte zudem durch eine entsprechende Ergänzung der Privilegierungstatbestände der §§ 44a ff UrhG erfolgen. Im Hinblick auf die der Bildersuche zugrunde liegenden Interessenstruktur liegt eine klassische Situation für eine Beschränkung überschießender Ausschließlichkeitsrechte vor. Es bietet sich im Hinblick auf die Zitatfunktion von Thumbnails und die mittlerweile herrschende Literaturlösung eine Klarstellung innerhalb § 51 UrhG an. Ebenso erscheint in systematischer Hinsicht eine Regelung im Zusammenhang mit § 44a UrhG zweckdienlich. Klargestellt werden sollte überdies, dass keine Bearbeitung vorliegt bzw. deren Veröffentlichung oder Verwertung nach § 23 UrhG nicht zustimmungspflichtig ist.

³⁶ BVerfG, ZUM 1998, 240, 249.

³⁷ vgl. nur Sieber/Liesching, Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem TMG, MMR-Beil. 2007, Heft 8, S. 22.

Stellungnahme

Weiterer Handlungsbedarf – Urheberrecht

Seite 49

Alternativ zu einer ausdrücklichen Ergänzung des Gesetzeswortlauts könnte der Gesetzgeber in der Begründung – als Minimallösung – den klarstellenden Hinweis aufnehmen, dass die im Rahmen der Bildersuche von Suchmaschinenbetreibern vorgenommenen Handlungen keiner gesonderten Zustimmung der jeweiligen Rechteinhaber bedürfen. Entweder, da bereits nicht von einem Eingriff in bestehende Verwertungsrechte (einschließlich der Befugnisse hinsichtlich Bearbeitungen) auszugehen ist oder weil die Handlungen jedenfalls im Rahmen der Schrankenbestimmungen privilegiert sind. Ein solcher Hinweis bietet sich etwa im Zusammenhang mit § 19a UrhG oder § 51 UrhG an.

.....

Eine Privilegierung von Bildersuchdiensten stünde schließlich in Einklang mit dem europa- und konventionsrechtlich verankerten Dreistufentest. Insbesondere wird die normale Verwertung der verlinkten Bilder in keiner Weise beeinträchtigt, sondern – gerade im Gegenteil – gefördert und in aller Regel überhaupt erst ermöglicht. Schließlich führt die zustimmungsfreie Zulässigkeit der Aufnahme öffentlich zugänglich gemachter Werke in die Ergebnislisten von Suchmaschinen auch nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Interessen der Rechteinhaber. Diese sind vielmehr an einer Verlinkung ihrer Inhalte durch Bildersuchdienste und dem hierdurch generierten Traffic interessiert. Eine Substitution der Originale durch die Vorschaubilder droht auf Grund der wesentlich geringeren Qualität und damit Nutzbarkeit nicht.

—