

# OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE



Prof. Dr. Lenz

Börsenplatz 1  
70174 Stuttgart  
T 0711/60187-270  
lenz@oppenlaender.de

00532-17 Le/gS  
1429889v1

16.05.2017

## **Warum die Finanzierung der Vergütung für Vervielfältigungen nach der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke durch eine Geräteabgabe unions- und verfassungswidrig wäre**

### **Gutachten**

**zum Entwurf der Bundesregierung für ein  
Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz (UrhWissG),  
insbesondere zu § 60h Abs. 1 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf**

**im Auftrag  
der Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin**

**erstellt von**

**Rechtsanwalt Prof. Dr. Christofer Lenz  
OPPENLÄNDER Rechtsanwälte Partnerschaft, Stuttgart**

Prof. Dr. Albrecht Bach  
Dr. Heinz-Uwe Dettling  
Dr. Thomas Baumann  
Dr. Thomas Trörlitzsch  
Prof. Dr. Markus Köhler  
Dr. Jens Kaltenborn  
Prof. Dr. Christofer Lenz  
Dr. Timo Kieser

Dr. Rolf Leinekugel  
Dr. Matthias Ulshöfer  
Dr. Andreas Hahn  
Dr. Donata Beck  
Dr. Christina Koppe-Zagouras  
Dr. Ulrich Klumpp  
Dr. Christian Gunßer  
Dr. Matthias Lorenz

Dr. Felix Born  
Dr. Torsten Gerhard  
Dr. Christoph Wolf  
Dr. Ocka Anna Böhnke  
Dr. Florian Schmidt-Volkmar  
Dr. Katharina Köbler  
Dr. Benedict Frhr.  
von Süßkind-Schwendi

Dr. Malte Weitner  
Dr. Corina Jürschik  
Dr. Daniel Schillerwein  
Dr. Hannes Dreher  
Martin Fink  
Dr. Teresa Trutnau  
Dr. Anne-Kathrin Bettecken  
Marius Bücke

André Balling  
Kalina Haack  
Dr. Maximilian Sönke Wolf  
Tobias Prang  
Dr. Jens Hettich



## **A.**

### **Auftrag und Fragestellung**

Die Servicegesellschaft des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom), Berlin hat mich mit der rechtsgutachterlichen Prüfung beauftragt, ob die von der Bundesregierung in § 60h Abs. 1 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf vorgeschlagene Finanzierung der Vergütung von Vervielfältigungen nach der neuen Bildungs- und Wissensschränke durch eine von der Geräteindustrie aufzubringende Abgabe mit den Vorgaben des europäischen Unionsrechts und mit dem Grundgesetz vereinbar wäre.

## **B.**

### **Sachverhalt**

#### **I. Regierungsentwurf**

1. Die Bundesregierung hat einen Entwurf für ein Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissenschafts-Gesetz – UrhWissG) beschlossen und dem Bundesrat zugeleitet (BR-Drs. 312/17).
2. Kern des Entwurfs ist die Schaffung einer unter mehreren Aspekten aufgliederten, letztlich aber als Einheit zu verstehenden sogenannten Bildungs- und Wissenschafts-Schränke für die urheberrechtlichen Verwertungsrechte, mit denen kraft Gesetzes Nutzungshandlungen einschließlich Vervielfältigungen im Bereich Wissenschaft und Bildung erlaubt werden, ohne dass es noch einer Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf (§§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf).

#### **II. Vergütungspflicht der direkt oder indirekt begünstigten Einrichtungen**

1. Zur Wahrung der berechtigten Interessen der Rechtsinhaber wird die Schranke flankiert durch Regelungen, die für diese gesetzlich erlaubten Nutzungen zwar nicht durchgehend, aber regelmäßig einen Anspruch des Rechtsinhabers auf Zahlung einer angemessenen Vergütung vorsehen (§ 60h Abs. 1 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf). Vergütungsschuldnerin

ist grundsätzlich die Einrichtung des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs, entweder weil sie selbst Nutzerin ist oder weil der Nutzer in ihr tätig ist (§ 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf). Deshalb sind etwa im Bereich von Hochschulen und Schulen nicht die Lehrenden und Lernenden Vergütungsschuldner, sondern die Bildungseinrichtung selbst.

2. Dieser einerseits nutzungsnahe, andererseits praktikable Ansatz wird vom Regierungsentwurf aber nicht durchgehalten. Er gilt zwar grundsätzlich für sämtliche durch die Bildungs- und Wissenschafts-Schranke (§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf) gesetzlich erlaubten Nutzungen, aber nicht für Vervielfältigungen. Soweit hier von Interesse schlägt die Bundesregierung folgende gesetzliche Regelung vor:

*„ § 60h*

*Angemessene Vergütung der gesetzlich erlaubten Nutzungen*

*(1) Für Nutzungen nach Maßgabe dieses Unterabschnitts hat der Urheber Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung. Vervielfältigungen sind nach den §§ 54 bis 54c zu vergüten.*

...

...

*(5) Ist der Nutzer im Rahmen einer Einrichtung tätig, so ist nur sie die Vergütungsschuldnerin. Für Vervielfältigungen, die gemäß Abs. 1 Satz 2 nach den §§ 54 bis 54c abgegolten werden, sind nur diese Regelungen anzuwenden.“*

### **III. Bei Vervielfältigung Freistellung der Einrichtungen von der Vergütungspflicht zu Lasten der Geräteindustrie**

Die Struktur ist also einfach: Obwohl für alle Nutzungen auf der Grundlage der aufgefächerten neuen Bildungs- und Wissenschafts-Schranke (§§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf) dem Urheber ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung eingeräumt und dafür die Einrichtung, die selbst nutzt oder in der der Nutzer tätig ist, als Vergütungsschuldnerin bestimmt ist (§§ 60h Abs. 1 Satz 1 i.V. mit Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf), wird für einen Teil der von der Bildungs- und Wissenschafts-



Schranke abgedeckten Nutzungen eine Sonderregelung etabliert, und zwar für Vervielfältigungen:

Für sie wird nicht auf die Einrichtung, die selbst nutzt oder in denen die Nutzer tätig sind, als Vergütungsschuldnerin zugegriffen, sondern auf die Geräteindustrie. Denn die Regelung des § 60h Abs. 1 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf bedeutet, dass die Regelungen über die Geräteabgabe greifen, welche die Hersteller von Geräten und von Speichermedien und ergänzend Händler oder Importeure dieser Geräte aufzubringen haben. Um das abzusichern, sieht der Regierungsentwurf entsprechende Erweiterungen der Vergütungspflichten nach den §§ 54, 54a und 54c UrhG auf die Vervielfältigungen vor, die künftig nach §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf gesetzlich erlaubt werden.

3. Eine ausdrückliche Begründung für die Herausnahme der Vervielfältigungen im Bereich der aufgefächerten Bildungs- und Wissenschafts-Schranke aus dem dafür vorgesehenen Vergütungsregelfall (Einrichtung als Vergütungsschuldnerin) hat die Bundesregierung nicht gegeben.

Die Begründung zu § 60h Abs. 5 UrhG-Regierungsentwurf lautet lediglich:

*„Absatz 5 bestimmt, wer die Vergütung schuldet. Da viele der Nutzer als Schüler oder Studierende eine Institution besuchen bzw. als Lehrende, Forscher etc. an einer Institution tätig sind, sollen nach Satz 1 für diese Fälle nur die entsprechenden Einrichtungen Vergütungsschuldner sein. Die Sonderregelungen für die pauschale Geräte- und Speichermedien- und Gerätebetriebervergütung gehen gemäß Satz 2 dieser Bestimmung vor. Auch hiernach ist allerdings nicht der unmittelbare Nutzer selbst zahlungspflichtig, sondern insbesondere die Importeure, Hersteller und Betreiber von Geräten und Speichermedien.“*

#### **IV. Bislang kein klarer Ausschluss einer Zusatzbelastung der Geräteindustrie**

1. Diese Regelung würde die Unternehmen der Gerätewirtschaft (Hersteller, Händler und Importeure) nicht belasten, wenn die Bundesregierung in ihrem Gesetzesentwurf klargestellt hätte, dass die bisherigen Vergütungshöhen je Gerät auch nach der Erweiterung der gerätebezogenen Vergütungspflicht auf die Fälle der gesetzlichen Erlaubnis in den neu vorgeschlagenen §§ 60a



bis 60f UrhG-Regierungsentwurf angemessen sind und unverändert zu bleiben haben. Die Vergütungshöhen wurden in Gesamtverträgen zwischen den Verwertungsgesellschaften und der Industrie für die Vergütungspflicht nach den §§ 54 bis 54c UrhG vereinbart oder von Gerichten festgelegt.

2. Völlig ausgeschlossen ist eine solche Bewertung und Regelungsabsicht der Bundesregierung nicht, weil Mehrbelastungen der Geräteindustrie weder im Abschnitt über den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft (E.2) noch unter „weitere Kosten“ (F.) auftauchen. Es ist aber nicht absehbar, ob es im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zu einer Klärung dahingehend kommt, dass eine zusätzliche Belastung der Gerätewirtschaft ausgeschlossen wird.
3. Für die Zwecke des Gutachtens wird deshalb davon ausgegangen, dass die vorgeschlagenen Regelungen höhere Vergütungssätze je Gerät im Sinne von § 54a UrhG auslösen.

## C.

### Rechtliche Würdigung

#### I. Verstoß gegen europäisches Unionsrecht und gegen Verfassungsrecht

Die in § 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf vorgesehene Sonderregelung, die bei Vervielfältigungen im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die nutzenden Einrichtungen aus ihrer Stellung als Vergütungsschuldnerin entlässt und statt dessen über die Geräteabgabe nach §§ 54 bis 54c UrhG auf die Geräteindustrie zugreift, ist mit Europa- und Verfassungsrecht nicht vereinbar.

#### 1. Unionsrechtliches Argument

Würde der Deutsche Bundestag die Regelungen als Gesetz beschließen, verstieße er gegen Vorgaben des europäischen Unionsrecht, wie sie sich aus der einschlägigen sogenannten InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG (i.F.: RL) und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH ergeben.



Im Kern verlangen Richtlinie und EuGH-Rechtsprechung von jedem mitgliedstaatlichen und damit auch vom deutschen Gesetzgeber, den Nutzer oder einen Nutzerrepräsentanten zum Schuldner eines Ausgleichsanspruchs zu machen. Der Rückgriff auf einen Dritten als Ausgleichsschuldner ist nur zulässig, wenn er durch praktische Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme des Nutzers oder eines Nutzerrepräsentanten hinreichend gerechtfertigt wird.

Daran fehlt es aber für den Bereich der neu vorgeschlagenen Bildungs- und Wissenschafts-Schranke der §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf. Nach der vorgesehenen gesetzlichen Regelanordnung werden die Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs schon als Repräsentanten der in ihnen tätigen Nutzer als Vergütungsschuldnerinnen bestimmt. Deshalb bedarf es des Rückgriffs auf die Geräteindustrie nicht.

## **2. Verfassungsrechtliches Argument**

Wenn hilfsweise unterstellt wird, dass der Zugriff auf die Unternehmen der Geräteindustrie als Vergütungsschuldnerinnen für Vervielfältigungen im Rahmen der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke nicht an zwingendem Europarecht scheitert, ist eine gesetzliche Regelung an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen. An diese ist der Gesetzgeber voll gebunden, sofern eine europäische Richtlinie ihm einen Umsetzungsspielraum überlässt. Die Bestimmung der nutzerfernen Geräteindustrie als Vergütungsschuldnerin für Vervielfältigungen statt der Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs, die selbst nutzen oder für die die Nutzer tätig sind, verstößt gegen die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen. Es fehlt für den Zugriff auf die Geräteindustrie an der Erforderlichkeit, weil ein gleich effektives, für die Gerätehersteller aber milderer Mittel darin besteht, auch für Vervielfältigungen wie generell im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die von ihr begünstigten Einrichtungen zu Vergütungsschuldnerinnen zu bestimmen (dazu unter III.).



## II. Verstoß gegen europäisches Unionsrecht

Der deutsche Gesetzgeber ist im hier interessierenden Bereich an die Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG gebunden, wovon auch der Gesetzentwurf zutreffend ausgeht. Die Richtlinie ist die rechtliche Ermächtigung für nationale Bildungs- und Wissenschafts-Schranken (dazu unter 1.) und sie verpflichtet den Mitgliedsstaat grundsätzlich auch zur Einführung eines Vergütungsanspruchs zugunsten der von der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke betroffenen Urheber (dazu unter 2.). Die Richtlinie stellt aber, insbesondere in ihrer Auslegung durch den EuGH, die Ausgestaltung der Ausgleichspflicht nicht ins Belieben des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, sondern macht dazu klare und verbindliche Vorgaben: Grundsätzlich muss auf den begünstigten Nutzer oder eine ihn repräsentierende Einheit abgestellt werden. Auf Dritte darf nur zurückgegriffen werden, wenn der Zugriff auf den begünstigten Nutzer und die ihn repräsentierende Einheit an praktischen Schwierigkeiten scheitert (dazu unter 3.). Im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke gibt es aber keine solchen praktischen Schwierigkeiten, weil auch für den Bereich der Vervielfältigungen als Vergütungsschuldnerin auf die Einrichtungen zurückgegriffen werden kann, die selbst nutzen oder bei denen die Nutzer tätig sind (dazu unter 4.). Der EuGH hat klargestellt, dass seine für die Privatkopie-Schranke entwickelte Rechtsprechung zur Bestimmung des Vergütungsschuldners auch auf die Bildungs- und Wissenschafts-Schranke der Richtlinie anwendbar ist (dazu unter 5.).

### 1. Grundlage für Bildungs- und Wissenschafts-Schranke

Art. 5 der Richtlinie erlaubt den Mitgliedsstaaten, die Urheberrechte zu bestimmten, enumerierten Zwecken zu beschränken. Für die Bildungs- und Wissenschafts-Schranke des UrhWissG sind Art. 5 Abs. 2 lit. c) RL sowie Art. 5 Abs. 3 lit. a) RL einschlägig.

Die Mitgliedsstaaten können danach Vervielfältigungen durch Bibliotheken, Bildungseinrichtungen und Archive zulassen. Voraussetzung für die zustimmungsfreie Vervielfältigung ist, dass sie „keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Zweck“ verfolgt, Art. 5 Abs. 2 lit. c) RL.



Ebenso kann die zustimmungsfreie Nutzung urheberrechtlichen Materials in Unterricht und Forschung erlaubt werden. Auch diese zustimmungsfreie Nutzung darf nur für nicht kommerzielle Zwecke erlaubt werden (Art. 5 Abs. 3 lit. a)).

Der Regierungsentwurf des UrhWissG greift diese Ermächtigungen der Richtlinie auf und erlaubt eine entsprechende nicht kommerzielle Nutzung.

## **2. Pflicht zur Einführung eines Vergütungsanspruchs**

Einige Schrankenermächtigungen der Richtlinie setzen voraus, dass die Mitgliedsstaaten den Urhebern Ausgleichsansprüche einräumen. Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL verlangt beispielsweise für die Privatkopierschranke ausdrücklich, dass „*die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten*“.

Für die Ermächtigung zu Bildungs- und Wissenschafts-Schranken in den Art. 5 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 lit. a) RL ist eine solche Ausgleichspflicht nicht explizit angeordnet.

Nach Art. 5 Abs. 5 RL darf jedoch keine Schranke die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ungebührlich verletzen. Weite Schranken ohne Ausgleichspflicht sind danach auch dann unzulässig, wenn eine Ausgleichspflicht in der Ermächtigung nicht wortwörtlich vorgesehen ist.

Das UrhWissG erweitert die Bildungs- und Wissenschafts-Schranke gegenüber der bisherigen Regelung erheblich. Müssten die Urheber auf jede Vergütung verzichten, würde das UrhWissG gegen Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie verstoßen, weil die Interessen der Urheber ungebührlich verletzt würden.

Danach ist die Einräumung eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs im UrhWissG wegen der Weite der Schranke europarechtlich geboten.

## **3. Vorgaben der Richtlinie für die Bestimmung des Vergütungsschuldners**

Die Richtlinie enthält klare und für den Mitgliedsstaat bindende Vorgaben für die Bestimmung des Vergütungsschuldners. Zwar haben Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Ausgleichsregelung grundsätzlich einen weiten Entscheidungsspielraum (EuGH, Urteil vom 05.03.2015, C-463/12



– Copydan –, Rn. 20), aber gleichwohl hat der EuGH eine dichte und gefestigte Rechtsprechung zu den Ausgestaltungsvorgaben etabliert. Sie lebt, soweit hier von Interesse, von zwei Grundsätzen. Der Schuldner des Ausgleichsanspruchs ist nutzernah festzulegen (dazu unter a)) und Ausnahmen sind nur bei gewichtigen und belegten praktischen Schwierigkeiten zulässig (dazu unter b)).

a) Schuldner des Ausgleichsanspruchs

Der EuGH hat wiederholt und eindeutig entschieden, welche Personen grundsätzlich Schuldner des Ausgleichsanspruchs sein müssen. Der Mitgliedsstaat muss seine Ausgleichsregelung so ausgestalten, dass sie denjenigen belastet, der die gesetzlich erlaubte Nutzung vornimmt (EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08 – *Padawan* –, Rn. 46 mit Verweis auf Erwägungsgrund 31 der RL; EuGH, Urteil vom 16.06.2011, C-462/09 – *Stichting de Thuiskopie* –, Rn. 26, 30).

In der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist auch geklärt, wer in diesem Sinne der Nutzer ist. Das ist derjenige, der den Schaden beim Urheber verursacht und der deshalb auch verpflichtet ist, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen (EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 – *VG Wort* –, Rn. 75).

Nutzer in diesem Sinne müssen keineswegs immer natürliche Personen sein. Für Nutzungen in Unternehmen versteht sich das von selbst. Es mag sein, dass dort Vervielfältigungen durch die Mitarbeiter angefertigt werden. Solange das aber nicht „privat“, sondern in Erfüllung eines Arbeitsvertrages geschieht, ist Nutzer das Unternehmen, nicht der Unternehmensmitarbeiter. Dasselbe gilt in Schulen. Vervielfältigungen, die dort die Lehrer oder Schüler zu schulischen Zwecken anfertigen, sind Nutzungen durch die Schule. Insofern ist es materiell zutreffend, wenn die Bundesregierung in § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf vorsieht, dass dann, wenn ein Nutzer im Rahmen einer Einrichtung tätig ist, nur die Einrichtung Vergütungsschuldnerin ist. Streng genommen ist dann auch nur sie im Sinne der EuGH-Rechtsprechung Nutzerin.



b) Ausnahme: Praktische Schwierigkeiten

Eine Ausnahme von dem Gebot, den Nutzer oder Nutzerrepräsentanten als Vergütungsschuldner heranzuziehen, lässt der EuGH nur dann zu, wenn es hinreichende praktische Schwierigkeiten gibt, den Nutzer zu identifizieren und heranzuziehen. Der EuGH folgt an dieser Stelle letztendlich pragmatisch dem Gedanken, dass nichts verlangt werden kann, was praktisch nicht durchgesetzt werden kann. Deshalb und nur in solchen Fällen liegt es nach der Rechtsprechung des EuGH im Ermessen des Mitgliedsstaats, eine alternative Lösung zu finden, gegebenenfalls auch durch Einführung einer Abgabe auf die zur Vervielfältigung eingesetzten Geräte. Der EuGH verlangt dann allerdings zusätzlich, dass die mit der Geräteabgabe unmittelbar belasteten Hersteller, Händler und Importeure dieser Geräte die Belastung auch tatsächlich an die Nutzer wirtschaftlich weitergeben können, die rechtlich auf der Grundlage der gesetzlichen Schranke und tatsächlich unter Einsatz der Geräte das urheberrechtlich geschützte Werk vervielfältigend nutzen (vgl. zum Ganzen EuGH, Urteil vom 05.03.2015, C-463/12 – *Copydan* –, Rn. 23; davor schon: EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08 – *Padawan* –, Rn. 46; EuGH, Urteil vom 16.06.2011 – C-462/09 – *Stichting de Thuis kopie* –, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 – *VG Wort* –, Rn. 76; EuGH, Urteil vom 11.07.2013, C-521/11 – *Amazon* –, Rn. 24).

Liegen keine praktischen Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme des Nutzers oder des Nutzerrepräsentanten vor, dann ist im Umkehrschluss ein Zugriff auf Dritte, etwa auf die Hersteller von Geräten, nach der EuGH-Rechtsprechung unzulässig. Auf die Frage, ob der als Dritter herangezogene Hersteller die Belastung wirtschaftlich weitergeben kann, kommt es dann nicht an, weil das keine alternative, sondern eine kumulative Anforderung des EuGH ist. Schon in der grundlegenden *Padawan*-Entscheidung aus dem Jahr 2010 hat der EuGH klargestellt, dass in einem solchen gerätebezogenen System wirtschaftlich die Personen die Abgabe aufbringen müssen, die durch Erwerb der Geräte über sie verfügen (Grundsatz der Belastung der Endnutzer, vgl. EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08 – *Padawan* –,



Rn. 46; siehe zu einem deutschen Fall auch EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 bis C-460/11 – VG WORT, Rn. 77).

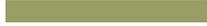
#### **4. Im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke keine praktischen Schwierigkeiten beim Zugriff auf Nutzer und Nutzungsrepräsentanten**

Nach diesen vom EuGH zur Richtlinie konkretisierten Maßstäben sind die Regelungen in § 60h Abs. 1 Satz 2, 5 Abs. 2 UrhG-Regierungsentwurf schon deshalb europarechtswidrig, weil es keine praktischen Schwierigkeiten macht, im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke auch bei Vervielfältigungen genauso wie bei allen anderen Nutzungen als Vergütungsschuldnerinnen auf die (Bildungs- und Wissenschafts-)Einrichtungen zurückzugreifen, die selbst nutzen oder in denen die Nutzung erfolgt. Das ist gleich aus mehreren Gründen und sehr handgreiflich der Fall.

##### **a) Bundesregierung erfüllt nicht einmal ihre Substantiierungslast**

Rechtlich liegt der Ball im Spielfeld der Bundesregierung. Denn sie ist es, die von der Regel – Heranziehung des Nutzers – abweichen, also eine Ausnahme machen will. Zu den in der Rechtsprechung des EuGH geklärten Grundsätzen des europäischen Unionsrechts gehört aber, dass in diesem Fall die Substantiierungslast beim nationalen Gesetzgeber liegt. Der EuGH hat klar herausgearbeitet, dass ein nationaler Gesetzgeber, der von einer Ausnahmemöglichkeit Gebrauch machen will, die Voraussetzungen der Ausnahme darzulegen hat. Andernfalls kann sich der nationale Gesetzgeber nicht auf die Ausnahme berufen, weil er die ihn betreffende Substantiierungslast nicht erfüllt hat (vgl. EuGH, Urteil vom 25.05.1993, C-228/91 – Kommission ./ Italien –, Rn. 28).

Diese Substantiierung hat die Bundesregierung nicht geleistet. Ihr Gesetzentwurf ist zwar in der Fassung der Bundesrats-Drucksache über 50 Seiten lang, aber trotzdem finden sich zu dem hier interessierenden Thema nirgendwo Aussagen zu praktischen Schwierigkeiten des Zugriffs auf die Einrichtungen, die nutzen oder in denen die Nutzungen vorgenommen werden. Die Geräteabgabe für Privatkopien soll ohne jeden Rechtfertigungsversuch auf sämtliche nach den §§ 60a bis 60f



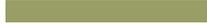
UrhG-Regierungsentwurf erlaubten Vervielfältigungen für Bildung und Wissenschaft erstreckt werden.

- b) Es bestehen auch keine tatsächlichen Schwierigkeiten

Die Bundesregierung konnte auch keine praktischen Schwierigkeiten anführen. Denn solche bestehen schlicht nicht. Das bestätigt sowohl die Praxis als auch der Regierungsentwurf selbst:

- aa) Die Ausgleichsansprüche gegen Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs wurden in der Vergangenheit erfolgreich durch die Verwertungsgesellschaften geltend gemacht. Den Trägern von Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen wurden Lizenzen für die Nutzung der Werke vertraglich eingeräumt. Die Vergütungen wurden anschließend an die Gesamtheit der Urheber ausgeschüttet. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beziffert allein die jährlichen Zahlungen der öffentlichen Hände an die Verwertungsgesellschaften für die Ausnutzung der bestehenden Schranken im Bildungs- und Wissenschaftsbereich auf etwa 26,5 Millionen € (BR-Drs. 312/17, Seite 26).

Warum mit diesem funktionierenden System nicht die neu gefassten Schranken für Vervielfältigungen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich bewältigt werden können, ist schlicht nicht ersichtlich. Insofern ist das Schweigen der Bundesregierung in ihrer Begründung berechtigt. Es gibt keine Hindernisse für den Zugriff auf die Nutzer im Bildungs- und Wissenschaftsbereich, weil es sich dabei um eine gegenüber der Allgemeinheit deutlich verkleinerte Gruppe von Einrichtungen (beispielsweise Hochschulen) handelt, die überwiegend öffentliche Träger haben oder, sofern sie in privater Hand sind, für die Verwertungsgesellschaften leicht feststell- und greifbar sind. Die Einbeziehung der Vervielfältigungen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich in dieses erprobte System der Gesamtverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Trägern der Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen wirft keine praktischen Schwierigkeiten im Sinne der EuGH-Rechtsprechung aus. Mögliche Mehrbelastungen der öffentlichen Hand sind jedenfalls keine praktischen Schwierigkeiten im Sinne der EuGH-Rechtsprechung.



- bb) Selbst der Regierungsentwurf knüpft letztlich an dieses erfolgreiche System an, und zwar auch mit normativer Wirkung. Nach § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf soll im Regelfall die Einrichtung (des Bildungs- oder Wissenschaftsbereichs) zur Vergütungsschuldnerin bestimmt werden. Das gilt ausdrücklich für sämtliche „Nutzungen nach Maßgabe dieses Unterabschnitts“, also für alle durch § 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf zu erlaubenden Nutzungen; eine Ausnahme will der Regierungsentwurf nur für Vervielfältigungen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich machen (§ 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf). Ansonsten setzt er eindeutig darauf, dass der Anspruch auf angemessene Vergütung durch die angeordnete Verwertungsgesellschaftspflicht (§ 60h Abs. 4 UrhG-Regierungsentwurf) auch in der Praxis bei den Einrichtungen als Vergütungsschuldnerinnen realisiert werden kann. Es gibt keinen Grund, warum dieses System ausgerechnet bei Vervielfältigungen im Rahmen der Bildungs- und Wissenschaftsschranke, nicht funktionieren soll. Im Gegenteil: Die bestehenden Verträge der Verwertungsgesellschaften mit den Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs bzw. mit ihren Trägern (Gesamtverträge) werden nach dem Entwurf ohnehin fortgeführt und können deshalb auch ohne weiteres um den Bereich der Vervielfältigungen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich ergänzt werden. Wenn aber aus diesen Gründen die Rückkehr zu der vom EuGH vorgegebenen Regel des „Zugriffs auf den Nutzer“ ohne weiteres möglich ist, dann ist es handgreiflich europarechtswidrig, wenn die Bundesregierung das Gegenteil normativ festschreiben will. Diesen Konflikt mit den Vorgaben des Europarechts hat die Bundesregierung entweder nicht erkannt oder versucht, ihn gegenüber dem Gesetzgeber bewusst zu verschweigen. Es liegt in der Verantwortung des Deutschen Bundestags, das zurückzuweisen.



## 5. Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf die Bildungs- und Wissenschafts-Schranke

Nachdem es ersichtlich keine praktischen Schwierigkeiten für den Zugriff auf die Nutzerseite gibt, könnte argumentiert werden, dass die Rechtsprechung zur Bestimmung des Vergütungsschuldners für den Bildungs- und Wissenschaftsbereich nicht gilt. Das wäre nicht überzeugend.

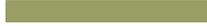
Die Rechtsprechung zur Person des Schuldners und dem Erfordernis praktischer Schwierigkeiten erging zwar ursprünglich zur Privatkopien-Schranke nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL und wurde anschließend auf die Schranke des Art. 5 Abs. 2 lit. a) RL übertragen (EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 – *VG Wort* – Rn. 73).

Zur Bildungs- und Wissenschafts-Schranke der Richtlinie gibt es noch keine entsprechenden Urteile. Die Rechtsprechung zur Person des Schuldners ist aber zwingend auf die bildungs- und wissenschaftsbezogenen Schranken in Art. 5 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 lit. a) RL übertragbar. In den Urteilen des EuGH wird dies schon klar angedeutet:

In der Entscheidung *Stichting de Thuis kopie* urteilte der EuGH, dass die Ausgleichspflicht für die Privatkopien-Schranke auch aus Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie ableitbar sei:

*„Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie macht ... die Einführung der Privatkopieausnahme von einer dreifachen Voraussetzung abhängig, nämlich davon, dass diese Ausnahme nur in bestimmten Sonderfällen angewandt wird, dass sie die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt und dass sie die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt. Demgemäß sind im Hinblick auf die letztgenannte Voraussetzung die Mitgliedstaaten, die sich für die Einführung der Privatkopieausnahme in ihr innerstaatliches Recht entscheiden, verpflichtet, die Zahlung eines „gerechten Ausgleichs“ an den Rechtsinhaber vorzusehen.“ (Urt. v. 16.06.2011, C-462/09, Rn. 21f.)*

Diese Rechtsprechung differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten von Ausgleichsansprüchen. Gleich ob die Ausgleichspflicht aus Art. 5 Abs. 5 RL folgt oder wortwörtlich normiert ist: Ihre Ausgestaltung muss



den Voraussetzungen genügen, die der EuGH an die Person des Schuldners stellt.

Das bestätigt sich auch in einer weiteren Entscheidung. In der Rechtssache Reprobel urteilte der EuGH, dass seine

*„Auslegung des Begriffs des gerechten Ausgleichs ... für alle in Art. 5 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen [gelte], bei denen ein gerechter Ausgleich verlangt wird“.* (Urt. v. 12.11.2015, C-572/13, Rn. 37)

Ein gerechter Ausgleich wird nach Art. 5 Abs. 5 RL auch für die Bildungs- und Wissenschaftsschranke verlangt. Für die Person des Schuldners und das Erfordernis der praktischen Schwierigkeiten können daher keine anderen Anforderungen gelten.

### **III. Verstoß gegen Verfassungsrecht**

Eine gesetzliche Regelung, die im Bereich der Bildungs- und Wissenschaftsschranke für Vervielfältigungen anstelle der nutzenden Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs die Gerätehersteller als Vergütungsschuldnerinnen heranzieht (§ 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 i.V. mit §§ 54 ff. UrhG-Regierungsentwurf), ist ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Berufsfreiheit der Gerätehersteller aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Die nationalen Grundrechte sind anwendbar, soweit die Richtlinie den Mitgliedsstaaten einen Spielraum lässt (dazu unter 1.).

Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Gerätehersteller aus Art. 12 Abs. 1 GG ist verfassungsrechtlich schon deshalb nicht zu rechtfertigen, weil er nicht erforderlich ist. Mit der Bestimmung der nutzenden Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs als Vergütungsschuldnerinnen, auch soweit es um Vervielfältigungen geht, steht ein für die Gerätehersteller milderer Mittel zur Verfügung, welches das gesetzliche Ziel (Ausgleich für die betroffenen Urheber) mindestens ebenso effektiv erreicht (dazu unter 2.).



## 1. Bindung an die deutschen Grundrechte bei bestehendem Umsetzungsspielraum

Zwar gilt der Grundsatz, dass Bundesgesetze nicht vom Bundesverfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz überprüft werden können, soweit der Bundesgesetzgeber lediglich zwingende Vorgaben des europäischen Rechts umsetzt. Verfügt die Bundesrepublik Deutschland aber bei der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben, hier etwa aus der Richtlinie, über einen Spielraum, so kommt die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung voll zum Tragen. Die Ausfüllung dieses europarechtlichen Spielraums durch den Bundesgesetzgeber muss mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar sein (BVerfGE 129, 186 [198 f.]; BVerfGE 129, 78 [103]; BVerfGE 102, 157 [161 ff.]).

Das akzeptiert auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BR-Drucksache 312/17, Seite 22).

Nach allgemeinem Verständnis lässt die Richtlinie 2001/29/EG dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber viele Spielräume (vgl. etwa die Darstellung im Gesetzentwurf, BR-Drucksache 312/17, Seite 22 f.). Dieser Spielraum betrifft grundsätzlich auch die Ausgestaltung der Ausgleichspflicht (EuGH, Urteil vom 05.03.2015, C-463/12 – Copydan –, Rn. 20). Dieser Spielraum ist aber begrenzt, wie unter II. im Einzelnen dargelegt. Bei der Auswahl des Vergütungsschuldners gilt der Grundsatz der Heranziehung des Nutzers; Ausnahmen sind nur bei praktischen Schwierigkeiten zulässig. Ob dann noch ein Restspielraum bleibt, der die Anwendung der deutschen Grundrechte ermöglicht, kann hier dahinstehen; denn auf die nationalen Grundrechte kommt es nur dann an, wenn hilfsweise unterstellt wird, dass § 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf nicht europarechtswidrig ist.

Deshalb gilt: Entweder scheidet die von der Bundesregierung vorgeschlagene Regelung an einer zwingenden europarechtlichen Vorgabe (so das Ergebnis des Abschnitts II.) oder die Regelung muss sich an den Grundrechten des Grundgesetzes messen lassen.



## 2. Berufsfreiheit der Gerätehersteller, Art. 12 Abs. 1 GG

§ 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf greift in die anwendbare Berufsfreiheit der Gerätehersteller ein (dazu unter a)) und lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen (dazu unter b)), weil es an der Erforderlichkeit fehlt.

### a) Anwendbarkeit und Eingriff

Die Berufsfreiheit schützt nicht nur die Tätigkeit der abhängig Beschäftigten. Sie gewährleistet zugleich die Unternehmerfreiheit im Sinne einer freien Führung der Betriebe (BVerfGE, 50, 290 [363]). Neben dem Unternehmer als Person sind auch die juristischen Personen selbst vor staatlichen Eingriffen in die unternehmerische Freiheit geschützt (BVerfGE 126, 112 [136]; BVerfGE 102, 197 [212 f.]; st. Rspr.).

Voraussetzung für den Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG ist, dass es sich um *inländische* juristische Personen handelt, vgl. Art. 19 Abs. 3 GG. Das ist davon abhängig, ob die juristische Person ihren Sitz, d.h. den tatsächlichen Mittelpunkt ihrer Tätigkeit im Bundesgebiet hat (BVerfG, NJW 2009, 2518, 2519, Rn. 60 bei Juris).

Auf die meisten Gerätehersteller, die Mitglied von Bitkom sind, trifft dies zu. Soweit die Hersteller ihren Sitz im innereuropäischen Ausland haben, können sie sich allerdings ebenfalls auf den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Denn juristische Personen aus dem EU-Ausland werden nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den inländischen juristischen Personen gleichgestellt (BVerfGE 129, 78 [99]).

Die gesetzliche Verankerung einer Pflicht der Gerätehersteller, anstelle der Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs als Vergütungsschuldner über den Mechanismus der Geräteabgabe nach §§ 54 ff. UrhG die Ausgleichszahlungen an die Urheber für alle Vielfältigungen zu leisten, die auf der Grundlage der neu gefassten



Bildungs- und Wissenschafts-Schranke (§§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf) erfolgen, stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Unternehmen der Geräteindustrie dar. Die Regelungen haben eine objektive berufsregelnde Tendenz, weil die damit belasteten Vorgänge der Verkäufe von unter § 54 UrhG fallenden Geräten regelmäßig berufsmäßig organisiert sind und berufsmäßig durchgeführt werden (vgl. zum Ganzen schon das der Servicegesellschaft des Bitkom erstattete Gutachten zur tarifbezogenen Hinterlegungspflicht vom 19.11.2014, Seite 40 ff., das auf der Homepage des Bitkom abrufbar ist).

Gegen das Vorliegen eines Eingriffs durch die Regelungen des § 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf lässt sich auch nicht einwenden, dass die Gerätehersteller schon nach geltendem Recht über den Mechanismus des § 54 Abs. 1 i.V. mit § 53 Abs. 3 UrhG, also über bisherige Ausprägungen der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke, Vergütungsansprüche der davon betroffenen Urheber zu erfüllen haben.

Erstens ordnet der Gesetzentwurf – jedenfalls bislang – gerade nicht an, dass die Verwertungsgesellschaften nach der Änderung des Urheberrechtsgesetzes für die einzelnen Geräte keine höheren Vergütungen fordern dürfen, als sie bisher vertraglich vereinbart oder gerichtlich festgelegt sind.

Zweitens soll die Neufassung der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke erklärtermaßen zu einer Ausweitung des Eingriffs in die Rechte der Urheber führen, was Rückwirkungen auf deren Vergütungsforderungen hat.

Und drittens ist bei einem gesetzlichen Systemwechsel, wie er hier vorgenommen wird, immer eine erneute Prüfung eines fortentwickelten Eingriffs in die Berufsfreiheit am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG vorzunehmen (vgl. dazu auch unter prozessualen Gesichtspunkten Lenz/Würtenberger, NVwZ 2010, 168 [169]).



b) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

In das durch Art. 12 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden (BVerfGE 141, 121 [133]). Dabei stehen Beschränkungen der Berufsfreiheit unter dem Gebot der Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, was bedeutet, dass der Eingriff zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet sein muss und nicht weiter gehen darf, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; außerdem müssten Eingriffszweck und Eingriffintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen (BVerfGE 141, 121 [133]).

aa) Legitimer Zweck

Zunächst einmal müsste deshalb der Gesetzgeber, wenn er dem Vorschlag der Bundesregierung folgt, mit § 60h Abs. 1 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf einen legitimen Zweck verfolgen. Deshalb stellt sich zunächst die Frage, was eigentlich der legitime Zweck dafür sein soll, bei den Ausgleichsleistungen für die Urheber im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke zwar generell die Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs als Vergütungsschuldnerinnen zu bestimmen, davon aber für die spezielle Nutzungsform der Vervielfältigungen eine Ausnahme zu Lasten der Unternehmen der Geräteindustrie vorzusehen.

Man hätte erwarten können, dass die Bundesregierung in der Begründung ihres Gesetzentwurfs dazu Ausführungen macht.

Die Bundesregierung hat aber in der Begründung des Gesetzesentwurfs mit keinem Wort angegeben, warum sie im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke für Vervielfältigungen vom Grundsatz der Aufbringung der Vergütung durch die Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs abweicht. Der mit der Sonderregelung für Vervielfältigungen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich verfolgte Zweck bleibt daher unklar und kann nur vermutet werden.

# OPPENLÄNDER

RECHTSANWÄLTE

Es liegt nahe, dass die Bundesregierung damit vor allen Dingen die Kosten für die ganz überwiegend staatlichen Träger von Bildungs- und Forschungseinrichtungen begrenzen will. Denn die Bildungs- und Forschungseinrichtungen bzw. ihre Träger müssten dann die bestehenden Verträge mit den Verwertungsgesellschaften um die Nutzungsart Vervielfältigungen erweitern und deshalb höhere Zahlungen an die Verwertungsgesellschaften leisten. Für die überwiegend öffentlichen Träger dieser Einrichtungen ist es schlicht billiger, also fiskalisch vorteilhaft, wenn sie die durch ein Tätigwerden öffentlicher Einrichtungen und ihrer Angehörigen ausgelösten Ausgleichsansprüche der Urheber nicht selbst aufbringen müssen, sondern diese Belastungen auf die private Geräteindustrie und möglicherweise auf deren Kunden abwälzen können. Solche fiskalischen Zwecke stellen aber von vorne herein keinen legitimen Zweck dar, weil der Eingriff in die Urheberrechte im Wesentlichen zur Erfüllung öffentlicher Bildungs- und Wissenschaftsaufgaben erfolgt.

Möglicherweise wird die Bundesregierung im weiteren parlamentarischen Beratungsprozess die Auffassung vertreten, ein Zugriff auf die Gerätehersteller sei deshalb legitim, weil ohne diese Geräte die Vervielfältigungen nicht vorgenommen werden können. Das ist weder in der Sache überzeugend noch vor dem Hintergrund der europäischen Vorgaben (dazu unter II.). Nach dem Regelungskonzept der zugrundeliegenden europäischen Richtlinie ist, wie schon deren Erwägungsgrund 31 zeigt, der Ausgleich vom Nutzer aufzubringen. Das sind nach der von der Bundesregierung gewählten Ausgestaltung bei der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die Einrichtungen dieses Bereichs. Sie sind entweder selbst Nutzer oder sie werden deshalb vom Gesetz zum Vergütungsschuldner erklärt, weil die Nutzungen von Personen vorgenommen werden, die in ihnen tätig sind. Angesichts dieses europarechtlichen Rahmens kann es auch für die verfassungsrechtliche Prüfung nicht als legitim angesehen werden, auf die nutzungsferneren Unternehmen abzustellen, die die Geräte herstellen. Den Unternehmen fehlt anders als vielleicht bei der Privatkopie-Schranke jede Sachnähe zu den Vervielfältigungen durch die Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen. Pragmatische Gründe („praktische



Schwierigkeiten bei der Ermittlung und Heranziehung der tatsächlichen Nutzer“) gibt es im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke und den durch sie ausgelösten Ausgleichsansprüchen der Urheber nicht (dazu schon unter II.).

Als denkbarer Zweck verbleibt allein die Überlegung, dass die bisherigen Elemente einer Bildungs- und Wissenschafts-Schranke im geltenden Urheberrecht im Bereich der Vervielfältigungen dem System der Geräteabgabe nach § 54 UrhG zugeordnet waren (§ 54 Abs. 1 i.V. mit § 53 Abs. 3 UrhG). Für eine Ausdehnung der Geräteabgabe auf erweiterte Fälle der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke im Bereich der Vervielfältigungen gibt das aber von vornherein nichts her. Legitimation bedeutet bei Zwecken aber auch mehr als das Fortführen einer Tradition. Wenn der Gesetzgeber, wie es die Bundesregierung für den vorgelegten Entwurf des UrhWissG behauptet, wegen veränderter Rahmenbedingungen eine Neuregelung trifft, dann hängt die Frage, ob die verfolgten Zwecke legitim sind, von einer Beurteilung nach heutigen Maßstäben ab. Das Argument, „wir haben Vervielfältigungen auch im Bildungs- und Wissenschaftsbereich bisher schon über die Geräteabgabe gezogen“, legitimiert richtigerweise weder den Fortbestand dieser Situation noch dessen Ausweitung auf erweiterte Bildungs- und Wissenschafts-Schranken. Gerade wenn der Gesetzgeber für eine vergleichsweise gut abgrenzbare und überschaubare Gruppe von Einrichtungen eine Sonderschranke (Bildungs- und Wissenschafts-Schranke) schafft, dabei für die Aufbringung des angemessenen Ausgleichs der Urheber die begünstigten Einrichtungen zu den Vergütungsschuldnerinnen bestimmt, dann ist es nicht legitim, davon eine Ausnahme für Vervielfältigungen mit dem Argument der Tradition zu machen.

Für einen legitimen Zweck verbleibt deshalb nur die wahrscheinlich verfolgte Absicht, die Ansprüche der Urheber auf einen angemessenen Ausgleich dadurch effektiv zu gewährleisten, dass auf ein funktionsfähiges System wie die Geräteabgabe zurückgegriffen wird.



bb) Geeignet, aber nicht erforderlich

Zur Erreichung eines als legitim anzusehenden Zweckes, die Realisierung des in § 60h Abs. 1 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf verankerten Anspruchs der Urheber auf angemessenen Ausgleich für den mit der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke verbundenen Eingriff sicherzustellen, mag im Bereich der Vervielfältigungen auch der Zugriff auf die Unternehmen der Geräteindustrie über den Weg der §§ 60h Abs. 1 Satz 2 i.V. mit 54 ff. UrhG-Regierungsentwurf geeignet sein; es fehlt aber jedenfalls an der Erforderlichkeit. Erforderlich sind vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel nur dann, wenn es keine zur Erreichung des angestrebten Zwecks gleich wirksamen Mittel gibt, die den Grundrechtsträger weniger belasten (vgl. BVerfGE 141, 121 [139]; BVerfGE 134, 204 [227]).

Dieses mildere Mittel liegt hier auf der Hand.

- (1) Die Alternative besteht in der Heranziehung der begünstigten Einrichtungen als Vergütungsschuldnerinnen für sämtliche Nutzungen nach Maßgabe der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke der §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf. Das entspricht der Regel, die der Regierungsentwurf in § 60h Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf selbst aufstellt. Zur operativen Umsetzung dieser Rückkehr zur Regel müssten lediglich die zweiten Sätze in § 60h Abs. 1 und 5 UrhG-Regierungsentwurf ersatzlos gestrichen werden; außerdem bedürfte es dann nicht der klarstellenden Änderungen im Unterabschnitt 2. Alternatives Mittel ist also, die angemessene Vergütung für alle Nutzungen im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die dadurch begünstigten Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs aufbringen zu lassen, auch für Vervielfältigungen.
- (2) Dieses alternative Mittel ist für die Unternehmen der Geräteindustrie auch weniger einschneidend, weil dann für die Vervielfältigungen im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-



Schranke keine Geräteabgabepflicht mehr besteht und die Unternehmen der Geräteindustrie deshalb weder mit der Leistung solcher Zahlungen noch mit dem Risiko belastet werden, dass sich solche Zahlungen nicht oder nicht vollständig auf die Gesamtheit der Gerätekunden umlegen lassen.

- (3) Der Zugriff auf die als Vergütungsschuldnerinnen bestimmten Einrichtungen (§ 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf) auch für den Bereich der Vervielfältigungen, die im Rahmen der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke gemacht werden, ist in Bezug auf den angestrebten Zweck auch gleich wirksam. Legitimer Zweck kann, wie unter aa) dargelegt, nur die sichere Befriedigung der Vergütungsansprüche der Urheber aus § 60h Abs. 1 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf sein.

Zur Erfüllung dieser Ansprüche bestimmt der Regierungsentwurf im Grundsatz schon selbst die Einrichtungen als Vergütungsschuldnerinnen (§ 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf). Er bringt damit zum Ausdruck, dass ein Zugriff auf diese Einrichtungen für die Verwertungsgesellschaften, denen nach § 60a Abs. 4 UrhG-Regierungsentwurf die Geltendmachung des Anspruchs auf angemessene Vergütung zugewiesen ist, mit hinreichender Effizienz möglich ist. Der Regierungsentwurf geht erkennbar davon aus, dass die von § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf erfassten „Einrichtungen“ hinreichend abgegrenzt, überschaubar und für die Verwertungsgesellschaften auch im Einzelfall greifbar sind. Angesichts der Definition der Einrichtung in den einzelnen Schranken-Regelungen der §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf, also von den Bildungseinrichtungen über die Forschungseinrichtungen und Bibliotheken bis hin zu den Archiven, ist das auch sachgerecht. Bei den Herstellern von Unterrichts- und Lehrmedien hält der Regierungsentwurf einen Zugriff für noch leichter möglich, weil er hier sogar eine Ausnahme von der Pauschalierungs- und Stichprobenbefugnis des § 60h Abs. 3 UrhG-Regierungsentwurf vorsieht.



All diese Einrichtungen, die jetzt unter § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf gefasst werden, sind schon heute direkt oder indirekt Vertragspartner der Verwertungsgesellschaften. Die bestehenden Verträge um Zahlungspflichten für die auf der Grundlage der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke vorgenommenen Vervielfältigungen zu erweitern, ist ohne weiteres möglich. Probleme benennt auch die Begründung des Regierungsentwurfs nicht. Da hinter der überwiegenden Zahl der von § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf als Vergütungsschuldnerinnen erfassten Einrichtungen öffentliche Träger stehen, besteht in diesem Bereich auch keinerlei Insolvenz- oder sonstiges Ausfallrisiko der Verwertungsgesellschaften. Anders als bei der Geräteabgabe gibt es auch keine Importeurs-Problematik. Und schließlich ist der Kreis der von § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf abgegrenzten Vergütungsschuldnerinnen deutlich stabiler als die sehr veränderliche Gruppe der Unternehmen, die Schuldnerinnen der Geräteabgabe nach §§ 54 ff. UrhG sind.

- (4) Alles in allem gilt: Die Verwertungsgesellschaften sind schon bislang eine Zusammenarbeit mit den Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereich gewohnt, ohne dass dabei Probleme aufgetreten sind. Die Bundesregierung sieht diese Einrichtungen generell als geeignete Vergütungsschuldnerinnen für Vergütungen der Nutzungen nach Maßgabe der §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf an. Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen, die auf der Grundlage der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke vorgenommen werden, weisen keine besonderen Merkmale auf, die die Annahme rechtfertigen oder auch nur vertretbar erscheinen ließen, die Einrichtungen im Sinne von § 60h Abs. 5 Satz 1 UrhG-Regierungsentwurf seien für die Urheber und ihre Verwertungsgesellschaften schlechtere Vergütungsschuldnerinnen als die von den §§ 54 ff. der im Urheberrechtsgesetz erfassten Unternehmen. Die Einrichtungen sind den Verwertungsgesellschaften bekannt, ein Insolvenzrisiko besteht



praktisch nicht und die Gruppe ist auch in ihrer Zusammensetzung stabiler als die Gruppe der von den §§ 54 ff. UrhG erfassten Unternehmen.

- c) Zumutbarkeit kann offen bleiben

Angesichts der klar fehlenden Erforderlichkeit stellt sich die Frage der Zumutbarkeit gar nicht mehr.

## **D.**

### **Zusammenfassung**

#### **I.**

#### **Verstoß gegen europäisches Unionsrecht und gegen Verfassungsrecht**

Die in § 60h Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 Satz 2 UrhG-Regierungsentwurf vorgesehene Sonderregelung, die bei Vervielfältigungen im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die nutzenden Einrichtungen aus ihrer Stellung als Vergütungsschuldnerin entlässt und statt dessen über die Geräteabgabe nach §§ 54 bis 54c UrhG auf die Geräteindustrie zugreift, ist mit Europa- und Verfassungsrecht nicht vereinbar.

#### **II.**

#### **Unionsrechtliches Argument**

1. Würde der Deutsche Bundestag die Regelungen als Gesetz beschließen, verstieße er gegen Vorgaben des europäischen Unionsrecht, wie sie sich aus der einschlägigen sogenannten InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH ergeben.
2. Im Kern verlangen Richtlinie und EuGH-Rechtsprechung von jedem mitgliedstaatlichen und damit auch vom deutschen Gesetzgeber, den Nutzer oder einen Nutzerrepräsentanten zum Schuldner eines Ausgleichsanspruchs zu machen. Der Rückgriff auf einen Dritten als Ausgleichsschuldner ist nur zulässig, wenn er durch praktische Schwierigkeiten bei der Inanspruchnahme des Nutzers oder eines Nutzerrepräsentanten hinreichend gerechtfertigt wird.



3. Daran fehlt es aber für den Bereich der neu vorgeschlagenen Bildungs- und Wissenschafts-Schranke der §§ 60a bis 60f UrhG-Regierungsentwurf. Nach der vorgesehenen gesetzlichen Regelanordnung werden die Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs schon als Repräsentanten der in ihnen tätigen Nutzer als Vergütungsschuldnerinnen bestimmt. Deshalb bedarf es des Rückgriffs auf die Geräteindustrie nicht.

### III.

#### Verfassungsrechtliches Argument

1. Wenn hilfsweise unterstellt wird, dass der Zugriff auf die Unternehmen der Geräteindustrie als Vergütungsschuldnerinnen für Vervielfältigungen im Rahmen der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke nicht an zwingendem Europarecht scheitert, ist eine gesetzliche Regelung an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen.
2. An diese ist der Gesetzgeber voll gebunden, sofern eine europäische Richtlinie ihm einen Umsetzungsspielraum überlässt.
3. Die Bestimmung der nutzerfernen Geräteindustrie als Vergütungsschuldnerin für Vervielfältigungen statt der Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs, die selbst nutzen oder für die die Nutzer tätig sind, verstößt gegen die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Für den Zugriff auf die Geräteindustrie fehlt es an der Erforderlichkeit. Ein gleich effektives, für die Gerätehersteller aber milderer Mittel besteht darin, auch für Vervielfältigungen wie generell im Bereich der Bildungs- und Wissenschafts-Schranke die von ihr begünstigten Einrichtungen des Bildungs- und Wissenschaftsbereichs zu Vergütungsschuldnerinnen zu bestimmen. Für die Urheber ist das kein Nachteil.

Prof. Dr. Lenz  
Rechtsanwalt