

**Verfassungsfragen
urheberrechtlicher Geräteabgaben
nach dem „2. Korb“**

Rechtsgutachten

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung:
Entwurf eines Zweiten Gesetzes
zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft,
insbesondere § 54 a UrhG-E

von

Prof. Dr. iur. Christoph Degenhart

Universität Leipzig

Übersicht

Vorbemerkung: Gutachtensauftrag	4
I. Grundlagen der Beurteilung: Gesetzentwurf und Stand des Gesetzgebungsverfahrens	4
1. Privatkopie und Pauschalvergütung im „zweiten Korb“ - wesentliche Inhalte der Neuregelung	4
a) Privatkopie und Pauschalvergütung	4
b) Vergütungshöhe	7
2. Gesetzgebungsverfahren – Stellungnahme des Bundesrats	8
3. Tendenz der Neuregelung – Zwischenbilanz	10
II. Bindungen des Gesetzgebers aus höherrangigem Recht	11
1. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts	11
a) Bindungen	11
b) Umsetzungsspielräume	13
2. Verfassungsrechtliche Determinanten eines gerechten Ausgleichs: Grundrechte der Urheber und Hersteller	16
a) Rechte der Urheber aus Art. 14 GG: Zulassung der Privatkopie als Grundrechtsausgestaltung	16
b) Grundrechte der Hersteller – Eingriffsrelevanz der Geräteabgabe	19
aa) Abgabepflicht als Eingriff	19
bb) Zur Abgrenzung	
Art. 12 Abs. 1 GG – Art. 2 Abs. 1 GG	19
cc) Grundrechtsschutz aus Berufsfreiheit und wirtschaftlicher Handlungsfreiheit	21
dd) Belastungswirkung und Verhältnismäßigkeit	22
3. Gemeinwohlbelange – Informationsfreiheit	24
III. Privatkopie, Pauschalvergütung, de-minimis-Klausel: Grundsatzfragen	27
1. Verfassungsauftrag des Gesetzgebers	27
2. Vorabklärung: verfassungsrechtliche Legitimation der Privatkopie	28
a) Sozialpflichtigkeit des Urheber Eigentums	28
b) Zur digitalen Privatkopie	30
3. Inpflichtnahme der Hersteller	33
a) Verfassungsrechtliche Akzeptanz in der Rechtsprechung	33
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung dem Grunde nach	33
4. konkrete Anknüpfung: tatsächliche Nutzung der Geräte	36
5. de- minimis-Klausel: Nutzung in nennenswertem Umfang - Verhältnismäßigkeit und Gleichheitssatz	38

IV. Vergütungshöhe und Zumutbarkeitsschwelle – Verfassungsfragen des § 54a UrhG-E	40
1. Kriterien der Tarifgestaltung	41
a) „Systemwechsel“ und normative Vorgaben	41
b) Ausmaß der Nutzung und verfassungsrechtliche Korrektive	42
c) § 54 Abs. 2 UrhG-E – funktionell zusammenhängende Geräte	43
2. Zumutbarkeitsgrenze: § 54 Abs. 4 UrhG-E	44
a) Ausgangspunkt: Zumutbarkeitsschwelle als Verfassungserfordernis	44
b) Gerätepreis als Zumutbarkeitskriterium	45
3. Verfassungsfragen einer prozentualen Obergrenze	47
a) Erfordernisse eines Höchstsatzes	47
b) 5% als sachgerechte Höchstgrenze	48
aa) Bestimmung einer Höchstgrenze als Akt wertender Entscheidung	48
bb) Die maßgeblichen Bewertungsparameter	49
cc) Rechte der Urheber	50
dd) Folgerung: Verfassungsmäßigkeit der 5%-Grenze des § 54a Abs.4 S.2 UrhG-E als Höchstbetrag, nicht Regelfall	52
4. Multifunktionale Geräte	53
V. Bestätigung aus Gemeinschaftsrecht	56
1. Richtlinienkonformität	57
a) Analoge und digitale Privatkopie - Vergütungssystem	57
b) Gerechter Ausgleich	59
aa) Bereitstellung eines adäquaten Verfahrens	59
bb) Materielle Anhaltspunkte	60
2. Primärrecht der Gemeinschaft	62
a) Tarifäre Handelshemmnisse ?	62
b) Freiheit des Warenverkehrs	65
aa) Art. 28 EG als Beschränkungsverbot	65
bb) Rechtfertigung nach Art. 30 EG	66
3. Bilanz und Ausblick	68
Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	69

Vorbemerkung: Gutachtensauftrag

Die Bitkom Servicegesellschaft mbH, Berlin, hat mich um eine rechtsgutachtliche Stellungnahme zur vorgesehenen Neuregelung der urheberrechtlichen Geräteabgaben gemäß §§ 54, 54a des Regierungsentwurfs für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22. März 2006 ersucht.¹ Dabei sollen insbesondere die Statuierung einer de-minimis-Klausel in § 54 Abs. 1 UrhG-E und die Einführung einer Obergrenze in Höhe von 5 % des Verkaufspreises der Geräte nach § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E unter verfassungsrechtliche Kriterien und unter Einbeziehung der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts geprüft werden.

I. Grundlagen der Beurteilung: Gesetzentwurf und Stand des Gesetzgebungsverfahrens

1. Privatkopie und Pauschalvergütung im „zweiten Korb“ - wesentliche Inhalte der Neuregelung

a) Privatkopie und Pauschalvergütung

Der vorliegende Gesetzentwurf, der sog. „zweite Korb“ der Urheberrechtsreform, dient der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft² – im folgenden: Urheberrechtsrichtlinie.³ Ein Schwerpunkt des Entwurfs sind Fragen der Zulässigkeit der Privatkopie und damit zusammenhängende Rechtsfragen.⁴ Nachdem sich

¹ BT-Drucks. 16/1828.

² ABI L 167/10 vom 22.6.2001.

³ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828 unter A. S.1; zur Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht s. *Dreier*, ZUM 2002, 28; zum „zweiten Korb“ s. *Häuser*, CR 2004, 829; die Terminologie ist uneinheitlich, teilweise wird die Richtlinie auch als Informationsrichtlinie bezeichnet.

⁴ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828 unter A. S.1.

der Gesetzgeber im Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003⁵ dafür entschieden hat, an der Zulassung auch der digitalen Privatkopie im neu gefassten § 53 UrhG festzuhalten,⁶ steht nunmehr eine Neuregelung der Urhebervergütung für private Vervielfältigungen an.⁷ Dabei wird am Grundsatz der Pauschalvergütung und der Vergütungspflicht der Hersteller von Vervielfältigungsgeräten und beispielbaren Tongeräten festgehalten. Die vorgesehen Änderungen betreffen sowohl die tatbestandliche Reichweite der Vergütungspflicht, die Vergütungsbasis, als auch die Höhe der Vergütung.

Wie bisher muss der Urheber aufgrund der Schrankenregelungen des Urheberrechts die Vervielfältigung seiner Werke zu privaten und sonstigen eigenen Zwecken auch ohne seine Zustimmung dulden. Die maßgebliche Bestimmung des § 53 UrhG war mit der Neufassung 2003 u.a. dahingehend geändert worden, dass die Geltung auch für digitale Privatkopien klargestellt wurde. Wie bisher soll der Ausgleich für die Zulassung von Privatkopien – die Urheberrechtsrichtlinie fordert einen „gerechten Ausgleich“⁸ – über eine Pauschalvergütung erfolgen. Die maßgeblichen Regelungen zur Bestimmung der Vergütungspflicht und der Höhe der Vergütung werden nunmehr in §§ 54, 54a UrhG-E zusammengefasst.

Ausweislich der Gesetzesbegründung waren auch Forderungen geprüft worden, die Pauschalvergütung im Hinblick auf die Möglichkeiten von DRM-Systemen⁹ gänzlich entfallen zu lassen.¹⁰ Davon wurde jedoch Ab-

⁵ BGBl. I S. 1774.

⁶ Kritisch in gesetzgebungstechnischer Hinsicht zB *Lehmann*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 43 ff.

⁷ Vgl. zur Neuregelung der Pauschalvergütung die Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 16/1828, S. 29 f., 32 f.

⁸ Urheberrechtsrichtlinie, Art. 5 Abs. 2 lit.a und b; dazu *Häuser*, CR 2004, 829 (830).

⁹ S. bereits BT-Drucks. 15/38, S. 36 f. – Stellungnahme des Bundesrats zu § 53 UrhG im „ersten Korb“; zum Verhältnis der Vergütungspflicht nach § 54a UrhG und technischen Schutzmaßnahmen durch Digital-Rights-Management-Systeme s. OLG München, GRURInt 2006, 338 (343); s. auch Erwägungsgrund 39 der Urheberrechtsrichtlinie.

¹⁰ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung – Allgemeiner Teil, S. 30.

stand genommen. Wenn der Gesetzgeber zunächst also davon Abstand nimmt, im digitalen Bereich ausschließlich auf technische Schutzmaßnahmen wie DRM zu setzen, so ist hierfür die Erwägung ausschlaggebend, dass derartige Systeme derzeit noch nicht flächendeckend realisiert sind und dass ein umfassender Kopierschutz für sämtliche geschützten Werke und Leistungen noch nicht besteht.¹¹ Vor allem deshalb wurde es als erforderlich erachtet, die Vergütung der Privatkopie über Pauschalvergütungen bis auf weiteres beizubehalten, nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen.¹²

Die Neuregelung der Pauschalvergütung in §§ 54, 54a UrhG-E sieht nun für die Vergütungspflicht dem Grunde nach in § 54 UrhG-E vor, dass es nicht mehr, wie nach geltendem Recht, auf die Bestimmung der Geräte zur Herstellung von Kopien¹³ ankommen soll, wie nach §§ 54 Abs.1, 54a Abs. 1 UrhG in der geltenden Fassung. Dieses Erfordernis habe zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt. Vielmehr kommt es nach § 54 Abs. 1 UrhG-E nur darauf an, dass zu erwarten ist, dass der jeweilige Gerätetyp bzw. der Typ eines Speichermediums tatsächlich zur Vornahme von Vervielfältigungen genutzt wird,¹⁴ dies mit der einschränkenden Maßgabe, dass diese Nutzung „in nennenswertem Umfang“ erfolgt.¹⁵

¹¹ So die Gesetzesbegründung a.a.O.; s. bereits die Gegenäußerung der Bundesregierung auf die Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 15/38 S. 41 zum „ersten Korb“; dazu OLG München, GRURInt 2006, 338 (343); zust. *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820); *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (479); *Kreile/Becker*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (298).

¹² Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung – Allgemeiner Teil, S. 30.

¹³ Zur Problematik dieses Tatsbestandsmerkmal vgl. etwa BGHZ 121, 215 (218 f.) – Readerprinter –; BGH GRUR 2002, 246 (248) – Scanner –; OLG Stuttgart, GRUR 2005, 944 – Multifunktionsgeräte –; OLG München, GRURInt 2006, 338 (343 f.) – PCs –.

¹⁴ S. demgegenüber zum geltenden Recht BGHZ 140, 225 (331 f.).

¹⁵ Nach der Entwurfsbegründung „kann“ eine Nutzung im Bagatellbereich vorliegen, wenn sich der Nutzungsumfang unter 10% bewegt, Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54, S. 65.

b) Vergütungshöhe

§ 54 a UrhG-E enthält die maßgeblichen Bestimmungen zur Vergütungshöhe. Entscheidendes Kriterium ist nach Abs. 1 das Maß der tatsächlichen Nutzung der Geräte und Speichermedien für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 – 3 UrhG,¹⁶ wobei nach Abs. 3 ihre nutzungsrelevanten Eigenschaften, insbesondere ihre Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen sind. Der Urheber soll also angemessen an der tatsächlichen wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke beteiligt werden. Nach § 54a Abs. 2 UrhG-E sind bei der Höhe der Vergütung für Geräte die Vergütungen für funktional zusammenhängende Geräte oder Speichermedien zu berücksichtigen; es soll sich keine unangemessen hohe Gesamtvergütung ergeben.¹⁷ Auch deshalb ist bei der Tarifgestaltung nach den nutzungsrelevanten Eigenschaften zu differenzieren.¹⁸ Nach § 54a Abs. 4 UrhG-E darf die Vergütung die Hersteller von Geräten und Speichermedien nicht „unzumutbar belasten“. Das Erfordernis der Zumutbarkeitsklausel wird ausweislich der Gesetzesbegründung vor allem daraus abgeleitet, dass mit dem Hersteller des Geräts oder Speichermediums ein Dritter belastet wird. Auch wird darauf verwiesen, dass im benachbarten EU-Ausland vergleichbare Abgaben nicht erhoben werden und durch Einkauf im Ausland oder „Grauimporte“ umgangen werden können, mit der Folge von Wettbewerbsverzerrungen auf dem deutschen Markt.¹⁹

Als Kriterium für die Zumutbarkeit einer Belastung wird in § 54a Abs. 4 Satz 1, 2. Halbs. UrhG-E ein wirtschaftlich angemessenes Verhältnis zum Preisniveau des Geräts bzw. Speichermediums genannt. Satz 2 fixiert eine bindende prozentuale Obergrenze von 5 % des Gerätepreises, konkretisiert damit das Erfordernis der Angemessenheit nach Satz 1. Für mul-

¹⁶ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54, S. 64.

¹⁷ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54a, S. 66 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2002, 964 (966) = GRUR 2002, 246 (246) – Scanner -.

¹⁸ Eben dies fordert de lege ferenda bereits BGH GRUR 2002, 246 (248) – Scanner -.

¹⁹ Vgl. Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54a, S. 67.

tifunktionale Geräte²⁰ ist diese Grenze nach Satz 3 entsprechend abzusenken. Mit der genannten prozentualen Obergrenze wird an eine bereits von 1965 bis 1985 im Gesetz enthaltene Regelung angeknüpft. Nach § 53 Abs. 5 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) hatte der Urheber gegen den Hersteller von Geräten, die zur privaten Vervielfältigung geschützter Werke geeignet waren, einen Anspruch auf Vergütung in Gestalt eines angemessenen Anteils am Geräteerlös; die Summe der Vergütungsansprüche aller Berechtigten durfte fünf vom Hundert dieses Veräußerungserlöses nicht übersteigen. Diese Regelung, die u.a. die Hersteller von Tonbandgeräten betraf, bewertete das *Bundesverfassungsgericht* in einer seiner Grundsatzentscheidungen zum Urheberrecht vom 07.07.1971²¹ als verfassungsgemäß. Es sah insbesondere Rechte der Gerätehersteller – die Entscheidung erging auf Verfassungsbeschwerde eines Tonbandgeräteherstellers – nicht verletzt, dies nicht zuletzt auf Grund gesetzlichen Obergrenze für die Vergütung.²²

In verfahrensmäßiger Hinsicht ist ein Systemwechsel von einer verbindlichen Festlegung fester Vergütungssätze in Anlagen zum Gesetz hin einer Festlegung in weitgehender Selbstregulierung der Beteiligten angestrebt.

2. Gesetzgebungsverfahren – Stellungnahme des Bundesrats

In seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf²³ äußert sich der Bundesrat sowohl zur Regelung der Vergütungspflicht dem Grunde nach in § 54 Abs. 1 UrhG-E als auch zur Zumutbarkeitsgrenze von 5% des Gerätepreises in § 54a Abs. 4 UrhG-E.

²⁰ Geräte, die mehrere Funktionen in sich vereinen; demgegenüber handelt es sich bei Multifunktionsgeräten im engeren Sinn sind Geräte, die in Verbindung mit einem Computer scannen, kopieren und faxen können – letztere beiden Funktionen sind auch ohne PC-Anschluss möglich.

²¹ BVerfGE 31, 255.

²² BVerfGE 31, 255 (267).

²³ BR-Drucks. 257/06 vom 19.05.2006; Anlage 2 zu BT-Drucks. 16/1828, S. 85 ff.

Er regt an, das einschränkende Kriterium der Nutzung in nennenswertem Umfang zu streichen, um Rechtsunsicherheit in diesem Punkt zu vermeiden und zu einer insgesamt ausgewogeneren Gesamtregelung zu gelangen. Demgegenüber beruft sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung²⁴ vor allem auf Gesichtspunkte der Praktikabilität und der Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwands – die mit der Bagatellklausel angestrebten Vereinfachungen würden damit verbundene Nachteile aufwiegen. Auch sei die in der Gesetzesbegründung genannte Bezugsgröße von 10% Nutzungsumfang nur beispielhaft und nicht als absolute Fixgröße zu verstehen.²⁵

Die Bundesregierung hält in ihrer Gegenäußerung auch an der vorgesehenen Fixierung der Zumutbarkeitsschwelle auf höchstens 5% des Gerätepreises fest, unter Betonung der bereits in der Gesetzesbegründung angeführten verfassungsrechtlichen Erwägungen. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme diesbezügliche Zweifel geäußert. Aus urheberrechtlicher Sicht gebe es dafür keine Rechtfertigung, weil der Gerätepreis nichts über den angemessenen Ausgleich für den Eingriff in die Rechte des Urhebers aussage. Die Stellungnahme wirft die Frage auf, ob den Interessen der Gerätehersteller nicht bereits mit der Grenze der unzumutbaren Beeinträchtigung in § 54a Abs. 4 Satz 1 UrhG-E hinreichend Rechnung getragen werde und die starre Vergütungsgrenze vereinbar sei mit dem im Gesetz angestrebten Systemwechsel weg von den starren gesetzlichen Vergütungssätzen hin zu einer flexiblen Bestimmung durch die Beteiligten.²⁶ Die Bundesregierung sieht jedoch in ihrer Gegenäußerung den Belangen der Urheber Rechnung getragen; etwaige niedrigere Vergütungssätze würden faktisch durch einen zu erwartenden steigenden Gesamtabsatz an Geräten kompensiert. Sie verweist erneut auf die Bedingungen des europäischen Binnenmarkts, die zu berücksichtigen auch im Interesse der Urheber selbst liege. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wird hervorgehoben, dass mit den Herstellern der Geräte und Speichermedien die Hersteller als Dritte belastet werden.²⁷

²⁴ Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/1828, S. 105 ff.

²⁵ BT-Drucks. 17/1828, S. 12.

²⁶ BR-Drucks. 257/06 vom 19.05.2006, S. 15.

²⁷ Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/1828, S. 114.

3. Tendenz der Neuregelung – Zwischenbilanz

Eben damit bezeichnet die Gesetzesbegründung die maßgebliche Leitlinie für den Gesetzgeber. Unter Berücksichtigung des normativen Zusammenhangs mit den Regelungen im „ersten Korb“, der maßgeblichen Zielsetzung der Norm und ihres Regelungsgehalts sind diese normativen Wertungs- und Entscheidungsebenen abzuschichten: zum einen hat sich der Gesetzgeber in grundsätzlicher Weise für die Beibehaltung der digitalen Privatkopie in der Informationsgesellschaft entschieden – diese Grundsatzentscheidung erfolgte im Rahmen des „ersten Korbs“. Dabei wurde im Rahmen des § 95b UrhG auf die Durchsetzung der Privatkopie gegen technische Schutzmaßnahmen verzichtet.²⁸ Hierauf aufbauend, war als weitere Grundsatzentscheidung die Entscheidung entweder für die Individuallizenz im digitalen Bereich oder für die generelle Beibehaltung des pauschalierten Vergütungssystems der Geräteabgaben zu treffen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber kommt aus der Sicht des Gesetzgebers ein Ausstieg aus dem pauschalierten Vergütungssystem nicht in Betracht – dies wird in der Gesetzesbegründung ebenso hervorgehoben wie die Konsequenz, dass damit, weil die eigentlichen Nutznießer der Zulassung der Privatkopie, die Nutzer, nicht in Anspruch genommen werden können, auf die Hersteller als Dritte, die nicht unmittelbar begünstigt sind, zugegriffen werden muss. Es erscheint nur folgerichtig, wenn dieser Rückgriff nach Eingriffskriterien auf das Maß des Erforderlichen und Zumutbaren begrenzt wird. Eben diese Zielsetzung liegt dem Gesetzentwurf ausweislich der Entwurfsbegründung zugrunde. Der Gesetzgeber ist sich also der Inanspruchnahme Dritter durchaus bewusst – was auch darin zum Ausdruck kommt, dass diese Auswirkungen des Gesetzes nicht etwa unter dem Hinweis auf eine etwaige Abwälzbarkeit der Abgaben auf die Nutzer relativiert werden.

²⁸

S. dazu BVerfG, B.v. 25.07.2005 (Quelle: juris), Absatz-Nrn. 4, 6.

II. Bindungen des Gesetzgebers aus höherrangigem Recht

Der vorliegende Gesetzentwurf dient der Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie der EG. Er hat demgemäß die Vorgaben des EG-Rechts zu wahren.²⁹ Er will insbesondere in seinen hier zur Beurteilung anstehenden Bestimmungen den Interessenausgleich zwischen Urhebern und Herstellern von Geräten und Speichermedien verwirklichen. Verfassungsrechtliche Bindungen ergeben sich mithin aus deren Grundrechten. Gegenstand des Gesetzentwurfs ist das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – auch Informationsinteressen der Nutzer und der Allgemeinheit³⁰ sind verfassungsrechtlich zu gewichten und in die Bewertung des Gesetzes einzustellen.

1. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts: Urheberrechtsrichtlinie

a) Bindungen

Auch das Zweite Gesetz zur Modernisierung des Urheberrechts erfolgt in Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie der EG, die ihrerseits der Erfüllung internationaler Verpflichtungen dient.³¹ Die Richtlinie legt dem innerstaatlichen Gesetzgeber im hier relevanten Zusammenhang in zweifacher Hinsicht Bindungen auf. Sie betreffen zunächst die Schranken des Urheberrechts. Diese können von den Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 5 der Richtlinie vorgesehen werden. Insbesondere für die Frage der Zulässigkeit der Privatkopie indes verzichtet die Urheberrechtsrichtlinie auf eine Harmonisierung. Sie legt diese Frage in die Hände der Mitgliedstaaten.³² Die maßgeblichen Aussagen hierzu enthält Art. 5 Abs. 2 lit.a) und lit.b) der Richtlinie, wonach das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nach Art. 2 der Richtlinie unter den dort näher aufgeführten Voraussetzungen einge-

²⁹ Vgl. zu den unterschiedlichen Bindungen des Gesetzgebers *Hilty*, GRUR 2005, 819 (824 ff.).

³⁰ Dazu grundsätzlich *Geiger*, GRURint 2004, 815 ff.; *Hilty*, GRUR 2005, 819 (824).

³¹ Vgl. den Erwägungsgrund 15 der Urheberrechtsrichtlinie; *Berger*, ZUM 2004, 257 (262).

³² *Berger*, ZUM 2004, 257 (262).

schränkt werden kann. Gemäß Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie gilt dies allerdings unter der Voraussetzung, dass die Schrankenbestimmung den Anforderungen des sog. Drei-Stufen-Tests genügt.³³ Von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Privatkopie geht freilich auch die Urheberrechtsrichtlinie aus.³⁴ Auch diejenigen Stimmen, die sich de lege ferenda für das Verbot der digitalen Privatkopie aussprechen, sehen dies nicht zwingend gemeinschaftsrechtlich gefordert.³⁵

Schranken des Urheberrechts, wie sie der nationale Gesetzgeber vorsehen kann, stehen nach der Urheberrechtsrichtlinie jedoch unter der entscheidenden Voraussetzung, dass die Rechteinhaber einen „gerechten Ausgleich“ erhalten. Dies wird ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 lit.a) und b) der Richtlinie gefordert,³⁶ dies wird auch in den Erwägungsgründen betont, wo das Erfordernis des gerechten Ausgleichs weitergehend konkretisiert wird. Erwägungsgrund 35 insbesondere nennt hierfür differenzierende Kriterien, hierbei zunächst einen dem Rechteinhaber etwa entstehenden Schaden auf Grund der urheberrechtlich relevanten Nutzung. Stellt man darauf ab, so ist es konsequent, dem Rechteinhaber anderweitig zufließende Vergütungen ebenso in Ansatz zu bringen, wie den Grad des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen. Wenn also nach den Erwägungsgründen zur Richtlinie die Rechteinhaber in Fällen von Ausnahmen und Beschränkungen einen gerechten Ausgleich erhalten sollen, „damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände angemessen vergütet wird“,³⁷ so sind doch bei der Festlegung dieses gerechten Ausgleichs alle relevanten Umstände des jeweiligen

³³ Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 54 Rn. 1; zum Dreistufentest s. Dreier, ZUM 2002, 38 (35); Krüger, GRUR 2005, 206 (208); Senftleben, GRURInt 2004, 200; kritisch im Blick auf den „2. Korb“ Braun, ZUM 2005, 100 (101); für § 53 UrhG Poll/Braun, ZUM 2004, 266 (269); nach Bayreuther, ZUM 2001, 828 (839) tragen bereits die Vorgaben des Art. 5 der Urheberrechtsrichtlinie dem Dreistufentest Rechnung.

³⁴ S. auch Erwägungsgrund 38 und 52; vgl. etwa OLG München, GRURInt 2006, 338 (346); Kreile/Becker, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (284); Stickelbrock, GRUR 2004, 736 (741).

³⁵ Vgl. etwa Berger, ZUM 2004, 257 (262 ff.).

³⁶ Vgl. zu den Beschränkungen des Urheberrechts nach der Urheberrechtsrichtlinie Bayreuther, ZUM 2001, 828 (830).

³⁷ Erwägungsgrund 35.

Falles einer Ausnahme und Beschränkung zu berücksichtigen – was auch dazu führen kann, dass in bestimmten Fällen keine spezifische oder gesonderte Vergütung fällig wird.

b) Umsetzungsspielräume

Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber kann also durch Zulassung der Privatkopie dem Urheberrecht Schranken setzen, muss dies aber nicht. Sieht er entsprechende Schranken vor, hat er für einen gerechten Ausgleich insbesondere nach den Kriterien zu sorgen, die in Erwägungsgrund 35 der Richtlinie beispielhaft benannt sind. Danach soll den Rechteinhabern insgesamt und unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Falles eine angemessene Vergütung zufließen. Dahingehend sind die maßgeblichen Bindungen des Gemeinschaftsrechts für die mit der Zulassung der Privatkopie aufgeworfenen Fragen zusammenzufassen.

Der Gesetzgeber hat damit also erhebliche Umsetzungsspielräume. Sie greifen nicht nur für die Zulassung der Privatkopie, sondern auch für die Vergütungsregelungen, wie sie nunmehr in §§ 54, 54a UrhG-E vorgesehen sind. Denn Begriffe wie die Zielvorgabe des „gerechten Ausgleichs“ sind auf wertende Ausfüllung angelegt. Die Richtlinie gibt keinen Hinweis, wie der geforderte gerechte Ausgleich konkret auszusehen hat, wie er durchzusetzen ist,³⁸ benennt hierfür in den Erwägungsgründen, insbesondere, wie dargelegt, in Erwägungsgrund 35, Wertungskriterien, die dem nationalen Gesetzgeber weiten Spielraum belassen. So hatte der *Europäische Gerichtshof*³⁹ in vergleichbarem Zusammenhang für den Begriff der angemessenen Vergütung⁴⁰ in Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 92/100/EWG⁴¹ entschieden, dass diese in einer Richtlinie verwendete autonome Bestimmung des Gemeinschaftsrechts in der Gemeinschaft ein-

³⁸ Häuser, CR 2004, 829 (831).

³⁹ EuGH, U.v. 06.02.2003, Rs. C 245/00, JZ 2003, 676.

⁴⁰ Zur Verwendung im Gemeinschaftsrecht s. Heinemann, JZ 2003, 678.

⁴¹ Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, Abl. L 346, S. 61.

heitlich auszulegen ist,⁴² dass aber andererseits jeder Mitgliedstaat für sein Gebiet die Kriterien festsetzt, die am besten geeignet sind, die Beachtung dieses Gemeinschaftsbegriffs zu gewährleisten.⁴³ Dies belässt dem nationalen Gesetzgeber erheblichen Spielraum,⁴⁴ so auch in der Entscheidung zwischen Pauschalvergütung oder individueller Abrechnung über Einzellizenzen⁴⁵ - stets unter der Voraussetzung, dass ein gerechter Ausgleich im Sinn der Richtlinie erzielt wird. So belässt auch Erwägungsgrund 38 der Richtlinie den Mitgliedstaaten Spielraum in der Einführung und Beibehaltung bestehender Vergütungssysteme. Auch gilt kein genereller Vorrang des Einsatzes von DRM-Systemen gegenüber Pauschalvergütungen.⁴⁶ Der deutsche Gesetzgeber durfte also das System der Pauschalvergütung beibehalten,⁴⁷ hat andererseits die Möglichkeiten der DRM-Systeme bei der Bestimmung eines gerechten Ausgleichs im Sinn der Richtlinie zu berücksichtigen.

Damit eröffnet die Urheberrechtsrichtlinie dem innerstaatlichen Gesetzgeber hinreichend Spielraum,⁴⁸ um den Anforderungen des innerstaatlichen Verfassungsrechts unverkürzt Rechnung zu tragen. Im Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum Grundgesetz sind allerdings innerstaatliche Rechtsakte, auch Gesetze, soweit sie gemeinschaftsrechtlich determiniert sind, nicht am Maßstab des Grundgesetzes zu überprüfen.⁴⁹ Dies gilt jedoch nur, soweit kein Umsetzungsspielraum besteht – andernfalls ist der Gesetzgeber gehalten, Umsetzungsspielräume grundrechtsschonend auszufüllen.⁵⁰ Eben diese Verpflichtung gilt auch für die Umsetzung der

⁴² EuGH JZ 2003, 676 (677), Rn. 23.

⁴³ EuGH a.a.O., Rn. 34.

⁴⁴ Vgl. *Senftleben*, GRURInt 2004, 200 (211) sowie *Heinemann*, JZ 2003, 678 (679).

⁴⁵ *Bayreuther*, ZUM 2001, 828 (831).

⁴⁶ Vgl. OLG München, GRURInt 2006, 338 (346) unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 39.

⁴⁷ *Kreile/Becker*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (284); *Stickelbrock*, GRUR 2004, 736 (741).

⁴⁸ S. dazu OLG München, GRURInt 2006, 338 (346); *Kreile/Becker*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (284).

⁴⁹ Vgl. *Masing*, NJW 2006, 264; BVerwGE 108, 289.

⁵⁰ Vgl. für die Umsetzung von Rahmenbeschlüssen der EU BVerfGE 113, 273 (300 f.); näher *Masing*, NJW 2006, 264 ff.

Urheberrechtsrichtlinie und die gesetzliche Regelung der Privatkopie und des Vergütungssystems. Sie gilt nach allen Seiten hin: nicht nur die Rechte der Rechteinhaber im Sinn der Richtlinie, also der Urheber und der durch die Schrankenregelung der Privatkopie unmittelbar begünstigten Nutzer sind in einen nach beiden Seiten hin „schonenden“ Ausgleich nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu bringen, um dergestalt einen „gerechten Ausgleich“ im Sinn der Urheberrechtsrichtlinie zu erzielen. Denn kennzeichnend für Regelung der Zulässigkeit der Privatkopie nach § 53 UrhG im Zusammenwirken mit der vorgesehenen Vergütungsregelung nach §§ 54, 54a UrhG-E ist eben auch, dass auf Dritte – die Hersteller der Geräte und Speichermedien bzw. deren Importeure – Zugriff genommen wird. Auch ihnen gegenüber gilt das Gebot grundrechtsschonender Umsetzung.

Die Bestimmung des „gerechten Ausgleichs“ kann also nicht einseitig zu ihren Lasten gehen. Der von der Richtlinie geforderte gerechte Ausgleich soll jene Einschränkungen des Urheberrechts ausgleichen, die darin liegen, dass private Nutzer Vervielfältigungen herstellen dürfen und damit die Ausschließlichkeitsrechte der Urheber beschränkt werden. Im Verhältnis von Urheber und Nutzer tragen Vergütungsansprüche damit ihre Rechtfertigung in sich; bei der Bestimmung des gerechten Maßes kann es insoweit nur um die Höhe der Ansprüche gehen. Wenn Dritte in diesen Ausgleich einbezogen werden – und die Entwurfsbegründung sieht die Hersteller zu Recht als „Dritte“⁵¹ –, gestaltet sich die Bestimmung des gerechten Ausgleichs komplexer: die Einbeziehung Dritter bedarf auch dem Grunde nach der Rechtfertigung⁵² und eben deshalb auch einer hinreichend gesicherten Begrenzung dem Grunde und der Höhe nach, wie sie der Entwurf denn auch vorsieht.

⁵¹ Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/1828, S.114.

⁵² In verwaltungsrechtlichen Kategorien könnte hier an die Figur des „Zweckveranlassers“ gedacht werden, dessen Störerhaftung besonders begründet werden muss.

2. Verfassungsrechtliche Determinanten eines gerechten Ausgleichs: Grundrechte der Urheber und Hersteller

Wenn es auch die Nutzer (Verbraucher) sind, die durch die urheberrechtliche Schrankenbestimmung der Zulassung der Privatkopie und insbesondere der digitalen Privatkopie unmittelbar begünstigt werden, so erfolgt nach der Konzeption der §§ 54, 54a UrhG-E der unmittelbare, „gerechte“ Ausgleich doch im Verhältnis von Urhebern und Herstellern der Geräte und Speichermedien. Deren Grundrechtspositionen sind daher als primäre verfassungsrechtliche Determinanten des vom Gesetzgeber zu sichernden gerechten Ausgleichs zu bestimmen.

a) Rechte der Urheber aus Art. 14 GG: Zulassung der Privatkopie als Grundrechtsausgestaltung

Geht es also aus der Sicht der Urheberrechtsrichtlinie um einen gerechten Ausgleich für Schrankenbestimmungen gegenüber den Rechteinhabern, so bedeutet dies für die verfassungsrechtliche Ebene das Erfordernis einer eigentumskonformen Schrankenregelung. Denn das Urheberrecht fällt als „geistiges Eigentum“ unter die Gewährleistung des Art. 14 GG.⁵³ Auch die Verwertungsrechte des Urhebers sind Eigentum i.S.d. Art. 14 GG.⁵⁴ In Bezug auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG geht es also um inhaltsbestimmende, konstituierende Grundrechtsausgestaltung entsprechend dem Auftrag des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.⁵⁵ Demgemäß gestaltet das UrhG die eigentumsgrundrechtliche Zuordnung der schöpferischen Leistung, was das Recht zur Verwertung betrifft, in der Weise aus, dass dem Inhaber dieses Rechts grundsätzlich ein umfassendes und ausschließli-

⁵³ Vgl. hierzu *Lerche*, in: Festschrift Reichardt, 1990, S. 101 ff.

⁵⁴ S. grundsätzlich BVerfGE 31, 229 (238 f.); zuletzt etwa BVerfGE 81, 12 (16); 81, 208 (219).

⁵⁵ So auch BVerfGE 79, 1 (25); vgl. zur Grundrechtsausgestaltung näher *Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: HStR V, 1992, § 121 Rn. 39; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 92 ff.; *Degenhart*, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbegrenzung, demnächst in: HdBGR III, 2006/2007.

ches Recht zusteht, dieses dann aber bestimmte Einschränkungen erfährt. Sie erfolgen entsprechend dem Gebot, eine der Eigenart der jeweiligen Rechtsposition entsprechende Nutzung, Verwertung und Verfügung sicherzustellen.⁵⁶ Die Vergütungsansprüche des Urhebers nach § 54a UrhG-E sind in der neueren eigentumsgrundrechtlichen Dogmatik⁵⁷ demgemäß jenen ausgestaltenden Regelungen zuzuordnen, die, wie im Fall der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung, den verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich zwischen Eigentümerinteressen und gesetzgeberischem Anliegen realisieren und die Angemessenheit normativer Schrankenziehung des Eigentums gewährleisten sollen.⁵⁸

Der Gesetzgeber wird also sowohl bei der Festlegung von Schranken des Urheberrechts als auch bei der Begründung von Vergütungsansprüchen als Ausgleich hierfür grundrechtsausgestaltend tätig. Für das geistige Eigentum des Urhebers, das von vornherein als Konstrukt der Rechtsordnung besteht, für das deshalb diese Ausgestaltungsfunktion des Gesetzgebers in besonderer Weise konstituierend ist, bedeutet dies erhebliche Gestaltungsspielräume.⁵⁹ Aus der Sicht der Urheber geht es dabei um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ihres Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Sie ist dann verfassungsmäßig, wenn sie einen sachgerechten Ausgleich der unterschiedlichen Interessen nach Verhältnismäßigkeitskriterien bewirkt, unter Berücksichtigung des personalen Bezugs des Eigentums einerseits, seiner Sozialbindung andererseits, unter Berücksichtigung auch der Gegebenheiten des jeweiligen Sachbereichs, der Eigenart des jeweiligen Gutes und seiner Bedeutung für den Eigentümer wie die Allgemeinheit.⁶⁰ Der Eigenart des Rechtsguts Rechnung zu tragen, bedeutet hier die Verpflichtung, „dem Urheber die vermögenswerten Ergebnisse seiner schöpferischen Leistung grundsätzlich zuzuordnen

⁵⁶ BVerfGE 31, 229 (241); vgl. auch *Lerche*, in: GEMA-Jahrbuch 1997/98, unter B.I.1. zur genuin staatlichen Aufgabe der Bereitstellung geeigneter Instrumente der Rechtswahrnehmung, in Parallele zum Justizgewährsanspruch.

⁵⁷ Vgl. etwa beispielhaft BVerfGE 100, 226.

⁵⁸ Vgl. näher *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 14 Rn. 46 f.

⁵⁹ Zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 14 Abs.

⁶⁰ So BVerfG in stRSpr., BVerfGE 31, 229 (240 f.); 52, 1 (29 f.); 58, 300 (352); 79, 1 (25); 79, 284 (298); zu den entscheidungsdeterminierenden Gesichtspunkten i.e. s. *Wendt*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 14 Rn. 89 ff.

*und dessen Freiheit zu gewährleisten, in eigener Verantwortung darüber zu verfügen.*⁶¹

Dass Beschränkungen des Urheberrechts auszugleichen sind, wie dies auch die Urheberrechtsrichtlinie vorgibt, dies ist im Grundsatz also verfassungsrechtlich geboten. Das Gesetz muss einen sachgerechten Ausgleich zwischen Eigentümerbefugnissen und legitimen Belangen der Allgemeinheit vornehmen.⁶² Dieser Ausgleich kann, wenn an der Zulässigkeit der Privatkopie festgehalten wird, nur über Vergütungsansprüche der Urheber bewerkstelligt werden, wie ja auch in den Erwägungsgründen der Urheberrechtsrichtlinie von angemessener Vergütung die Rede ist.⁶³ Art. 14 Abs. 1 GG verpflichtet grundsätzlich also den Gesetzgeber, Beschränkungen der Urheberrechte, wie sie in der Zulassung der Privatkopie liegen, angemessen auszugleichen. Dies entspricht dem Gebot, dem Urheber das vermögenswerte Ergebnis seiner Leistungen zuzuordnen.⁶⁴ Denn es ist *„ein anerkannter, aus der verfassungsrechtlichen Garantie des geistigen Eigentums hergeleiteter Grundsatz, daß der Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen ist.“*⁶⁵ Gleichmaßen anerkannt ist aber auch, dass nicht jede geringfügige Beschränkung zwingend Ausgleichsansprüche nach sich ziehen muss.⁶⁶

⁶¹ Auch dies ist gesicherte RSpr., BVerfGE 79, 29 (40).

⁶² Vgl. etwa nur BVerfGE 101, 239 (259); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte - Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005 Rn. 929.

⁶³ Erwägungsgrund 3 – vgl. zum Erfordernis einer angemessenen Vergütung auch BGHZ 125, 215 (221) – Readerprinter –.

⁶⁴ BGHZ 125, 215 (221) – Readerprinter –.

⁶⁵ BGH, GRUR 1982, 104 (106) – Tonfilmgeräte –; BGHZ 135, 1 (9) – Betreibervergütung –; BGHZ 140, 326 (334) – Telefaxgeräte –; BGHZ 141, 13 (32 f.) – Kopienversand –.

⁶⁶ BGH GRUR 1981, 355 (357 f.) – Videorecorder –; BGH, GRUR 1982, 104 (105 f.) – Tonfilmgeräte –; BGHZ 121, 215 (221 f.) – Readerprinter –; auch BVerfGE 31, 255 (263), wo die Frage offenbleiben konnte, geht offensichtlich von einer grundsätzlichen, aber eben nicht ausnahmslosen Verpflichtung des Gesetzgebers aus; ähnlich BVerfGE 79, 29 (37); *Lerche*, in: Festschrift Reichardt, 1990, S. 101 (108 f.).

b) Grundrechte der Hersteller – Eingriffsrelevanz der Geräteabgabe

aa) Abgabepflicht als Eingriff

Dieser durch Art. 14 Abs. 1 GG geforderten Zuordnung dient die Vergütungsregelung nach §§ 54, 54 a UrhG-E. Sie nimmt den Ausgleich zwischen den Urhebern und den Nutzern – im Regierungsentwurf ist überwiegend die Rede von den Verbrauchern – hier zu Lasten Dritter, also der Hersteller der Geräte vor, indem diesen Zahlungspflichten auferlegt werden. Sie werden unmittelbar rechtlich verpflichtet und sind damit eingriffsmäßig betroffen. Dafür ist die Einordnung einer Bestimmung wie der des § 54a UrhG-E als „interessenausgleichende Norm des Privatrechts“⁶⁷ nicht entscheidend. Unabhängig von der privatrechtlichen Natur der diesen Interessenausgleich vornehmenden Vergütungsansprüche beruhen diese jedenfalls unmittelbar auf der Entscheidung des Gesetzgebers und werden damit den anspruchsverpflichteten Herstellern hoheitlich auferlegt,⁶⁸ auch wenn die Ansprüche selbst dann zivilrechtlicher Natur sind. Auch der Gesetzgeber des Zivilrechts ist unmittelbar grundrechtsgebunden.⁶⁹ Das Übermaßverbot und der Gleichheitssatz sind bei Vergütungsregelungen zu beachten.⁷⁰ Dies gilt dann, wenn der Gesetzgeber unmittelbar die konkrete Höhe der Entgelte bestimmt,⁷¹ aber auch dann, wenn er hierfür abstrakt-generelle Vorgaben festlegt, die von den Beteiligten dann eigenverantwortlich auszufüllen sind.

bb) Zur Abgrenzung Art. 12 Abs. 1 GG – Art. 2 Abs. 1 GG

Für die Rechtsposition der Hersteller kann auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG oder aber das Grundrecht der allgemeinen

⁶⁷ Vgl. OLG München, GRURInt 2006, 338 (346) unter Bezugnahme auf BVerfGE 31, 255 (262).

⁶⁸ Vgl. auch *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1657) für die hoheitliche Gestattung der Kopierfreiheit.

⁶⁹ Vgl. im hier relevanten Zusammenhang *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 77.

⁷⁰ BVerfGE 79, 1 (29).

⁷¹ So bei BVerfGE 79, 1.

– wirtschaftlichen – Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG⁷² abgestellt werden.⁷³ Überwiegende Gründe sprechen für ersteres. Das *Bundesverfassungsgericht*⁷⁴ allerdings hat in seiner Entscheidung vom 07.07.1971 für Geräteabgaben nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965 den Charakter einer Berufsausübungsregelung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verneint, da die Bestimmung als eine interessen ausgleichende Norm des Privatrechts die Tätigkeit der Hersteller von Wiedergabegeräten nicht unmittelbar zum Regelungsgegenstand habe.⁷⁵ Es hat andererseits die Erhebung von Steuern und sonstigen Abgaben dann als Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes steht und – objektiv – eine berufsregelnde Tendenz erkennen lässt.⁷⁶ Es hat hierbei auch nicht ausschließlich auf die öffentlich-rechtliche Natur der zu entrichtenden Abgaben abgestellt, wenn es etwa die im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis begründete Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld als Berufsausübungsregelung qualifiziert⁷⁷ und hierbei auf die Überbürdung zusätzlicher, aus der Berufstätigkeit resultierender Kostenlasten abstellt: die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld berührt, so das *Bundesverfassungsgericht*, dessen Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG, weil ihm zusätzliche Kostenlasten aufgebürdet werden, die aus der Berufstätigkeit, nämlich der Beschäftigung der geschützten Arbeitnehmerinnen, folgen.

Überträgt man diesen Ansatz auf urheberrechtliche Geräteabgaben nach Maßgabe der §§ 54, 54a UrhG-E, so legt dies die Annahme einer Be-

⁷² Vgl. BVerfG im Nichtannahmebeschluss vom 20.10.1996, GRUR 1996, 124 – Kopierladen II -: Schutz der wirtschaftlichen als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit.

⁷³ Vgl. OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

⁷⁴ Zu Unsicherheiten in der Rechtsprechung des BVerfG s. *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 75.

⁷⁵ BVerfGE 31, 255 (262); zust. *Tettinger*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 12 Rn. 74; abl. *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 77.

⁷⁶ BVerfGE 98, 106 (117) – kommunale Verpackungsabgabe – und BVerfGE 98, 93 (97) – landesrechtliche Abfallabgabe –.

⁷⁷ BVerfGE 109, 64 (85).

rufsausübungsregelung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nahe. Den Herstellern bzw. den Importeuren werden zusätzliche Kostenlastungen auferlegt, die unmittelbar aus ihrer beruflichen Tätigkeit resultieren, der Herstellung und dem Inverkehrbringen von Geräten und Speichermedien.

Ein weiterer Gesichtspunkt tritt hinzu: die Hersteller selbst sind durch die Zulassung der Privatkopie nicht unmittelbar begünstigt – dies sind vielmehr die Nutzer. Der geforderte Interessenausgleich hat also zunächst zwischen ihnen und den Urhebern zu erfolgen. Da dies aus den dargelegten Gründen derzeit jedenfalls nicht möglich ist oder nicht praktikabel erscheint, wird auf die Hersteller als Dritte Zugriff genommen. Unbeschadet der Frage, ob und in welchem Maße dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann,⁷⁸ wird damit doch jedenfalls gezielt auf die Hersteller bzw. Importeure unter Anknüpfung an deren berufliche Tätigkeit zugegriffen. Die berufsregelnde Tendenz der Abgabe erscheint damit aber ebenso unabweisbar, wie deren unmittelbare Berufsbezogenheit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.

cc) Grundrechtsschutz aus Berufsfreiheit und wirtschaftlicher Handlungsfreiheit

Als Grundrechtseingriff stellt sich die Regelung der §§ 54, 54a UrhG-E auch dann dar, wenn man hierfür auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmen als Aspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG abstellen wollte.⁷⁹ Auch dann bedarf es eines legitimierenden Grundes und ist die Abgabe nach Verhältnismäßigkeitskriterien zu begrenzen.⁸⁰ Andererseits hat der Gesetzgeber auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG in der Festlegung seiner Zielsetzungen Gestaltungsspielraum.⁸¹ Sowohl gegenüber Beschränkungen der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als auch gegenüber Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG muss jedoch ent-

⁷⁸ Vgl. dazu etwa *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1655).

⁷⁹ BVerfG, GRUR 1996, 124.

⁸⁰ BVerfG, GRUR 1996, 124; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2005, Art. 2 Rn. 21.

⁸¹ BVerfGE 109, 64 (85).

scheidend ins Gewicht fallen, dass hier, wie auch in der Gesetzesbegründung zutreffend hervorgehoben wird, die Hersteller als Dritte in Anspruch genommen werden⁸² und eben deshalb ihre Inanspruchnahme nur in den Schranken des Übermaßverbots zulässig ist – eben dem sucht der Gesetzentwurf zu Recht mit einer de-minimis-Klausel und einer Zumutbarkeitsschwelle Rechnung zu tragen.

dd) Belastungswirkung und Verhältnismäßigkeit

Die eingriffsmäßige Belastung der Hersteller beschränkt sich auch nicht darauf, die urheberrechtliche Vergütung bei den durch die Privatkopie im Rechtssinn Begünstigten, also bei den Käufern der Geräte und Speichermedien zu erheben und an die anspruchsberechtigten Verwertungsgesellschaften weiterzuleiten. Denn von der generellen Abwälzbarkeit der auf den Gerätepreis erhobenen Pauschalvergütung⁸³ kann in der aktuellen Wettbewerbssituation im freien Binnenmarkt nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden, wie dies noch der Fall war für die vergleichbare Regelung im UrhG 1965,⁸⁴ auf die sich Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 07.07. 1971⁸⁵ bezog. Ihr lagen nicht nur ganz andere Handels- und Wettbewerbsstrukturen zugrunde,⁸⁶ sondern auch andere technische Gegebenheiten, andere Gerätetypen – so stellte sich seinerseits noch nicht die Problematik vielseitig einsetzbarer Geräte.

Die aktuelle Wettbewerbssituation im freien Binnenmarkt indes, insbesondere bei Geräten für den privaten Nutzer, lässt es jedoch nicht zu, zusätzliche nationale Abgaben ohne weiteres und unverkürzt auf den Endverbraucher abzuwälzen. Der Wettbewerb um den Endverbraucher wird in

⁸² Anlage 3 zu BT-Drucks. 16/1828, S.114; vgl. auch *Trautmann*, ZUM 2005, 125: wirtschaftliches Zwangsverhältnis zwischen Urheber und Gerätehersteller.

⁸³ Zur Abwälzbarkeit als maßgeblichem Kriterium der Eingriffsintensität s. *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1655); s. aber auch die zurückhaltende Einschätzung in der Pflichtexemplar-Entscheidung BVerfGE 58, 137 (151): nicht hinreichend sichere Einschätzbarkeit der Abwälzbarkeit.

⁸⁴ Vgl. dazu Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses zu Drucks. IV/3401, S. 8 f.

⁸⁵ BVerfGE 31, 255.

⁸⁶ So galt seinerzeit noch die Preisbindung der 2. Hand.

erster Linie über den Preis geführt; die Hersteller sehen sich wenigen mit erheblicher Nachfragemacht ausgestatteten Handelsketten gegenüber, denen sie Mehrbelastungen gleich welcher Provenienz nicht ohne weiteres weitergeben können. So hat sich schon in der Vergangenheit gezeigt, dass zum Beispiel bei Geräten wie Videorekordern Erhöhungen der Mehrwertsteuer an den privaten Kunden nicht weitergegeben werden können.⁸⁷ Hinzu kommt, dass der Endverbraucher, sollten bestimmte Abgaben gleichwohl auf ihn abgewälzt werden, dadurch bedingten höheren Preisen ausweichen kann: durch Kauf im Ausland und Privatimport, über den Internet-Handel und weitere Kanäle des Reimports.

Auch diese Möglichkeiten waren bei Erlass des UrhG 1965, als ein gemeinsamer Markt im heutigen Sinn nicht existierte, nicht eröffnet. Dies macht deutlich: die Belastungswirkung der §§ 54, 54a UrhG-E erschöpft sich nicht darin, dass die belasteten Unternehmen die Funktion einer Einzugsstelle für die urheberrechtlichen Vergütung wahrnehmen.⁸⁸ Vielmehr ist als typischerweise zu erwartende Auswirkung der §§ 54, 54a UrhG-E in die verfassungsrechtliche Bewertung einzustellen, dass die Hersteller auch materiell belastet werden. Dies ist zu berücksichtigen, wenn es um die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Inanspruchnahme der Hersteller dem Grund nach geht. Eben dies aber erfordert eine auch materielle Begrenzung ihrer Belastung. Diesem Erfordernis materieller Eingriffsbegrenzung sucht der Gesetzgeber nicht zu zuletzt durch das Kriterium der Nutzung in nennenswertem Umfang und durch die Benennung von 5% des Gerätepreises als Obergrenze der Zumutbarkeit Rechnung zu tragen⁸⁹ – denn dass die Belastung der Gerätehersteller den Rahmen der Zumutbarkeit wahren muss, folgt schon aus dem bei jeglichem Eingriff zu wahrenen Übermaßverbot.

⁸⁷ Vgl. hierzu GfK Topline Report für das Jahr 1998 - Handelspanel Elektro - Produktbereich Videorecorder: am 1. April 1998 gab es die letzte Mehrwertsteuererhöhung (von 15 auf 16 %); gleichwohl sind die Preise für die Geräte gefallen. bei einer Stückzahl, die 1998 um 4,2 % höher als 1997, ist der Gesamtverkaufswert gleichwohl um 3,1 % gefallen; dass die höhere Mehrwertsteuer durch Hersteller und Handel aufgefangen wurde, ist anzunehmen.

⁸⁸ So aber noch bei BVerfGE 31, 255 (267).

⁸⁹ Vgl. auch für § 53 Abs. 5 UrhG 1965 BVerfGE 31, 255 (267).

Dass eingriffsmäßig belastende Regelungen dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 G genügen müssen, sei ergänzend vermerkt; dies ist eine Frage vor allem der konkreten tatbestandlichen Ausgestaltung der Abgabepflichtigkeit und der Bemessung der Abgaben;⁹⁰ die betrifft etwa die Frage einer de-minimis-Klausel für Geräte, die nicht in nennenswertem Umfang für urheberrechtlich relevante Vervielfältigungen genutzt werden, oder die Frage der verfassungskonformen Abgabenhöhe für multifunktional einsetzbare Geräte.⁹¹

3. Gemeinwohlbelange – Informationsfreiheit

Aus der Sicht der Nutzer, die die nach § 54 Abs. 1 UrhG-E die Vergütungspflicht auslösenden Geräte zur Anfertigung von Privatkopien nutzen, bedeutet die Regelung des § 54 a UrhG-E keinen Grundrechtseingriff, da sie nicht Schuldner der Pauschalvergütung sind. Dass sie über eine Weitergabe der Geräteabgabe an die Endverbraucher über den Verkaufspreis mittelbar belastet werden dürfen, ist verfassungsgerichtlich hinreichend geklärt.⁹² Dass und in welchem Umfang eine solche Belastung der Verbraucher eintreten wird, ist jedoch unter den aktuellen Gegebenheiten des Wettbewerbs, wie dargelegt, keineswegs gesichert. Die Belastung des Verbrauchers als Werknutzer, sollte sie denn eintreten, ist jedenfalls im Gesamtzusammenhang der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen der §§ 53 ff. UrhG bzw. UrhG-E zu bewerten. Sie soll ausgleichen, dass dem Nutzer unter Beschränkung der Rechte des Urhebers die Anfertigung von Privatkopien gestattet wird.

Die Zulassung der Privatkopie in 53 ff. UrhG bzw. UrhG-E begünstigt die Informationsinteressen der Nutzer und damit auch der Allgemeinheit.⁹³ Es verleiht insbesondere dem Nutzer Rechtspositionen, die nicht unmittelbar

⁹⁰ Dazu BVerfGE 31, 255 (262); BVerfG, GRUR 1997, 123.

⁹¹ Dazu unter III.5. und IV.4.

⁹² So ausdrücklich BVerfGE 79, 1 (27) unter Bezugnahme auf E 31, 255 (266 f.).

⁹³ S. zum Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit als Kriterium für die Auslegung von Schrankenregelungen BGHZ 150, 6 (8): 154, 265 (271).

aus dem Grundgesetz abgeleitet sind. Denn dass ihm die Anfertigung von Privatkopien vom Gesetz voraussetzungslos gestattet wird, darauf hat er keinen verfassungsrechtlichen Anspruch, etwa aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 /2. Var. GG. Auch wenn es sich bei urheberrechtlichen Werken mit ihrer Veröffentlichung um allgemein zugängliche Informationsquellen im Sinn des Grundrechts handelt, begründet dieses doch kein Recht auf kostenfreien Zugang zu Informationen.⁹⁴ Entsprechendes gilt für das Kopieren. Zu den grundrechtlich geschützten Verhaltensweisen zählt mit der Kenntnisnahme von der Information auch deren Speicherung,⁹⁵ das Anfertigen von Kopien jedoch nur insoweit, als es für den Rezeptionsvorgang erforderlich ist, das generell kostenfreie Kopieren von vornherein nicht.

Gewährt also das Grundrecht der Informationsfreiheit kein subjektives Recht auf kostenlosen und zustimmungsfreien Zugang zu Information und deren Vervielfältigung, so ist es doch andererseits im Sinn einer objektiven Verfassungsdirektive zu verstehen. Sie ist darauf gerichtet, die Voraussetzungen für eine effektive Wahrnehmung des Grundrechts zu sichern und deshalb die Offenheit des grundrechtlich geschützten Kommunikationsprozesses durch Offenhalten freien Informationsflusses und durch Offenhalten der Informationsmöglichkeiten des Bürgers anzustreben.⁹⁶ Eben dies ist Aufgabe auch des Urheberrechts in einer Informationsgesellschaft. Sie ist auch gemeinschaftsrechtlich begründet: so betont Erwägungsgrund 3 der Urheberrechtsrichtlinie ausdrücklich den Zusammenhang mit der Beachtung der freien Meinungsäußerung und des Gemeinwohls.⁹⁷ Das Urheberrecht dient also auch dem Interesse der Allgemeinheit, zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen

⁹⁴ Degenhart, in: BonnK, Art. 5 I und II, 2006, Rn. 285; von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Rn. 78; für die Privatkopie s. Häuser, CR 2004, 829 (833).

⁹⁵ Degenhart, in: BonnK, Art. 5 I und II, 2006, Rn. 306; v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Rn. 51; Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten/AK-GG, 2002, Art. 5 Rn. 108; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Rn. 83.

⁹⁶ Zu diesen objektiven Inhalten des Grundrechts näher Degenhart, in: BonnK, Art. 5 I und II, 2006, Rn. 319 ff., 327 ff.

⁹⁷ Mit der freien Meinungsäußerung als einem der tragenden Grundsätze des Rechts in Erwägungsgrund 3 wird erkennbar auf Art. 10 EMRK abgestellt; nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK jedoch ist die Informationsfreiheit von der

meinheit, zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen einen unkomplizierten Zugang haben zu müssen.⁹⁸ Insoweit sind auch die Belange der Nutzer objektiv in verfassungsrechtlicher Zuordnung zu sehen. Sie sind jedoch in erster Linie darauf gerichtet, Ausschließlichkeitsrechte der Urheber zu begrenzen, urheberrechtlich abgeschirmte Bereiche freiem Informationsfluss zu öffnen, bezeichnen damit gleichzeitig Belange der Allgemeinheit.⁹⁹ Denn offener, ungehinderter und unkomplizierter Zugang zu Informationen ist ein relevanter Gemeinwohlbelang.¹⁰⁰

Der Gesetzgeber, der diesen offenen Informationszugang durch die Normierung urheberrechtlicher Schranken realisiert, kann sich damit auch auf verfassungsrechtlich relevante Gemeinwohlbelange stützen. Dies bedeutet andererseits im Verhältnis zu den mit Abgaben belasteten Herstellern: der hierin liegende Eingriff erfolgt nicht allein im Interesse der Urheber und zum Ausgleich der ihnen auferlegten Beschränkungen, sondern auch zur Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen. Die vorgesehene gesetzliche Regelung beruht, wie schon die derzeitige Regelung der Pauschalvergütungen, auf der Annahme, dass die Inanspruchnahme der Hersteller Voraussetzung dafür ist, dass im Interesse der Allgemeinheit an der Zulässigkeit der Privatkopie festgehalten werden kann. Damit geht die Bedeutung der urheberrechtlichen Pauschalvergütung nach §§ 54, 54a UrhG-E über die einer interessenausgleichenden Norm des Privatrechts hinaus.¹⁰¹ Dies lässt ihre Eingriffswirkung in bezug auf die Grundrechte der betroffenen Hersteller umso akzentuierter hervortreten und unterstreicht damit das verfassungsrechtliche Erfordernis, die vom Gesetzgeber vorgesehenen Belastungen der Sache nach zu begrenzen.

Freiheit der Meinungsäußerung umfasst, die EMRK geht hier von einem einheitliche Grundrecht aus, auf das Erwägungsgrund Bezugnimmt.

⁹⁸ Vgl. BGH GRUR 1997, 459 (463) – CB-Infobank I.

⁹⁹ Vgl. *Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 147; *Degenhart*, in: BonnK, Art. 5 I und II, 2006, Rn. 319 ff., 327 ff.

¹⁰⁰ Vgl. auch BGHZ 141, 13 (31) – Kopienversand -.

¹⁰¹ Vgl. auch *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1657), der angesichts der Gestattung der Kopierfreiheit durch den Gesetzgeber auch die Alternative einer Ausgleichspflicht der öffentlichen Hand für erwägenswert hält.

III. Privatkopie, Pauschalvergütung , de-minimis-Klausel: Grundsatzfragen

1. Verfassungsauftrag des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber bewegt sich, wie aus den vorstehenden Überlegungen deutlich wurde, mit der Zulassung der Privatkopie und der Festsetzung einer Vergütungspflicht hierfür innerhalb mehrpoliger Grundrechtsbeziehungen.¹⁰² Hieraus folgen die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Determinanten für die anstehende Regelung. Eigentumsgrundrechte der Urheber sind ebenso zu realisieren, wie die Grundrechte der Hersteller zu wahren sind. Zu berücksichtigen sind weiterhin die Belange der Nutzer. Diese allerdings sind nicht subjektiv-grundrechtlich fundiert, wohl aber objektiv-grundrechtlich zugeordnet und hierin teilweise gleichlaufend mit Belangen der Allgemeinheit, mit dem öffentlichen Interesse der Informationsgesellschaft – auch dieses öffentliche Interesse hebt, wie dargelegt, die hier zu gestaltenden Rechtsbeziehungen über die Ebene rein privatrechtlichen Interessenausgleichs hinaus.

Aufgabe des Gesetzgebers ist es, in deren Verhältnis zu einem angemessenen Ausgleich nach Grundsätzen praktischer Konkordanz zu gelangen – dies jeweils für die unterschiedlichen hier voneinander abzuschichtenden Entscheidungsebenen:¹⁰³ die grundsätzliche Beibehaltung der Zulässigkeit der Privatkopie, auch der digitalen Privatkopie, die Beibehaltung des pauschalen Vergütungssystems an Stelle der ausschließlichen Einzellizenz und damit unter den gegebenen Umständen auch die Inanspruchnahme Dritter und schließlich die konkrete Ausgestaltung des Vergütungssystems. Die Herstellung praktischer Konkordanz im Sinn des

¹⁰² Dass BVerfGE 31, 255 (262) zu § 53 Abs. 5 UrhG 1965 von einem mehrseitigen Rechtsverhältnis privatrechtlicher Art spricht, steht dieser Einschätzung nicht entgegen: die Rechtsbeziehungen etwa zwischen Geräteherstellern und den Urhebern bzw. den Verwertungsgesellschaften sind in der Tat privatrechtlicher Natur; sie sind jedoch, wie deutlich wurde, grundrechtlich geprägt und beruhen auf gesetzgeberischer Anordnung

¹⁰³ Vorstehend I.3.

nach allen Seiten hin schonenden Ausgleichs erfolgt im grundrechtlich geprägten Dreiecksverhältnis¹⁰⁴ von Urhebern, Herstellern und Nutzern.

Angeichts der Vielschichtigkeit und Disparität der betroffenen Belange kann es hier nicht die allein verfassungskonforme Lösung geben.¹⁰⁵ Doch bedeutet diese Komplexität nicht, dass nach allen Seiten hin gleichermaßen gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit besteht. Weitergehender Spielraum besteht dort, wo der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des in hohem Maße ausgestaltungsbedürftigen geistigen Eigentums bestimmt, geringerer Spielraum dort, wo in Grundrechte eingegriffen wird, wo insbesondere der verfassungsrechtlich gebotene Interessenausgleich zwischen Rechteinhabern und Nutzern unter Eingriff in Rechte Dritter angestrebt wird. Der verfassungsrechtliche Auftrag des Gesetzgebers im Beziehungsgeflecht von Urhebern, Nutzern und Herstellern stellt sich also nach diesen drei Seiten hin jeweils unterschiedlich dar: als Grundrechtsausgestaltung hinsichtlich des Eigentums der Urheber, als Grundrechtseingriff gegenüber den Herstellern als Dritten, als tendenziell begünstigende Regelung jedoch im Verhältnis zu den Nutzern, deren Informationszugangsrechte erweitert werden.¹⁰⁶ Dahingehend ist der Grundsatz des nach allen Seiten hin schonenden Ausgleichs zu konkretisieren.

2. Vorabklärung: verfassungsrechtliche Legitimation der Privatkopie

a) Sozialpflichtigkeit des Urheber Eigentums

In der Bestimmung der Grundrechtsposition der Urheber aus Art. 14 GG¹⁰⁷ als verfassungsrechtlicher Determinante für die Regelung der Zulässigkeit der Privatkopie wurde deutlich: es handelt sich hier um eine der normativen Ausgestaltung zugängliche und bedürftige Grundrechtspositi-

¹⁰⁴ Sogar von einem Interessenviereck Urheber - Geräteindustrie - Leerkassettenproduzenten - Werknutzer spricht BVerfGE 79, 1 (26).

¹⁰⁵ So treffend *Lerche*, GEMA-Jahrbuch 1997/98, B.II.2.b) bb).

¹⁰⁶ Anders die Konzeption etwa von *Hoeren* als eines prononcierten Vertretens der weiten Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechts, s. etwa in: Festschrift Sandrock, 2000, S. 357 (370).

¹⁰⁷ Vorstehend II.2.a.

on par excellence. Demgemäß wurde dem Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Eigentumsordnung für das geistige Eigentum des Urheberrechts stets weitreichende Gestaltungsfreiheit zugebilligt.¹⁰⁸ Dies ist notwendige Konsequenz aus der Natur dieses Eigentumsrechts. Das Urheberrecht ist als Immaterialgüterrecht, anders als das Sacheigentum,¹⁰⁹ ein Recht, das, um schutzfähig zu sein, erst der gesetzlichen Bestimmung bedarf. Es erhält Inhalt und Wert durch die Rechtsordnung,¹¹⁰ in rechtlich geordneten Beziehungen, die durch Gesetz zu begründen sind. Da das geistige Eigentum also von vornherein erst durch die Rechtsordnung zur Entstehung gelangt,¹¹¹ ist der Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers entsprechend weiterreichend. Auch kommt das geistige Eigentum von vornherein erst im Austausch mit Dritten und in der Rezeption durch die Allgemeinheit zur Wirkung und steht daher in einem spezifischen Sozialbezug; es ist insoweit darauf angelegt, durch öffentliche Rezeption zum Gemeingut zu werden.¹¹² Es bedarf dieser Rezeption, denn geistiges Eigentum ist auf die Begegnung mit dem Publikum angewiesen.¹¹³ Dies begründet seinen besonderen Sozialbezug.

Dieser Sozialbezug wird realisiert, wenn der Gesetzgeber zwischen den Vervielfältigungsrechten des Urhebers und seinen Verwertungsrechten differenziert. Wenn zunächst das Vervielfältigungsrecht im öffentlichen Informationsinteresse den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen unterworfen wird, so werden damit Tragweite, aber auch Grenzen der Sozialpflichtigkeit des Urheberrechts aufgezeigt. In der Grundsatzfrage, wie weit das Urheberrecht den Informationsinteressen der Allgemeinheit zu öffnen ist, hat der Gesetzgeber weitreichendes Ermessen.¹¹⁴

¹⁰⁸ Vgl. aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG etwa E 79, 1 (26 f.); 79, 29 (40 f.), s. auch BGHZ 121, 215 (223) – Readerprinter –.

¹⁰⁹ Zu den relevanten Unterschieden s. insbesondere *Leisner*, Eigentum, in: HStR VI, 1989, Rn. 66 ff.; *Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 60.

¹¹⁰ *Depenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rn. 147.

¹¹¹ Vgl. *Leisner*, Eigentum, in: HStR VI, 1989, Rn. 69 f.: gesetzlich zu bestimmende Güter.

¹¹² *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1659 ff.).

¹¹³ *Kirchhof*, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1655).

¹¹⁴ *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, vor §§ 44a ff. Rn. 10.

Demgegenüber bedarf es qualifizierter öffentlicher Interessen, um einen ausnahmsweisen Entzug auch der urheberrechtlichen Vergütung zu rechtfertigen¹¹⁵ - der im Rahmen des „zweiten Korbs“ freilich nicht in Frage stand. Indes sind auch Beschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers nicht beliebig zulässig,¹¹⁶ sondern bedürfen der verfassungsrechtlichen Legitimation aus der besonderen Sozialpflichtigkeit des Urheber Eigentums.

b) Zur digitalen Privatkopie

Die prinzipielle Entscheidung, an der Privatkopie auch im digitalen Bereich festzuhalten, hat der Gesetzgeber, wie dargelegt, bereits mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003,¹¹⁷ also im „ersten Korb“ der Urheberrechtsreform getroffen. Deren Verfassungsmäßigkeit wird, soweit ersichtlich, nicht in Frage gestellt.¹¹⁸ Auch in der aktuellen Normsituation, im „digitalen und vernetzten Umfeld“¹¹⁹ findet die Bestimmung des § 53 UrhG ihre verfassungsrechtliche Legitimation. Sie wird zum einen im Gesichtspunkt des „Marktversagens“ gesehen, also der faktischen Undurchsetzbarkeit der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers.¹²⁰ Die Erwägung, dass sich ein Verbot der Privatkopie in seiner Durchsetzbarkeit einer Kontrolle entziehe und eine solche Kontrolle auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht wünschenswert wäre,¹²¹ ist nach wie vor gültig, auch im digitalen Bereich.¹²² Neben diesen Gesichtspunkt des Marktversagens tritt, gerade auch im digitalen Umfeld, zusehends das Interesse der Allgemeinheit an

¹¹⁵ BVerfGE 31, 229 (243); 79, 29 (41); *Lerche*, in: Festschrift Reichardt, 1990, S. 101 (106 f.)

¹¹⁶ BVerfGE 31, 229 (240); 79, 29 (41).

¹¹⁷ BGBl. I S. 1774.

¹¹⁸ Im Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 25.07.2005 (Quelle: juris), Absatz-Nr. 5 wird die Bestimmung des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG schlicht referiert und offensichtlich als verfassungskonform angewandt.

¹¹⁹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 53 Rn. 1.

¹²⁰ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 53 Rn. 1

¹²¹ Vgl. *Schack*, ZUM 2002, 497 (499); *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 53 Rn. 1 unter Hinweis auf BGH GRUR 1965, 104 – Personalausweise –.

¹²² *Schack*, ZUM 2002, 497 (499).

einem unkomplizierten Zugang zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen,¹²³ und damit die Einbindung des Urheber Eigentums in die Sozialpflichtigkeit der Eigentumsordnung gemäß Art. 14 GG.¹²⁴

Diese grundsätzliche verfassungsrechtliche Bewertung wurde von der Rechtsprechung in unterschiedlichen Zusammenhängen bestätigt oder auch ohne weiteres vorausgesetzt.¹²⁵ Auch die Möglichkeiten der digitalen Kopie erzwingen hier keine grundsätzliche Neubestimmung.¹²⁶ Sie sind für die verfassungsrechtliche Bewertung, was die Grenzen der Sozialpflichtigkeit des Urheber Eigentums betrifft, ambivalent. Denn zum einen bedeuten die Möglichkeiten des digitalen Kopierens erweiterte Gefährdungen der Urheberrechte.¹²⁷ Zum anderen aber ermöglichen technische Schutzvorkehrungen wie des Digital Rights Management (DRM), soweit sie effektiv genutzt werden,¹²⁸ nicht nur eine wirksamere Durchsetzung

¹²³ Vorstehend II.3.

¹²⁴ Vgl. etwa BGH GRUR 1997, 459 (463) – CB-Infobank I – unter Bezugnahme auf BVerfGE 31, 229 (241); 79, 1 (25).

¹²⁵ Aus der neueren RSpr. des Bundesverfassungsgerichts s. BVerfGE 79, 1 (25); 81, 12 (16 f.) sowie zuletzt den – freilich nur bedingt aussagekräftigen – Nichtannahmebeschluss BVerfG, B.v. 25.07.2005 (Quelle: juris), Absatz-Nr. 5; die Rechtsprechung des BGH hatte sich demgegenüber meist nicht mit der prinzipiellen Legitimation der urheberrechtlichen Schrankenregelung auseinanderzusetzen, sondern setzt erst auf der Stufe der urheberrechtlichen Verwertungsrechte ein, vgl. BGH, GRUR 1982, 104 (106) – Tonfilmgeräte –; BGHZ 135, 1 (9) – Betreibervergütung –; BGHZ 140, 326 (334) – Telefaxgeräte –; s. auch OLG München, GRURInt 2006, 338 (343).

¹²⁶ Dafür aus rechtspolitischer Sicht *Lehmann*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 43 ff.

¹²⁷ *Berger*, ZUM 2004, 257,

¹²⁸ Dass dies derzeit noch nicht uneingeschränkt der Fall ist, konstatieren *Richter/Schmitt*, CR 2005, 473 (478); *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820) sowie OLG München, GRURInt 2006, 338 (343) – andererseits hat sich der Umfang legal (kostenpflichtig) heruntergeladener Songs ohne Berücksichtigung der Klingeltöne in Deutschland 2005 verdreifacht auf 21 Mio. Downloads, vgl. IFPI – Digital Music Report, 2005, S.5., www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf und wird bis zum Jahr 2008 mit einem Marktvolumen von 126,3 Mio. Euro gerechnet, vgl. Business Software Alliance, DRM Enabled Online Content Services in Europe and the USA, 2005, S.12, www.eicta.org/files/DRMOnlinepdf-100413A.pdf; auch wurden in Westeuropa 2005 bereits 973.6 Mio. Euro nur mit Klingeltönen für Mobiltelefone umgesetzt – ebda. S. 63; das Potential des Marktes zeigt sich auch darin, dass in der EU im Jahr 2005 durchschnittlich pro Person 975 Audiodateien, 276 Videodateien und 283 Fotos herunter geladen wurden, Tendenz

urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte, sondern darüber hinaus auch aus der Sicht der Nutzer die Einschränkung an sich zustimmungsfreier und nicht mehr gesondert vergütungspflichtiger Nutzungshandlungen.¹²⁹ Auch werden durch die Möglichkeiten des DRM in erheblichem Umfang zusätzliche Einnahmen für die Rechteinhaber generiert, die zu den Einnahmen der Verwertungsgesellschaften aus den Geräteabgaben hinzutreten und die bei der Bemessung eines gerechten Ausgleichs, wie ihn die Urheberrechtsrichtlinie fordert, ebenso zu berücksichtigen sind¹³⁰ wie für die verfassungsrechtliche Bewertung.

Wenn der Gesetzgeber sich weder für einen generellen Ausschluss der digitalen Privatkopie entscheidet, noch allein auf technische Schutzmaßnahmen der Berechtigten setzt,¹³¹ sondern an der differenzierten Regelung der Privatkopie in § 53 UrhG, verbunden mit einem modifizierten pauschalen Vergütungssystem festhält, so bedeutet dies jedenfalls im Verhältnis von Urheberrechten und Nutzer- bzw. Allgemeininteressen einen nach beiden Seiten hin schonenden Ausgleich – ob dies auch für die hierdurch bedingten Konsequenzen der Gesetzgebung im Verhältnis zu den Herstellern als Dritten gilt, ist damit noch offen. Wenn gegen einen etwaigen künftigen generellen Ausstieg aus der Pauschalvergütung und Übergang zu einem System der Einzellizenzen im digitalen Bereich eingewandt wird, dass damit der freie Zugang zu Informationen nachhaltig gefährdet würde,¹³² so wird auch hieraus deutlich: die Beibehaltung der Pauschalvergütung und damit auch die Belastung der Hersteller mit der Geräteabgabe im digitalen Bereich erfolgt im maßgeblichen Interesse der Allgemeinheit an freiem Informationszugang. Damit bestätigt sich die klassische Eingriffskonstellation der Grundrechtsbeschränkung im Ge-

steigend, vgl. EITO, The digital broadband value-added services industry and markets in Europe: P2P networks and markets, 2006, S.28, www.eito.org/download/EITO%202006%20presentation%20Brussels%20Gavosto1.pdf.

¹²⁹ Vgl. zu diesen unterschiedlichen Konsequenzen technischer Schutzmaßnahmen Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 95 a Rn. 2; zur Perspektive der Verbraucher s. Braunmühl, ZUM 2005, 109 ff.

¹³⁰ Erwägungsgrund 35, s. dazu o. II.2.a).

¹³¹ S.o. I.1.a).

¹³² Stichelbrock, GRUR 2004, 736 (743).

meinwohlinteresse – und damit auch das Erfordernis einer rechtsstaatlichen Eingriffsbegrenzung durch eine hinreichend deutlich festgelegte Erheblichkeits- und Zumutbarkeitsschwelle.

3. Inpflichtnahme der Hersteller

a) Verfassungsrechtliche Akzeptanz in der Rechtsprechung

Soll an der Privatkopie in verfassungskonformer Weise auch unter den aktuellen Gegebenheiten festgehalten werden – und der Gesetzgeber hält daran fest –, so sind Ausgleichsansprüche der Urheber notwendige Konsequenz. Dies folgt, wie dargelegt wurde, aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG; dies wird auch gemeinschaftsrechtlich vorgegeben.¹³³ Mit den Bestimmungen der §§ 54, 54a UrhG-E soll die bisherige Regelung der Abgabenbelastung der Hersteller bzw. Importeure der Geräte fortgeschrieben werden. Diese wurde in der Rechtsprechung durchweg als verfassungskonform bewertet. Dass *„es zulässig ist, den unmittelbar nur schwer zu erfassenden privaten Nutzer fremder Urheberleistung mittelbar dadurch zu belasten, daß die zur Herstellung privater Kopien erforderlichen Industrieprodukte mit (abzuwälzenden) Abgaben belegt werden“*, hat das *Bundesverfassungsgericht* zuletzt 1988 in seiner Entscheidung zur Leerkassettenabgabe als verfassungsgerichtlich geklärt bezeichnet¹³⁴ und etwa in den beiden Kammerentscheidungen Copy-Shop I und II im Jahr 1996 vorausgesetzt.¹³⁵

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung dem Grunde nach

Rechtfertigender Grund hierfür kann nicht allein der Umstand sein, dass Ausgleichsansprüche, die den Urhebern von Verfassungen wegen einzuräumen sind, im Verhältnis zu den Nutzern aus praktischen und rechtlichen Gründen nicht realisierbar sind. Denn dies würde bedeuten, dass im

¹³³ S.o. II.2.a).

¹³⁴ BVerfGE 79, 1 (26) unter Bezugnahme auf BVerfGE 31, 255 (266 f.); s. hierzu *Kreile*, in: Festschrift Leche, 1993, S. 251 (262 f.).

¹³⁵ BVerfG, GRUR 1997, 123 und 124.

Dreiecksverhältnis Urheber – Nutzer – Hersteller der Interessenausgleich zwischen Urheber und Nutzern einseitig zu lasten des dritten Beteiligten erfolgt – dies besonders augenfällig dann, wenn die Abwälzbarkeit der Vergütung auf die Nutzer nicht gewährleistet ist. Einem der Beteiligten zu nehmen, was den anderen Beteiligten gegeben wird, den Urhebern in Gestalt von Ausgleichsansprüchen, den Nutzern in Gestalt der Rechte nach § 53 UrhG, würde dem Gebot eines nach allen Seiten hin schonenden Ausgleichs diametral zuwiderlaufen. Der Interessenausgleich zwischen Nutzern und Urhebern darf nur dann über eine Belastung der Hersteller vorgenommen werden, wenn auch diese dafür in der Sache Anlass geben.¹³⁶ Andernfalls müsste, wenn anders die Belange der Urheber nicht gewahrt werden können, die Zulassung der Privatkopie eingeschränkt, oder aber, will man gleichwohl aus Gemeinwohlgründen daran festhalten, der gebotene Ausgleich anderweitig vorgenommen werden.¹³⁷

Die Belastung der Hersteller, die sich ja nicht darin erschöpft, gleichsam als Einzugsstelle für die urheberrechtlichen Vergütungen zu fungieren, die vielmehr unmittelbar abgabenbelastet sind und in deren Risiko es liegt, ihre Belastungen auf dem Markt weiterzugeben, bedarf also einer weitergehenden, über das bloße Marktversagen hinausgehenden Rechtfertigung. Sie ist darin zu sehen, dass der Hersteller nicht nur Nutzen aus der Kopierfreiheit nach § 53 UrhG zieht,¹³⁸ da eben hierdurch der Bedarf nach Geräten und Speichermedien entsteht, sondern auch seinerseits durch deren Inverkehrbringen den Nutzungseingriff ermöglicht und auch davon ausgehen muss, dass die Geräte eben zu diesem Zweck erworben werden. Da eben dies auch die typischerweise zu erwartende Konsequenz aus Herstellung und Vertrieb der Geräte ist,¹³⁹ wird – in verwaltungsrechtlicher Begrifflichkeit – der Hersteller oder Vertreiber der Geräte und Speichermedien also wie ein Zweckveranlasser in Anspruch genommen: Die „Aneignung fremder Urheberleistung“ wird von ihnen „unmittelbar zweckveranlasst“¹⁴⁰.

¹³⁶ Kirchhof, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1656).

¹³⁷ S. auch Kirchhof, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1659).

¹³⁸ Vgl. dazu BGH GRUR 1982, 104 (106) – Tonfilmgeräte –.

¹³⁹ Vgl. Kirchhof, in: Festschr. Zeidler, 1987, S. 1639 (1656 f.).

¹⁴⁰ So ausdrücklich auch BVerfGE 79, 1 (26):

Derartige begriffliche Anleihen aus einem anderen Rechtsgebiet – hier dem des Rechts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung¹⁴¹ – sind stets nur unter Vorbehalten zulässig. So ist die sicherheitsrechtliche Haftung des Zweckveranlassers darin begründet, dass das von ihm veranlasste Verhalten als Störung und damit als Verstoß gegen die Rechtsordnung zu qualifizieren ist. Anders ist dies bei der Haftung der Hersteller von Geräten zum Anfertigen von Kopien: dieser Eingriff in die Rechte der Urheber wird von der Rechtsordnung ja zugelassen, der Hersteller ist kein „Störer“, der sich außerhalb seiner Grundrechte bewegt. Doch wird der Eingriff in die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers nur unter der Bedingungen eines angemessenen Ausgleichs für die Beschränkung der Urheberrechte zugelassen. Es geht also bei der urheberrechtlichen Geräteabgabe darum, die Verwertungsrechte des Urhebers, in die in der Regel nicht eingegriffen werden darf,¹⁴² zu wahren. Würde also mit Herstellung und Vertrieb der vergütungspflichtigen Geräte und Speichermedien ohne angemessenen Ausgleich in das Urheberrecht unzulässig eingegriffen, so ist es gerechtfertigt, eine Vergütungspflicht an die *„durch die Veräußerung oder ein sonstiges Inverkehrbringen der Geräte geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen“*,¹⁴³ anzuknüpfen.

Die Inpflichtnahme der Hersteller ist also dem Grunde nach gerechtfertigt; sie ist auch ungeachtet der Möglichkeiten eines Digital Rights Management derzeit jedenfalls erforderlich.¹⁴⁴ Dies ist schon durch die sehr große Zahl auf dem Markt befindlicher urheberrechtlich, nicht aber technisch geschützter Werksexemplare bedingt, aber auch dadurch, dass DRM-Systeme zwar bereits in erheblichem Maße genutzt werden, etwa auf dem Musikmarkt, jedoch andererseits nicht flächendeckend zum Einsatz kommen.¹⁴⁵

¹⁴¹ Vgl. Schenke, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2003, II Rn. 157 ff.

¹⁴² BVerfGE 31, 229 (243); 79, 29 (41).

¹⁴³ BVerfGE 31, 255 (269); BGHZ 121, 215 (220) – Readerprinter –; BGHZ 140, 326 (329) – Telefaxgeräte –.

¹⁴⁴ S. OLG München, GRURInt 2006, 338 (343).

¹⁴⁵ Vgl. die Angaben o. in Fn. 128..

4. konkrete Anknüpfung: tatsächliche Nutzung der Geräte

Ob hierfür auf die Eignung der Geräte abgestellt wird, Vervielfältigungen vorzunehmen,¹⁴⁶ oder aber auf die Bestimmung des Geräts hierzu,¹⁴⁷ oder schließlich, wie nach § 54 UrhG-E schlicht auf die tatsächliche Nutzung, dies ist eine Frage der näheren Ausgestaltung der Urhebervergütung und wird verfassungsrechtlich nicht en détail vorgegeben. Demgemäß wurden die bisherigen unterschiedlichen Gestaltungen als mit der Aussage des *Bundesverfassungsgerichts* kompatibel gewertet.¹⁴⁸ Entscheidend ist aus verfassungsrechtlicher Sicht die Möglichkeit der Vornahme privater Vervielfältigungen, die durch das Inverkehrbringen der Geräte und Speichermedien geschaffen wird. Sie rechtfertigt den Eingriff in die Rechte der Hersteller zugunsten der Urheber und zugunsten der Nutzer. Als rechtfertigender Grund für den Eingriff ist sie maßgebliches Bewertungskriterium für dessen konkrete Ausgestaltung. Sie bestimmt also das verfassungsrechtlich zulässige Maß des Eingriffs.

Dem entspricht es, wenn sowohl nach der geltenden Regelung des § 54c UrhG als auch nach § 54 Abs. 2 UrhG-E die gesetzliche Vermutung dafür, dass Geräte eines abgabepflichtigen Typs auch zur Vornahme von Vervielfältigungen benutzt werden,¹⁴⁹ im Einzelfall entkräftet werden kann.¹⁵⁰ Dem entspricht auch die Forderung, die Vergütungshöhe dem Maß der

¹⁴⁶ Vgl. für § 53 Abs. 5 UrhG a.F. BGH GRUR 1981, 355 (357 f.) – Videorecorder -; BGH GRUR 1982, 104 (106) – Tonfilmgeräte -;

¹⁴⁷ Vgl. für § 54 Abs. 2 S. 1 UrhG i.d.F. der Urheberrechtsnovelle 1985 BGHZ 121, 215 (218) – Readerprinter -; für § 54 Abs. 1 Satz 1 und § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG in der geltenden Fassung BGHZ 140, 326 (329) – Telefaxgeräte -; BGH GRUR 2002, 246 (248) – Scanner -.

¹⁴⁸ So die vorstehend genannten zivilgerichtlichen Judikate.

¹⁴⁹ Vgl. zu dieser Vermutung BGHZ 121, 215 (220) – Readerprinter -.

¹⁵⁰ Die Bestimmung des § 54c bezieht sich zwar in erster Linie auf den Export, wird aber auch auf andere Fälle angewandt, vgl. für § 54 Abs. 3 UrhG a.F. BGHZ 121, 215 (220) – Readerprinter -; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 54c Rn. 2.

Nutzung anzupassen.¹⁵¹ Denn stets ist für urheberrechtliche Vergütungsansprüche gegen die Hersteller von Geräten und Speichermedien zu vergegenwärtigen: derartige Ansprüche bedeuten materielle Eingriffe in die Grundrechte der Hersteller. Sie müssen daher Erfordernissen rechtsstaatlicher Eingriffsbegrenzung nach Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der Rechtssicherheit entsprechen: nicht nur den Urhebern muss ein „angemessener“ Ausgleich für die Beschränkung ihrer Vervielfältigungsrechte verschafft werden; auch die Belastung der Hersteller muss „angemessen“ sein.¹⁵²

Der vorliegende Entwurf will mit dem Anknüpfungskriterium der tatsächlichen Nutzung des in Frage stehenden Gerätetyps anstelle des Kriteriums der Zweckbestimmung bzw. der erkennbaren Zweckbestimmung die Rechtsanwendung vereinfachen.¹⁵³ Hierdurch wird tendenziell die Position der Urheber gestärkt. Der Nachweis der tatsächlichen Nutzung eines bestimmten Gerätetyps ist in geringerem Maße mit Unsicherheiten behaftet, als der der Zweckbestimmung. Dass im Einzelfall – ungeachtet des nach § 54c UrhG bzw. § 54 Abs. 2 UrhG-E möglichen Gegenbeweises¹⁵⁴ – auch Geräte oder Speichermedien belastet werden, die nicht zu Vervielfältigungsvorgängen genutzt werden, darf der Gesetzgeber „bei der Komplexität des zu regelnden Bereichs“¹⁵⁵ schon aus Gründen der Praktikabilität in Kauf nehmen.¹⁵⁶ Es ist dies ein Fall zulässiger gesetzgeberischer Typisierung.¹⁵⁷ Eine differenzierende Berücksichtigung der Belange der Hersteller soll nach der Konzeption des Gesetzentwurfs dann vor allem

¹⁵¹ Vgl. für die gerichtlichen Kontrolle der Vergütungshöhe nach § 53 Abs. 5 UWG a.F. BGH GRUR 1982, 104 (106 f.) – Tonfilmgeräte –; BGH GRUR 1985, 280 (283) – Herstellerbegriff II –; zu entsprechenden verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers s. BVerfGE 79, 1 (29) – Leerkassettenabgabe –; BGHZ 121, 215 (222 f.) – Readerprinter –; BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte –; de lege ferenda BGH GRUR 2002, 246 (248) – Scanner –.

¹⁵² Vgl. BVerfGE 79, 1 (29) – Leerkassettenabgabe –; BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte –.

¹⁵³ BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54, S. 65.

¹⁵⁴ Dazu s. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 54c Rn. 2.

¹⁵⁵ BVerfGE 31, 255 (269) – Tonbandgeräte –; BGHZ 121, 215 (224) – Readerprinter –.

¹⁵⁶ S. zu § 53 Abs. 5 UrhG 1965 BVerfGE 31, 255 (269) – Tonbandgeräte –.

¹⁵⁷ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 30 f.

bei der Bestimmung der Vergütungshöhe erfolgen. Auch dies ist in der Tendenz durch die Rechtsprechung vorgezeichnet, wenn etwa der *Bundesgerichtshof* für neuartige Geräte, bei denen die Anwendung der festen Vergütungssätze nach § 54 Abs. 4 UrhG 1985 zu unangemessenen Ergebnissen geführt hätte, eine Regelungslücke im Gesetz annahm und auf diesem Weg zu angemessenen Vergütungssätzen gelangte.¹⁵⁸

5. de-minimis-Klausel: Nutzung in nennenswertem Umfang – Verhältnismäßigkeit und Gleichheitssatz

Bereits auf der Ebene der Bestimmung der Vergütungspflichtigkeit dem Grunde nach sieht der Gesetzentwurf eine differenzierende Berücksichtigung auch der Belange der Hersteller vor, wenn nur solche Geräte und Speichermedien erfasst werden sollen, die in nennenswertem Umfang in einer die Ausgleichspflicht begründenden Weise genutzt werden. Der Gesetzgeber rezipiert damit eine Entwicklungslinie der Rechtsprechung, die wiederholt einen Ausschluss der Vergütungspflicht für die Fälle erwogen hatte, in denen keine nennenswerte urheberrechtsrelevante Nutzung vorliegt.¹⁵⁹ Bei einer nicht ins Gewicht fallenden Urheberrechtsbeeinträchtigung ließe sich hiernach ein solcher Wegfall auch im Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG rechtfertigen.¹⁶⁰

Das einschränkende Kriterium der Nutzung in nennenswertem Umfang bildet damit ein Korrektiv für die weite Fassung des Tatbestands, nach der alle tatsächlich für Vervielfältigungen genutzten Geräte und Speichermedien erfasst werden, dies auch dann, wenn sich die relevante Nutzung nur in Zusammenwirken mit anderen Geräten ergibt. Die de-minimis-Klausel bildet ein Korrektiv für das grobe Raster der gesetzgeberischen Typisierung. Sie erscheint konsequent im Blick auf die Konzeption des Gesetzgebers, den Tatbestand im Hinblick auf die technische Entwicklung offen zu halten, mit Blick auf neue Quellen für Vervielfältigungen das Gesetz

¹⁵⁸ BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte -.

¹⁵⁹ Vgl. für § 53 Abs. 5 UrhG a.F. BGH GRUR 1981, 355 (357 f.) – Videorecorder -; BGH GRUR 1982, 104 (105 f.) – Tonfilmgeräte -; BGHZ 121, 215 (221 f.) – Readerprinter -, dort zum Vergleich der Regelungen in § 54 Abs. 4 UrhG 1985 und in § 53 Abs. 5 UrhG 1965.

¹⁶⁰ So ausdrücklich BGHZ 121, 215 (221 f.) – Readerprinter -.

neutral zu formulieren.¹⁶¹ Diese Entwicklungsoffenheit kann dazu führen, dass angesichts des generellen Trends zu multifunktional einsetzbaren Techniken auch Geräte unter die Abgabepflicht fallen würden, bei denen dies auch bei einer typisierenden Betrachtungsweise nicht mehr gerechtfertigt wäre.¹⁶²

Die vorgesehene de-minimis-Klausel in § 54 Abs. 1 UrhG-E fügt sich also systemgerecht in die gesetzgeberische Konzeption und trägt damit den Erfordernissen des Gleichheitssatzes in der Ausgestaltung der Geräteabgaben¹⁶³ Rechnung.¹⁶⁴ Gesetzgeberische Typisierung ist eine Frage auch des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁶⁵ Der Gesetzgeber muss sachgerecht und realitätsnah typisieren; die Typisierung muss durch Erfordernisse des Gesetzesvollzugs gerechtfertigt sein, die Zahl der atypisch betroffenen Sonderfälle muss im Verhältnis ebenso gering sein, wie die Intensität der Betroffenheit.¹⁶⁶ Eben diesen Erfordernissen dient das einschränkende Kriterium der Nutzung „in nennenswertem Umfang“. Es stellt sich auch dar als ein Element rechtsstaatlicher Eingriffsbegrenzung im Verhältnis zu den Herstellern. Denn bei Geräten, die nicht in nennenswertem Umfang in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt werden, kann das Inverkehrbringen nicht als Zweckveranlassung gewertet werden.

¹⁶¹ BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54, S. 63.

¹⁶² Die Problematik zu weit gefasster Tatbestände ohne gesetzliches Korrektiv zeigt sich derzeit am Beispiel der Rundfunkgebührenpflicht für „neuartige“ Geräte nach dem 8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, die dazu führt, dass der internetfähige PC in der Praxis des Freiberuflers und selbst im häuslichen Arbeitszimmer des Studienrats ebenso gebührenpflichtig würde, wie das beruflich genutzte Mobiltelefon auf UMTS-Standard – Geräte, die auch bei großzügigster Typisierung nicht eine Belastung mit Rundfunkgebühren rechtfertigen.

¹⁶³ BVerfGE 31, 255 (262); BVerfG, GRUR 1997, 123.

¹⁶⁴ Zur Systemgerechtigkeit als Kriterium des Gleichheitssatzes s. *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat. 1976; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 44 ff.

¹⁶⁵ Näher *Osterloh*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 104 ff.

¹⁶⁶ Vgl. *Osterloh*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 109 m.Nw. der RSpr.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 30 ff.

Eben dieser Gesichtspunkt der Zweckveranlassung wurde aber zur Rechtfertigung einer Belastung der Hersteller herangezogen.¹⁶⁷

Die Erheblichkeitsschwelle des § 54 Abs. 1 UrhG-E kann damit als sachgerechter Ausgleich zwischen den Belangen der Urheber und der Hersteller und Importeure gelten. Sie ist als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verfassungsgemäß, da nicht jede geringfügige Beschränkung zwingend Ausgleichsansprüche nach sich ziehen muss;¹⁶⁸ auch die Vorgabe des gerechten Ausgleichs in der Urheberrechtsrichtlinie belässt Umsetzungsspielräume. Der Verzicht auf einen festen prozentualen Wert als Kriterium für eine nennenswerte Nutzung – der in der Gesetzesbegründung genannte zehnprozentige Nutzungsanteil ist lediglich ein Richtwert¹⁶⁹ – gewährleistet zudem im Interesse der Urheber, dass tatsächlich nur solche Geräte aus der Vergütungspflicht herausfallen, die nicht in rechtlich relevantem Umfang für Vervielfältigungen genutzt werden. Die Erheblichkeitsschwelle des § 54 Abs. 1 UrhG-E gewährleistet andererseits im Verhältnis zu den Herstellern, dass diese nur dort belastet werden, wo dies durch den Gesetzeszweck gerechtfertigt ist. Sie trägt damit zu einer rechtsstaatlich gebotenen Eingriffsbegrenzung bei und wahrt damit die Belange auch der Nutzer, soweit diese belastet werden sollten, sowie Informationsbelange der Allgemeinheit.

IV. Vergütungshöhe und Zumutbarkeitsschwelle – Verfassungsfragen des § 54a UrhG-E

Die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das System der urheberrechtlichen Pauschalvergütung gelten auch für dessen konkrete Ausgestaltung in den Grundsätzen für die Tarifgestaltung. Auch hier also gilt, dass einerseits den Urhebern ein gerechter Ausgleich für die Nutzung ihrer Werke zu gewährleisten ist, dass andererseits die Hersteller

¹⁶⁷ So ausdrücklich auch BVerfGE 79, 1 (26).

¹⁶⁸ BGH GRUR 1981, 355 (357 f.) – Videorecorder –; BGH, GRUR 1982, 104 (105 f.) – Tonfilmgeräte –; BGHZ 121, 215 (221 f.) – Readerprinter –.

¹⁶⁹ BT-Drucks. 16/1828, Gesetzesbegründung zu § 54, S. 63.

aber nur in dem Maße belastet werden dürfen, in dem diese Nutzung tatsächlich durch sie zweckveranlasst wird.

1. Kriterien der Tarifgestaltung

a) „Systemwechsel“ und normative Vorgaben

Mit der zusammenfassenden Regelung der Vergütungshöhe in § 54a UrhG-E soll ausweislich der Entwurfsbegründung ein Systemwechsel von einer verbindlichen Festlegung fester Vergütungssätze hin zur Selbstregulierung der Beteiligten vollzogen werden.¹⁷⁰ Mit der Normierung der für die Vergütungshöhe maßgeblichen Grundsätze in § 54a UrhG-E wird dieser Systemwechsel abgefedert. Der Gesetzgeber, der die Tarifbestimmung in die Privatautonomie der Beteiligten entlässt, ist keinesfalls gehalten, hierbei den Schritt zu einer vollständigen Freigabe zu vollziehen und auf die Vorgabe normativer Kriterien zu verzichten – zumal am Kontrahierungszwang festgehalten wird. Die Vorgabe normativer Wertungsparameter soll den Beteiligten Orientierung bieten und nachvollziehbare Kriterien nicht zuletzt für eine gerichtliche Überprüfung bezeichnen.¹⁷¹

Deshalb ist auch die ausdrückliche Festlegung der Zumutbarkeitsschwelle in § 54a Abs. 4 UrhG-E nicht im Widerspruch zu dem angestrebten Systemwechsel in der Tarifgestaltung zu sehen. Sie trägt vielmehr dazu bei, rechtsstaatlich geforderte Rechtssicherheit in diesem Stadium des legislativen Übergangs zu gewährleisten,¹⁷² dies auch im Hinblick auf die grundrechtliche Zuordnung der divergierenden Belange, die Grundrechtsrelevanz des gesetzgeberischen Ausgleichs. Die ausdrückliche Festlegung einer Zumutbarkeitsschwelle entspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das Erfordernis der Angemessenheit oder Zumutbarkeit umschließt.¹⁷³ Verhältnismäßigkeit

¹⁷⁰ BT-Drucks. 16/1828, S. 63.

¹⁷¹ So auch die Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 16/1828, S. 63.

¹⁷² Dies ist insbesondere gegenüber der Stellungnahme des Bundesrats anzumerken, der § 54 a Abs. 4 UrhG-E als mit dem angestrebten Systemwechsel nur schwer vereinbar sieht, vgl. BR-Drucks. 257/06 vom 19.05.2006, S. 15 (= BT-Drucks. 16/1828), S. 99 f.

schließt.¹⁷³ Verhältnismäßigkeit ist, wie aus den vorstehenden Überlegungen deutlich wurde, insbesondere gegenüber den eingriffsmäßig betroffenen Herstellern und Importeuren der Geräte und Speichermedien zu wahren, zumal die Abwälzbarkeit der Abgabe auf die Nutzer, wie dargelegt, nicht als Regelfall vorausgesetzt werden kann.¹⁷⁴

Mit der Berücksichtigung technischer Schutzmaßnahmen nach § 95a UrhG – also insbesondere von DRM-Systemen¹⁷⁵ – wird den Vorgaben der Urheberrechtsrichtlinie Rechnung getragen.

b) Ausmaß der Nutzung und verfassungsrechtliche Korrektive

Wenn nach § 54a Abs. 1 UrhG-E auf das Maß der tatsächlichen Nutzung des jeweiligen Gerätetyps abgestellt werden soll,¹⁷⁶ so wird damit der prinzipielle Ansatz des § 54 UrhG-E für die Abgabenbelastung dem Grunde nach in der Bestimmung der Abgabenhöhe konsequent fortgeführt. Die tatsächliche, urheberrechtsrelevante Nutzung eines Gerätetyps rechtfertigt es, den Hersteller dem Grunde nach zu belasten und erfordert eine entsprechende Vergütungspflicht auf Grund des Art. 14 Abs. 1 GG.¹⁷⁷ Das Ausmaß dieser Nutzung ist dann folgerichtiges Kriterium für die Angemessenheit der Abgabe der Höhe nach.

Im Verhältnis zu den Rechteinhabern besteht eine unmittelbare Relation zwischen dem Ausmaß der Gerätenutzung als Grundlage des Ausgleichsanspruchs und dem Eingriff in das Vervielfältigungsrecht. Im Verhältnis zu den Herstellern kann demgegenüber eine Bestimmung der Vergütungshöhe allein nach dem Ausmaß der Nutzung und damit allein aus Sicht der Rechteinhaber dazu führen, dass diese außer Verhältnis gerät

¹⁷³ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. 2006, Rn. 399 ff.

¹⁷⁴ S.o. II.2.b.

¹⁷⁵ S. dazu *Schippan*, ZUM 2004, 188 ff.

¹⁷⁶ S. hierzu für § 53 Abs. 5 UrhG 1965 BGH GRUR 1982, 104 (107) - Tonfilmgeräte -; BGH GRUR 1985, 280 (283) – Herstellerbegriff II -; für § 54 Abs. 4 UrhG 1985 BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte -.

¹⁷⁷ So auch BGH GRUR 1982, 104 (107) – Tonfilmgeräte -; BGH GRUR 1985, 531 (533 f.) – Herstellervergütung -.

zum wirtschaftlichen Nutzen der Hersteller, der ja ihre Heranziehung materiell erst rechtfertigt – insbesondere dann, wenn die Abgaben nicht auf die Nutzer abgewälzt werden können. Für diese Fälle bedarf es eines Korrektivs aus der Sicht der Hersteller. Die urheberrechtliche Vergütung muss nach allen Seiten hin „angemessen“ sein, also auch dort, wo sie unter Eingriff in Rechte Dritter – der Hersteller – realisiert wird. Gegenüber in diesem Sinn unangemessen hohen Vergütungen Korrektive vorzusehen, ist mithin auch verfassungsrechtlich gefordert. Das Erfordernis einer verhältnismäßigen Eingriffsbegrenzung ist ja ebenso wie das einer sachgerechten Inhaltsbestimmung des Eigentums bestimmende verfassungsrechtliche Determinante für die Regelung der Zulässigkeit der Privatkopie und der urheberrechtlichen Vergütung. Dem trägt der Gesetzentwurf auch durch das Erfordernis der Angemessenheit der Gesamtvergütung bei funktionell zusammenhängenden Geräten nach § 54a Abs. 2 UrhG-E und vor allem durch die Zumutbarkeitsgrenze des § 54a Abs. 4 UrhG-E Rechnung.

c) § 54 Abs. 2 UrhG-E – funktionell zusammenhängende Geräte

Die Regelung des § 54a Abs. 2 UrhG-E, wonach bei der Bemessung der Tarife für einzelne Geräte auch die Vergütungspflicht für funktionell zusammenwirkende Geräte und Speichermedien zu berücksichtigen ist, soll ausweislich der Entwurfsbegründung verhindern, dass sich aus Gerätekombinationen unangemessen hohe Gesamtvergütungen ergeben.¹⁷⁸ Es geht also um die Angemessenheit und damit die Verhältnismäßigkeit der Vergütung im Verhältnis zu den Herstellern und mittelbar, soweit diese belastet werden, auch den Nutzern. Eben diese funktionalen Zusammenhänge zu berücksichtigen, hatte auch der *Bundesgerichtshof* für die Höhe der Vergütungspflicht bei Scannern erwogen,¹⁷⁹ während die BGH-Entscheidung zu den Telefaxgeräten¹⁸⁰ insoweit eine Regelungslücke im Gesetz für neuartige Geräte erkannte. Demgegenüber war für die flexiblen Vergütungssätze nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965 bei kombinierten Gerä-

¹⁷⁸ BT-Drucks. 16/1828, S. 63.

¹⁷⁹ BGH GRUR 1982, 246 (248); vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 65.

¹⁸⁰ BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte –; zur Frage der Anwendung auf Multifunktionsgeräte s. OLG Stuttgart GRUR 2005, 944 (946).

ten dem Umstand, dass ein Teil des Verkaufserlöses auf Einrichtungen entfiel, die nicht der Tonaufnahme dienten, bei der Festsetzung des Prozentsatzes der Vergütung angemessen Rechnung zu tragen,¹⁸¹ während bei Gerätekombinationen¹⁸² die Vergütungspflicht bereits dem Grunde nach beschränkt wurde.¹⁸³ Demgemäß wurde bei Funktionseinheiten aus Scanner, PC und Drucker nur der Scanner als das unmittelbar zur Vervielfältigung bestimmte Gerät der Abgabepflicht unterworfen.¹⁸⁴

2. Zumutbarkeitsgrenze: § 54 Abs. 4 UrhG-E

a) Ausgangspunkt: Zumutbarkeitsschwelle als Verfassungserfordernis

Entscheidendes Korrektiv gegenüber unverhältnismäßig hohen und deshalb gegenüber den Herstellern nicht mehr gerechtfertigten Geräteabgaben ist nach der Konzeption des § 54a UrhG-E die Zumutbarkeitsschwelle des Abs. 4. Eine dahingehende Begrenzung der Pauschalvergütung erwies sich, wie dargelegt, in mehrfacher Hinsicht als verfassungsrechtlich geboten: die Hersteller sind eingriffsmäßig in ihren Grundrechten betroffen; deshalb ist auch dann, wenn hierfür auf die allgemeine (wirtschaftliche) Handlungsfreiheit und nicht richtigerweise auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG abgestellt wird,¹⁸⁵ der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren. Dies gilt auch im Ausgleich mit Eigentumsrechten der Urheber, bei deren inhaltlicher Bestimmung der Gesetzgeber Gestaltungsfreiheit hat.¹⁸⁶ Auch ist die Inanspruchnahme der Hersteller anstelle der un-

¹⁸¹ BGH GRUR 1982, 104 (107) – Tonfilmgeräte –; s. insbesondere für kombinierte Geräte auch BGH GRUR 1985, 280 (283) – Herstellerbegriff II –; BGH GRUR 1985, 531 ff. – Herstellervergütung –.

¹⁸² Vgl. BGH GRUR 1985, 280 (283) – Herstellerbegriff II –: Geräte, die selbstständig nutzbar sind und auch unabhängig voneinander erworben werden können, jedoch aus technischen und ästhetischen Gründen zu einer Funktionseinheit zusammengefasst werden.; s. auch BGH GRUR 2002, 246 (247) – Scanner –.

¹⁸³ BGH GRUR 1985, 280 (283) – Herstellerbegriff II –.

¹⁸⁴ BGH GRUR 2002, 246 (247) – Scanner –.

¹⁸⁵ S.o. II.2.b).

¹⁸⁶ S.o. III.1.

mittelbar durch die Zulassung der Privatkopie begünstigten Nutzer verfassungsrechtlich in erster Linie durch den wirtschaftlichen Nutzen gerechtfertigt, den sie aus dem Inverkehrbringen der Geräte erzielen¹⁸⁷ – auch hierauf ist das Gebot der Angemessenheit zu beziehen. Die objektiv-grundrechtlich zugeordneten Allgemeinbelange einer Informationsgesellschaft¹⁸⁸ treten verstärkend hinzu. Aber auch die der Bestimmung des § 54a Abs. 4 UrhG-E u.a. zugrundeliegende Erwägung, eine übermäßige Abgabenbelastung der im Inland in Verkehr gebrachten Geräte könne angesichts der Möglichkeit des Erwerbs im benachbarten EU-Ausland und insbesondere des Internet-Handels dem Inlandsabsatz abträglich sein und damit letztlich den Belangen der Urheber zuwiderlaufen,¹⁸⁹ ist vom Tatsächlichen her tragfähig und in rechtlicher Bewertung sachgerecht.

b) Gerätepreis als Zumutbarkeitskriterium

Wenn für das Kriterium der Zumutbarkeit auf den Gerätepreis abgestellt wird,¹⁹⁰ so liegt dem die nachvollziehbare und sachgerechte Erwägung zugrunde, dass teurere Geräte in der Regel auch leistungsfähiger sind und tatsächlich in höherem Maße genutzt werden. Der Preis eines Geräts ist also nicht ohne Aussagekraft für die Höhe des angemessenen Ausgleichs.¹⁹¹ Wird zudem die Abgabepflicht dem Grunde nach daraus gerechtfertigt, dass der Hersteller der Geräte einen Eingriff in den Verwertungsbereich des Urhebers ermöglicht und aus dem Umstand, dass er solche Geräte auf den Markt bringt, wirtschaftlichen Gewinn zieht,¹⁹² so ist die Angemessenheit der gesetzlich festgelegten Abgabenbelastung eben hierauf zu beziehen. Naheliegendes Indiz für den wirtschaftlichen Nutzen aber ist der Gerätepreis. Die Abgabe muss daher eine angemessene Relation zum Gerätepreis und damit zum wirtschaftlichen Nutzen des Her-

¹⁸⁷ S.o. III.3.

¹⁸⁸ S.o. II.3.

¹⁸⁹ BT-Drucks. 16/1828, S. 66 f.

¹⁹⁰ Dafür auch BGH GRUR 1982, 104 (107) - Tonfilmgeräte -.

¹⁹¹ Bedenken hiergegen in der Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/1828, S. 97 f. unter Ziff. 17; s. auch *Kreile*, ZUM 2005, 112.

¹⁹² BVerfGE 31, 255 (265).

stellers wahren. Sie darf nur einen begrenzten Anteil dieses wirtschaftlichen Nutzens, zu dem ja auch der Gerätehersteller beiträgt, erfassen.

Es gilt also, diesen Anteil und damit die Abgabenbelastung für die Hersteller zu begrenzen. Nur dies wird der Verfassungsdirektive eines nach allen Seiten hin schonenden Ausgleichs gerecht. Die Hersteller sind vor allem dadurch belastet, dass sie entweder, bei einer etwaigen Weitergabe der Abgaben über die Verkaufspreise und damit einer entsprechenden Verteuerung der Geräte, Nachteile im Wettbewerb hinnehmen müssen, oder aber, wenn die Abgaben nicht abgewälzt werden können, eine entsprechende Schmälerung ihres Ertrags. In beiden Fällen ergibt sich die Intensität des Betroffenseins unmittelbar aus der Relation der Vergütungshöhe zum Gerätepreis. Diese Relation ist es, die die Zumutbarkeit bestimmt.

Hierin liegt auch keine unangemessene Benachteiligung der Urheber. Dies gilt schon in tatsächlicher Hinsicht. Es trifft zweifellos zu, dass die Geräte für die Anfertigung von Vervielfältigungen im Vergleich zur Leistungsfähigkeit immer billiger geworden sind. Aber auch dies trifft zu: die Zahl der Geräte und Speichermedien, die die Hersteller absetzen können, ist umso höher, je preiswerter die Geräte sind, und umso häufiger sind auch die Nutzer bereit, Neu- und Ersatzanschaffungen zu tätigen, um auf dem neuesten Stand der Technik zu sein. Wie sich im übrigen die Gerätepreise, die Absatzzahlen und der Umfang urheberrechtlich relevanter Nutzungen entwickeln werden, dies einzuschätzen ist vorrangig Sache des Gesetzgebers. Die Einschätzung, dass die Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland über eine ständig steigende Anzahl verschiedener Vervielfältigungsgeräte verfügen, die im Zuge der schnellen technischen Entwicklung auch immer häufiger durch neue Geräte ersetzt werden,¹⁹³ ist hinreichend plausibel, um die Annahme zu tragen, es werde zu keiner signifikanten Minderung der Gesamtvergütungen kommen.¹⁹⁴ Auch ist hinsichtlich der Rechteinhaber zu berücksichtigen, dass diese in zunehmendem Maße in der Lage sein werden, auf technische Schutzmaßnah-

¹⁹³ Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/1828, S. 114.

¹⁹⁴ Dies wird erwogen in der Stellungnahme des Bundesrats unter Nr. 17.

men (DRM-Systeme) zurückzugreifen¹⁹⁵ und auch hiedurch Einnahmen generiert werden.

3. Verfassungsfragen einer prozentualen Obergrenze

a) Erfordernisse eines Höchstsatzes

Dass also die Hersteller nicht unzumutbar belastet werden dürfen, folgt schon aus deren Grundrechten. Die Zumutbarkeit in Relation zum Gerätepreis zu bringen, entspricht der verfassungsrechtlichen Legitimation der Abgabe. Für den zumutbaren Anteil am Gerätepreis eine feste Obergrenze zu normieren, wie dies in § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E mit der Obergrenze von 5% des Verkaufspreises der Geräte und Speichermedien geschieht, ist dann aber im Grundsatz gleichermaßen ein Erfordernis rechtsstaatlicher Eingriffsbegrenzung. Denn die Belastungen, die auf die Hersteller auf Grund der gesetzlichen Regelung zukommen, müssen vorhersehbar und berechenbar sein. Dies ist ein Gebot der Rechtssicherheit.¹⁹⁶ Rechtsnormen, insbesondere Eingriffsnormen wie die der §§ 54, 54a UrhG-E müssen in ihren Voraussetzungen und ihrem Inhalt so formuliert sein, dass die von ihr Betroffenen ihr Verhalten danach einrichten können.¹⁹⁷ Sieht man aber den Gerätepreis als im Grundsatz sachgerechte Bemessungsgrundlage für die Abgabenhöhe, dann kann eine verbindliche Obergrenze nur mit einem bestimmten, prozentualen Anteil des Gerätepreises angegeben werden. Feste Höchstbeträge zu normieren, scheidet als Alternative aus, da das Gesetz auf feste Vergütungssätze generell verzichtet und hierbei auch unangemessen hohe Vergütungen nicht ausgeschlossen werden können.¹⁹⁸ Feste prozentuale Höchstgrenzen hatte das Gesetz auch in seiner ursprünglichen, bis 1985 geltenden Fassung vorgesehen. Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung im Hinblick auf eine

¹⁹⁵ Vg. Häuser, CR 2004, 829 (833).

¹⁹⁶ Zu Recht verweist die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats auf die den Unternehmen zu gewährleistende Planungssicherheit, BT-Drucks. 16/1828, S. 114.

¹⁹⁷ Vgl. zur Geräteabgabe nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965 BVerfGE 31, 255 (264).

¹⁹⁸ BGHZ 140, 326 (332 ff.) – Telefaxgeräte -; BGH GRUR 2002,

zumutbare Belastung der Hersteller stützt sich das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Entscheidung zu den Geräteabgaben für Tonbandgeräte vom 07.07.1971 zwar in erster Linie darauf, dass diese Belastung sich darauf beschränkt, die Vergütungen einzuziehen und abzuführen, verweist aber ergänzend für den Fall, dass der Hersteller die Abgaben nicht abwälzen sollte, auf die feste Obergrenze nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965.¹⁹⁹

b) 5% als sachgerechte Höchstgrenze

aa) Bestimmung einer Höchstgrenze als Akt wertender Entscheidung

Fraglich kann dann nur noch sein, welcher Prozentsatz nun konkret angemessen ist. Auch hierfür gilt, was der *Bundesgerichtshof* zur normativen Bestimmung von Vergütungssätzen ausgeführt hat: „Die Festlegung der Vergütungssätze ist ein Akt wertender Entscheidung des Gesetzgebers. Ihm kommt bei der Ausgestaltung in den Grenzen der Praktikabilität sowie unter Beachtung des Gleichheitssatzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein weiter Entscheidungsspielraum zu, der zwangsläufig alle Unsicherheiten enthält, die Prognoseentscheidungen anhaften.“²⁰⁰

Dass dies auch für die prozentuale Bestimmung einer Zumutbarkeitsgrenze gelten muss, liegt auf der Hand: das Maß des Angemessenen kann nicht arithmetisch genau bestimmt werden. Eine nähere Eingrenzung und Konkretisierung²⁰¹ des zumutbaren Höchstmaßes ist gleichwohl an Hand normativer und tatsächlicher Bewertungskriterien möglich. Mit § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E wird eine von 1965 – 1985 im Gesetz enthaltene Regelung aufgegriffen. § 53 Abs. 5 UrhG 1965 durfte, wie dargelegt, als verfassungskonformer Ausgleich zwischen den Belangen der Urheber einerseits, denen der Gerätehersteller und der Nutzer gelten.²⁰² Für eine ent-

¹⁹⁹ BVerfGE 31, 255 (267).

²⁰⁰ BGHZ 121, 215 (223) unter Bezugnahme auf BVerfGE 78, 1 (27 f.).

²⁰¹ Vgl. BT-Drucks. 16/1828, S.114: 5%-Grenze als Konkretisierung der Zumutbarkeitsklausel.

²⁰² S. hierzu BGH GRUR 1982, 104, 107 - Tonfilmgeräte -: Höchstsatz nicht als Normalfall; ebenso BGH GRUR 1985, 531 ff. – Herstellervergütung -.

sprechende Bewertung des § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E unter den aktuellen Gegebenheiten ist dann zunächst darauf abzustellen, wie sich die verfassungsrechtlich relevanten Parameter seither entwickelt haben.

bb) Die maßgeblichen Bewertungsparameter

Wenn die Verfassungsmäßigkeit der seinerzeitigen, fünfprozentigen Geräteabgabe maßgeblich darauf gestützt wurde, dass die Belastung der Hersteller sich meist darauf beschränkte, die Geräteabgabe einzuziehen und abzuführen,²⁰³ so hat jedenfalls dieser Parameter der verfassungsrechtlichen Bewertung sich deutlich zu Lasten der Hersteller verändert. Dies dürfte generell für die Gewinnmargen der Hersteller jedenfalls im Standard- oder Massengeschäft gelten, nicht zuletzt auf Grund des auf dem Endverbrauchermarkt zu beobachtenden heftigen Preiswettbewerbs und der Nachfragemacht des Handels. Der Gewinn, den der Hersteller aus dem Absatz der Geräte oder Speichermedien zieht, ist jedoch, wie dargelegt, entscheidend für das Maß seiner zumutbaren Belastung. Was sich des weiteren zweifellos geändert hat, ist das wirtschaftliche Volumen des Absatzes der Geräte und Speichermedien – doch ist dies ein Gesichtspunkt, der sich gleichermaßen zugunsten der Urheber auswirkt. Die Nutzer, deren Belange ebenfalls im Rahmen eines verfassungskonformen Ausgleichs zu berücksichtigen sind, sind ihrerseits verstärkt in der Lage, durch Kauf im Ausland bzw. über das Internet etwaigen Belastungen auszuweichen. Wenn der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung auch auf diese geänderten Wettbewerbsbedingungen abstellt,²⁰⁴ so wird damit ein wesentlicher Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung zutreffend angesprochen.

Wenn der Gesetzentwurf sich weiterhin auf die Annahme stützt, die Ausstattung der Haushalte mit abgabepflichtigen Geräten nehme weiter zu, auf Grund der technischen Entwicklung sei zudem mit steigendem Ersatz- und Erneuerungsbedarf zu rechnen, so ist, wie dargelegt,²⁰⁵ diese An-

²⁰³ BVerfGE 31, 255 (267).

²⁰⁴ S. auch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 16/1828, S. 114.

²⁰⁵ Vgl. vorstehend IV.2.b).

nahme hinreichend plausibel, um die Prognose zu rechtfertigen, es werde zu keiner signifikanten Minderung der Vergütungen kommen, es werde vielmehr auch auf Grund der Entwicklungsoffenheit der Neuregelung ein Gesamtumsatz generiert, der etwaige Einbußen bei einzelnen Gerätety-
pen kompensiere. Auch diese Einschätzung des Gesetzgebers sieht sich keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden ausgesetzt. Sie beruht auf einer hinreichenden Prognosebasis, ohne die verfassungs-
rechtlichen Anforderungen an den gebotenen gerechten Ausgleich für die Beschränkungen des Urheberrechts und die Bedeutung des Eigentums der Rechteinhaber zu verkennen.

cc) Rechte der Urheber

Ob ein etwa zu erwartender Rückgang der Einnahmen der Verwertungsgesellschaften auf Grund der Neuregelung des § 54a UrhG bereits zwin-
gend dazu führen würde, dass das Erfordernis eines gerechten Aus-
gleichs entsprechend Art. 14 Abs. 1 GG verfehlt würde, kann hier an sich dahinstehen. Denn der Gesetzgeber geht, wie dargelegt, auf hinreichend
abgesicherter Prognosebasis davon aus, dass auf der Grundlage des § 54 a UrhG-E die Einnahmen der Verwertungsgesellschaften stabil bleiben
werden, sich auf Grund der Einbeziehung neuer Gerätetypen möglicher-
weise auch signifikant erhöhen.²⁰⁶ Im Hinblick auf eine etwaige künftige
Pflicht zur Nachbesserung²⁰⁷ ist jedoch festzuhalten, dass ein gleichblei-
bendes Vergütungsvolumen, dass gleichbleibende Einnahmen der Ver-
wertungsgesellschaften verfassungsrechtlich nicht garantiert sind. Nicht
nur können sich die tatsächlichen Voraussetzungen ändern, etwa auf
Grund der Gegebenheiten eines freien Binnenmarktes. Auch der Gesetz-
geber ist bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums
entsprechend Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG befugt, Eigentumsrechte umzu-
gestalten, den Ausgleich zwischen Eigentümerinteressen und Belangen

²⁰⁶ Vgl. Stellungnahme der BITKOM: Fakten und Hintergründe zur Neuregelung der Urheberrechtlichen Abgaben vom 18.05.2006.

²⁰⁷ Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. 2006, Rn. 354 ff.

der Allgemeinheit Dritter neu zu justieren. Er hat bei der Neuordnung eines Rechtsgebiets weitergehenden Gestaltungsspielraum.²⁰⁸

Im Rahmen einer umfassenderen Regelung wie der der §§ 54, 54a UrhG-E umschließt dies auch die Befugnis, Rechtspositionen umzuformen und zu beschränken.²⁰⁹ Selbst wenn also die Zumutbarkeitsklausel des § 54a Abs. 4 UrhG und hier insbesondere die prozentuale Grenze des Satz 2 dazu führen sollte, dass der Vergütungsanspruch bei einzelnen Geräten nicht durchweg dem Maß der tatsächlichen Nutzung entspricht, ist dies dann jedenfalls unschädlich, wenn insgesamt ein angemessener Ausgleich erzielt wird – die Ausgestaltung der Urheberrechte in §§ 54, 54a UrhG-E beruht, wie auch die geltende Regelung, ja gerade nicht auf dem Prinzip der Einzelvergütung.²¹⁰ Besteht insoweit auch kein verfassungsrechtlicher Bestandsschutz zugunsten der Urheber für gleichbleibende Einnahmen, sind doch annähernd stabile oder möglicherweise auch ansteigende Einnahmen ein maßgebliches Indiz für die Ausgewogenheit auch der Neuregelung. Eben davon aber kann hier ausgegangen werden. In der Einschätzung der zu erwartenden Einnahmen ist dem Gesetzgeber unter der Voraussetzung einer methodisch korrekten, auf hinreichend gesicherter Tatsachenbasis erfolgenden Prognose ein relevanter Prognosespielraum zuzubilligen.²¹¹ Dieser Spielraum wurde hier ersichtlich nicht überschritten.

Dabei ist noch nicht berücksichtigt, dass der zunehmende Einsatz der Möglichkeiten des Digital Rights Management unmittelbar für die Rechte-

²⁰⁸ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 14 Rn. 45.

²⁰⁹ BVerfGE 70, 191 (201 f.); 78, 58 (75); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 14 Rn. 45.

²¹⁰ Deshalb sind auch die Bedenken des Bundesrats unbegründet, es könne hier möglicherweise zu einem enteignungsgleichen Eingriff kommen, vgl. Ziff. 17 seiner Stellungnahme, BT-Drucks. 16/1828, S. 97 f.: bei den Regelungen der §§ 54, 54a UrhG-E handelt es sich um inhalts- und schrankenbestimmende Regelungen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, die auch dann, wenn sie im Einzelfall nicht den Anforderungen des Art. 14 GG entsprechen, nicht als Enteignung oder enteignungsgleicher Eingriff zu qualifizieren sind; es handelt sich insoweit um eigenständige Rechtsinstitute, vgl. Wendt, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 14 Rn. 75.

²¹¹ Vgl. Sachs, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rn. 150 ff.

inhaber weitere Einnahmen aus Einzellizenzen generiert, die zu den von den Verwertungsgesellschaften einzuziehenden Geräteabgaben hinzutreten.²¹² In eine verfassungsrechtliche Gesamtabwägung, wie sie bei der Neuordnung eines Rechtsgebiets vorzunehmen ist, sind auch diese die Rechteinhaber begünstigenden Entwicklungen der Normsituation einzustellen – wie dies auch in der Urheberrechtsrichtlinie, etwa in ihrem Erwägungsgrund 35 vorgezeichnet wird.

dd) Folgerung: Verfassungsmäßigkeit der 5%-Grenze des § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E als Höchstbetrag, nicht Regelfall

Die prozentuale Begrenzung der Geräteabgabe des § 54a UrhG-E auf fünf vom Hundert des Gerätepreises bedeutet also im Ergebnis keine unverhältnismäßige Beschränkung der Eigentumsrechte der Urheber. Ihr liegen sachliche Erwägungen zugrunde. Sie bewirkt einen angemessenen Ausgleich zwischen den Rechten der Urheber und der Hersteller sowie den Belangen der Allgemeinheit. Sie ist aus der Sicht der eingriffsmäßig in ihren Grundrechten betroffenen Hersteller auch als Konkretisierung der allgemeinen Zumutbarkeitsklausel des § 54a Abs. 4 Satz 1 UrhG-E geboten, um ihnen gegenüber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit effektiv zu wahren und Dispositionssicherheit als Aspekt rechtsstaatlich gebotener Rechtssicherheit²¹³ zu schaffen. Dies steht, wie dargelegt,²¹⁴ zum angestrebten Systemwechsel, der Abkehr von festen Vergütungssätzen nicht im Widerspruch, trägt vielmehr dazu bei, diesen Übergang verfassungskonform zum gestalten.

Verfassungskonform ist auch die in Anlehnung an § 53 Abs. 5 UrhG 1965 festgelegte Zahl von 5% - dies allerdings unter der Voraussetzung, dass es sich hierbei, wie auch bei der seinerzeitigen Regelung,²¹⁵ um einen im Regelfall nicht auszuschöpfenden Höchstbetrag handelt. Denn nicht zu-

²¹² Vgl. hierzu o. III.2.b) mit Fn. 126.

²¹³ Näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. 2006, Rn. 354 ff.

²¹⁴ Vorstehend 1.a).

²¹⁵ BGH GRUR 1982, 104, 107 - Tonfilmgeräte -: Höchstsatz nicht als Normalfall; ebenso BGH GRUR 1985, 531 ff. – Herstellervergütung -.

letzt auch im wertenden Vergleich mit dieser Bestimmung muss der in § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E genannte Vomhundertsatz als Obergrenze einer verfassungskonformen Belastung angesehen werden. Wenn ein fünfprozentiger Anteil am Gerätepreis nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965 unter der Voraussetzung einer regelmäßigen Weitergabe an die Endverbraucher (Nutzer) als verfassungskonformer Ausgleich gewertet worden war,²¹⁶ sich seither jedoch wesentliche Bewertungsparameter zu Lasten der Hersteller verschoben haben,²¹⁷ so bezeichnet es in der Tat die Grenze einer zumutbaren Belastung, wenn gleichwohl auf den seinerzeitigen prozentualen Höchstbetrag zurückgegriffen wird.²¹⁸ Deshalb darf auch, wie dargelegt, die Obergrenze von 5% nicht als Regelfall behandelt werden. So wird etwa eine deutlich niedrigere Umsatzrendite bei der Frage der Zumutbarkeit maßgeblich zu berücksichtigen sein.²¹⁹ Andererseits wird die Möglichkeit technischer Schutzvorkehrungen, die ja gemäß § 54a Abs. 1 Satz 2 UrhG-E entsprechend der Urheberrechtsrichtlinie²²⁰ zu berücksichtigen ist, ebenfalls niedrigere Vergütungen und eine entsprechende Absenkung der Zumutbarkeitsschwelle rechtfertigen.²²¹

4. Multifunktionale Geräte: Verhältnismäßigkeit und Gleichheitssatz

Maßgebliches Kriterium für die Höhe der urheberrechtlichen Pauschalvergütung ist nach § 54a UrhG-E das Maß der tatsächlichen Nutzung für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1-3 UrhG. Für multifunktional einsetzbare Geräte, soweit sie nicht bereits auf Grund der de-minimis-Klausel des § 54 Abs. 1 UrhG-E tatbestandlich aus der Vergütungspflicht fallen, ist demgemäß die Vergütungshöhe nach denjenigen Funktionen des Geräts zu bemessen, die urheberrechtlich relevant sind, weil sie zu vergü-

²¹⁶ BVerfGE 31, 255 (267).

²¹⁷ Vorstehend bb).

²¹⁸ Zusätzlich wird die fünfprozentige Obergrenze auch aus der Erwägung gestützt, dass bei der Einführung fester Vergütungssätze 1985 sich der Gesetzgeber ebenfalls an einer entsprechenden Obergrenze orientierte.

²¹⁹ S. hierzu *Trautmann*, ZUM 2005, 125.

²²⁰ S. Erwägungsgrund 38 und 39, näher u.V.1.

²²¹ So auch *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (481).

tungspflichtigen Nutzungen führen. Wenn also die Zumutbarkeitsschwelle des § 54a Abs. 4 UrhG-E nach dessen Satz 3 für multifunktionale Geräte gesondert zu bestimmen ist, so liegt dies in der Konzeption des Gesetzes selbst begründet.

Ein entsprechend niedriger anzusetzender Höchstbetrag ist aber auch verfassungsrechtlich gefordert. Rechtfertigender Grund für die Belastung der Hersteller als Dritter ist die Erwägung, dass diese – als „Zweckveranlasser“ – durch das Inverkehrbringen der Geräte die Nutzung des Urheberrechts ermöglichen und hieraus wirtschaftlichen Nutzen ziehen.²²² Hierauf ist die Verhältnismäßigkeit der Geräteabgabe zu beziehen. Wenn also ein Gerät, das i.w. nur in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt wird, mit allenfalls 5% des Verkaufspreises zugunsten der Rechteinhaber belastet werden darf, so sind die Grenzen einer verhältnismäßigen Belastung für Geräte, die verschiedene Funktionen in sich vereinigen und deshalb nur teilweise für ausgleichspflichtige Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 – 3 UrhG genutzt werden, entsprechend niedriger anzusetzen. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass sie überhaupt in nennenswertem Umfang in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt werden. Ist schon dies nicht der Fall, so sind multifunktionale Geräte, wie dargelegt, schon im Tatbestand von der Vergütungspflicht auszunehmen – dem trägt der Gesetzgeber in § 54 Abs. 1 UrhG-E Rechnung.

Besteht demgegenüber dem Grunde nach eine Vergütungspflicht, so ist sie für multifunktionale Geräte jedoch anteilig zu begrenzen. Die Rechtsprechung hatte dies ja, wie dargelegt, unter der Geltung des § 53 Abs. 5 UrhG 1965 bejaht²²³ und auch in der Frage der Vergütungspflicht von Scannern erwogen.²²⁴ Der dort entwickelte Grundsatz, bei vielseitig nutzbaren Geräten auch die Höhe der den Herstellern zumutbaren Vergütung dem Maß der tatsächlich urheberrechtlich relevanten Nutzung anzupassen, entspricht dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, das in Relation zum legitimierenden Grund für die Gebührenbelastung zu sehen ist.

²²² Vorstehend III.3.b).

²²³ BGH GRUR 1982, 104, 107 - Tonfilmgeräte -: Höchstsatz nicht als Normalfall; ebenso BGH GRUR 1985, 531 ff. – Herstellervergütung -.

²²⁴ BGH GRUR 1982, 246 (248); vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 65.

Dies entspricht gleichermaßen dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Denn im Rahmen einer gesetzgeberischen Konzeption, die entscheidend auf das Maß der tatsächlichen urheberrechtsrelevanten Nutzung abstellt, erfordert es die vom Gesetz selbst statuierte Sachgesetzlichkeit,²²⁵ hier- nach auch in der Frage der zulässigen Höchstbelastung zu differenzieren. Zwar darf der Gesetzgeber auch insoweit typisierend vorgehen,²²⁶ darf bei der Komplexität des zu regelnden Bereichs in Kauf nehmen, dass „in ei- nem gewissen Umfang“²²⁷ auch solche Geräte mit einer Vergütungspflicht belastet werden, die im Einzelfall nicht in entsprechender Weise urheber- rechtlich relevant verwendet werden. Doch sind hier die Grenzen zulässi- ger gesetzgeberischer Typisierung zu beachten. Es muss sich i.w. um atypische Sonderfälle handeln, die vom Gesetzgeber in Kauf genommen werden.²²⁸ Davon aber kann bei multifunktionalen Geräten ersichtlich kei- ne Rede sein. Für PCs etwa²²⁹ ist dies evident. Sie werden typischerweise in erheblichem Umfang zur Erstellung eigener und nicht zur Nutzung fremder Inhalte eingesetzt. Soweit sie also im Tatbestand in die Vergü- tungspflicht einbezogen werden dürfen und nicht von vornherein eine ur- heberrechtlich relevante Nutzung in nennenswertem Umfang ausscheidet, muss daher im Rahmen der Vergütungshöhe berücksichtigt werden, dass diese Nutzung nur eine von unterschiedlichen Funktionen des PC dar- stellt. Ebenso ist für Multifunktionsgeräte, die verschiedene Kopierfunktio- nen in sich vereinigen, in Rechnung zu stellen, dass sie insbesondere in privaten Haushalten in erster Linie als Drucker und nur zu einem geringe- ren Teil zur Anfertigung von Vervielfältigungen genutzt werden. Aber auch dort, wo sie zum Kopieren eingesetzt werden, muss es sich keineswegs um Kopien urheberrechtlich geschützter Werke handeln. Nach der Le- benserfahrung werden derartige Geräte im privaten Bereich häufig auch nur zum Kopieren privater Unterlagen u.ä. gebraucht.

²²⁵ Vgl. zur Sachgesetzlichkeit als Gleichheitskriterium Jarass, in: Ja-
rass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 29.

²²⁶ Dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 30 ff.

²²⁷ BVerfGE 31, 255 (269).

²²⁸ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 31.

²²⁹ Vgl: dazu OLG München, GRURInt 2006, 338 (343 f.); Richter/Schmitt, CR
2005, 472.

Geräte, zwar noch unter die Abgabepflicht fallen, die aber typischerweise nur in einem geringen Teilbereich ihrer Funktionen in urheberrechtsrelevanter Weise genutzt werden, mit der vollen Abgabepflicht zu belasten, wäre „*in hohem Maße unangemessen*“, wie der *Bundesgerichtshof* in seiner Telefax-Entscheidung dies zutreffend formuliert hat.²³⁰ Es wäre damit auch gleichheitswidrig.²³¹

Zusammenfassend kann also festgehalten werden: für multifunktionale Geräte ist, soweit sie nicht bereits nach § 54 Abs. 1 UrhG-E tatbestandlich von der Vergütungspflicht ausgenommen sind, eine Absenkung der Zumutbarkeitsgrenze von 5% verfassungsrechtlich geboten. Dies folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG: die Gleichbehandlung dieser Geräte kann angesichts der wesentlichen Unterschiede in der entscheidenden Frage des Maßes urheberrechtsrelevanter Nutzung auch unter Gesichtspunkten gesetzgeberischer Typisierung nicht gerechtfertigt werden; das Erfordernis eines sachgerechten Ausgleichs der Belange von Urhebern, Nutzern und Herstellern würde zu Lasten der Hersteller verfehlt. Diese wären unverhältnismäßig und gleichheitswidrig betroffen und damit in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 GG verletzt.

V. Bestätigung aus Gemeinschaftsrecht

Die vorgesehene Regelung der §§ 54, 54a UrhG-E bedarf der gemeinschaftsrechtlichen Absicherung in zweifacher Hinsicht. Die Vorgaben der Urheberrechtsrichtlinie müssen gewahrt sein. Dies betrifft in erster Linie den durch die Richtlinie geforderten „gerechten Ausgleich“ für zugelassene Beschränkungen des Urheberrechts. Nicht unberücksichtigt bleiben kann aber auch, dass nationale Abgaben wie die nach §§ 54, 54a UrhG-E regelmäßig auch den innergemeinschaftlichen Handel berühren und da-

²³⁰ BGHZ 140, 326 (333).

²³¹ Zum Erfordernis der Angemessenheit einer Differenzierung im Rahmen der Gleichheitsprüfung s. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005 Rn. 438.

her unter am Maßstab des Primärrechts der Gemeinschaft, insbesondere der Grundfreiheiten des EGV zu prüfen sind.²³²

1. Richtlinienkonformität

a) Analoge und digitale Privatkopie - Vergütungssystem

Die Urheberrechtsrichtlinie verzichtet auf eine Harmonisierung der Vergütungspflicht für private Vervielfältigungen.²³³ Damit ist der nationale Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert, am System der Pauschalvergütung festzuhalten,²³⁴ wie dies auch in Erwägungsgrund 38 der Richtlinie zum Ausdruck kommt. Ein genereller Vorrang der Einzellizenz wird durch die Richtlinie nicht gefordert, auch nicht für die digitale Privatkopie, wenngleich nach Erwägungsgrund 38 den Unterschieden zwischen analoger und digitaler Privatkopie Rechnung getragen und „*hinsichtlich bestimmter Punkte zwischen ihnen unterschieden werden*“ sollte. Nach Erwägungsgrund 39 ist für die digitale Privatkopie darauf abzustellen, ob wirksame technische Schutzmaßnahmen verfügbar sind. Dieses Kriterium wird in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie näher konkretisiert.²³⁵ Wie aus den Gesetzesmaterialien deutlich wird, hat der Gesetzgeber dies nicht verkannt, geht aber in der aktuellen Situation davon aus, dass ein wirksamer Schutz durch DRM-Systeme derzeit noch nicht flächendeckend verwirklicht ist.²³⁶ Diese Einschätzung wird in der Rechtsprechung geteilt;²³⁷ sie ist, wie schon für die hierin gleichgelagerte verfassungsrechtliche Fragestellung ausgeführt wurde,²³⁸ hinreichend fundiert,²³⁹ um der gesetzgeberischen Entscheidung zugrundegelegt zu werden.

²³² Zur gemeinschaftsrechtlichen Fragestellung s. OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

²³³ OLG München, GRURInt 2006, 338 (346); Häuser, CR 2004, 829 (830).

²³⁴ Richter/Schmitt, CR 2005, 473 (479).

²³⁵ Richter/Schmitt, CR 2005, 473 (479).

²³⁶ S.o. I.1.a).

²³⁷ Vgl. OLG München, GRURInt 2006, 338 (343); LG Stuttgart, ZUM 2001, 614 (619).

²³⁸ S.o. III.3.b).

Ob also der Gesetzgeber gemeinschaftsrechtswidrig handeln würde, wenn er bei verfügbaren technischen Schutzvorkehrungen diese in Kenntnis der Richtlinie seinen Überlegungen nicht zugrundelegen würde,²⁴⁰ kann hier dahinstehen. Denn die Möglichkeiten von DRM-Systemen wurden, wie dargelegt, in der Gesetzgebung einbezogen und eingehend geprüft, mit dem Ergebnis, dass ein Ausstieg aus dem pauschalen Vergütungssystem derzeit noch nicht möglich ist.²⁴¹ Im übrigen bleiben DRM-Systeme nicht unberücksichtigt, wie dies auch Erwägungsgrund 38 und 39 der Richtlinie entspricht. Dies betrifft die Bestimmung der Vergütungshöhe, für die, wie dies auch Erwägungsgrund 35 vorsieht, gemäß § 54a Abs. 1 Satz 2 UrhG-E auf technische Schutzmaßnahmen abzustellen ist; dies betrifft etwa auch den unverkürzten Schutz der digitalen Privatkopie gegen Umgehungen nach § 95a UrhG.²⁴² Eben dieser weiterreichende Schutz der digitalen Privatkopie wird aus den in den Erwägungsgründen 38 und 39 aufgeführten Gesichtspunkten gerechtfertigt.²⁴³

Mithin ist festzuhalten: der Gesetzgeber durfte im „ersten Korb“ und darf im Rahmen des anstehenden zweiten Korbs der Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie am System der Pauschalvergütung auch der digitalen Privatkopie festhalten. Dies schließt nicht aus, dass der aus dem analogen Umfeld des UrhG 1965 herrührende kollektive Weg zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend dem Erwägungsgrund 38 der Richtlinie durch weitergehende individualrechtliche Lösungen ergänzt oder ersetzt werden sollte. Doch belässt hier die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber erheb-

²³⁹ Ebenso *Richter/Schmitt*, CR 2005, 473 (478); *Kreile/Becker*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (298); skeptisch etwa auch *Stickelbrock*, GRUR 2004, 736 (742) unter Berufung auf im Gesetzgebungsverfahren (zum ersten Korb) eingeholte Gutachten; *Schack*, ZUM 2002, 497 (510); *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820); anders wohl *Geerlings*, GRUR 2004, 207 (213).

²⁴⁰ So *Geerlings*, GRUR 2004, 207 (213).

²⁴¹ BT-Drucks. 16/1828, S. 28 f.

²⁴² Hierzu kritisch *Krüger*, GRUR 2004, 204 (205); durch den Verzicht auf die Durchsetzung von Schrankenbestimmungen im Rahmen des § 95b UrhG wird hier der gesetzliche Interessenausgleich weiter zugunsten der Urheber verschoben, was bei einer Gesamtbetrachtung nicht unberücksichtigt bleiben kann; vgl. hierzu *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 2. Aufl. 2006, § 54 Rn. 12.

²⁴³ *Krüger*, GRUR 2004, 204 (206).

liche Umsetzungsspielräume; sie sind mit den Regelungen der §§ 54, 54a UrhG-E jedenfalls gewahrt.

b) Gerechter Ausgleich

aa) Bereitstellung eines adäquaten Verfahrens

Damit konzentriert sich die Frage der Richtlinienkonformität der §§ 54, 54a UrhG-E darauf, ob entsprechend Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) der Richtlinie den Rechteinhabern ein gerechter Ausgleich in Gestalt einer angemessenen Vergütung gewährleistet wird. Es handelt sich hierbei, wie dargestellt,²⁴⁴ um einen unbestimmten Rechtsbegriff des Gemeinschaftsrechts. Dieser ist zwar, wie der *Europäische Gerichtshof*²⁴⁵ im vergleichbaren Zusammenhang der Richtlinie 92/100/EWG entschieden hat, autonom gemeinschaftsrechtlich auszulegen, doch hat jeder Mitgliedstaat für sein Gebiet die Kriterien festzusetzen, die am besten geeignet sind, die Beachtung dieses Gemeinschaftsbegriffs zu gewährleisten.²⁴⁶ Eben dies ist die Vorgehensweise des Gesetzgebers im Rahmen des „zweiten Korbs“ zur Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie. Der Gesetzentwurf enthält materielle Kriterien für die Bestimmung der Angemessenheit und stellt hierfür ein adäquates Verfahren bereit. Vom *Europäischen Gerichtshof* wurde ein Verfahren, bei dem die Bestimmung einer angemessenen Vergütung zunächst durch die Beteiligten erfolgte und für den Fall, dass es zu keiner Einigung kam, die nationalen Gerichte entscheiden sollten, als angemessen und gemeinschaftsrechtskonform gewertet.²⁴⁷ Dann aber ist auch für das im vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene Verfahren²⁴⁸ der Tariffestsetzung durch die Beteiligten in Selbstregulierung und der Entscheidung durch Schiedsstellen bzw. Gerichte im Fall einer Nichteinigung davon auszugehen, dass es die Bestimmung einer angemessenen Vergütung gewährleistet.

²⁴⁴ S.o. II.1.b).

²⁴⁵ EuGH, U.v. 06.02.2003, Rs. C 245/00, JZ 2003, 676.

²⁴⁶ EuGH JZ 2003, 676 (677), Rn. 34.

²⁴⁷ EuGH a.a.O., Rn. 45.

²⁴⁸ Dazu BT-Drucks. 16/1828 S. 63.

bb) Materielle Anhaltspunkte

Materielle Anhaltspunkte für die Bestimmung der Angemessenheit sind in der Urheberrechtsrichtlinie nur in allgemeiner Form benannt. Wenn hierbei im Wortlaut der Richtlinie wie auch im Erwägungsgrund 35 und auch im einleitenden Erwägungsgrund 10 durchweg auf die berechtigten Interessen der Rechteinhaber,²⁴⁹ den ihnen gebührenden gerechten Ausgleich abgestellt wird, so bedeutet dies nicht etwa, dass die berechtigten Interessen der Allgemeinheit oder Dritter – wie hier der Hersteller – nicht zu berücksichtigen wären. Denn rechtliche Erfordernisse wie die des gerechten Ausgleichs, der Angemessenheit sind notwendig darauf angelegt, in Relation zu entgegenstehenden Interessen gebracht zu werden. Der Begriff der angemessenen Vergütung muss es jedenfalls erlauben, zwischen den divergierenden Belangen ein „angemessenes Gleichgewicht“ herzustellen.²⁵⁰ Demgemäß ist für die Angemessenheit einer Vergütung auch im Zusammenhang der Richtlinie die Rechtfertigung, auf der die Schrankenbestimmung beruht, von maßgeblicher Bedeutung.²⁵¹ Unmittelbare Schrankenbestimmung ist hier die Zulassung der Privatkopie in § 53 UrhG; sie ist gerechtfertigt durch Erfordernisse einer „Informationsgesellschaft“, Informationsinteressen der Nutzer und der Allgemeinheit,²⁵² also durch gewichtige Gemeinwohlbelange. Diese sind jedenfalls mittelbar auch durch die Vergütungshöhe berührt, so dass auch die diesbezüglichen Regelungen des § 54a UrhG-E durch relevante Gemeinwohlbelange legitimiert sind. Diese sind bei der Bestimmung eines gerechten Ausgleichs ebenso zu berücksichtigen, wie die Belange der Hersteller, die auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht schutzwürdig sind. Die Grundrechte wirtschaftlichen Handelns haben auch gemeinschaftsrechtlichen Rang; Belastungen von Herstellern und Importeuren beeinträchtigen zu-

²⁴⁹ Vgl. auch Art. 5 Abs. 4 der Urheberrechtsrichtlinie; dazu näher *Senftleben*, GRURInt 2004, 200 (211).

²⁵⁰ Vgl. EuGH a.a.O., Rn. 36.

²⁵¹ Vgl. *Senftleben*, GRURInt 2004, 200 (211).

²⁵² S. zum Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit als Kriterium für die Auslegung von Schrankenregelungen BGHZ 150, 6 (8): 154, 265 (271).

dem den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes, den vor Verzerrungen zu schützen erklärtes Ziel der Richtlinie ist.²⁵³

Diese Gesichtspunkte einzubeziehen, will auch die generalklauselartig weite Fassung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie ermöglichen. Mit dem richtlinienkonform beibehaltenen System der Pauschalvergütung²⁵⁴ strebt der Gesetzgeber einen gerechten Ausgleich zugunsten der Rechteinhaber an. Er orientiert sich hierbei entsprechend Erwägungsgrund 35 der Richtlinie an der Nutzung der geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände. Die Bewertung nach den Maßstäben des Verfassungsrechts führte zu der Einschätzung, dass der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 54, 54a UrhG einen insgesamt angemessenen Ausgleich für urheberrechtlich relevante Nutzungsvorgänge erzielt hat. Die maßgebliche Interessenlage stellt sich für die Bewertung des erzielten Ausgleichs am Maßstab der Urheberrechtsrichtlinie nicht entscheidend anders dar.²⁵⁵ Auch hier sind die Rechte der Urheber, ist deren geistiges Eigentum in Konkordanz zu bringen mit Gemeinwohlbelangen einer Informationsgesellschaft, wie dies in Erwägungsgrund 3 der Richtlinie zum Ausdruck kommt; auch hier müssen jedoch Rechte Dritter gewahrt bleiben, wenn der Ausgleich, wie im Fall der Pauschalvergütung, primär zu deren Lasten erfolgt. Dass der Gesetzgeber mit den vorgesehenen Bestimmungen der §§ 54, 54a UrhG-E eine Fehlgewichtung der relevanten Belange vornehmen würde, kann im Blick auf einen richtlinienkonformen Ausgleich ebenso wenig festgestellt werden, wie aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel.²⁵⁶ Die Auswirkungen nationaler Abgaben auf den Binnenmarkt zu berücksichtigen und sie auch im Blick hierauf zu begrenzen, entspricht den Forderungen des Gemeinschaftsrechts.

²⁵³ So Erwägungsgrund 1.

²⁵⁴ *Kreile/Becker*, in: Festschrift Nordemann, 2004, S. 279 (284); *Stickelbrock*, GRUR 2004, 736 (741); *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (479); OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

²⁵⁵ Vgl. zum Interessenkonflikt hinsichtlich der Privatkopie Aschenbrenner, ZUM 2005, 145 (153); *Wandtke*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 2. Aufl. 2006, Einl UrhG Rn. 27.

²⁵⁶ Vgl. auch für § 53 Abs.5 UrhG 1965 *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13 (18), dort zur Bedeutung der Wertung in BVerfGE 31, 255 in gemeinschaftsrechtlicher Sicht.

Bilanz: Soweit der Richtlinie materielle Kriterien für einen „gerechten Ausgleich“ entnommen werden können, sind diese gewahrt; entscheidendes Kriterium für die Richtlinienkonformität ist zudem die Bereitstellung eines adäquaten Verfahrens, um zu diesem Ausgleich zu gelangen. Auch dem tragen die §§ 54, 54a UrhG Rechnung.

2. Primärrecht der Gemeinschaft

a) Tarifäre Handelshemmnisse ?

Nationale Abgaben sind im Binnenmarkt geeignet, den freien Warenverkehr zu beeinflussen. Damit stellt sich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht auch die Frage einer Vereinbarkeit der §§ 54, 54a UrhG-E mit der Grundfreiheit des Art. 28 EG, der Freiheit des Warenverkehrs.²⁵⁷ Die Anwendbarkeit des Art. 28 EG könnte allerdings fraglich sein im Hinblick auf das speziellere Verbot des Art. 25 EG für Abgaben zollgleicher Wirkung.²⁵⁸ Doch ist der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht eröffnet. Es handelt sich hier nicht „Abgaben“ i.S.d. Art. 25 EG. Darunter fallen zunächst unmittelbar vom Staat erhobene, einseitig-hoheitlich auferlegte Abgaben, aber auch parafiskalische Abgaben, die von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zur Finanzierung ihrer Aufgaben erhoben werden.²⁵⁹ Demgegenüber handelt es sich bei der urheberrechtlichen Geräteabgabe nach geltendem Recht und nach dem Gesetzentwurf um zwar hoheitlich und damit in grundrechtlicher Gebundenheit kraft Gesetzes auferlegte, aber privatrechtlich ausgestaltete²⁶⁰ und unmittelbar an die privaten Verwertungsgesellschaften und nicht an den Fiskus oder einen Para-Fiskus fließende Abgaben. Dies aber wäre in jedem Fall Voraussetzung für die An-

²⁵⁷ s. hierzu *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (480 f.); *Geerlings*, GRUR 2004, 207 (212); OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

²⁵⁸ Vgl. *Kamann*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 25 Rn. 21 sowie *Schroeder* a.a.O. Art. 28 Rn. 4.

²⁵⁹ *Kamann*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 25 Rn. 13.

²⁶⁰ Zu keiner anderen Beurteilung führt das U. des EuGH in der Rs.C-16/94, Slg. 1995, I-2421 – Dubois –; dort ging es um die vertraglich vereinbarte Übernahme von Kosten der von den Zollstellen vorgenommenen Kontrollen und Verwaltungsformalitäten, also um zollgleiche Abgaben.

wendung des Art. 25 EG. Auch fehlt es an zollgleicher Wirkung. Sie setzt voraus, dass die Abgaben wegen des Grenzübertritts erhoben werden.²⁶¹ Es muss sich um Abgaben handeln, die ausschließlich das eingeführte Erzeugnis als solches betreffen.²⁶² Dies ist bei den Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E nicht der Fall. Sie fallen auch deshalb nicht unter das generelle Verbot des Art. 25 EG.

Auch Art. 90 EG scheidet schon unter dem Gesichtspunkt der Abgabe tatbestandlich aus; hieraus kann also noch nicht die gemeinschaftsrechtliche Unbedenklichkeit der Geräteabgabe hergeleitet werden.²⁶³ Auch aus dem Urteil des *Europäische Gerichtshofs* vom 03.02.1981 zur Reprographieabgabe ergibt sich nichts anderes.²⁶⁴ Nach Art. 90 EG (ex-Art. 95) kann eine den innergemeinschaftlichen Handel behindernde Wirkung der Abgaben²⁶⁵ als Folge fehlender Harmonisierung im Bereich des Urheberrechts hinzunehmen sein, „*weil und soweit sie Teil eines allgemeinen inländischen Abgabensystems ist und die betroffenen Erzeugnisse systematisch nach objektiven Kriterien unabhängig von ihrem Ursprung erfaßt*“.²⁶⁶ Mit dieser Begründung wurde eine Abgabe, die zum Ausgleich von urheberrechtlichen Vergütungsverlusten durch die Verbreitung photomechanischer und ähnlicher Vervielfältigungsgeräte erhoben wurde und deren Erträge einem staatlichen Literaturförderungsfonds zugewiesen wurden, als nach ex-Art. 95 EWG-V (jetzt: Art. 90 EG) zulässige innerstaatliche Abgabe gewertet. Doch kann diese Aussage ungeachtet des urheberrechtlichen Sachzusammenhangs nicht auf die Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E übertragen werden.²⁶⁷ Es handelte sich im Entscheidungssachverhalt um Abgaben, die einem staatlichen Fonds der Franzö-

²⁶¹ Streinz, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 848.

²⁶² Vgl. EuGH, GRURInt 1981, 631 – Reprographieabgabe -.

²⁶³ Zur Spezialität des Art. 90 EG s. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 28 Rn. 4.

²⁶⁴ EuGH, Rs. 90/79, Kommission ./. Französische Republik, GRURInt 1981, 631.

²⁶⁵ S. hierzu *Schulze*, GRUR 2005, 629 (636); OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

²⁶⁶ EuGH, GRURInt 1981, 631 (632) – Reprographieabgabe -, Rn. 14.

²⁶⁷ Insoweit unklar OLG München, GRURInt 2006, 338 (346) und *Schulze*, GRUR 2005, 629 (636).

sischen Republik zugewiesen wurden, also um staatliche Abgaben.²⁶⁸ Deshalb war ex-Art. 95 EWG-V (jetzt: Art. 90 EG) einschlägig. Im hier zu beurteilenden Zusammenhang sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

Art. 90 EG betrifft, wie sich schon aus dem systematischen Zusammenhang der Norm ergibt, steuerliche und vergleichbare staatliche,²⁶⁹ insbesondere auch parafiskalische Abgaben.²⁷⁰ Ob die Abgabe innerstaatlich als Steuer, Gebühr oder Beitrag qualifiziert wird, ist für den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Abgabe in Art. 90 EG unerheblich.²⁷¹ Die Abgaben können an den staatlichen Fiskus oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft fließen – um dergestalt fiskalische oder parafiskalische Abgaben aber muss es sich jedenfalls handeln. Eben dies ist, wie dargelegt, bei den unmittelbar den Verwertungsgesellschaften und damit den Rechteinhabern zufließenden Einnahmen aus den urheberrechtlichen Vergütungen nicht der Fall; sie berühren in keiner Weise die fiskalische Sphäre. Dass sie aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts nicht ausschließlich der Ebene privatrechtlichen Interessenausgleichs zugeordnet werden können, sondern unmittelbar öffentlichen Interessen dienen, lässt die Rechtsnatur der Abgaben, auf die es im Rahmen des Art. 90 EG ankommt, unberührt.

Art. 90 EG ist mithin nicht einschlägig. Als gemeinschaftsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist Art. 28 EG – mit der Möglichkeit der Rechtfertigung nach Art. 30 EG²⁷² – heranzuziehen.²⁷³

²⁶⁸ S. auch EuGH Slg. 1993, 5509.

²⁶⁹ Vgl. zB EuGH EWS 2006, 327; EuGH Slg. 2003, 6065; 2000, 577; 1999, 2237; 3633; 3791.

²⁷⁰ S. zB EuGH Slg. 1997, 4911; 4939; 1998, 3775 für Vermarktungsabgaben; 1993, 5509 (= NVwZ 1994, 470) für Absatzförderungsfonds.

²⁷¹ Vgl. Vgl. *Kamann*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 90 Rn. 11.

²⁷² Diese besteht für Abgaben zollgleicher Wirkung nicht, vgl. *Kamann*, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 25 Rn. 21.

²⁷³ So auch *Geerlings*, GRUR 2004, 207 (212); *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (480) sowie für Art. 30, 36 EWG-V a.F. *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13 ff. und *Sack*, BB 1984, Beil. 15/H. 26, 24 ff.; wohl auch OLG München, GRURInt 2006, 338 (346) und OLG Celle, CR 1994, 534.

b) Freiheit des Warenverkehrs

aa) Art. 28 EG als Beschränkungsverbot

Angesichts der weiten Definition der nach Art. 28 EG unzulässigen „Maßnahmen gleicher Wirkung“ ist eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG auch für die Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E in Erwägung zu ziehen. Unter Maßnahmen gleicher Wirkung fällt jede staatliche Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu beeinträchtigen.²⁷⁴ Dass etwa die Einfuhr von Waren verhindert wird, ist nicht erforderlich; ausreichend ist es für die Annahme einer Maßnahme gleicher Wirkung bereits, wenn der innergemeinschaftliche Handel schwieriger oder kostspieliger gestaltet wird.²⁷⁵ Dies ist der Fall, wenn aus einem EU-Staat eingeführte Geräte oder Speichermedien mit den Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E belastet werden; dies ist auch der Fall bei der Haftung des Importeurs nach § 54b UrhG-E.²⁷⁶

Dass die Abgabepflicht auf Import- und Inlandsprodukte gleichermaßen anwendbar ist, führt zu keiner anderen Beurteilung.²⁷⁷ Denn bei der Freiheit des Warenverkehrs nach Art. 28 EG handelt es sich um ein Beschränkungs-, kein bloßes Diskriminierungsverbot.²⁷⁸ Der Rechtfertigung bedürfen also auch Beschränkungen des freien Warenverkehrs, die unterschiedslos gelten, es sei denn, es handelte sich um bloße Verkaufsmodalitäten.²⁷⁹ Dies aber ist bei produktbezogenen Abgaben wie der urheberrechtlichen Geräteabgabe schon dann auszuschließen, wenn das

²⁷⁴ Dassonville-Formel des EuGH, EuGH, Slg. 1974, 837, Rn. 5.

²⁷⁵ Vgl. *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (480).

²⁷⁶ Ebenso *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (489).

²⁷⁷ Dies erkennt *Geerlings*, GRUR 2004, 207 (212).

²⁷⁸ S. *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 800, 862.

²⁷⁹ Dies sind Regelungen, die sich lediglich auf den Vertrieb beziehen, sofern sie für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben „und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“ - Keck-Formel des EuGH, EuGH, Slg. 1993, I-6977, Rn. 16 f.

erste grobe Raster der Unterscheidung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Beschränkungen²⁸⁰ angelegt wird.²⁸¹

bb) Rechtfertigung nach Art. 30 EG

Von den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 30 EG kommt für die urheberrechtliche Geräteabgabe der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums in Betracht. Hierunter fällt auch das geistige Eigentum des Urhebers,²⁸² Urheberschutzrechte können also Beschränkungen des freien Warenverkehrs legitimieren.²⁸³ Um den Schutz der Verwertungsrechte des Urhebers aber geht bei den Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E; der Rechtfertigungsgrund des Art. 30 EG erstreckt sich auf die rechtlichen Instrumente, die gewerbliches oder kommerzielles Eigentums schützen.²⁸⁴ Die Legitimität dieser Zielsetzung wird durch die Urheberrechtsrichtlinie bestätigt, die zum Schutz der Verwertungsrechte des Urhebers verpflichtet. Die Ausgestaltung der Urheberrechte selbst und ihr Schutz ist dabei in den Grenzen des Gemeinschaftsrechts Sache des nationalen Gesetzgebers.²⁸⁵ Das Urheberrecht rechtfertigt Maßnahmen zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen, geistigen Eigentums grundsätzlich in der Ausgestaltung, die es durch den nationalen Gesetzgeber im Rahmen der ihm eröffneten Handlungsspielräume erfahren hat.

Da die Urheberrechtsrichtlinie insoweit bewusst auf eine Harmonisierung verzichtet, sind damit auch Beeinträchtigungen, die sich aus unterschiedlichen Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums ergeben, grundsätzlich hinzunehmen.²⁸⁶ Voraussetzung jedoch ist, dass die Geräteabga-

²⁸⁰ S. dazu *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 864; *Schroeder*, in: *Streinz*, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Art. 28 EG Rn. 41 ff.

²⁸¹ Vgl. für die Leerkassettenabgabe *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13.

²⁸² *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (480).

²⁸³ S. hierzu EuGH GRURInt 1989, 668 (669) für das Recht des Urhebers, die Vermietung von Leerkassetten zu untersagen; ebenso EuGH GRURInt 1971, 450; 1981, 229; *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13 (14 ff.); *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 866

²⁸⁴ *Epiney*, in: *Callies/Ruffert*, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 30 Rn. 18.

²⁸⁵ EuGH GRURInt 1983, 643; *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13 (17).

²⁸⁶ Vgl. OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

be als Beschränkung des freien Warenverkehrs nach Art. 30 EG nicht als ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder einer verschleierte Beschränkung des innergemeinschaftlichen Handels eingesetzt wird – dafür freilich sind keine Anhaltspunkte erkennbar²⁸⁷ – und dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, der auch für nicht-diskriminierende Regelungen gilt.²⁸⁸

Damit aber stützt auch Gemeinschaftsrecht die Forderung nach einer Begrenzung der urheberrechtlichen Geräteabgabe nach Verhältnismäßigkeitskriterien. Deren Eignung im Hinblick auf die Zielsetzung der Sicherung einer angemessenen Vergütung der Urheber zu beurteilen, ist zunächst Sache des Gesetzgebers. Er hat, wie sich im Zuge der verfassungsrechtlichen Bewertung ergab, seinen Prognosespielraum in dieser Frage²⁸⁹ nicht überschritten und durfte die Erforderlichkeit der Regelung im Hinblick darauf bejahen, dass technische Schutzmaßnahmen wie DRM-Systeme derzeit die Verwertungsrechte der Urheber nicht hinreichend schützen.²⁹⁰ Wenn der Gesetzgeber im Rahmen des § 54 a UrhG-E die Belastung der Hersteller und Importeure auf das Maß des Zumutbaren beschränkt, so trägt er damit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch nach Art. 30 EG Rechnung. Nationales Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht sind hier in ihrer Zielrichtung kongruent. Der Gesetzgeber wird durch Art. 28 EG nicht an der Regelung der Pauschalvergütung entsprechend §§ 54, 54a UrhG-E und der Haftung der Importeure gemäß § 54b UrhG-E gehindert, muss hierbei aber im Rahmen des Art. 30 EG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Eben dies folgt auch aus den Grundrechten wirtschaftlichen Handelns.

²⁸⁷ Vgl. für § 53 Abs. 5 UrhG a.F. – Leerkassettenvergütung - *Mestmäcker*, GRURInt 1985, 13 (15 ff.).

²⁸⁸ *Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 869.

²⁸⁹ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. 2006, Rn. 401 f.

²⁹⁰ S. auch *Richters/Schmitt*, CR 2005, 473 (480); näher o. V.1.a).

3. Bilanz und Ausblick

Auch hierin also bestätigt Gemeinschaftsrecht die hier erzielte verfassungsrechtliche Bewertung. Die vorgesehenen Regelungen der §§ 54, 54a UrhG-E erweisen sich als verfassungs- wie gemeinschaftsrechtskonform. Sie bewegen sich insbesondere innerhalb des von der Urheberrechtsrichtlinie eröffneten Umsetzungsspielraums und sind, soweit sie als Beschränkung der Grundfreiheit des Warenverkehrs nach Art. 28 EG wirken, gemäß Art. 30 EG gerechtfertigt. Voraussetzung ist jedoch, dass die Vergütungspflicht dort tatbestandlich ausgeschlossen wird, wo keine urheberrechtlich relevante Nutzung in nennenswertem Umfang erfolgt und dass eine Schwelle der Angemessenheit bezeichnet wird, wie sie auch verfassungsrechtlich geboten und ist und mit § 54a Abs. 4 UrhG-E, insbesondere auch der prozentualen Obergrenze nach Satz 2 sowie der Beschränkung für multifunktionale Geräte nach Satz 3 festgelegt wird. Ob und inwieweit zu einem späteren Zeitpunkt die weitere Entwicklung von DRM-Systemen den nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich zu einer Modifizierung des Systems der Pauschalvergütung veranlassen kann, ist derzeit nicht absehbar. Grundsätzlich ist der nationale Gesetzgeber auf Grund der Urheberrechtsrichtlinie gehalten, die diesbezügliche Entwicklung zu beobachten, um erforderlichenfalls den Besonderheiten der digitalen Kopie „*gebührend Rechnung zu tragen*“.²⁹¹ Angesichts des Verzichts des europäischen Gesetzgebers auf eine Harmonisierung und der weitreichenden Umsetzungsspielräume des nationalen Gesetzgebers ist diese Frage derzeit nicht aktuell.

²⁹¹

Erwägungsgrund 38; s. dazu OLG München, GRURInt 2006, 338 (346).

Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

I. Sachverhalt und Problemstellung:

Privatkopie und Geräteabgabe im „2. Korb“

Der Entwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22. März 2006 dient der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG. Ein Schwerpunkt ist die Neuregelung der Vergütung für private Vervielfältigungen.¹ Darum geht es in der vorliegenden Untersuchung. Sie konzentriert sich auf die folgenden Fragen, die auch im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere in der Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf eine zentrale Rolle spielen:

– Problemstellung: Pauschalvergütung dem Grunde nach – Nutzung „in nennenswertem Umfang“

Der Gesetzentwurf hält am System der Pauschalvergütung und an den Geräteabgaben der Hersteller fest. Für die Vergütungspflicht dem Grunde nach kommt es künftig nur jedoch nur noch darauf an, dass das jeweilige Gerät oder Speichermedium tatsächlich zur Vornahme von Vervielfältigungen genutzt wird. Diese Nutzung muss auch „in nennenswertem Umfang“ erfolgen – andernfalls entfällt die Vergütungspflicht schon im Tatbestand.

Der Bundesrat regt an², dieses einschränkende Kriterium der Nutzung in nennenswertem Umfang zu streichen.

Ob die de-minimis-Klausel des § 54 Abs. 1 UrhG-E verfassungskonform ist, ob sie nicht möglicherweise im Hinblick auf Rechte der Hersteller und Nutzer verfassungsrechtlich geboten ist, dem war hier nachzugehen.³

¹ Zum Inhalt der Neuregelung s. i.e. im Gutachten unter I.1., S. 4 ff.

² Zur Stellungnahme des Bundesrats und der Antwort der Bundesregierung s. im Gutachten unter I.2., S. 8 ff.

³ Hierzu s. im Gutachten unter III.; insbesondere zur de-minimis-Klausel unter III.5., S. 38 ff.

– Problemstellung: Höhe der Vergütung und Zumutbarkeit

Entscheidendes Kriterium für die Höhe der Vergütung ist nach § 54a UrhG-E das Maß der tatsächlichen Nutzung. Nach dessen Abs. 2 darf sich bei funktional zusammenhängenden Geräten oder Speichermedien keine unangemessen hohe Gesamtvergütung ergeben. Nach Abs. 4 darf die Vergütung die Hersteller nicht „unzumutbar belasten“. Dies bedeutet konkret: zwischen der Höhe der Vergütung und dem Gerätepreis muss ein wirtschaftlich angemessenes Verhältnis bestehen. 5 % des Gerätepreises werden als Obergrenze genannt, § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E. Für multifunktionale Geräte ist diese Grenze nach Satz 3 entsprechend abzusenken.

Der Bundesrat regt an, diese Festlegungen zu überprüfen, sowohl was die Maßgeblichkeit des Gerätepreises, als auch was die konkrete Zumutbarkeitsschwelle betrifft.

Ob und in welchem Maße diese Festlegungen mit Verfassungs⁴- und Gemeinschaftsrecht⁵ vereinbar, hierdurch möglicherweise auch gefordert sind, dem war also weiterhin nachzugehen.

Die aufgeworfene Fragestellung macht es erforderlich, sich zunächst der maßgeblichen verfassungsrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers zu vergewissern. Sie sind die Grundlage der dieser Untersuchung.

II. Bindungen des Gesetzgebers: Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht

1. Urheberrechtsrichtlinie: gerechter Ausgleich und Gestaltungsspielraum

Die Urheberrechtsrichtlinie verzichtet auf eine Harmonisierung in der Frage der Privatkopie. Der nationale Gesetzgeber darf auch die digitale Privatkopie weiterhin zulassen. Die Rechteinhaber müssen jedoch einen

⁴ S. hierzu eingehend Abschnitt IV., S. 40 – 56.

⁵ S. hierzu eingehend Abschnitt V., S. 56 – 68.

„gerechten Ausgleich“ erhalten. Wie dieser Ausgleich auszusehen hat, wird nicht im einzelnen festgelegt. Aus den Erwägungsgründen wird aber deutlich: alle relevanten Umstände des jeweiligen Falles einer Ausnahme und Beschränkung sind zu berücksichtigen.⁶ Der Gesetzgeber hat hierbei erhebliche Gestaltungsfreiheit. Dies bedeutet für die verfassungsrechtliche Beurteilung: die Richtlinie belässt dem nationalen Gesetzgeber hinreichend Spielraum, um den Anforderungen des innerstaatlichen Verfassungsrechts unverkürzt Rechnung zu tragen.

2. Verfassungsrecht – Privatkopie und Geräteabgabe im grundrechtlichen Dreiecksverhältnis: Urheber, Hersteller, Nutzer

– Urhebereigentum und Grundrechtsausgestaltung

Für die Rechteinhaber bedeutet das Gesetz eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ihres Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.⁷ Da das geistige Eigentum der Urheber in besonderer Weise auf eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesen ist, besteht hierfür andererseits weitreichende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. Doch ist es ein anerkannter verfassungsrechtlicher Grundsatz, dass der Urheber an dem wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes zu beteiligen ist, während andererseits nicht jede geringfügige Beschränkung zwingend Ausgleichsansprüche nach sich ziehen muss.

– Grundrechte der Hersteller: Eingriffswirkung der Abgabe

Im Verhältnis zu den Herstellern bedeutet die Regelung der §§ 54, 54 a UrhG-E einen Grundrechtseingriff.⁸ Sie werden gezielt in Anspruch genommen, ihnen werden gezielt Kostenlasten auf Grund ihrer beruflich-gewerblichen Tätigkeit auferlegt. Damit wird in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG, jedenfalls aber in ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen. Daher gilt wie für jeden Grundrechtseingriff:

⁶ Dazu näher im Gutachten unter II.1., S. 11 ff.

⁷ Dazu näher im Gutachten unter II.2.a), S. 16 ff.

⁸ Dazu näher im Gutachten unter II.2.b), S. 19 ff.

der Eingriff muss verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Er bedarf eines legitimierenden Grundes und er muss verhältnismäßig – und dies bedeutet auch: zumutbar – sein.

Hierfür kommt maßgeblich es auf die Intensität des Eingriffs an. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass, anders, als bei der vergleichbaren Regelung im UrhG 1965, von der generellen Abwälzbarkeit der auf den Gerätepreis erhobenen Pauschalvergütung auf die Endverbraucher in der aktuellen Wettbewerbssituation nicht mehr ohne weiteres ausgegangen werden kann. Umso wichtiger ist eine Begrenzung dieser Vergütung dem Grunde wie der Höhe nach gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁹

– Belange der Nutzer und Gemeinwohlbelange in der Informationsgesellschaft

Die Geräteabgabe ist nach der Konzeption des Gesetzes Voraussetzung dafür, dass an der Zulässigkeit der Privatkopie in bisherigem Umfang festgehalten werden kann. Sie liegt also auch im Interesse der Nutzer und im Interesse der Allgemeinheit. Die Voraussetzungen freier Kommunikation durch Offenhalten freien Informationsflusses zu sichern, ist Aufgabe auch des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft.¹⁰ Dem dient auch die Inanspruchnahme der Hersteller über die Geräteabgabe. Die Bedeutung der §§ 54, 54a UrhG-E geht also über die einer interessenausgleichenden Norm des Privatrechts hinaus. Dies akzentuiert ihre Eingriffswirkung gegenüber den Herstellern.

III. Privatkopie, Geräteabgabe und Nutzung in nennenswertem Umfang

Verfassungsrechtlicher Auftrag des Gesetzgebers ist es, in diesem grundrechtlich geprägten Dreiecksverhältnis von Urhebern, Nutzern und Herstellern einen verfassungskonformen Ausgleich herzustellen.¹¹ Diesem Ausgleich dient sowohl die nähere Festlegung der Vergütungspflicht dem

⁹ Dazu insbesondere unter II.2.b)dd), S. 22 ff. sowie unter IV.2., S. 44 ff.

¹⁰ S. hierzu näher II.3., S. 24 ff.

¹¹ Zum verfassungsrechtlichen Auftrag des Gesetzgebers s. unter III.1., S. 27 ff.

Grunde nach und damit auch unter der einschränkenden Voraussetzung der Nutzung „in nennenswertem Umfang“, als auch die Begrenzung der Vergütung der Höhe nach.

– Grundsätzliche Zulässigkeit der Geräteabgabe als Konsequenz aus der Zulassung der Privatkopie

Vorauszuschicken ist zunächst: von der Verfassungsmäßigkeit der Grundsatzentscheidung für die Zulassung auch der digitalen Privatkopie im „ersten Korb“ ist hier auszugehen. Die hierfür tragenden Erwägungen sind nach wie vor gültig, auch im digitalen Bereich. Neben den Gesichtspunkt des Marktversagens tritt das Interesse der Allgemeinheit an einem unkomplizierten Zugang zu vorhandener Information.¹² Der Gesetzgeber realisiert hier den spezifischen Sozialbezug des Urheberrechts,¹³ das erst im Austausch mit Dritten zur Wirkung kommt.

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber (noch) nicht ausschließlich auf technische Schutzmaßnahmen der Berechtigten setzt. Dass es dann dem Grunde nach gerechtfertigt ist, anstelle der nur schwer zu erfassenden Nutzer auf die Hersteller in Anspruch zu nehmen, muss im Grundsatz ebenfalls als geklärt gelten.¹⁴ Wenn der Gesetzgeber die Hersteller als Dritte belastet, ist er allerdings gehalten, den Eingriff sowohl dem Grunde nach als auch in der Höhe unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zu begrenzen. Nicht nur den Urhebern muss ein „angemessener“ Ausgleich verschafft werden; auch die Belastung der Hersteller muss „angemessen“ sein.¹⁵

**– de-minimis-Klausel als Verfassungsgebot:
Übermaßverbot und Gleichheitssatz**

Die Kriterien hierfür werden verfassungsrechtlich nicht en détail vorgegeben. Der Gesetzgeber darf typisieren. Das in § 54 Abs. 1 UrhG-E enthaltende, einschränkende Kriterium der Nutzung in nennenswertem Umfang

¹² S. im Gutachten unter III.2.b), S. 30 ff.

¹³ S. im Gutachten unter III.2.a), S. 28 ff.

¹⁴ Dazu näher unter III.3., S. 33 ff.

¹⁵ Vgl. im Gutachten unter III.4., S. 36 ff.

bildet jedoch ein notwendiges Korrektiv für die weite Fassung des Tatbestands und das grobe Raster der gesetzlichen Typisierung. Die de-minimis-Klausel trägt dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ebenso Rechnung, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie ist mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar, da nicht jede geringfügige Nutzung vergütet werden muss. Die de-minimis-Klausel des Entwurfs ist also verfassungskonform. Sie ist darüber hinaus verfassungsrechtlich geboten. Sie ist unverzichtbar, um den mit der Geräteabgabe erfolgenden Grundrechtseingriff bereits im Tatbestand auf ein gegenüber den Herstellern angemessenes, dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot wie dem Gleichheitsgebot konformes Maße zu begrenzen.¹⁶

IV. Vergütungshöhe und Zumutbarkeitsschwelle – Verfassungsfragen des § 54a UrhG-E

Um den verfassungskonformen Ausgleich der Belange der Rechteinhaber, der Hersteller und der Nutzer bzw. der Allgemeinheit in der Informationsgesellschaft geht es bei der Bestimmung und Begrenzung der Gerätevergütung der Höhe nach.

– Zumutbarkeitsschwelle als Verfassungsgebot

Mit der Maßgeblichkeit der tatsächlichen Nutzung in § 54a UrhG-E wird der Ansatz des § 54 UrhG-E für die Vergütungspflicht dem Grunde nach auch für die Höhe der Vergütung konsequent fortgeführt.¹⁷

Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass die Vergütungshöhe außer Verhältnis gerät zum wirtschaftlichen Nutzen der Hersteller, der ja ihre Heranziehung materiell erst rechtfertigt – insbesondere dann, wenn die Abgaben nicht abgewälzt werden können. Das Erfordernis der Angemessenheit der Gesamtvergütung bei funktionell zusammenhängenden Geräten nach § 54a Abs. 2 UrhG-E ist daher ein notwendiges Korrektiv.¹⁸

¹⁶ Dazu näher im Gutachten unter III.5., S. 33 ff.

¹⁷ Dazu näher im Gutachten unter IV.1., S. 41 ff.

¹⁸ S. im Gutachten unter IV.1.c), S. 43 f.

Erst recht gilt dies für die Zumutbarkeitsschwelle des § 54a Abs. 4 UrhG-E, die den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unmittelbar zum Ausdruck bringt.¹⁹ Die Belastung der Hersteller als Grundrechtseingriff kann nur nach Maßgabe ihres wirtschaftlichen Nutzens gerechtfertigt werden; die objektiv-grundrechtlich zugeordneten Gemeinwohlbelange einer Informationsgesellschaft unterstreichen diese Forderung.

Für die Bestimmung der Zumutbarkeitsschwelle darf der Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise an den Gerätepreis anknüpfen.²⁰ Er ist Indiz sowohl für die Leistungsfähigkeit eines Geräts und damit das typischerweise vorauszusetzende Ausmaß urheberrechtsrelevanter Nutzung, als auch für den wirtschaftlichen Nutzen des Herstellers. Hierin liegt auch keine unangemessene Benachteiligung der Urheber. Die Prognose des Gesetzgebers, es werde zu keiner signifikanten Minderung der Gesamtvergütungen kommen, ist hinreichend abgesichert. Auch greifen die Rechteinhaber in zunehmendem Maße auf technische Schutzmaßnahmen wie DRM zurück. Diese generieren zusätzliche, individuelle Lizenzeinnahmen, die zu den pauschalen Geräteabgaben an die Verwertungsgesellschaften hinzutreten.

– Verbindliche Obergrenze als Gebot der Rechtssicherheit

Die Belastungen, die auf die Hersteller zukommen, müssen vorhersehbar und berechenbar sein. Dies ist ein Gebot der Rechtssicherheit. Deshalb muss eine Obergrenze festgelegt werden.²¹ Darin liegt kein Widerspruch zum angestrebten Systemwechsel von einer verbindlichen Festlegung fester Vergütungssätze hin zur Selbstregulierung der Beteiligten. Die ausdrückliche Festlegung der Zumutbarkeitsschwelle in § 54a Abs. 4 UrhG-E dient vielmehr der Rechtssicherheit im Stadium des legislativen Übergangs.²²

¹⁹ S. im Gutachten unter IV.2.a), S. 44 f.

²⁰ S. im Gutachten unter IV.2.b), S. 45 ff.

²¹ S. im Gutachten unter IV.3.a), S. 47 f.

²² S. im Gutachten unter IV.1.a), S. 41 f.

– Fünfprozentiger Anteil am Gerätepreis als verfassungsgeforderter Höchstbetrag

Sieht man den Gerätepreis als sachgerechte Bemessungsgrundlage, dann kann eine verbindliche Obergrenze nur mit einem bestimmten, prozentualen Anteil am Gerätepreise angegeben werden.²³ Im Vergleich zur seinerzeit verfassungsmäßigen fünfprozentigen Geräteabgabe nach § 53 Abs. 5 UrhG 1965 haben sich maßgebliche Bewertungsparameter zu Lasten der Hersteller verschoben;²⁴ dies gilt u.a. für die Abwälzbarkeit der Abgabe. Annähernd stabile oder möglicherweise auch ansteigende Einnahmen, von denen der Gesetzgeber ausgehen darf, sind darüber hinaus maßgebliches Indiz für die Ausgewogenheit auch der Neuregelung. Die Begrenzung der Geräteabgabe auf fünf vom Hundert des Gerätepreises bedeutet daher im Ergebnis keine unverhältnismäßige Beschränkung der Eigentumsrechte der Urheber.²⁵ Sie ist darüber hinaus auch aus der Sicht der eingriffsmäßig betroffenen Hersteller geboten, um ihnen gegenüber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit effektiv zu wahren und Rechtssicherheit zu schaffen.

Wie schon bei der seinerzeitigen Bestimmung des § 53 Abs. 5 UrhG 1965, muss es sich auch bei der des § 54a Abs. 4 Satz 2 UrhG-E um einen nicht den Regelfall bildenden, echten Höchstbetrag handeln.²⁶

– Absenkung für multifunktionale Geräte als Gebot der Verhältnismäßigkeit und des Gleichheitssatzes

Wenn die Zumutbarkeitsschwelle des § 54a Abs. 4 UrhG-E nach dessen Satz 3 für multifunktionale Geräte gesondert zu bestimmen ist, so liegt dies in der Konzeption des Gesetzes selbst begründet. Dies ist aber auch verfassungsrechtlich geboten. Wenn ein Gerät, das i.w. nur in urheberrechtlich relevanter Weise genutzt wird, mit allenfalls 5% des Verkaufspreises zugunsten der Rechteinhaber belastet werden darf, so ist diese

²³ S. im Gutachten unter IV.3.b) aa), S. 48 f.

²⁴ S. im Gutachten unter IV.3.b) bb), S. 49 f.

²⁵ S. im Gutachten unter IV.3.b) bb), S. 50 f.

²⁶ S. im Gutachten unter IV.3.b) dd), S. 53 f.

Grenze für Geräte, die nur teilweise in dieser Weise genutzt werden, entsprechend niedriger anzusetzen. Dies ist ein Gebot der Verhältnismäßigkeit, die in Relation zum legitimierenden Grund für die Gebührenbelastung zu sehen ist. Dies ist auch ein Gebot der Gleichheit, Art. 3 Abs. 1 GG.²⁷

V. Bestätigung aus Gemeinschaftsrecht

1. Urheberrechtsrichtlinie

Die Urheberrechtsrichtlinie verzichtet auf eine Harmonisierung der Vergütungspflicht für private Vervielfältigungen. Ein genereller Vorrang der Einzellizenz wird durch die Richtlinie nicht gefordert. Dass verfügbare technische Schutzmaßnahmen berücksichtigt werden sollen, hat der Gesetzgeber nicht verkannt. Damit konzentriert sich die Frage der Richtlinienkonformität auf die eines gerechten Ausgleichs. Der Begriff ist gemeinschaftsrechtlich zu definieren, die Kriterien hierfür jedoch sind vom nationalen Gesetzgeber aufzustellen. Das vorgesehene Verfahren gewährleistet auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht die Bestimmung einer angemessenen Vergütung als Element eines gerechten Ausgleichs.²⁸

In materieller Hinsicht²⁹ sind relevante Gemeinwohlbelange der Informationsgesellschaft ebenso zu berücksichtigen, wie die Belange der Hersteller, die auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht schutzwürdig sind. Mit dem richtlinienkonformen System der Pauschalvergütung strebt der Gesetzgeber einen gerechten Ausgleich an. Dass im Rahmen der §§ 54, 54a UrhG-E eine Fehlgewichtung der relevanten Belange erfolgen würde, kann im Blick auf einen richtlinienkonformen Ausgleich ebensowenig festgestellt werden, wie aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel.

²⁷ S. im Gutachten unter IV.4., S. 53 ff.

²⁸ S. im Gutachten unter IV.3.b) aa), S. 59 f.

²⁹ S. im Gutachten unter V.1.b) bb), S. 60 f.

2. Primärrecht

Die Abgaben nach §§ 54, 54a UrhG-E sind Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.v. Art. 28 EG;³⁰ weder Art. 25 EG noch Art. 90 EG kommen zur Anwendung.³¹ Dass sie auf Import- und Inlandsprodukte gleichermaßen anwendbar sind, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn Art. 28 EG ist ein Beschränkungs-, kein bloßes Diskriminierungsverbot. Doch erstreckt sich der Rechtfertigungsgrund des Art. 30 EG auf das Urheberrecht und auf die rechtlichen Instrumente, die dieses schützen.³² Die Legitimität dieser Zielsetzung wird durch die Urheberrechtsrichtlinie bestätigt. Da die Richtlinie insoweit bewusst auf eine Harmonisierung verzichtet, sind Beeinträchtigungen auf Grund unterschiedlicher Regelungen zum Schutz des geistigen Eigentums grundsätzlich hinzunehmen, solange sie diskriminierungsfrei und verhältnismäßig sind. Damit aber stützt auch Gemeinschaftsrecht die Forderung nach einer Begrenzung der urheberrechtlichen Geräteabgabe nach Verhältnismäßigkeitskriterien. Nationales Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht sind in ihrer Zielrichtung kongruent.

Gemeinschaftsrecht bestätigt die auf der Grundlage des nationalen Verfassungsrechts erzielte Beurteilung.

Leipzig, den 01. September 2006



(o. Prof. Dr. C. Degenhart)

³⁰ S. im Gutachten unter V.2.b) aa), S. 65 f.

³¹ S. im Gutachten unter V.2.a), S. 62 ff.

³² Dazu näher unter V.2.b) S. 66 ff.