



Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009

Urheberrecht „Dritter Korb“

Einleitende Bemerkungen

Die rasche Aufnahme der Arbeiten an einem „Dritten Korb“ kann aus Sicht des Max-Planck-Instituts nur begrüßt werden, denn eine zügige Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse einer sich immer stärker ausbildenden Wissens- und Informationsgesellschaft erscheinen dringend notwendig.

Die Herausbildung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts muss daher Leitgedanke der erneuten Novellierungen sein, denn Zugang zu Informationen, wissenschaftlicher Forschung und Bildung sind Grundlagen für Innovation und damit wirtschaftliche Entwicklung und Wohlstand schlechthin.

Die Wissenschaft bringt die Grundlagen jener Erkenntnisse hervor, die neue kommerzielle Anwendungen von Wissen erlauben, und die letztlich in jene Wertschöpfungen münden, die der gesamten Gesellschaft zugute kommen. Damit Wissenschaft und Forschung die ihnen zugedachten Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllen können, muss eine Reihe von Rahmenbedingungen erfüllt sein. Die Berücksichtigung folgender Kerngedanken ist daher essentiell: Die Wissenschaft ist in erster Linie auf das bereits vorhandene Wissen angewiesen, weshalb sie eine lückenlose Informationskette benötigt. Information lässt sich nicht substituieren, was sie zu einem besonders sensiblen Gut macht. Wer Forschung betreibt, benötigt nämlich ganz spezifische Informationen, die nicht einfach durch ältere oder andere Informationen ersetzt werden können. Informationen müssen daher frei zugänglich sein – insbesondere darf das Urheberrecht nicht missbraucht werden, um Zugang zu beschränken und Wissen – z.B. in Preis treibender Weise – zu monopolisieren. Dies muss bei der konkreten Ausgestaltung von Schranken, aber auch bei der Diskussion um ein mögliches Zweitverwertungsrecht wissenschaftlicher Autoren sowie bei der



Frage, ob die Einführung einer Zwangslizenz im Bereich der wissenschaftlichen Fachpublikationen erforderlich ist, Berücksichtigung finden.

Will Deutschland seine Stellung als Wissens- und Bildungsstandort nicht gefährden, muss zudem auch ein einfacher Zugang zu Information und Wissen für Bürger in Bildungseinrichtungen, Bibliotheken und Archiven möglich sein – Schrankenregelungen sind hier das Mittel der Wahl, um eine preiswerte und sichere Versorgung zu garantieren. Das Vertrauen auf vertragliche Einigungen zwischen Urhebern und Verwertern auf der einen Seite und Mittlern auf der anderen Seite kann sich als trügerisch und kurzsichtig erweisen. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass der Bildungsbereich aktuell restriktiver behandelt wird als der Forschungsbereich; hierauf wird auch im Grünbuch der Europäischen Gemeinschaften „Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft“, KOM (2008) 466 vom 16.07.2008 hingewiesen, ohne dass hierfür – insbesondere auch aus europäischer Sicht – Anlass besteht. Bildungseinrichtungen dürfen aber nicht von der Entwicklung im Bereich der Informationstechnologie abgeschnitten werden – auch dies gilt es im Rahmen des „Dritten Korbes“ zu berücksichtigen.

A. Prüfbitten des Bundesministeriums

I. Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und Verbot der Herstellung einer Kopie durch Dritte

Nach § 53 Abs. 1 UrhG sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern zulässig, sofern die Vervielfältigungen weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels

beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.

1. Kopien nur vom Original:

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

2. Vervielfältigungen durch Dritte:

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

1. Die Privatkopie steht nicht zum ersten Mal im Fokus der Gesetzgebungsbemühungen – insbesondere schon in den ersten beiden Urheberrechtsnovellen nahm das Thema der Privatkopie, insbesondere die Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit, einen großen Raum, nicht nur in der juristischen, sondern auch in der gesellschaftlichen Debatte ein. Es ist daher nicht verwunderlich, dass es fast keinen Aspekt mehr gibt, der noch nicht ausführlich beleuchtet und untersucht worden wäre; auch ist nicht erstaunlich, dass es kaum offene dogmatische Fragen gibt. Im Ausgangspunkt ist daher festzustellen, dass es sich bei der Diskussion nicht um eine genuin rechtliche, sondern primär um eine rechtspolitische handelt.

Mit Blick auf die aktuell im Raum stehende Beschränkung auf Kopien nur vom Original sowie das Verbot der Herstellung durch Dritte lässt sich zunächst einmal festhalten, dass beide Einschränkungen grundsätzlich mit den europäischen und internationalen Vorgaben vereinbar wären. Auch gibt es natürlich Befürworter, die darauf verweisen, dass derartige Beschränkungen das Rechtsbewusstsein der Nutzer für die Grenzen der Privatkopie schärfen könnten.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch sehr schnell, dass die vorgeschlagenen Begrenzungen nicht überzeugen können. Erster und wesentlicher Grund hierfür ist



der Aspekt der Durchsetzbarkeit: Was nützt eine Beschränkung auf dem Papier, wenn sie sich in der Praxis als zahnlöser Tiger erweist. Die Frage, die sich in diesem Kontext stellt, ist nämlich: Wie kann der Rechteinhaber kontrollieren, ob es sich um eine Herstellung nur vom Original handelt, oder dass ein Nutzer sie selbst für eigene Zwecke hergestellt hat?

Vielleicht sollte man sich erneut vergegenwärtigen, dass die Privatkopie ihre historische Begründung im Problem der Durchsetzbarkeit findet. Sie wurde im UrhG 1965 eingeführt, weil man zu der Einsicht kam, dass private Vervielfältigungen nicht zu erfassen und zu kontrollieren sind und dementsprechend ein Verbotsgesetz nicht durchsetzbar und mit Blick auf das Rechts- und Unrechtsbewusstsein der Nutzer daher schädlich wäre.

Auch ist zu bedenken, dass die kontinuierlichen Verschärfungen des Urheberrechts in den vergangenen Jahren keine merkbaren Verbesserungen zugunsten der Medienindustrie gebracht haben. Die Akzeptanz des Urheberrechts hat jedoch mit jeder aus der Sicht der Verbraucher erfolgten Verschärfung des Urheberrechts gelitten – insbesondere junge (und keineswegs von vornherein zu illegalem Verhalten bereite) Nutzer empfinden das Urheberrecht zunehmend als Gängelung.

Hinzukommt, dass das System der Privatkopiefreiheit insbesondere auch im Zusammenspiel mit technischen Schutzmaßnahmen schon jetzt für Laien kaum vermittelbar ist. Dies soll nicht heißen, dass das bestehende System der Privatkopiefreiheit aufgegeben werden soll – allerdings ist zu bedenken, dass die Akzeptanz des Rechts auch nicht durch ein zu rigides oder schlicht nicht mehr nachvollziehbares Schutzsystem gefährdet werden sollte. Die Forderung nach einer Einschränkung der Privatkopie in der angesprochenen Weise wurde ja auch nicht etwa deshalb in der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drs. 16/1828, S. 19) abgelehnt, weil den Medienunternehmen ein legitimes Interesse abgesprochen worden wäre, sondern, weil die Regierung zu Recht davon ausgegangen ist, dass ein Verbot, das nicht durchsetzbar wäre, auch keine Verankerung im Gesetz finden sollte. Denn Verbotswerte, die nicht – oder nur mit unangemessenem Aufwand oder unter Beeinträchtigung wesentlicher Rechtsgüter (Privatsphäre, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Unverletzlichkeit der Wohnung) – durchsetzbar sind und daher



in bestimmten Bereichen immer weniger befolgt werden, können das gesamte System in Gefahr bringen.

Zudem ist längst bekannt, dass digitale Vervielfältigungen von ihrer Vorlage oft nicht mehr zu unterscheiden sind – so kann man schon in der Begründung des Regierungsentwurfs zum 2. Korb lesen: „Der Verbraucher kann in der digitalen Welt beim gegenwärtigen Stand der Technik nicht zweifelsfrei ermitteln, ob die Kopiervorlage ein Original ist. Bei Offlinemedien wie etwa CDs ist in der Regel allein das Booklet, nicht aber der Tonträger selbst geeignet, die Originalität der Vorlage zu belegen. Das ist auch der Grund, weshalb nach den Angaben des Handels bei Tonträgerhändlern eben diese Booklets, weniger aber die Tonträger selbst gestohlen werden.“ (BT-Drs. 16/1828, S. 19).

Würde man das Vorliegen eines rechtmäßig erlangten körperlichen Werkstücks fordern, käme dies aber gleichzeitig einem Verbot der webbasierten digitalen Privatkopie gleich. In diesem Kontext ist zu beachten, dass die Schranke der Vervielfältigungsfreiheit schon heute nicht durchsetzungsstark ausgestaltet ist (vgl. §§ 95 a, 95 b I Nr. 6 UrhG); Urhebern bzw. Rechtsinhabern bleibt es daher unbenommen, digitale Vervielfältigungen von Onlinevorlagen durch den gezielten Einsatz von DRM-Systemen zu unterbinden.

2. Die erwogene personale Beschränkung schließlich würde dazu führen, dass ein maßgeblicher Teil bibliothekarischer Dienstleistungen nicht mehr ohne weiteres erbracht werden könnte – aber auch das Entstehen gewerblicher Vervielfältigungsangebote würde hierdurch verhindert. Wohl mag man darüber diskutieren, inwieweit Schrankenregelungen zum Ziel haben sollen, neue Geschäftsmodelle zu ermöglichen; jedenfalls sind oftmals und notwendigerweise sie es, welche Dritte – wie beispielsweise Bibliotheken – Zugang zu Informationen an sich vermitteln.

Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang auch, dass § 53 I Satz 2 UrhG ja schon heute eine Reihe von Beschränkungen vorsieht. So darf ein Dritter die Herstellung der Kopie auch aktuell nur vornehmen, sofern dies unentgeltlich geschieht, oder wenn es sich um eine Vervielfältigung auf Papier oder einen ähnlichen Träger mittels photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt. Zudem darf der Dritte auch keine Zusatzdienste anbieten,



die dem Auftraggeber die Entscheidung abnehmen, welches Werk im Einzelnen vervielfältigt werden soll.

Insgesamt sind weitere Beschränkungen der Privatvervielfältigungsfreiheit daher abzulehnen. Das permanente Drehen an immer kleineren Rädchen, um ein System, das in dieser Form schlicht nicht mehr funktioniert, zu erhalten, kann nicht überzeugen, sondern führt dazu, dass das Gesetz noch unverständlicher und an Akzeptanz vollends verlieren wird.

Angesichts dieses Befundes sollte man statt über neue Hürden im Kontext von Schrankenbestimmungen von gesetzgeberischer Seite her sinnvoller über Verbesserungen des bestehenden Vergütungssystems nachdenken. Aus Sicht der Anbieter wäre es sodann angezeigt, statt des Rufs nach immer differenzierteren Schutzmechanismen über kreative, von den Verbrauchern angenommene Vertriebsmodelle nachzudenken. Vieles vermag der Markt ohne rechtliche Eingriffe zu regeln, wenn optimierte Angebote die wahren Nachfragen angemessen zu befriedigen vermögen – weist doch eine Vielzahl von Studien nach, dass der Nachfrager keineswegs unwillig ist, eine angemessene Vergütung etwa für den Konsum von Musik zu bezahlen, wenn das Angebot für ihn stimmt.

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

Bezüglich dieser Frage lässt sich feststellen, dass wichtigstes Kriterium für die Bestimmung der Vergütungshöhe bei der Gestaltung der Tarife für Speichermedien und Geräte das Maß der tatsächlichen Nutzung der Geräte und Speichermedien für die Herstellung der Vervielfältigungen nach § 53 I-III UrhG ist (vgl. § 54 a I UrhG). Dieser Maßstab ist im Wege empirischer Untersuchungen zu ermitteln. Eine tatsächliche Reduktion der Vervielfältigungen würde sich daher im Ergebnis der Untersuchung widerspiegeln und von den Verwertungsgesellschaften berücksichtigt



werden müssen; konkret bedeutet dies, dass bei einem Verbotsrecht auch die Einnahmen der Kreativen sinken würden – denn die Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften würden geringer.

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

Der Deutsche Bundestag hat gebeten, ein gesetzliches Verbot intelligenter Aufnahmesoftware zu prüfen. Als intelligente Aufnahmesoftware werden Computerprogramme bezeichnet, mit denen gezielt Musiktitel automatisiert aus dem Webradioangebot herausgefiltert und aufgenommen werden können. Die Programme können so auch zur Anfertigung von Privatkopien genutzt werden, die nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig sind. Das Verbot bezieht sich damit auf eine bestimmte Technologie und nicht auf den Umfang der zulässigen Privatkopie als solcher.

1. Besteht ein Bedarf für ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware? Können Sie Angaben zur Lizenzierungspraxis der Rechtsinhaber für Webradios und zu dem entsprechenden Vergütungsaufkommen sowie seiner Verteilung machen? Welche wirtschaftlichen Folgen entstehen für Urheber, ausübende Künstler und Tonträgerhersteller durch diese Software?

Das Schlagwort „Intelligente Aufnahmesoftware“ steht für ein Verfahren, mit dessen Hilfe die Aufnahme insbesondere von Musikwerken aus Webradio-Angeboten ermöglicht wird. Neben der im Vergleich zu traditionellen Aufnahmetechniken erhöhten Benutzerfreundlichkeit aufgrund einer enormen Schnelligkeit und der Möglichkeit eine digitale Kopie zu erstellen, ist zudem auch ein gezieltes Herausfiltern von Metadaten (Titel, Urheber, Interpret, Album) möglich. Technisch wird dabei Musik, die im Internet gesendet/gestreamt wird, auf der Festplatte des Benutzers



gespeichert – insofern unterscheidet sich der Vorgang vom typischen Geschehen beim Online-Recording.

In rechtlicher Hinsicht aktualisiert sich bei der Verwendung dieser Software aus Nutzersicht die Privatkopieschranke nach § 53 I Satz 1 UrhG, wonach eine natürliche Person einzelne Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch auf ihre Festplatte speichern darf, sofern dies weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient und sofern nicht eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet – und das Webradio nicht rechtswidrig veranstaltet wurde (§ 96 II UrhG).

Sendet ein Webradio sein Programm in diesem Sinne rechtmäßig aus, führt die Benutzung intelligenter Aufnahmesoftware für Privatpersonen regelmäßig zu einem unter die Schranke der Privatkopie fallenden Vervielfältigungsexemplar; insoweit ist der Einsatz solcher Software nach gegenwärtiger Rechtslage nicht unzulässig.

Dem nun ein Verbot des Einsatzes solch intelligenter Aufnahmesoftware entgegenzusetzen, vermag aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen.

Zunächst gibt es keine empirischen Untersuchungen, die belegen würden, dass der Einsatz intelligenter Aufnahmesoftware zu messbaren Verwertungsproblemen auf Seiten der Rechtsinhaber führt, dass ihr Einsatz also beispielsweise zu einem Rückgang beim Kauf von Originalwerken führt. Vermutungen und Untersuchungen mit Bezug auf vergleichbares Nutzerverhalten legen vielmehr nahe, dass ihr Einsatz komplementär erfolgt, z.B. um sich bestimmte Titel gezielt vorab anzuhören, um damit einen Kaufentschluss zu bestätigen – nicht als Substitut. Intelligente Aufnahmesoftware ist nämlich oftmals nicht in der Lage, einen Titel von Anfang bis Ende aufzuzeichnen, vielmehr fehlen meistens – wenn auch geringe – Teile des Titel, sei es, weil dieser anmoderiert, sei es, weil er durch den nachfolgenden Titel überblendet wurde. Bevor eine erneute Beschränkung der Privatkopiefreiheit erwo-gen wird und hiermit im Ergebnis eine ganze Technologie verboten würde, sollte daher eine genaue Marktbeobachtung und Analyse vorgenommen werden. Dies ist umso wichtiger, als sich auch diese Beschränkung der Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit stellen muss, denn auch der Einsatz intelligenter Aufnahmesoftware spielt sich in der Privatsphäre ab – und selbst bei einem Verbot, das gegenüber den An-



bietern einfacher durchzusetzen wäre, könnten sich die Nutzer die Software immer noch von entsprechenden Angeboten aus dem Ausland herunterladen.

Problematisch ist aber allem voran, dass mit einem Verbot des Einsatzes der Technologie „intelligente Aufnahmesoftware“ auch das Aufzeichnen gemeinfreier Werke unterbunden würde. Das Urheberrecht darf jedoch nicht dazu führen, dass Technologien und deren Weiterentwicklung verhindert werden, die auch einen rechtmäßigen Einsatz (selbst jenseits der Privatkopieschranke) finden können.

2. Können Sie hierzu empirische Untersuchungen vorlegen oder darauf verweisen?

Nein.

3. Welche Auswirkungen sind bei einem Verbot intelligenter Aufnahmesoftware auf

-Softwareindustrie

-Anbieter von Audioinhalten (z.B. Webradios)

-Verbraucher

zu erwarten?

Sollte „intelligente Aufnahmesoftware“ in Deutschland nicht mehr zulässig sein, so ist zum einen nicht anzunehmen, dass deren Anbieter ihr Angebot nicht weiterhin in Ausland auf den Markt bringen; damit wäre ein Download aus Deutschland aber immer noch möglich. Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass hier eine Technologie insgesamt unterbunden würde, womit für deren Anbieter ein komplettes Geschäftsmodell – über den intendierten Bereich hinaus – rechtlich verhindert würde.

Für die Anbieter von Audioinhalten (Webradios) sind kaum relevante Auswirkungen zu erwarten, da Webradiobetreiber und Anbieter unabhängig voneinander ope-

rieren. Dass Webradios an Attraktivität verlieren würden, wenn die Aufnahmesoftware legal nicht mehr erhältlich wäre, ist kaum anzunehmen.

Für die Verbraucher wird hingegen eine einfache und verbraucherfreundliche Möglichkeit abgeschnitten, sich zeitungebunden mit gesuchter Musik vertraut zu machen, um gestützt darauf eine überlegte Kaufentscheidung zu treffen, und es wird ebenfalls – unnötig – verhindert, dass gemeinfreie Werke mitsamt den mitgelieferten Metadaten benutzerfreundlich aufgenommen werden können.

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

Ein Verbot bestimmter Technologien wirkt sich immer negativ auf die Weiterentwicklung gängiger und die Entwicklung neuer Technologien aus – zudem können Verbote zur Behinderung abhängiger Technologien führen.

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

Die effektive Durchsetzbarkeit des Verbotes kann bezweifelt werden, da sich der Einsatz im privaten Bereich der Nutzer abspielt. Hier wären Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Privatsphäre, Recht auf informationelle Selbstbestimmung) unvermeidlich. Allenfalls könnte der Absatz der Software verhindert werden, da die Anbieter leichter greifbar sind – es ist jedoch fraglich, ob dies zu einem Rückgang des Einsatzes von „intelligenter Aufnahmesoftware“ in messbarem Umfang führen würde, denn zum einen sind viele Nutzer bereits im Besitz der Software, und zum anderen könnte sie unproblematisch von ausländischen Anbietern bezogen werden. Dass die Nutzer aufgrund eines urheberrechtlichen Verbotstatbestandes den Einsatz unterlassen, kann aufgrund der aktuellen Erfahrungen mit Peer-to-Peer Systemen und sonstigen Online-Angeboten ebenfalls nicht angenommen werden. Es ist vielmehr auch in diesem Kontext zu erwarten, dass es zu erheblichen Akzeptanzproblemen kommen wird. Aus diesem Grund soll auch an dieser Stelle



nochmals betont werden: Ein Verbot, das nicht durchsetzbar ist, sollte mit Blick auf das Rechts- und Unrechtsbewusstsein der Nutzer auch nicht implementiert werden; ein solches Verbot würde das gesamte System in Gefahr bringen.

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

Auch hier ist festzuhalten, dass wichtigstes Kriterium für die Bestimmung der Vergütungshöhe bei der Gestaltung der Tarife für Speichermedien und Geräte das Maß der tatsächlichen Nutzung der Geräte und Speichermedien für die Herstellung der Vervielfältigungen nach § 53 I-III UrhG ist (vgl. § 54 a I UrhG). Dieser Maßstab ist im Wege empirischer Untersuchungen zu ermitteln (vgl. hierzu § 15 V a UrhWahrnG). Eine tatsächliche Reduktion der Vervielfältigungen wird sich daher im Ergebnis der Untersuchung widerspiegeln und von den Verwertungsgesellschaften berücksichtigt werden. Dies bedeutet, dass bei einem Verbotsrecht auch die Einnahmen der Kreativen sinken würden – denn die Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften würden geringer.

7. Wie wäre ein solches Verbot technologie-neutral zu formulieren?

Es wird ja gerade über ein Verbot einer konkreten Technologie, die genau bestimmte Features hat (Herausfiltern bestimmter Werke in Webradios und Abspeicherung auf der Festplatte) nachgedacht – wie ein solches Verbot technologie-neutral formuliert werden kann, ist nicht ersichtlich.

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

Sowohl der Deutsche Bundestag als auch der Bundesrat haben in ihren Entschlüssen das Bundesministerium der Justiz gebeten zu prüfen, ob ein Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen geschaffen werden sollte, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind.

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

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

a.) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Festgehalten werden soll zunächst, dass im Bereich der Wissenschaftspublikationen dringender Handlungsbedarf besteht, denn es besteht ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Wissenschaftlern auf der einen und Wissenschaftsverlagen auf der



anderen Seite. Dies resultiert in erster Linie daraus, dass ein Wissenschaftler in der Regel darauf angewiesen ist, seinen Beitrag in einem Medium zu veröffentlichen, das möglichst hoch angesehen ist; denn sein primäres Interesse ist die fachliche Anerkennung. Wissenschaftler akzeptieren daher oftmals nahezu jede Bedingung und räumen dem Verleger fast immer alle möglichen Rechte ein, nur um mit ihrem Beitrag in der jeweiligen Zeitschrift aufgenommen zu werden. Verlage, insbesondere jene, welche die in der Fachwelt angesehenen Periodika publizieren, haben daher eine enorme Machtposition.

Dieses Ungleichgewicht ist jedoch nicht nur aus Sicht der Urheber problematisch; vielmehr hat es auch Auswirkungen auf den Wissenszugang, denn in den letzten Jahren ist eine enorme Preisexplosion auf dem Wissenschaftsmarkt zu beobachten. So zeigen internationale Untersuchungen, dass sich die Preise im naturwissenschaftlichen Bereich innerhalb von rund zehn Jahren jeweils verfünffachen, und das, obwohl die Kosten insoweit tendenziell sinken, als immer weniger physische Exemplare hergestellt und vertrieben werden müssen.

Problematisch ist in diesem Kontext insbesondere die Zunahme des „e-only-Geschäftsmodells“ der Verlage, bei welchem Zeitschriften überhaupt nicht mehr gedruckt, sondern mit technischen Schutzmaßnahmen abgesichert nur noch elektronisch angeboten werden; denn hierdurch wird die Möglichkeit, Kopien – beispielsweise in Bibliotheken – anzufertigen, erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht. Für den Nutzer hat dies zur Folge, dass eine sogenannte „single-source-situation“ entsteht.

Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die Abhängigkeit von Verlagen wächst, die ihre Inhalte nur noch elektronisch und mit DRM-Systemen abgesichert anbieten, weshalb eine Neuorientierung im Bereich des Wissenschaftsurheberrechts im Zentrum der gesetzgeberischen Bemühungen des „Dritten Korbes“ stehen muss. Wissenschaft und Forschung werden nicht als Selbstzweck betrieben, sondern im Interesse der Allgemeinheit, die unmittelbar von einer Wissensmehrung profitiert. Vor diesem Hintergrund sollte auch nicht etwa allein auf vertragliche Regelungen in den AGB der Verlage vertraut werden, um einen sicheren und schnellen Zugang zu wichtigen Informationen zu garantieren. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine Regelung durch den Gesetzgeber erforderlich.



Aus Sicht des MPI ist der Vorschlag, ein Zweitverwertungsrecht für Urheber wissenschaftlicher Beiträge einzuführen und damit eine urhebervertragsrechtliche Lösung zu wählen, allerdings nur eine denkbare Alternative, um den Belangen von Wissenschaft und Forschung besser gerecht zu werden. Vielversprechender scheint aus verschiedenen Gründen die Einführung einer Zwangslizenz zu sein – vgl. hierzu die Antworten zu Frage Nummer 2.

Mit Blick auf die urhebervertragsrechtliche Lösung ist Folgendes zu bedenken: Grundsätzlich ist es natürlich gerechtfertigt, Urhebern bestimmter Werke nach einer angemessenen Frist das Recht zuzugestehen, die eigenen Inhalte – neben dem kommerziellen Angebot seitens der Verlage – auch in nicht kommerzieller Weise der Öffentlichkeit frei zugänglich zu machen. Hierdurch würde nämlich sowohl dem Interesse der Öffentlichkeit an Zugang zu den überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Inhalten Rechnung getragen, als auch dem Interesse der Wissenschaftler und der Forschungseinrichtungen, die auf einen schnellen und kostengünstigen Zugang zu Informationen angewiesen sind, um ihre eigene Forschungstätigkeit voranzutreiben. Im Ergebnis würde mithin das bestehende Kräfteungleichgewicht zumindest punktuell etwas ausgeglichen und ein einfacherer Informationszugang sichergestellt.

Allerdings bestehen auch Bedenken gegen eine solche urhebervertragsrechtliche Lösung – insbesondere was die praktische Umsetzbarkeit betrifft. Zum einen ist schon schwer zu definieren, was unter einer angemessenen zeitlichen Rückfallfrist zu verstehen ist. Sechs Monate sind aus Sicht gewisser naturwissenschaftlicher Disziplinen bereits viel zu lang, weil die Aktualität in diesem Zeitraum bereits entfällt, während etwa aus Sicht der Geisteswissenschaftler wohl nur ein deutlich längerer Zeitraum angemessen wäre, um die erforderliche Amortisationszeit des Verlegers nicht übermäßig zu beschneiden.

Zudem zeigen die Erfahrungen in der Praxis der Wissenschaftsbetriebe, dass der Gesetzgeber diesen Weg wohl gehen mag, es jedoch nicht dabei bewenden lassen sollte. Denn viele Urheber mögen sich nach der ersten Veröffentlichung nicht mehr um eine weitere Zugänglichmachung kümmern. Ihnen geht es oftmals schlicht darum, wissenschaftliches Renommee zu gewinnen und die Forschungsergebnisse der jeweiligen wissenschaftlichen „Community“ zu präsentieren, um so die eigene Kar-



riere voranzutreiben. Weitere Aufwendungen – etwa das Einstellen in institutionelle Repositories – werden als zeitliche Belastung empfunden, die von neuer Forschung abhält.

Zu dieser Annahme passt auch der Befund, dass zwar seit geraumer Zeit eine Vielzahl von Verlagen Zweitverwertungsrechte in ihren Verträgen vorsehen (die sog. „Green Road“) – das nachträgliche Verwenden der Inhalte in Open Access-Datenbanken also schon heute vergleichsweise weitreichend zulässig wäre – viele Urheber aber von dieser Möglichkeit schlicht keinen Gebrauch machen. Es bestehen also begründete Zweifel, ob eine gesetzliche Ermächtigung (anstelle der heute oftmals vertraglich eingeräumten) zu einer merklichen Veränderung des Verhaltens der dadurch Berechtigten führen würde. Dies spricht zwar nicht per se gegen den Ansatz; es zeigt aber, dass dieses Vorgehen allein nicht ausreichend ist, um die bestehenden Probleme in den Griff zu bekommen.

Zuletzt soll noch auf Folgendes hingewiesen werden: Sollte ein Zweitverwertungsrecht eingeführt werden, müsste zudem über eine Übergangsregelung für Altverträge nachgedacht werden.

b.) Ist insbesondere der vorgeschlagene Zeitraum von sechs Monaten angemessen? Ist es sachgerecht, für alle Arten von Publikationen (Natur-, Geistes-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften etc.) dieselbe Frist vorzusehen, obwohl im Bereich Naturwissenschaften der Aktualisierungszyklus wesentlich kürzer sein dürfte?

Unter Beachtung der Regelung in § 38 Abs. 1 UrhG erscheint eine einheitliche Frist von sechs Monaten für alle Arten von Fachpublikationen nicht als angemessen, da der Zugang zu Informationen im Bereich Wissenschaft, Technologie und Medizin (STM) oftmals sehr viel schneller benötigt wird, andererseits etwa im Bereich der klassischen Geisteswissenschaften eine deutlich längere Frist – auch im Interesse der Verlage – durchaus angemessen wäre.

Es ist jedoch äußerst schwierig, fachbezogen konkrete Zeiträume festzulegen. Zudem ist eine Differenzierung nach Wissenschaftsdisziplinen praktisch nicht ohne



Weiteres durchführbar, da in den meisten Bereichen interdisziplinär geforscht und gelehrt wird.

c.) Ist zu befürchten, dass ein Zweitveröffentlichungsrecht für Urheber deutschen Wissenschaftlern Publikationswege in international renommierten Fachzeitschriften verbauen könnte?

Eine Benachteiligung deutscher Wissenschaftler ist schon deshalb nicht zu befürchten, weil kollisionsrechtlich nicht an der Nationalität des Urhebers, sondern am Recht des Schutzlandes angeknüpft wird. Denn beim sogenannten Zweitveröffentlichungsrecht wird es sich nach wohl überwiegender Ansicht um eine Regelung handeln, welche die Übertragbarkeit einer Rechtsbefugnis beschränkt; für diese Frage ist die Anwendung der *lex loci protectionis* Regel weitgehend anerkannt.

Aber selbst für den Fall, dass der Gesetzgeber die fragliche Norm in dem Sinne vertragsrechtlich ausgestaltet, dass im Ergebnis das Vertragsstatut Anwendung findet, muss der deutsche Wissenschaftler keinen Wettbewerbsnachteil befürchten, weil es ohnehin sehr unwahrscheinlich ist, dass bei Veröffentlichungen in ausländischen Zeitschriften deutsches Vertragsrecht zur Anwendung kommt.

Vielmehr ist zu vermuten, dass es hier regelmäßig zu einer Abwahl des deutschen Rechts kommt – unabhängig davon, ob der Wissenschaftler deutscher Nationalität ist oder nicht.

Vor diesem Hintergrund sollte im Falle einer vertragsrechtlichen Konstruktion jedoch sichergestellt werden, dass § 32b UrhG nicht auf den Anspruch auf Zweitverwertung ausgeweitet wird.

Zudem ist eine Benachteiligung deutscher Wissenschaftler schon deshalb unwahrscheinlich, weil im Bereich der Wissenschaftspublikationen ein harter Wettbewerb um kluge Köpfe herrscht – fachlich qualifizierte Autoren sind schlicht erforderlich, um den Impact-Faktor der Zeitschrift hoch zu halten. Aus diesem Grund kann es sich keine renommierte Zeitschrift erlauben, einen Beitrag nicht zu veröffentlichen, nur weil der Autor aus Deutschland stammt. Das Renommee wissenschaftlicher Zeitschriften hängt zudem heute wesentlich von der Evaluation der Beiträge durch



Fachkollegen (Peer Review) ab. Deshalb ist gesichert, dass allein die fachliche Qualität den Ausschlag für die Veröffentlichung gibt.

d.) In welchem Umfang formatieren Wissenschaftsverlage die in die Periodika aufgenommenen Werke? Wäre eine Veröffentlichung in einer anderen Formatierung als der der Erstveröffentlichung sinnvoll?

Hierzu bestehen durchaus unterschiedliche Angaben und Meinungen. Oftmals sind die Layoutleistungen der Verlage im Einzelfall jedoch gering, da sich der Autor an eine Vielzahl von Layout-Vorgaben und formale Beschränkungen halten muss – der entscheidende Aufwand wird daher schon von ihm selbst getätigt.

Zu beachten ist auch, dass die oftmals von den Verlagen betonte Leistung des Peer Reviewing regelmäßig nicht honoriert wird – die Durchführung erfolgt vielmehr ebenfalls durch Wissenschaftler, auf deren eigene Kosten.

Allerdings investieren die Verlage durch beachtliche Summen in die Veredelung der Werke zum Zwecke ihrer Aufnahme in Datenbanken, insbesondere durch Verlinkungen etc. Dies lässt es heute angezeigt erscheinen, über die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Verleger nachzudenken. Eine solches würde gerade diesen von den Verlagen erbrachten Leistungskatalog angemessen schützen. Allerdings erscheint diese Diskussion gefährlich, denn verfügen die Verleger heute noch gleichzeitig über alle notwendigen Urheberrechte, so bedürfen sie dieses spezifischen Investitionsschutzrechts nicht, um sich gegen Übernahmen zu wehren.

Hinsichtlich der Veröffentlichung in einem anderen Format ist zunächst festzuhalten, dass ohne Veränderung des Werks an sich auch die urheberrechtliche Perspektive sich nicht ändert. Die Anknüpfung an die Formatierung des Verlags im Vorschlag des Bundesrates fokussiert daher nicht auf eine rechtliche Fragestellung, sondern vielmehr darauf, dass der Verleger damit quasi einen faktischen Schutz erlangt, weil beim traditionellen wissenschaftlichen Arbeiten häufig die zitierfähige Originalfassung benötigt wird. Mithin erlaubt die Regelung, z.B. in einem Open Access-Medium, nach Inhalten zu suchen; werden diese dann aber zu Belegzwe-



cken wirklich verwendet, muss doch auf das Angebot des Verlegers zurückgegriffen werden.

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

a.) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Die Einführung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz scheint aus verschiedenen Gründen eine geeignete Lösung, um dem digitalen Dilemma im Bereich des Wissenschaftsurheberrechts Abhilfe zu schaffen.

Vorab ist jedoch anzufügen, dass der Begriff der „Zwangslizenz“ präzisiert werden sollte, zum einen, da die Terminologie im Bereich der Immaterialgüterrechte nicht einheitlich verwendet wird, zum anderen aber auch, um Verwechslungen mit kartellrechtlichen Zwangslizenzen und zu weitgehende Assoziationen mit der patentrechtlichen Zwangslizenz zu vermeiden. Im konkreten Kontext soll der Begriff Zwangslizenz daher eine Konstellation beschreiben, in der zwar bestimmte Verbotsrechte des Rechtsinhabers eingeschränkt werden, dieser jedoch nach wie vor die Befugnis hat, über die Gegenleistung für das durch eine solche Zwangslizenz durchgesetzte Nutzungsrecht zu verhandeln.

Die Betonung dieser Befugnis des Rechtsinhabers verdeutlicht zugleich den Unterschied zu einer schrankenrechtlichen Regelung der Materie – im Falle einer Schranke verliert der Rechtsinhaber nämlich nicht nur sein Verbotsrecht, sondern auch die Befugnis, über die Höhe der Gegenleistung zu verhandeln, da in diesem



Fall ein gesetzlicher Vergütungsanspruch an die Stelle der individuellen Verhandlungsposition tritt.

Unabhängig von diesen sprachlich-dogmatischen Feinheiten lässt sich aber feststellen, dass die Einführung einer urheberrechtlichen Zwangslizenz durchaus das Potential hat, bestehende wettbewerbswidrige Zustände zu beseitigen, die sich aus der im Wissenschaftsbereich vorherrschenden „single-source-situation“ ergeben. Die Zwangslizenz bewirkt nämlich, dass neben den ursprünglichen Anbieter (ein oder mehrere) weitere Anbieter treten können, weshalb im Ergebnis die gewünschte Information von verschiedenen Seiten zur Verfügung gestellt wird und dem Nachfrager die Wahl bleibt, welche Quelle er bevorzugt heranzieht. Die Zwangslizenz ist daher im Ergebnis auch ein Mittel, um den Rechtsinhaber daran zu hindern, überzogene Preise zu verlangen – sie hindert ihn jedoch nicht daran, einen marktgerechten Preis anzusetzen.

Alles in allem scheint eine Zwangslizenz im oben beschriebenen Sinne mithin geeignet, dem monopolisierten Verhalten einiger international agierender – oftmals ausländischer – Wissenschaftsverlage wirkungsvoll entgegenzuwirken.

Gegen eine Zwangslizenz spricht zwar die Tatsache, dass die Autonomie des Urhebers nicht unerheblich eingeschränkt wird, denn er hat letztlich keine Entscheidungsbefugnis über den (weiteren) Veröffentlichungsort seines Werkes. Allerdings darf in diesem Kontext nicht vergessen werden, dass er hinsichtlich des Erstveröffentlichungsortes freie Wahl hatte. Demgegenüber würde ihm dieses nicht zugestanden, wenn ihm eine bestimmte Veröffentlichungspflicht (z.B. Open Access im Sinne der „Golden Road“; s.a. nachstehend 3.) – beispielsweise in den Vergabebedingungen für Forschungsmittel oder seitens der Anstellungsinstitution – vorgeschrieben würde.



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

Eine urheberrechtliche Zwangslizenz, die den Rechtsinhaber zwingt, einem Dritten zu angemessenen Bedingungen ein Nutzungsrecht einzuräumen, sollte nicht erst ab sechs Monaten gelten, sondern von Anfang an; denn bestimmte Informationen müssen im Interesse von Wissenschaft und Forschung vom ersten Tag an verfügbar sein. Wettbewerb ab Tag eins muss also die Prämisse sein. Gewiss knüpft an eine solche Regelung die Frage an, was im Streitfall gelten soll, würden lange Gerichtsprozesse den Sinn und Zweck einer Zwangslizenz doch von vornherein vereiteln. Tatsächlich stehen dafür aber durchaus prozessuale Maßnahmen zur Verfügung bzw. es können Nutzungshandlungen gegen Sicherheitsleistungen vorläufig erlaubt und Streitigkeiten über die Gegenleistungen später ausgetragen werden. Im Übrigen dürften Unsicherheiten vor allem in der Anfangsphase entstehen und zu überwinden sein, wenn eine ausreichend breite Gerichtspraxis Fragen der Angemessenheit der Vergütung geklärt hat.

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

Die Festschreibung urheberrechtlicher Nutzungsbedingungen zugunsten von Institutionen der öffentlichen Hand, insbesondere die Pflicht wissenschaftlicher Urheber in einer bestimmten Art und Weise oder in einem bestimmten Publikationsorgan zu publizieren, tangiert in erheblichem Maße die Wissenschaftsfreiheit. Zwar ist die Zugänglichkeit und Verfügbarkeit wissenschaftlicher Informationen ein zentraler



Aspekt einer digitalen Forschungsumgebung, Open Access sollte aus diesem Grund auch gefördert, nicht aber aufgezwungen werden.

Darf das Recht des Autors, über die geeignete Publikationsform selbst zu bestimmen, also auch im Interesse einer bestmöglichen Informationsstruktur, nicht leicht hin übergangen werden, ist immerhin festzuhalten, dass es einem Wissenschaftler frei steht, solche Mittel unter gegebenen Bedingungen bzw. Auflagen anzunehmen oder eben nicht. Zugleich sind gegenwärtig keine Vergabebedingungen bekannt, welche nicht den Hinweis auf entgegenstehende Urheberrechte enthalten würden; etwa die Förderung einer Monographie – an welcher die Verlagsrechte ganz überwiegend umfassend eingeräumt werden (müssen) – führt in der Praxis also nicht zur Verpflichtung, diese nur noch frei zugänglich im Internet zu veröffentlichen.

Zu einer möglichen Benachteiligung siehe im Übrigen Frage 1 c.)

IV. Überprüfung der bestehenden Regelung der Kabelweitersendung (§ 20 b UrhG)

Der Deutsche Bundestag hat in seiner Entschließung die Bundesregierung aufgefordert, die bestehenden Regelungen der Kabelweitersendung (§ 20 b UrhG) zu überprüfen. Es soll insbesondere der etwaige Änderungsbedarf im Hinblick auf die technologieneutrale Ausgestaltung der Regelung angesichts der fortschreitenden technischen Entwicklung (z.B. Internet-TV), der Anwendungsbereich der Kabelweitersendung und die Vergütung nach § 20 b Abs. 2 UrhG geprüft werden.

1. Nach geltender Rechtslage liegt ein Fall der Kabelweitersendung (§ 20 b UrhG) nur vor, wenn das Signal durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme zeitgleich, unverändert und vollständig weiter übertragen wird. Reicht diese gesetzliche Regelung angesichts des technischen Fortschritts noch aus? Kann die Anpassung der Norm der Rechtsprechung vorbehalten bleiben? Wenn nein, wie wäre eine technologieneutrale Ausgestaltung der Kabelweitersendung zu formulieren? Bedarf insbesondere die Abgrenzung zwischen Sen-



dung (§ 20 UrhG) und der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) einer gesetzlichen Klarstellung? Bedarf das Tatbestandsmerkmal „Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme“ einer Anpassung an die technische Entwicklung?

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

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

Kein Kommentar.

V. Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software

Der Deutsche Bundestag hat die Bundesregierung aufgefordert, eine Regelung des Handels mit gebrauchter Software im Urheberrecht zu prüfen. Nach geltender Rechtslage ist das Verbreitungsrecht des Urhebers erschöpft, wenn das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Urhebers in den Verkehr gebracht wurde, § 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG. Der Erwerber kann das Vervielfältigungsstück mit der Software verkaufen. Seit der Einführung des § 69 c UrhG im Jahre 1993 hat sich die Praxis des Vertriebs von Software grundlegend verändert. Mit der Entwicklung des Internet wird Software zunehmend online, d.h. ohne physische Datenträger vertrieben. Gegenwärtig ist umstritten, ob auch dann Erschöpfung eintreten kann, wenn die Software unkörperlich in den Verkehr gebracht wurde oder mehrere Lizenzen eingeräumt, aber nur ein Datenträger (Masterkopie) übergeben wurde. Das Oberlandesgericht München hat entschieden, dass der Grundsatz der Er-



schöpfung nicht auf die Software anwendbar sei, die per Download erworben wurde (AZ. 6 U 2759/07). Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage liegt noch nicht vor. Die europarechtliche Zulässigkeit einer nationalen Regelung des Handels mit gebrauchter Software wird kontrovers diskutiert.

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

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

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

Zu unterscheiden sind sowohl technisch als auch rechtlich grundsätzlich verschiedenste Konstellationen: 1.) Weiterverkauf der Software auf ihrem Originaldatenträger (Erschöpfung); 2.) Übergabe des Masters (Erschöpfung) und 3.) Weiterveräußerung einer Kopie, die der Ersterwerber von einem verkörperten Original hergestellt hat (wobei sich hier zunächst die Frage stellt, ob die Vervielfältigung durch den Ersterwerber zum Weiterverkauf noch vom Gebrauchszweck umfasst ist; hier könnte man argumentieren, die Geltendmachung des Vervielfältigungsrechts durch den Rechtsinhaber würde nur den Weiterverkauf erschweren, weshalb dieses Verhalten als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei [anders jedoch LG München, MMR 2008, 563]. Als problematisch angesehen werden kann zudem, dass unter Umständen eine unvorhergesehene Vermehrung der im Umlauf befindlichen Exemplare stattfindet [vgl. LG München, ebd.]; dies wäre aber nicht der Fall, wenn es zu einer Löschung



der Kopie beim Ersterwerber käme). Eine weitere Variante 4.) ist die Weiterveräußerung einer Kopie, die von einem Master hergestellt wurde; nach LG München (MMR 2008, 663) sind die Vervielfältigung des Masters und die Verbreitung dann erlaubt, wenn das Nutzungsrecht nicht dinglich beschränkt ist, und wenn es zu keiner unvorhergesehenen Mehrung der im Umlauf befindlichen Kopien kommt.

Die 5.) und wohl problematischste Variante ist die – auch im Konsultationspapier angesprochene – Weiterveräußerung einer Kopie, die der Ersterwerber nach einem (legalen) Download hergestellt hat. Hier stellt sich das Problem der Erschöpfung beim Onlinevertrieb – denn der Hersteller hat das Programm ja nicht körperlich in Umlauf gebracht. Das LG Hamburg (MMR 2006, 827, 829) geht davon aus, dass Erschöpfung eintreten kann, wenn die unkörperliche Übertragung die Übergabe des Vervielfältigungsstückes ersetzt; umfasst seien zudem auch weitere Kopien nach einem Download. Anders sieht dies jedoch das OLG München (ZUM 2009, 70), das eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes aufgrund des Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke verneint, da der Gesetzgeber die Erschöpfung nur für verkaufte Software, nicht aber für lizenzierte Software anordnen wollte. Auch unterscheidet der europäische Gesetzgeber zwischen dem Verkauf und der Lizenzierung eines Computerprogramms. Eine gemeinschaftskonforme Auslegung des UrhG ergebe mithin keine planwidrige Regelungslücke.

Die Frage, die sich stellt, ist daher, ob die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Onlinevertrieb durch eine analoge Anwendung gesetzeskonform erfolgen kann (grundsätzlich erfordert Erschöpfung das Inverkehrbringen eines körperlichen Werkstücks durch Veräußerung), ob der Erschöpfungsgrundsatz auch Kopien erfassen sollte und ob sich die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Onlinevertrieb mit europäischen und internationalen Vorgaben vereinbaren lässt (vgl. hierzu beispielsweise Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft). Dies wird sehr unterschiedlich beurteilt, weshalb im Ergebnis für die Betroffenen keine Rechtssicherheit besteht.

Eine gesetzliche Klarstellung wäre vor diesem Hintergrund zwar sinnvoll, ist jedoch nicht zwingend geboten, da es sich um einen sehr dynamischen Bereich handelt, in dem eine Vielzahl von Spezialfällen und unterschiedlichsten Konstellationen denk-



bar ist, weshalb die Gerichte hier im Einzelfall unter Beachtung urheberrechtlicher Grundsätze zu angemessenen Ergebnissen kommen können und dazu institutionell wohl auch besser in der Lage sind. Bei Zweifeln über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts käme zudem auch ein Vorlageverfahren in Betracht, um eine Klärung der Situation mit Blick auf die europäischen Vorgaben zu erreichen.

Aus Wertungsgesichtspunkten sollte bedacht werden, dass der Onlinevertrieb den körperlichen Vertrieb mehr und mehr ablöst, die Interessenlagen jedoch im Wesentlichen gleich geblieben sind. Die oftmals vorgebrachte Missbrauchsgefahr ergibt sich zudem nicht speziell aufgrund des Onlinedownloads, sondern beruht auf der digitalen Form des Programms, welche einfache und unkomplizierte Vervielfältigungen ermöglicht.

Betont werden soll auch, dass es nicht Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes sein sollte, einen bestimmten Vertriebs- bzw. Übertragungsweg zu privilegieren oder auszuschließen; denn das Verwerterinteresse des Rechtsinhabers unterscheidet sich ebenso wenig danach, in welcher Art und Weise die Nutzungsrechte eingeräumt werden (LG Hamburg, MMR 2006, 827, 828), wie sich das Interesse des Erwerbers des Nutzungsrechts ändert. Würde man die Frage der Erschöpfung an die gewählte Übertragungsform anknüpfen, so würde letztlich der Hersteller entscheiden, ob eine Erschöpfung stattfindet oder nicht. Insofern kann auch das Argument nicht überzeugen, dass schließlich jeder Urheber über die Wahl eines Vertriebsweges entscheiden könne, ob Erschöpfung eintritt oder nicht; denn immer dann, wenn er Dritten dauerhaft ein Werkexemplar überlässt, muss er bei der klassischen Verbreitung mit Erschöpfung rechnen.

Zuletzt spricht auch die Anknüpfung der Erschöpfung an die Voraussetzung der Veräußerung eines körperlichen Werkstücks nicht gegen eine Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Onlinevertrieb – denn zum einen erhält der Ersterwerber auch beim Onlinevertrieb dauerhaft ein körperliches Vervielfältigungsstück, zum anderen ist der Veräußerungsbegriff urheberrechtlich und nicht zivilrechtlich auszulegen, weshalb es nicht auf eine sachenrechtliche Übereignung ankommt. Maßgeblich ist vielmehr, dass das Werkstück dauerhaft beim Erwerber verbleibt (LG Hamburg, MMR 2006, 827, 829).

Eine weitere Frage ist die, ob der Erschöpfungsgrundsatz auch Kopien erfassen soll, die vom Werkstück des Ersterwerbers hergestellt werden. Hier könnte zusätzlich das Vergütungsinteresse des Rechtsinhabers betroffen sein, da er vom Zweiterwerber keine Vergütung bekommt und sich dem Ersterwerber gewährte Rabatte aufgrund der typischen degressiven Preispolitik unter Umständen nachteilig auf seine Einnahmen auswirken.

Festhalten lässt sich jedenfalls, dass der Handel mit gebrauchter Software – technikneutral – nicht von vornherein mit urheberrechtlichen Argumenten unterbunden werden sollte, da sich im Grunde nur der Übertragungs- und Vertriebsweg geändert hat, nicht aber die wertungsrechtliche Situation.

Zu bedenken ist darüber hinaus, dass die Frage, inwiefern Vervielfältigungen und Veräußerungen von online erworbenen Werkstücken urheberrechtlich zulässig sind, eine grundsätzliche Frage ist, derer man sich daher – wenn schon – in grundsätzlicherer Form annehmen müsste.

Zudem ist zu beachten, dass gerade im Online-Bereich eine einheitliche und klare europäische Lösung der vorzugswürdigere Weg ist, weshalb ein Alleingang des deutschen Gesetzgebers ebenfalls nicht zweckmäßig erscheint.

VI. Prüfung hinsichtlich einer Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten

Der Deutsche Bundestag hat die Bundesregierung aufgefordert, eine Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten zu prüfen. Hierbei geht es darum, dass Filmurheber nach § 88 Abs. 1 Satz 1 UrhG dem Filmhersteller „im Zweifel“ das Recht einräumen, das Filmwerk auf alle Nutzungsarten zu nutzen. Nach § 88 Abs. 1 Satz 2 UrhG (so die Änderungen mit dem Zweiten Korb) haben Filmurheber anders als andere Urheber kein Widerrufsrecht nach § 31a Abs. 1 S. 3 und 4 UrhG in Bezug auf diese Rechteinräumung nach Bekanntwerden einer neuen Art der Werknutzung.



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

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

Seit Umsetzung des „Zweiten Korbes“ steht dem Urheber grundsätzlich ein Widerrufsrecht in Bezug auf die Rechtseinräumung nach Bekanntwerden einer neuen Art der Werknutzung zu. Dieses Widerrufsrecht gilt nach § 88 Abs. 1 Satz 2 UrhG (so die Änderungen im „Zweiten Korb“) nicht für Filmurheber.

Fraglich ist jedoch in der Tat, inwieweit eine Besserstellung der Filmhersteller (Produzenten) wirklich zwingend erforderlich ist. Jede Erleichterung der Position von Filmproduzenten geht letztlich zu Lasten der Urheber, weshalb schon gewichtige Gründe vorliegen müssen, um eine Besserstellung der Produzenten gesetzlich festzuschreiben. Ein Grund für eine Sonderbehandlung könnte immerhin in der Tatsache liegen, dass Filmproduzenten ein wesentlich erhöhtes wirtschaftliches Risiko tragen und sie daher mehr Planungssicherheit brauchen – auch mit Blick auf mögliche noch unbekanntete Nutzungsarten. Zudem handelt es sich bei Filmwerken in der Regel um Mehrautorenwerke, was oftmals zu Schwierigkeiten beim Nacherwerb von Rechten führt.

Zu bedenken ist jedoch auch, dass das Argument des erhöhten wirtschaftlichen Risikos mit Blick auf die staatliche Filmförderung sowie die finanzstarken öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht immer Geltung beanspruchen kann. Zudem haben die Filmproduzenten ohnehin schon eine vergleichsweise starke Machtposition im Vertragsgefüge, was sie meist sowieso in die Lage versetzt, sich sämtliche Rechte einräumen zu lassen.

Auch ist durchaus fraglich oder jedenfalls durch empirische Erhebungen zu erhärten, inwiefern sich Filmproduzenten so stark von anderen Verwertern unterscheiden, dass sie eine Sonderregelung erfahren müssen. Dies gilt umso mehr, als die Verwertung im Wege einer unbekannteten Nutzungsart die Interessen der Urheber



des Films erheblich beeinträchtigen kann. Der Independent-Film, der auf der Handy-Kamera seinen Reiz und seinen künstlerischen Wert verliert, ist hier nur eines von vielen denkbaren Beispielen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Filmurheber, da es sich bei Filmen in der Regel um Mehrautorenwerke handelt, ein mögliches Widerrufsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben könnten.

Will man andererseits den Filmstandort Deutschland insbesondere gegenüber den USA stärken, dann sollte man im Einklang mit Sinn und Zweck der §§ 88, 89 UrhG ein Widerrufsrecht der Filmurheber nicht zulassen, denn hierdurch werden mögliche Hindernisse für die Auswertung des Films von vornherein ausgeschlossen. Dies könnte auch im Interesse der Konsumenten sein, da diese in der Regel an einer schnellen Verwertung eines Filmwerkes auf neuen Wegen interessiert sind.

Daher handelt es sich auch hier zum einen um eine Rechtstatsachenfrage – letztlich müssen die der Sonderregelung zugrunde liegenden Fakten nachweisbar sein – zum anderen aber auch um eine Wertungsfrage.



B. Prüfbitten des Bundesrates

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

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

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

a.) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

b.) Würde dies international zu einer Benachteiligung deutscher Wissenschaftler führen?

Die Garantie von Zugänglichkeit und Verfügbarkeit wissenschaftlicher Informationen und damit publizierten Wissens muss ein wesentliches Ziel gesetzgeberischer Bemühungen sein, um eine bestmögliche Informationsinfrastruktur sicherzustellen, aber auch um Deutschland als Wissenschaftsstandort konkurrenzfähig zu machen (vgl. hierzu auch die Ausführungen in A. III.).



Ein Weg, um den Zugang zu Publikationen und Daten sicherzustellen, ist die bewusste Förderung von Open Access Publikationen. Open Access steht dabei für einen kostenlosen und barrierefreien Zugang zu Werken und Informationen.

Open Access wurde in der Vergangenheit als eine weitere Option – neben der Einführung eines Zweitverwertungsrechts bzw. einer Zwangslizenz – diskutiert, um eine bessere Zugänglichkeit zu wissenschaftlichen Informationen zu gewährleisten und die „single-source-Problematik“ im Wissenschaftsbereich zu beseitigen. Es wurde in diesem Kontext sogar über eine Pflicht zur Open Access-Publikation für mit öffentlichen Mitteln finanzierter Forschungstätigkeit nachgedacht. So hat beispielsweise auch der Ausschuss des Deutschen Bundestages für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung in seiner Empfehlung für einen Entschließungsantrag (BT-Drs. 16/5939, S. 26) angeregt zu prüfen, wie das Prinzip eines freien und im Regelfall kostenlosen Zugangs zu mit öffentlichen Mitteln produziertem Wissen (Open Access) festgeschrieben werden könnte. Und auch die Schwerpunktinitiative „Digitale Information“ der Allianz-Partnerorganisationen ist deutlich von dem Ziel geprägt, Wissen in digitaler Form ohne technische, rechtliche oder finanzielle Barrieren zur Verfügung zu stellen.

Der Open Access-Ansatz unterscheidet sich jedoch deutlich von der Frage eines möglichen Zweitverwertungsrechts – auch wenn diese beiden Aspekte oftmals in einem Atemzug genannt werden (vgl. A III) –, denn ein Zweitverwertungsrecht ist eine urhebervertragsrechtliche Schutzmaßnahme zugunsten des Urhebers; ihm wird ermöglicht, sein Werk trotz Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einen Verlag anderweitig öffentlich zugänglich zu machen. Dies bedeutet, ihm wird ein Mehr an Autonomie eingeräumt bzw. zurückgegeben – eine Veröffentlichungspflicht im Wege des Open Access beschränkt ihn jedoch in seiner Autonomie, denn er wird in der Publikations- und Verwertungsfreiheit erheblich tangiert.

Eine Pflicht für Autoren wissenschaftlicher Werke, im Wege des Open Access zu publizieren, kann daher weder vor dem Hintergrund der Wissenschaftsfreiheit noch mit Blick auf das Urheberrecht überzeugen. Hingegen könnte die Integration eines Zweitverwertungsrechts im Urheberrechtsgesetz zumindest ansatzweise dazu beitragen, Open-Access-Publikationen zu fördern – ohne die Urheberrechte zu stark zu

beschneiden –, weshalb dies allemal der vorzugswürdigere Weg wäre (vgl. hierzu auch Frage 2).

Zudem ist festzuhalten, dass das geltende Recht schon in seiner aktuellen Fassung den Zielen von Open Access und Open Source Rechnung trägt. § 31a Abs. 1 Satz 2 regelt beispielsweise, dass ein Vertrag, durch den der Urheber Rechte für unbekannte Nutzungsarten einräumt oder sich dazu verpflichtet, dann keiner Schriftform bedarf, wenn der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumt. Daneben sieht § 32 Abs. 3 Satz 3 UrhG vor, dass der Urheber unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht für jedermann einräumen kann.

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

Der neue § 52b UrhG ermöglicht es, öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven Werke an elektronischen Leseplätzen in den eigenen Räumen zugänglich zu machen. Nach Auffassung des Bundesrates soll die Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen auch in Bildungseinrichtungen ermöglicht werden. Diese Ansicht wird vom Ausschuss des Deutschen Bundestages für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung in seiner Empfehlung für einen Entschließungsantrag geteilt (BT-Drs. 16/5939, S. 26).

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

Vor dem Hintergrund, dass die Schaffung eines bildungs- und wissenschaftsfreundlichen Urheberrechts das zentrale Anliegen des „Dritten Korbes“ ist, wäre eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Bildungseinrichtungen zu begrüßen, denn angesichts der sich immer stärker ausbildenden Wissens- und Informationsgesellschaft scheint sie geradezu notwendig, um die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Bil-

dungs- und Wissenschaftseinrichtungen zu gewährleisten und Raum für neue Kreationen und Innovationen zu schaffen.

Die Ausweitung auf sonstige Bildungseinrichtungen ist daher nicht nur sachgerecht, sondern aus bildungspolitischer Sicht dringend geboten.

Festzuhalten ist zudem, dass die aktuelle Fassung des § 52b UrhG hinter der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft zurückbleibt, da der Begriff der Bildungseinrichtung keinen Niederschlag im deutschen Gesetzestext findet. Die EU-Richtlinie bietet hier also ausreichenden Spielraum für eine Erweiterung (vgl. Art. 5 II lit c sowie Art. 5 III n i.V.m. Art. 4 II c der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft – Urheberrechtsschranke für die Zugänglichmachung von Werken an elektronischen Leseplätzen auch für sonstige nichtgewerbliche Bildungseinrichtungen möglich).

Neben diesen konkret aufgeworfenen Fragen, stellen sich im Zusammenhang mit § 52 b UrhG jedoch noch eine Reihe weiterer Probleme, die es wert sind, im Zuge einer Urheberrechtsnovelle geklärt zu werden.

So steht beispielsweise nach wie vor die Frage der Annex-Vervielfältigungskompetenz im Raum, denn der Wortlaut der Norm stellt nicht klar, was nach richtiger Ansicht jedoch von ihrem Regelungsbereich umfasst sein sollte: nämlich die Befugnis für das Herstellen der für die öffentliche Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen durch die Bibliothek. Ebenfalls ist sprachlich klarzustellen, was mit dem Terminus „soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“ gemeint ist: Soll die Schranke schon dann nicht greifen, wenn die Werkexemplare grundsätzlich käuflich sind oder auf der Basis von Lizenzen Zugang erhältlich ist (so wohl mit Blick auf den englischen Text der Richtlinie: „not subject to purchase or licensing terms“), oder ist auf eine konkrete vertragliche Beziehung abzustellen? Darüber hinaus ist fraglich, ob insofern auf das einzelne Buch oder auf das Angebot des Verlagsprogramms abzustellen ist. Auch insofern sind Klarstellungen im Wortlaut der Norm angebracht.

Höchst zweifelhaft erscheint zudem die durch die Richtlinie keineswegs vorgegebene strenge Bestandsakzessorietät, wonach die Zahl der elektronischen Leseplätze auf die Zahl der erworbenen Exemplare begrenzt ist. Eine solche Rückbindung an



die Zahl physischer Werkexemplare erscheint heute anachronistisch, zumal für diese Form der Nutzung ja eine Vergütung geschuldet ist, mithin ein Regelungsmechanismus im Falle intensiverer Auswertung bei der Zahl der Zugriffe anzusetzen hätte. Und auch die Tatsache, dass keine Online-Nutzung von außen möglich ist, ist für Wissenschaft und Forschung gelinde gesagt hinderlich; auch hier ließe sich ein Ausgleich über das Vergütungssystem mühelos erreichen.

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

Mit Blick auf den Begriff der Bildungseinrichtung ist festzustellen, dass die Richtlinie 2001/29/EG selbst ihn verwendet, Sollte jedoch eine sprachliche Konkretisierung für sinnvoll erachtet werden, so könnte man sich an § 52a UrhG orientieren (Schulen, Hochschulen, nichtgewerbliche Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie Einrichtungen der Berufsbildung).

Auch den Erfordernissen des „Drei-Stufen-Tests“ wäre wohl hinreichend Genüge getan, sofern eine angemessene Vergütungsregel vereinbart wird, da es sich bei Schranken zugunsten von Bildungseinrichtungen um „bestimmte Sonderfälle“ handelt, und im konkreten Fall weder eine normale Auswertung des Werks beeinträchtigt wird, noch berechnigte Interessen der Urheber unzumutbar verletzt werden. Erforderlich ist allerdings eine richtige Interpretation und Anwendung des Dreistufentests [s. dazu „Declaration on a balanced interpretation of the ‚Three-Step Test‘ in Copyright Law“ (vgl. GRUR Int. 2008, 822)].

Für den Fall, dass die Interessen bestimmter Gruppen über Gebühr beeinträchtigt werden, denkbar unter Umständen im Falle von Schulbuchverlagen, die schon heute eine punktuelle Privilegierung erfahren, könnten – sofern empirische Untersuchungen die Befürchtungen bestätigen – spezielle Schutzklauseln eingeführt werden.



III. Keine Begrenzung des elektronischen Kopienversands durch Bibliotheken

Nach geltendem Recht ist der elektronische Kopienversand durch Bibliotheken nur zulässig zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist und wenn die Wissenschaftsverlage die Beiträge nicht selbst zu angemessenen Bedingungen online anbieten (§ 53a UrhG). Erst im parlamentarischen Verfahren wurde die Regelung auf die genannten Zwecke beschränkt. Die Formulierung entspricht dem Wortlaut des Artikels 5 Abs. 3 Buchstabe a) der Richtlinie 2001/29/EG. Damit wurde den Bedenken der Europäischen Kommission Rechnung getragen. Nach Auffassung des Bundesrates soll der Kopienversand auf Bestellung durch Bibliotheken unbegrenzt möglich sein. Der offene Zugang zu Informationen müsse gewahrt bleiben. Die Kernaufgaben der Bibliotheken als Orte der Informationsversorgung seien nicht zu Gunsten des Marktes zu beschränken. Im Dezember 2007 haben sich Subito e.V. und eine Vielzahl von nationalen und internationalen Wissenschaftsverlagen und deren Verbände auf einen Rahmenvertrag für den elektronischen Versand von wissenschaftlichen Dokumenten im deutschsprachigen Raum geeinigt.

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

Die primäre Frage, die in diesem Themenkomplex geklärt werden soll, ist letztlich die, ob der Kopienversand auf Bestellung zur Sicherung eines offenen Zugangs zu Informationen durch Bibliotheken unbegrenzt möglich sein sollte, oder ob durch den Rahmenvertrag, den Subito e.V. und diverse Wissenschaftsverlage für den Versand von wissenschaftlichen Dokumenten im deutschsprachigen Raum abgeschlossen haben, eine ausreichende Informationsversorgung für Wissenschaft und sonstige Interessenten gewährleistet ist.



§ 53a UrhG vollzieht weitgehend das Urteil des BGH zum Kopienversand und wurde für notwendig erachtet, weil „eine moderne, technisch hoch entwickelte Industrienation wie die Bundesrepublik Deutschland, die auf Wissenschaft und Forschung angewiesen ist, ein gut ausgebautes, schnell funktionierendes und wirtschaftlich arbeitendes Informationswesen benötigt“ (vgl. BT.-Drs. 16/1828, S. 27). So bedeutsam die Norm mit Blick auf ihren Begründungsansatz auch scheint, so gering ist ihre Bedeutung jedoch in der Praxis, denn die über das Urteil des BGH hinausgehende Regelung des elektronischen Kopienversandes ist derart restriktiv ausgefallen, dass eine entsprechende Praxis des elektronischen Kopienversandes erst gar nicht entstand.

Nach geltendem Recht ist ein solcher Kopienversand durch Bibliotheken nämlich nur zulässig zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist und wenn die Wissenschaftsverlage die Beiträge nicht offensichtlich selbst zu angemessenen Bedingungen online anbieten. Zudem findet sich auch eine Einschränkung hinsichtlich des Dateiformats, um die Verlegerinteressen angemessen zu berücksichtigen. Aufgrund der unscharf definierten Begriffe des „offensichtlichen Angebots“ und der „Angemessenheit“ eines Verlagsangebots, die in der Praxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit führten und eine zügige Rechtsanwendung in den Bibliotheken verhindern, verkommt die Schranke zu einer Leerformel. Denn – auch dies zeigen die ersten Erfahrungen – keine Bibliothek nimmt das mit diesen Unsicherheiten verbundene Prozessrisiko auf sich, um im Einzelfall einen elektronischen Kopienversand sicherzustellen.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass unter Umständen auch unangemessene Angebote den elektronischen Versand sperren und die Bibliotheken letztlich auf den Post- und Faxversand ausweichen.

Angesichts des Regelungsziels der Norm muss also mit Blick auf die konkrete Fassung Skepsis bestehen, denn gerade das Ziel, ein schnell funktionierendes und wirtschaftlich arbeitendes Informationswesen herzustellen, wird – auch nach Aussage des Bibliotheksverbandes – schlicht nicht erreicht. Aufgrund der Auslegungsschwierigkeiten wird vielmehr nur noch per Post und Fax geliefert, oder aber die Bibliotheken liefern aufgrund von Lizenzverträgen mit den Verlagen.



Mit Blick auf den zwischen dem Dokumentenlieferdienst subito e.V. und verschiedenen Wissenschaftsverlagen geschlossenen Nachtrag 1 zum Rahmenvertrag, der den elektronischen Versand von Dokumenten im deutschsprachigen Raum regelt, sofern ein eigenes Angebot des Verlages besteht, lässt sich festhalten, dass dieser Nachtrag, insbesondere was die Deckelung der Lizenzgebühren angeht, zwar durchaus von einem Entgegenkommen der Verlage gekennzeichnet ist, sich darin jedoch auch eine Vielzahl an Restriktionen finden, weshalb er von Seiten des Bibliothekswesens massiv kritisiert wurde. Die Bibliotheken sehen die vertragliche Praxis durchweg als Benachteiligung an und verweisen insbesondere auf ihre schwächere Verhandlungsposition.

Aus Sicht der Wissenschaft ist zudem zu bemängeln, dass der elektronische Zugang im Ergebnis von den vom Verlag angebotenen Geschäftsmodellen abhängt – eine stärkere Schranke aber möglicherweise den positiven Effekt gehabt hätte, dass ein Anreiz für die Verlage entstanden wäre, ihre eigenen Angebote weiter auszubauen und mit einem Mehrwert anzureichern.

Betont werden soll zudem nochmals, dass die Möglichkeit der Kopienbestellung den Absatz von Originalen nicht nachweislich substituieren wird. Insbesondere mit Blick auf die Wissenschaft ist es völlig abwegig anzunehmen, ein Forscher würde seine Arbeit auf der Basis von bestellten Kopien erledigen. Vielmehr führt schon der gemeinhin bestehende Zeitfaktor und Zeitdruck dazu, dass wissenschaftliche Organisationen eigene Bibliotheken vorhalten werden. Nur im Fall, dass ein Werk ausnahmsweise nicht vor Ort verfügbar ist, mag ein Wissenschaftler auf einen Kopienversanddienst zurückgreifen.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Bedeutung der neuen Schranken für die Wissenschaft (sowohl von § 53a UrhG als auch von 52b UrhG) aufgrund der vielfältigen Voraussetzungen eher gering ist, denn sie bleiben im Wesentlichen im analogen Zeitalter verhaftet. Die Nachfrage nach solchen Kopien ist denn – im Zuge zunehmend verfügbarer elektronischer Quellen wenig verwunderlich – auch konstant rückläufig.

Mit Blick auf den Fragenkatalog lässt sich vor diesem Hintergrund festhalten, dass ein zeitgemäßer elektronischer Kopienversand durch Subito e.V. wohl gewährleistet

werden mag, dies allerdings nicht auf der Grundlage des § 53a UrhG, sondern primär über ergänzende Systeme der Lizenzierung.

In diesem Kontext ist im Übrigen auch auf den zwischen Subito e.V. und der VG Wort geschlossenen Vertrag hinzuweisen, der zwar zum einen im Anwendungsbereich des § 5 a UrhG die Vergütung regelt, komplementär jedoch auch einen durch die VG Wort lizenzierten Kopienversand außerhalb des Anwendungsbereichs von § 53a UrhG, z.B. für kommerzielle Forschungseinrichtungen, vorsieht.

Im Ergebnis ist also anzunehmen, dass eine flächendeckende Versorgung sichergestellt werden kann; zu klären ist jedoch die Frage, zu welchem Preis dies erfolgt.

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

Nach geltendem Recht ist die Vervielfältigung eines Werkes, das für den Unterrichtsgebrauch an Schulen bestimmt ist, für den Unterrichts- und Schulgebrauch nach § 53 Abs. 3 UrhG stets nur mit Einwilligung des Berechtigten zulässig. Der Bundesrat hat die Bundesregierung gebeten, die Auswirkungen der neu eingeführten Bereichsausnahme für Schulbücher bei der Schrankenregelung des § 53 Abs. 3 UrhG zu beobachten und im Fall einer unangemessenen Verschlechterung der Bedingungen für den Kulturbereich der Länder kurzfristig eine Anpassung des Gesetzes vorzuschlagen.

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

Am 31. Oktober 2008 haben die Länder und die Rechteinhaber (Verwertungsgesellschaft Wort, Verwertungsgesellschaft Musikedition, verschiedene Verlage) einen neuen Gesamtvertrag zur Einräumung und Vergütung von Ansprüchen nach § 53



UrhG geschlossen. Ziel dieser Vereinbarung ist es – unter Berücksichtigung der Neuregelung des § 53 Abs. 3 Satz 2 UrhG – die Möglichkeit von Vervielfältigungen für den Unterrichts- und Prüfungsgebrauch an Schulen aus allen urheberrechtlich geschützten Werken sicherzustellen.

2. Sind Beeinträchtigungen im Schulbetrieb aufgrund der neu eingeführten Bereichsausnahme festzustellen?

Kein Kommentar.

C. Enquête-Kommission „Kultur in Deutschland“

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

Die Enquête-Kommission empfiehlt dem Deutschen Bundestag, in § 59 Abs. 1 UrhG eine Vergütungspflicht für die Abbildung von Werken – ausgenommen Bauwerken – im öffentlichen Raum einzuführen, die dann eintritt, wenn die Abbildung gewerblich verwertet wird und die Darstellungsabsicht sich auf das jeweilige Werk richtet.

- 1. Nach der Intention des Gesetzgebers (BT-Drs. IV/270, S. 76) basiert § 59 UrhG auf dem Gedanken, dass mit der Aufstellung eines Kunstwerkes an öffentlichen Orten das Werk der Allgemeinheit gewidmet wird. Halten Sie diese Einschätzung auch weiterhin für zutreffend? Wenn ja, stünde die von der Enquête-Kommission empfohlene Vergütungspflicht für die gewerbliche Verwertung im Widerspruch zu dieser Intention des Gesetzgebers?**
- 2. Würde die von der Enquête-Kommission vorgeschlagene Regelung den Anforderungen der Praxis gerecht?**
- 3. Wenn eine Vergütungspflicht eingeführt würde, wäre es sinnvoll, die Ansprüche verwertungsgesellschaftspflichtig auszugestalten?**
- 4. Wenn eine Vergütungspflicht eingeführt würde, wäre mit Blick auf vorhandene Publikationen eine Übergangsvorschrift angezeigt? Wie lange sollte ein solcher Übergangszeitraum sein?**

Die Enquête-Kommission „Kunst und Kultur in Deutschland“ hat in ihrem Schlussbericht die Empfehlung ausgesprochen, die sog. Panoramafreiheit einzuschränken (BT-Drs. 16/7000, S. 267). Nach ihren Vorstellungen soll die mediale Verwertung von Kunstwerken im öffentlichen Bereich – ausgenommen Bauwerke – in Zukunft



zahlungspflichtig werden. Nach Einschätzung der Enquête-Kommission würde eine solche Vergütungspflicht im Interesse von Kunstschaffenden liegen und den seit der Einführung des § 59 UrhG veränderten Rahmenbedingungen Rechnung tragen.

Die Panoramafreiheit findet ihre rechtliche Grundlage in § 59 UrhG, welche ihrerseits auf eine Regelung im KUG (§ 20) von 1907 zurückgeht. Sie gewährt das Recht, urheberrechtlich geschützte Objekte, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen befinden, bildlich wiedergeben zu dürfen. Dies bedeutet, dass jedermann, ohne den Künstler fragen zu müssen, Abbildungen von Kunstwerken im öffentlichen Raum anfertigen und diese beispielsweise auch gewerblich nutzen kann. Die Freiheitsgewährleistung des § 59 UrhG ist mithin sehr weitgehend.

Eingeführt wurde die sogenannte Panoramafreiheit ursprünglich mit dem Argument, die Abbildung von Denkmälern und öffentlichen Gebäuden könne patriotischen und ähnlichen Zwecken dienen, weshalb im Ergebnis keine Vergütungspflicht bestehen dürfe. Zudem wurde auch das Interesse zahlreicher kleiner Gewerbetreibender, die sich beispielsweise im Postkartengeschäft zu etablieren versuchten, gesondert erwähnt.

Im Laufe der Zeit wurde sie zudem durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) bestätigt und näher konkretisiert. So stellte der BGH in zwei maßgeblichen Entscheidungen zur Panoramafreiheit fest, dass zum einen grundsätzlich nur das Recht zur Fotografie von öffentlichen Wegen aus (BGH, Urteil vom 9. März 1989, Az.: I ZR 54/87 – „Friesenhaus“) erfasst wird, nicht hingegen das Recht, entsprechende Fotos von Privatgrundstücken aus aufzunehmen (BGH, Urteil vom 5. Juni 2003, Az.: I ZR 192/00 – Hundertwasserhaus“). Zum anderen stellte das Gericht in der Entscheidung „Verhüllter Reichstag“ fest, dass ein Werk nicht „bleibend“ im Sinne des § 59 UrhG ist, wenn es im Rahmen einer zeitlich befristeten Ausstellung präsentiert wird (BGH, Urteil vom 24. Januar 2002, Az.: I ZR 102/99).

Die Enquête-Kommission kommt jedoch in ihrem Bericht zu dem Ergebnis, dass die Panoramafreiheit zu weit gehe. Sie verweist insbesondere darauf, dass die ursprüngliche Begründung keine Geltung mehr habe und die schwierige wirtschaftliche Situation der Künstler eine Änderung der bisherigen Gesetzeslage erfordere. Zudem bestehe aktuell eine Ungleichbehandlung von Kunstwerken im öffentlichen Raum und Kunstwerken in Gebäuden. Darüber hinaus verweist die Kommission in

ihrem Bericht auch auf eine Benachteiligung der bildenden Künstler gegenüber den Fotografen, denn „anders als der Fotograf, der ein Foto von einem Kunstwerk im öffentlichen Raum anfertigt und aus der gewerblichen Nutzung einen wirtschaftlichen Nutzen ziehen kann, trifft dies auf bildende Künstler, die Kunstwerke für den öffentlichen Raum schaffen, nicht zu.“ (BT-Drs. 16/7000, S. 265).

Die Kommission gelangt daher zu der Empfehlung, „in § 59 Absatz 1 Urhebergesetz eine Vergütungspflicht für die Abbildung von Werken – ausgenommen Bauwerken – im öffentlichen Raum einzuführen, die dann eintritt, wenn die Abbildung gewerblich verwertet wird und die Darstellungsabsicht sich auf das jeweilige Werk richtet.“

Das europäische Recht stellt es den Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 3 lit. h der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft frei, ob sie in ihrem nationalen Recht eine Vergütungspflicht vorsehen oder nicht. Und auch der Blick über die Grenze zeigt, dass hier keine einheitliche Praxis besteht. Während beispielsweise Frankreich und Italien eine Vergütungspflicht vorsehen, ist dies in Großbritannien und den Niederlanden nicht der Fall.

Die Entscheidung, ob man die Panoramafreiheit unangetastet lässt, oder man Änderungen im System vornimmt, hängt von einer Wertung der beteiligten Interessen ab. Für die Beibehaltung der Panoramafreiheit spricht, dass ein Werk mit seiner Aufstellung im öffentlichen Raum diesem gewidmet wurde und diejenigen Künstler, die im öffentlichen Raum ausstellen, meist nicht unbekannt sind und daher oftmals eine ausreichende Grundvergütung erhalten. Auch ist zu bedenken, dass eine Abschaffung den Bereich der Fotografie (insbesondere deren Veröffentlichung und Vermarktung) erheblich beeinträchtigen würde, denn sie würde dazu führen, dass beispielsweise Postkarten, Bildbände, aber auch Reiseführer nur noch unter erschwerten (wirtschaftlichen) Bedingungen hergestellt werden könnten.

Auf der anderen Seite weisen die Gegner zu Recht auf die schlechte wirtschaftliche Situation gewisser Künstler sowie auf die Bedeutung einer erhöhten Anreizfunktion hin, die sich durch eine mögliche Refinanzierung für die Betroffenen ergeben mag. Auch ist nicht so recht begründbar, warum Fotografen (durch den Verkauf von Abbildungen in unterschiedlichster Form) aufgrund des ihnen gewährten Schutzes für

Lichtbildwerke und Lichtbilder Einnahmen erzielen können – die Urheber der abgebildeten Werke dieses Recht jedoch nicht haben.

Andererseits muss jedoch ebenfalls bedacht werden, dass die Abschaffung der Panoramafreiheit die Wahrnehmung von Kunstwerken in der Öffentlichkeit verringern wird, was letztlich weder im Interesse der Kunstschaffenden selbst noch im Interesse der Allgemeinheit liegen dürfte.

Sollte eine Vergütungspflicht eingeführt werden, so müsste diese jedenfalls verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet sein. Zudem sollte sie selbstverständlich nur mit Blick auf zukünftige Veröffentlichungen gelten – eine Übergangsfrist wäre mit den Betroffenen abzustimmen.

Darüber hinaus sollte auch über die Einführung einer Ausstellungsvergütung für Urheber von Werken der bildenden Kunst nachgedacht werden, denn diese würde den Künstlern eine zusätzliche Einnahmequelle schaffen. Zugleich würde damit, wie im Bericht der Enquête-Kommission zu Recht festgestellt (BT-Drs. 16/7000, S. 265), dem „Umstand Rechnung getragen, dass bildende Künstler unter Umständen zwar viel ausstellen, aber wenig verkaufen“.

II. Veröffentlichung von Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften

Die Enquête-Kommission empfiehlt dem Deutschen Bundestag, die Verwertungsgesellschaften gesetzlich zu verpflichten, Inhalt und Durchführung der Gegenseitigkeitsverträge der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der CISAC-Mustervertrag ist bereits heute online zugänglich (http://www.gema.de/uploads/tx_mmsdownloads/gema_ib_06-07_c2_musterv_cisac.pdf). Insoweit ist lediglich zu prüfen, ob es sich darüber hinaus empfiehlt, die Verwertungsgesellschaften auch zur Veröffentlichung der im Einzelfall geschlossenen Gegenseitigkeitsverträge zu verpflichten.



Ist eine dahingehende Veröffentlichungspflicht erforderlich?

Eine Veröffentlichungspflicht für Gegenseitigkeitsverträge ist grundsätzlich zu empfehlen, da in diesem Bereich eine eklatante Intransparenz besteht, die schon seit längerer Zeit kritisiert wird. Eine solche Pflicht sollte sich jedoch nicht nur auf die Gegenseitigkeitsverträge selbst beziehen, sondern auch Zusatzvereinbarungen und Änderungsverträge umfassen.

Die Situation wird aufgrund der aktuellen Entwicklungen – hier seien nur die CI-SAC-Entscheidung der Kommission (GD Wettbewerb) und die Empfehlung der Kommission (GD Binnenmarkt) aus dem Jahr 2005 genannt – zusätzlich kompliziert. Die Verwertungsgesellschaften haben nämlich begonnen, die einschlägigen Verwaltungsgebiete individuell zu verhandeln und auch multi-territoriale Verwaltungsgebiete zuzulassen. Es kann daher in der Zukunft nicht mehr davon ausgegangen werden, dass eine Verwertungsgesellschaft das Weltrepertoire nur für ihr Staatsgebiet vergibt – vielmehr werden in Zukunft auch paneuropäische Lizenzen möglich sein. Um Doppellizenzierungen zu vermeiden, ist es daher künftig von weitaus größerer Bedeutung, die konkreten Verwaltungsgebiete und den Umfang des Repertoires zu kennen. Transparenz wird mithin immer bedeutsamer, weshalb insbesondere die Einführung einer europäischen Datenbank hilfreich wäre, aus der sich letztlich alle für potentielle Lizenznehmer relevanten Informationen ergeben.

III. § 52 UrhG Öffentliche Wiedergabe – Revision des Wortlauts

Die Enquête-Kommission empfiehlt dem Deutschen Bundestag, § 52 UrhG so zu fassen, dass die Intention des Gesetzgebers, die Vergütungspflicht für Veranstaltungen der Jugendhilfe, der Sozialhilfe, der Alten- und Wohlfahrtspflege, der Gefangenenbetreuung sowie für Schulveranstaltungen, sofern sie nach ihrer sozialen oder erzieherischen Zweckbestimmung nur einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich sind, entfallen zu lassen, eine tatsächliche Umsetzung erfährt.



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

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

In § 52 UrhG findet sich die Hauptschranke der öffentlichen Zugänglichmachung: Danach können Werke erlaubnisfrei gespielt werden, wenn die Veranstaltung nur einem bestimmten Kreis von Zuhörern zugänglich ist und der Veranstalter keinen Erwerbszweck verfolgt. Handelt es sich um Veranstaltungen der Jugendhilfe, der Sozialhilfe, der Alten- und Wohlfahrtspflege, der Gefangenenbetreuung oder um Schulveranstaltungen, entfällt sogar die Vergütungspflicht, sofern die Veranstaltungen nach ihrer sozialen oder erzieherischen Zweckbestimmung nur einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen zugänglich ist. Als problematisch erweist sich in der Praxis jedoch insbesondere das Merkmal des „bestimmt abgegrenzten Kreises von Personen“. So bejaht beispielsweise ein Teil der Literatur die Vergütungspflicht für Schulveranstaltungen bereits dann, wenn Großeltern anwesend sind. Aber auch die Zweckbestimmung ist im Einzelfall problematisch, so beispielsweise bei Sommerfesten in Schulen und Altenheimen. Da hier im Einzelfall große Rechtsunsicherheit besteht, sich andererseits aber beispielsweise mit Blick auf Schulveranstaltungen der finanzielle Ausfall für die GEMA in Grenzen hält (oftmals finden beispielsweise Schulkonzerte nach den Bedingungen des Rahmenvertrags der GEMA mit den kommunalen Spitzenverbänden statt), spricht viel für eine Klarstellung, eventuell auch durch Weglassung einzelner Beschränkungen.

IV. Hinterlegungspflicht bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen

Die Enquête-Kommission empfiehlt dem Deutschen Bundestag, die Hinterlegungspflicht des § 11 Abs. 2 Urheberrechtswahrnehmungsgesetz auf Tarifstreitigkeiten bezüglich gesetzlicher Vergütungsansprüche auszudehnen. Nach geltender Rechtslage gelten vertragliche Nutzungsrechte auch ohne Einigung des Nutzers mit der Verwertungsgesellschaft über die Höhe der Vergütung als eingeräumt, wenn der Nutzer den anerkannten Betrag an die Verwertungsgesellschaft zahlt und den darüber hinausgehenden Betrag unter Vorbehalt zahlt bzw. hinterlegt. Bei gesetzlichen Ansprüchen kann dagegen die Verwertungsgesellschaft auch dann keine Unterlassung verlangen, wenn der Schuldner gar keine Zahlung leistet und auch nicht den Betrag zahlt, den er selbst für angemessen hält. Die Verwertungsgesellschaften tragen bei Streitigkeiten über die Vergütung das Insolvenzrisiko des Nutzers.

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

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

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

Mit Blick auf diesen Themenkomplex ist festzustellen, dass gesetzgeberischer Handlungsbedarf unstreitig besteht. Denn werden die Rechte der Urheber durch gesetzliche Schranken begrenzt und muss hierfür im Gegenzug eine angemessene Vergütung gezahlt werden, so sollte auch sichergestellt werden, dass die Vergütung tatsächlich erfolgt.



Fraglich ist jedoch, wie eine solche Hinterlegungspflicht im Einzelnen ausgestaltet werden müsste. Man könnte darüber nachdenken, dass zunächst ein Sockelbetrag zu bezahlen ist und die Differenz zum konkreten Tarif hinterlegt werden muss. Hierdurch würde verhindert, dass die Verwertungsgesellschaft das Insolvenzrisiko allein trägt. Dies ist bedeutsam, da sich das Risiko für die Verwertungsgesellschaften, im Ergebnis leer auszugehen, seit der Neuregelung der Vergütung für Geräte- und Speichermedien noch erhöht hat, denn aufgrund des eingeführten Modells der Selbstregulierung können Zahlungen immer weiter hinaus geschoben werden. Da die Verwertungsgesellschaften keinerlei Druckmittel haben, um eine zügige Einigung der beteiligten Kreise herbeizuführen und in der Praxis (dies jedenfalls berichten die Betroffenen) oftmals mit einem möglichen Insolvenzrisiko gedroht wird, schließen die Verwertungsgesellschaften in ihrer Zwangslage zum Teil nachteilige Vergleiche, um überhaupt eine Vergütung zu erhalten. Eine Sicherung der Ansprüche ist daher ratsam.

Aus diesem Grund sollte überdacht werden, ob nicht eine Regelung entsprechend § 11 Abs. 2 UrhWG im Gesetz verankert werden sollte. Betont werden soll an dieser Stelle zudem, dass eine Hinterlegungspflicht für alle gesetzlichen Vergütungsansprüche angedacht werden sollte.

D. Prüfbitte der Europäischen Kommission

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

Im Juli 2007 hat die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten erstmals danach gefragt, ob Initiativen im Umgang mit „verwaisten Werken“ geplant sind. Mit dem im Juli 2008 vorgelegten Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ greift sie dieses Thema erneut auf. Unter dem Begriff „verwaiste Werke“ versteht man urheberrechtlich geschützte Werke, deren Urheber/Rechtsinhaber entweder nicht bekannt oder nicht mehr auffindbar sind. Da die Nutzung von Werken außerhalb der gesetzlichen Schrankenregelungen nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig ist, drohen diese Werke nach Angaben von Bibliotheken und Archiven dem kulturellen Bewusstsein verloren zu gehen, weil sie davon absehen, diese Werke zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen.

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

Als „verwaiste Werke“ („orphan works“) werden im Urheberrecht solche Werke bezeichnet, deren Urheber oder Rechtsinhaber nicht zu identifizieren sind, oder aber deren Rechtsinhaber zwar identifiziert werden können, aber nicht mehr auffindbar sind.

Vor dem Hintergrund der sehr langen urheberrechtlichen Schutzfrist von 70 Jahren post mortem gibt es eine Vielzahl an urheberrechtlich geschützten Werken (Filme, Beiträge in Sammelwerken und Bildbänden etc.), deren Rechtsinhaber (Schöpfer, Erben) nicht mehr festgestellt werden können, oder die nicht mehr auffindbar sind.

Dieser Befund gilt ebenso für den Bereich der Leistungsschutzrechte, wie beispielsweise für den Bereich der ausübenden Künstler (Stichwort „verwaiste Darbie-

tungen“). Hier ist der Schutzzeitraum zwar kürzer, oftmals hat aber eine Vielzahl von Künstlern mitgewirkt.

Das Rechte-Clearing wird hierdurch erheblich erschwert und stellt die Verwerter zum Teil vor ein unlösbares Problem, denn ohne Zustimmung des Rechteinhabers ist eine Verwertung des Werkes schlicht nicht möglich. Dies ist ebenso wenig im Interesse der Allgemeinheit, da diese einen möglichst umfassenden Zugang zu Werken erhalten möchte – „verwaiste Werke“ jedoch ohne Verwertung aus dem kulturellen Bewusstsein verloren zu gehen drohen. Es ist aber in der Regel auch nicht im Interesse der Urheber, da diese ebenfalls an einer Verbreitung ihrer Werke interessiert sein dürften.

Das Problem der verwaisten Werke hat in den vergangenen Jahren zusätzliche Brisanz dadurch erhalten, dass aufgrund neuer digitaler Vervielfältigungs- und Erhaltungsmöglichkeiten auch „vergessene“ Werke wieder eine Öffentlichkeit bekommen haben oder bekommen könnten. Die Öffnung der Archive und neue elektronische Verwertungsmöglichkeiten haben das Problem der „verwaisten Werke“ mithin noch verschärft.

Ein erster Versuch, hier Abhilfe zu schaffen, kann in der Verankerung einer Übergangsregelung für neue Nutzungsarten (§ 137 I UrhG) gesehen werden – hierdurch wird aber nur jener Ausschnitt einer Regelung zugeführt, bei welchem die Rechtsverhältnisse klärbar sind.

Auch auf europäischer Ebene wurde mit Blick auf eine mögliche Harmonisierung die Thematik der „verwaisten Werke“ aufgegriffen. So legte beispielsweise die Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Juli ein Grünbuch mit dem Titel "Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft" (KOM [2008] 466) vor, welches sich zentral mit der Verbreitung von Wissen und Informationen im Internet beschäftigt und ebenfalls das Ziel hat, die öffentliche Diskussion zum Thema „verwaiste Werke“ anzuregen. Verwiesen werden soll zudem auf die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über kreative Online-Inhalte im Binnenmarkt vom 3. Januar 2008 (KOM (2007) 836 endgültig, S. 5), in welcher festgestellt wird: „Ein besonders dringendes Problem ist das der ‚verwaisten Werke‘, zum Beispiel Bücher, Fotografien, Filmmaterial und sonstige ur-



heberrechtlich geschützte Werke, deren Rechteinhaber nicht oder nur sehr schwer zu ermitteln oder aufzufinden sind. Die Bemühungen zur Identifizierung und Auffindung sind kostspielig und zeitaufwendig. Daher können verwaiste Werke häufig nicht genutzt werden und bringen auch dem (unbekannten oder nicht auffindbaren) Autor keinen Gewinn. Sie sind daher sowohl wirtschaftlich als auch gesellschaftlich gesehen unproduktiv“.

Vor diesem Hintergrund ist eine Befassung mit dieser Thematik ausdrücklich zu begrüßen – auch, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und neue Verwertungsprojekte (Digitalisierungen, Online-Zugang zu Werken etc.) zu ermöglichen.

Problematisch ist jedoch, welche Anforderungen an eine sorgfältige Prüfung möglicher Rechtsinhaber gestellt werden sollen. Auch ist zu beachten, dass das Problem der verwaisten Werke kein nationales ist. Aus diesem Grund sollte versucht werden, die unterschiedlichen Interessenvertreter (Rechteinhaber, kulturelle Institutionen, Verwertungsgesellschaften und Wissenschaftler) an einen Tisch zu bringen, um konkrete Maßstäbe und Guidelines zu entwickeln. Die Entwicklung eines zentralen Datenbank-Systems, das alle relevanten Informationen über (vermeintlich) „verwaiste Werke“ der einzelnen Mitgliedstaaten bereithält, könnte zudem die Suche nach den Berechtigten und eine mögliche Verwertung erleichtern (vgl. in diesem Kontext auch die Ansätze des europäischen Projekts „ARROW“, in dem sich Rechteinhaber und Kultureinrichtungen mit der Erstellung einer Datenbank für verwaiste Werke befassen). Eine solche zentrale Datenbank sollte zudem auch auf nationaler Ebene eingerichtet werden. Erste Versuche, Voraussetzungen für die Rechtklärung festzulegen, sind schon gemacht. So kann mit Blick auf die Frage, welche Voraussetzungen bei der Suche nach dem Rechtsinhaber erfüllt sein müssen, beispielsweise auf das „Memorandum of Understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works“ der Europäischen Digitalen Bibliothek der Europäischen Kommission vom Juni 2008 verwiesen werden, welches Richtlinien über die einzuhaltenden Sorgfaltspflichten im Umgang mit verwaisten Werken enthält.



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

Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden, denn sie hängt sehr stark von der betroffenen Werkart sowie den Verwerterinteressen ab. Von der Erstveröffentlichung bis hin zur Digitalisierung ist hier eine Vielzahl von Nutzungsarten denkbar. Insbesondere mit Blick auf die Erstveröffentlichung stellt sich jedoch das zusätzliche Problem des höchstpersönlichen Urheberpersönlichkeitsrechts, welches in der Diskussion um verwaiste Werke bisher wenig oder keine Aufmerksamkeit erhalten hat.

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

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

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



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

Die Frage, welches Modell für den erleichterten Umgang mit und die Lizenzierung von verwaisten Werken einzuführen ist, kann nicht ohne Rückbindung an das nationale Urheberrechtssystem erfolgen. Da wir in Deutschland keine dem Canadian Copyright Board vergleichbare Institution haben, kann dieses Modell sicherlich nicht unmittelbar Pate für eine deutsche Regelung stehen. Die Einbindung der Verwertungsgesellschaften, aber auch der Gerichte, scheint insofern überzeugender.

Allerdings kann bezweifelt werden, ob das VG Wort-Modell tragfähig ist, denn es ist durchaus fraglich, wie die VG Wort Rechte für ein Werk einräumen will, dessen Rechtsinhaber sie unter Umständen gar nicht mit der Wahrnehmung betraut hat. Will die VG Wort in diesem Bereich als eine Art Rechtklärer bzw. Rechtemakler tätig werden, dann bedarf es insoweit einer gesetzlichen Grundlage, denn aktuell sind die Verwertungsgesellschaften körperschaftlich als eingetragene gemeinnützige Vereine konzipiert. Denkbar wäre auch, eine zentrale Stelle für eine Rechtklämung im Kontext von verwaisten Werken zu schaffen – jedenfalls sollte diese Aufgabe von einer einzigen Stelle, sei dies eine Verwertungsgesellschaft oder eine neu zu schaffende Anlaufstelle, wahrgenommen werden.

Ein gesetzgeberisches Handeln ist unter diesen Umständen ratsam. Hierbei muss jedoch in jedem Fall der Respekt vor einem möglicherweise zu ermittelnden Willen des Rechteinhabers gewahrt bleiben bzw. es ist ein gewisses Maß an Bemühen seitens der verwertungswilligen Person sicherzustellen. Aspekte, die für die Bewertung einer „sorgfältigen Prüfung“ Relevanz erlangen könnten, könnten beispielsweise sein, in welchem Umfang Informationen auf dem Werk oder seiner Kopie zu finden sind, wie alt das Werk ist, ob der Schöpfer vermutlich noch lebt und bloß nicht auffindbar ist, oder ob er bereits verstorben ist, in welcher Form das Werk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde etc.



Der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle auch auf das schweizerische Modell, das in § 22b UrhG die Nutzung verwaister Werke regelt, verwiesen werden:

„Nutzung von verwaisten Werken

1. Die zur Verwertung von Ton- oder Tonbildträgern erforderlichen Rechte können nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, wenn:

die Verwertung Bestände öffentlich zugänglicher Archive oder von Archiven der Sendeunternehmen betrifft;

die Rechtsinhaber oder -inhaberinnen unbekannt oder unauffindbar sind; und

die zu verwertenden Ton- oder Tonbildträger vor mindestens zehn Jahren in der Schweiz hergestellt oder vervielfältigt wurden.

2. Die Nutzer und Nutzerinnen sind verpflichtet, den Verwertungsgesellschaften die Ton- oder Tonbildträger mit verwaisten Werken zu melden.“

Zudem verfügen Finnland, Schweden, Dänemark und Ungarn über einen Mechanismus für eine erweiterte kollektive Lizenzierung, die im Umgang mit verwaisten Werken zur Anwendung kommen kann.

Nicht zuletzt sollten die gesetzgeberischen Entscheidungen im Bereich des Urheber- und Leistungsschutzrechts auch versuchen, dem Problem der verwaisten Werke schon beim Entstehen entgegenzuwirken: Verlängerungen der aktuellen Schutzfristen (siehe aktuelle Entwicklungen im Bereich der ausübenden Künstler) sind insofern beispielsweise kontraproduktiv (vgl. insofern auch Stellungnahme des MPI gegenüber dem BMJ zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte).



E. Sonstige Fragen

I. Elektronischer Bundesanzeiger

Im Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG) sind Veröffentlichungspflichten für Verwertungsgesellschaften vorgesehen (§§ 5, 9, 13 UrhWG). Dabei ist als Veröffentlichungsorgan jeweils der „Bundesanzeiger“ genannt. Da es sich bei dem „Bundesanzeiger“ und dem „elektronischen Bundesanzeiger“ um zwei verschiedene Veröffentlichungsorgane handelt, ist die Veröffentlichungspflicht derzeit in der gedruckten Ausgabe des Bundesanzeigers zu erfüllen.

Wäre eine Veröffentlichungspflicht im „elektronischen Bundesanzeiger“ vorzugswürdig?

Angesichts der Tatsache, dass die meisten wissenschaftlichen Institute, aber auch Unternehmen und Einzelpersonen den elektronischen Zugang bevorzugen und die gedruckte Version oftmals nicht zur Verfügung steht, ist eine Veröffentlichungspflicht im „elektronischen Bundesanzeiger“ vorzugswürdig.

II. Rechnungslegung und Prüfung der Verwertungsgesellschaften

In § 9 UrhWG sind derzeit die Maßnahmen zur Rechnungslegung und Prüfung im Einzelnen aufgeführt. Diese orientieren sich am Bilanzrichtliniengesetz vom 19. Dezember 1985 sowie an den damals einschlägigen Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Stattdessen könnten die erforderlichen Maßnahmen durch einen Verweis auf die für große Kapitalgesellschaften geltenden handelsrechtlichen Vorschriften wie folgt geregelt werden:



„§ 9 Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung

Verwertungsgesellschaften haben ungeachtet ihrer Rechtsform einen Jahresabschluss und einen Lagebericht nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Ersten, Dritten und Vierten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs aufzustellen, prüfen zu lassen und offenzulegen.“

Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Kein Kommentar.

III. Kontrollrechte

Von den Verwertungsgesellschaften wird vorgetragen, dass im Hinblick auf die pauschale Vergütung für Geräte und Speichermedien nach § 54 UrhG die Kontrollinstrumente der Verwertungsgesellschaften nicht ausreichend seien. So könne das Vorliegen „begründeter Zweifel“ wie es nach § 54 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 26 Abs. 7 UrhG erforderlich ist, in der Praxis in der Regel nicht dargelegt werden.

Kein Kommentar.

Sollte zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch die Verwertungsgesellschaften diese Regelung modifiziert werden? An welche Tatbestandvoraussetzungen sollten diese Kontrollinstrumente anknüpfen?

Prof. Dr. Reto M. Hilty

Dr. Nadine Klass