

# Stellungnahme

## zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft

24. Februar 2017

Seite 1

Bitkom vertritt mehr als 2.400 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.600 Direktmitglieder. Sie erzielen mit 700.000 Beschäftigten jährlich Inlandsumsätze von 140 Milliarden Euro und stehen für Exporte von weiteren 50 Milliarden Euro. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, 300 Start-ups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Hardware oder Consumer Electronics her, sind im Bereich der digitalen Medien oder der Netzwirtschaft tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 78 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, 9 Prozent kommen aus Europa, 9 Prozent aus den USA und 4 Prozent aus anderen Regionen.

Bitkom-Mitglieder sind u.a. Host- und Accessprovider, Onlineplattformen (mit urheberrechtlichen Inhalten), kleine, mittelständische und große Hersteller und Händler von Hard- und Software wie auch Diensteanbieter für audio- und audiovisuelle Inhalte. Das Urheberrecht bildet daher eines unserer Themenschwerpunkte.

### Zusammenfassung

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 1. Februar den Referentenentwurf eines Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes (im Folgenden „UrhWissG-E“) veröffentlicht. Bitkom beteiligt sich an der bis zum 24. Februar laufenden Verbändeanhörung und kommentiert im Folgenden die einzelnen Regelungsvorschläge. Insgesamt bewertet Bitkom die mit dem Referentenentwurf vorgeschlagene Schrankenaußerung als kritisch. Digitale Technologien bieten erhebliche Potenziale für Bildung, Wissenschaft und Forschung. Um diese Potenziale effektiv nutzen zu können, bedarf es geeigneter Rahmenbedingungen für qualitativ hochwertige Inhalte. Der im UrhWissG-E verfolgte Ansatz, die erlaubnisfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auszuweiten, geht hierbei in die falsche Richtung. Die Folge einer derartigen Schrankenaußerung wären Qualitäts- und Quantitätseinbußen bei den bestehenden Angeboten. Werden durch das Gesetz sinnvolle und angemessene Vereinbarungen über die Nutzung der Werke für nichtig erklärt, bestehen auch keine Anreize mehr zur Schaffung neuer Angebote. Statt der vorgeschlagenen Vergemeinschaftlichung sollte es eine Vorfahrt für Lizenzmodelle geben.

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

#### Markus Scheufele

Bereichsleiter Urheberrecht  
Tel.: +49.30.27576-154  
m.scheufele@bitkom.org

#### Judith Steinbrecher, LL.M.

Bereichsleiterin Gewerblicher  
Rechtsschutz & Urheberrecht  
Tel.: +49.30.27576-155  
j.steinbrecher@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Thorsten Dirks

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

Der Entwurf sieht für die erlaubnisfreie Nutzung im Bereich der Vervielfältigungen eine Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung vor. Er verpflichtet aber nicht etwa die schrankenprivilegierten Nutzer, sondern erneut Hersteller und Importeure von Geräten und Speichermedien, weitere Abgaben für diese Produkte zu entrichten. In diesem System der urheberrechtlichen Abgaben herrscht seit dem Jahr 2008 erhebliche Rechtsunsicherheit. Weder ist klar, wie die Abgaben konkret berechnet werden sollen, noch welche Produkte betroffen sind und in welcher Höhe. Trotz dieser Unsicherheiten konnte sich Bitkom nach teilweise jahrelangen Verhandlungen bei einigen Produkten mit den Verwertungsgesellschaften einigen. Im Rahmen dieser Gesamtverträge überweisen die Hersteller und Importeure jährlich über 300 Millionen Euro an die Verwertungsgesellschaften. Die mit dem Entwurf verfolgte Ausweitung der erlaubnisfreien Nutzungen würde sämtliche Gesamtverträge in Frage stellen, da unklar ist, wie stark die neuen Schranken genutzt werden. Kündigungen der bestehenden Gesamtverträge, jahrelange neue Verhandlungen, weitere Streitigkeiten und damit Rechts- und Planungsunsicherheit für alle Betroffenen und vor allem keine Ausschüttungen an die Urheber wären die Folge.

Mit der Anknüpfung an das Modell der urheberrechtlichen Abgaben bedient sich der Entwurf zudem eines nicht mehr praktikablen Systems aus der analogen Zeit, das von der Digitalisierung längst überholt ist. Jedes Jahr erscheinen neue moderne technische Geräte, die über einen Speicher verfügen. Für jedes dieser Geräte, für das Abgaben gefordert werden, müssen lange Verhandlungen und Gerichtsverfahren geführt sowie aufwändige Nutzungsstudien eingeholt werden. Rechtsunsicherheit sowie Handelshemmnisse im EU-Binnenmarkt sind die Folge. Schließlich missachtet der Entwurf europarechtliche Vorgaben: Denn nur derjenige, der erlaubnisfrei nutzen darf, hat nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs diese Belastung am Ende tatsächlich zu tragen. Als pauschale Abgabe auf einen Gerätetyp würde die Belastung aber auch Verbraucher oder Unternehmen treffen, die nicht etwa für wissenschaftliche Zwecke kopieren dürften. Dieser Regelungskomplex wäre dementsprechend insgesamt europarechtswidrig.

Lediglich begrüßenswert ist, dass das wichtige Thema des Text und Data Mining aufgegriffen wird. Der gewählte Anwendungsbereich ist jedoch viel zu klein. Gerade im nicht-wissenschaftlichen Bereich wird die Norm zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und damit ein Abwandern der Dienste aus Deutschland zur Folge haben. Zudem werden die Vorschläge zur Unzeit unterbreitet. Auf EU-Ebene werden hier gerade neue Regelungen diskutiert, deren Anwendungsbereich noch offen ist. Dem Gesetzgeber ist nicht nur im Hinblick auf diesen Aspekt dringend anzuraten nichts über das Knie zu brechen.

## **Inhalt**

Seite

<b>1 Digitale Bildung, Wissenschaft und Forschung .....</b>	<b>4</b>
<b>2 Stellungnahme zu den einzelnen vorgeschlagenen Regelungen.....</b>	<b>5</b>
2.1 § 60a-60c UrhWissG-E (Unterricht, Lehre, wissenschaftliche Forschung) .....	5
2.2 § 60d UrhWissG-E (Text und Data Mining).....	6
2.3 § 60 g UrhWissG-E (Verhältnis gesetzlich erlaubte Nutzung und vertragliche Lizenz) .....	8
2.4 § 60 h UrhWissG-E (angemessene Vergütung).....	9
2.5 § 61a) UrhWissG-E (Verwaiste Werke).....	12

## **1 Digitale Bildung, Wissenschaft und Forschung**

Mit dem UrhWissG-E verfolgt das BMJV vornehmlich die rechtspolitische Maßgabe, eine sogenannte Bildungs- und Wissenschafts-Schranke zu schaffen, d.h. neu zu regeln, welche Nutzungshandlungen im Bereich Bildung und Wissenschaft gesetzlich erlaubt sind, ohne dass es einer Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf.

Digitale Technologien bieten enorme Potenziale für Bildung und Wissenschaft. Sie fördern das lebensbegleitende Lernen über alle Altersgruppen hinweg. Sie ermöglichen flexibles, zeit- und ortsunabhängiges Lernen, erleichtern individuelles und vernetztes Lernen, unterstützen Inklusion und verbessern Qualität, Flexibilität sowie Chancengerechtigkeit im Bildungssystem. Doch internationale Vergleichsstudien zeigen: Deutschland liegt nur im Mittelfeld. Dies betrifft nicht nur Schule, Hochschule und Berufsausbildung, sondern auch die Bereiche der Weiterbildung und Umschulung. Mobile Geräte sind für Schüler heutzutage eine Selbstverständlichkeit und müssen sinnvoll in den Unterricht integriert werden, auch um digitale Kompetenzen zu erwerben. Dafür müssen auch Lehrkräfte über breite und solide Kenntnisse in der Nutzung sowie Gestaltung digitaler Medien und Technologien verfügen. Digitale Bildung langfristig zu garantieren, muss gemeinsames Interesse von Politik und Wirtschaft sein. Der daraus resultierende Erfolg dient der gesamten Gesellschaft: Dem Einzelnen hinsichtlich langfristiger Beschäftigungsfähigkeit mit vielfältigen Entwicklungs- und Karrierechancen, sowie der Wirtschaft mit Blick auf Standortqualität, Leistungs- und Innovationsfähigkeit.

Die Potentiale der Digitalisierung sind auch für Wissenschaft und Forschung facettenreich. Es gilt, die richtigen Voraussetzungen zu schaffen, um die derzeit noch gute Position des Wissenschaftsstandorts Deutschland im internationalen Vergleich zu halten und auszubauen.

Neben der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur und der frühzeitigen Aus- und Weiterbildung zum Thema der Digitalisierung sind geeignete Rahmenbedingungen festzulegen, damit hochwertige Inhalte angeboten und genutzt werden können.

Das BMJV erkennt zwar den notwendigen digitalen Wandel in Bildung und Wissenschaft, fördert diesen mit dem im vorgelegten Gesetzentwurf gewählten Ansatz jedoch nicht. Die Ausweitung erlaubnisfreier Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke wird voraussichtlich zu Qualitäts- und Quantitätseinbußen bei den bestehenden Angeboten führen. Dort, wo ungefragt Inhalte genutzt werden können, bestehen auch keine Anreize mehr, neue Angebote zu schaffen, die den technologischen Gegebenheiten gerecht werden. Das Interesse – etwa von Verlagen im Bildungs- und Wissenschaftsbereich – Angebote für die potentiellen Nutzer zu entwickeln, dürfte abnehmen, wenn deren Leistungen auf Basis gesetzlicher Erlaubnisse pauschal verwendet werden können. Wissenschaftliche Autoren werden in der Folge kaum noch kompetente Partner für optimale Veröffentlichungen finden.

Um ein breites Angebot an Inhalten für eine moderne Bildungs- und Wissensgesellschaft zu schaffen, müssten – entgegen dem Ansatz im Gesetzentwurf – vielmehr Modelle gefördert werden, mit denen Inhalte unkompliziert lizenziert werden können. Bereits heute bestehen Lizenzierungstools der Verwertungsgesellschaften und Rechteinhaber für digitale Nutzungen sowie Gesamtverträge, die auf die Bedürfnisse der Nutzer abgestimmt sind. Dies zeigt, dass der Markt in der Lage ist, nicht nur auf die Veränderungen durch die Digitalisierung in geeigneter Weise zu reagieren, sondern vielmehr die Chancen zu nutzen.

Folgerichtig stellt Prof. Katharina de la Durantaye in ihrem im Jahr 2014 veröffentlichten Gutachten über eine „Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke“ fest:

*„Eine Weiterentwicklung von Lizenzsystemen bei der Nutzung von Werken für Wissenschaft und Bildung kann Vorteile sowohl für Rechteinhaber als auch für Nutzer bringen. Wenn für die erwünschte Nutzung ein konkretes, angemessenes Lizenzangebot von Rechteinhaberseite vorliegt, ist die Lizenzierung oftmals die interessengerechte Lösung.“*  
(Gutachten de la Durantaye S. 231)

## **2 Stellungnahme zu den einzelnen vorgeschlagenen Regelungen**

### **2.1 § 60a-60c UrhWissG-E (Unterricht, Lehre, wissenschaftliche Forschung)**

Die §§ 60a bis 60c UrhWissG-E sehen eine erlaubnisfreie Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken durch Institutionen und Personen in Bildung, Wissenschaft und Forschung in Gestalt der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung in einem Umfang von 10 % bis zu 75 % vor. Der Entwurf trifft damit auf zu starren und unflexiblen Schrankenregelungen und geht über den im Umfang der Nutzung teilweise deutlich über das hinaus, was bislang etwa in Gesamtverträgen geregelt wurde.

Der Entwurf begründet die Formulierung konkreter Tatbestände mit einer vermeintlich höheren Rechtssicherheit, verkennt dabei aber, dass die starren Regelungen in vielen Fällen ohne Not in bestehende Geschäftsmodelle eingreifen und damit insgesamt zu einer Verschlechterung des Angebots im Vergleich zum Status quo führen können (siehe bereits oben).

Eine Generalklausel würde demgegenüber die erforderliche Flexibilität bieten, um den Interessen im Einzelfall gerecht zu werden:

*Es ist zu beachten, „... dass gerade eine Regelung, die eine Generalklausel enthält, zum Ausgleich der Interessen aller Beteiligten beiträgt. Sie ist offen und flexibel genug, um Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen. Ob und inwieweit der Anwendungsbereich einer*

*Generalklausel mit Regelbeispielen weiter sein wird als jener bestehender Schranken, ist abhängig von den konkreten Formulierungen sowie von der Interpretation durch die Gerichte. Zudem muss die Einführung einer Generalklausel mit Regelbeispielen nicht notwendig zu einer grundsätzlichen Erweiterung erlaubter Nutzungen führen.“ (Gutachten de la Durantye S. 212)*

## **2.2 § 60d UrhWissG-E (Text und Data Mining)**

Bitkom begrüßt es, dass das BMJV das Potential von Text and Data Mining (TDM) Technologien durch den Vorschlag einer TDM-Schranke in § 60d UrhWissG-E würdigt. Der politischen Debatte in Brüssel, deren Gegenstand u.a. ebenfalls ein Kommissionsentwurf zu einer TDM-Schranke ist (Art. 3 DSM-Urheberrecht-Richtlinienentwurf), sollte jedoch nicht vorgegriffen werden. Auch wenn das BMJV zu Recht darauf hinweist (S. 24 Referentenentwurf), dass die politische Debatte in Brüssel zu Art. 3 des Richtlinienentwurfs zeitlich nicht absehbar ist, so sollte sich die Bundesregierung zum aktuellen Zeitpunkt nicht mit einem Regierungsentwurf positionieren, der die Potentiale einer europäischen Regelung nicht ausschöpft, sondern auf Basis des Status quo des Unionsrechts entscheidet.

Die Europäische Kommission schlägt mit Art. 3 des Richtlinienentwurfs vor, eine für die EU-Mitgliedstaaten verpflichtende Schranke für TDM Anwendungen zu implementieren. Auf Basis dieser Schranke soll die Vervielfältigung und Entnahme von urheberrechtlich geschützten Inhalten, die im Internet legal zugänglich sind, zu Forschungszwecken auch ohne Einwilligung des Rechteinhabers möglich sein. Auf diese Schrankenregelung sollen sich nur Forschungseinrichtungen berufen können. Ein zu kompensierender Schaden entsteht nach Auffassung der Europäischen Kommission bei den Rechteinhabern nicht (vgl. Erwägungsgrund 13).

Das BMJV hingegen schränkt zwar mit § 60d UrhWissG-E den Nutzerkreis nicht ein, macht aber die nicht-kommerziellen Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zur Bedingung. Zudem sieht das BMJV entgegen des EU-Entwurfs eine Vergütung über § 60h UrhWissG-E vor.

Grundsätzlich unterstützt Bitkom die Zielsetzung, Anwendungen wie TDM, die in Zeiten von Industrie 4.0 und Big Data nicht wegzudenken sind, zu fördern. Jedoch scheint das BMJV wie auch die Europäische Kommission zu verkennen, welchen kleinen Anwendungsbereich es mit § 60d UrhWissG-E regelt und welchen immensen Anwendungsbereich von TDM sie gleichzeitig außen vorlässt und in eine Rechtsunsicherheit entlässt.

TDM Technologien werden in den unterschiedlichsten Diensten und unterschiedlichsten Branchen eingesetzt und gewinnen an immer größerer Bedeutung. Textmining dient der Analyse großer Textbestände, aber auch im Finanzsektor, im Marketingbereich, bei der Webanalyse werden entsprechende Technologien eingesetzt.

Selbst Spamfilter basieren auf derartigen Technologien. Dienste wie Spracherkennung, Suchmaschinen oder auch Übersetzungsprogramme bedienen sich ebenfalls solcher Technologien. Zu den weiteren Anwendungsbereichen verweisen wir auf unsere Stellungnahme vom 16. Februar 2017 zu Art. 3 DSM-Urheberrecht-Richtlinienentwurf.

Die Vorstellung, dass diejenigen Unternehmen oder Einrichtungen, die derartige Technologien zu kommerziellen Zwecken anwenden, im Vorfeld urheberrechtlich geschützte Inhalte identifizieren und etwaige Rechtklärungen vornehmen, ist undenkbar und nicht praxisgerecht.

In der Rechtsprechung finden sich bislang auch keine Ansätze, die eine Notwendigkeit für ein entsprechendes Vorgehen klar bestätigen würden. Jedoch birgt der aktuelle Regelungsvorschlag mit seinem engen Anwendungsbereich die Gefahr, dass er im Umkehrschluss den Nutzungsumfang „Vervielfältigung“, wie er durch die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten geformt wurde, zum Nachteil der Nutzer und der Digitalwirtschaft wieder ausweitet. Das BMJV spricht in dem UrhWissG-E sogar davon, dass diese Rechtsfrage „umstritten“ sei.

§ 44a UrhG sieht zwar bereits eine Schrankenbestimmung für flüchtige oder begleitende Vervielfältigungshandlungen vor, doch wird diese Schranke den o.g. Diensten nicht ausreichende Rechtssicherheit bieten.

§ 60d, wie ihn das BMJV in dem UrhWissG-E vorschlägt, führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und im Zweifel dazu, dass Dienste von anderen Unternehmen als Forschungseinrichtungen trotz ihres gesellschaftlichen Nutzens nicht (mehr) angeboten werden (können). Von dieser Rechtsunsicherheit betroffen sind nicht nur Dienste, die ausschließlich urheberrechtlich relevantes Material analysieren, sondern insbesondere auch die Maße an Diensten, die Daten analysieren, die teils urheberrechtlichen Schutz genießen, teils aber auch nicht oder auch die Dienste, die Daten aus urheberrechtlich geschützten Sammelwerken oder Datenbankwerken analysieren.

Bitkom ist nicht ersichtlich, warum aus urheberrechtlicher Perspektive zwischen den unterschiedlichen Anwendungsbereichen von TDM differenziert werden soll und was eine unterschiedliche Privilegierung rechtfertigt. Im Gegenteil spricht viel dafür, die Anwendungsbereiche von der Schrankenregelung profitieren zu lassen, bei denen urheberrechtlich geschützte Werke eine untergeordnete Rolle spielen und bei denen weder die Anwendung von TDM Software noch das Ergebnis die Rechtsposition des Urhebers beeinträchtigt. Auch eine angemessene Vergütung ist in diesen Bereichen nicht gerechtfertigt.

Darüber hinaus sollte es jedem Anwender von TDM Software möglich sein, Stichproben bzw. kleine Teile der Analyseresultate dem Auftraggeber offenzulegen. Denn nur so lässt sich die Qualität und notwendige Transparenz für das Analyseverfahren

darstellen. Nur so ist das Verfahren für den Auftraggeber nachvollziehbar. Für einen potentiellen Urheber, dessen Werke mit analysiert wurden, ist diese Offenlegung völlig irrelevant, weshalb sie auch urheberrechtlich neutral geregelt sein sollte. Wir begrüßen, dass das BMJV dieses Problem erkannt hat und nun mit § 60d Abs. 1 Nr. 2 UrhWissG-E einen Lösungsvorschlag unterbreitet. Gleichwohl ist auch hier der Nutzerkreis nicht ausreichend (s.o.).

### **2.3 § 60 g UrhWissG-E (Verhältnis gesetzlich erlaubte Nutzung und vertragliche Lizenz)**

Die vorgeschlagene Regelung erklärt Vereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Rechtenutzern für unwirksam, soweit diese eine der geregelten gesetzlichen Erlaubnisse betrifft. Damit werden auch sinnvollen und angemessenen Vereinbarungen die juristische Grundlage entzogen, ein zuvor freier und funktionierender Markt quasi verstaatlicht. Für Rechteinhaber bestehen infolge dessen kaum noch Anreize hochwertige Inhalte zu erstellen, wenn diese nur noch zum (geringen) Einheitspreis bezogen werden. Sehr fragwürdig ist in diesem Kontext die Argumentation im Gesetzesentwurf, Urheber aus der Wissenschaft seien häufig vor allem intrinsisch durch den Wunsch nach Reputation motiviert und dass Honorare bei der Erstellung der Werke in den Hintergrund treten würden. Selbst wenn dies zuträfe, fehlten den Urhebern die notwendigen Kooperationspartner, die sich aus wirtschaftlichen Gründen künftig dagegen entscheiden könnten, derartige Inhalte zu veröffentlichen.

Allein für den Bereich des Text und Data Mining (§ 60d UrhWissG-E), in welchem automatisiert große Textbestände analysiert werden, erscheint der in § 60 g UrhWissG-E verfolgte Ansatz noch gerechtfertigt. In den anderen Bereichen, die in dem Gesetzesentwurf geregelt werden sollen ist dies jedoch nicht der Fall.

Nach dem in den internationalen Verträgen und der EU-Urheberrechtsrichtlinie vorgesehenen Dreistufentest dürfen Ausschließlichkeitsrechte nur in bestimmten Sonderfällen beschränkt, die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigt, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzt werden. Die hier vorgesehene gesetzliche Gestattung, bis zu 75 % eines Werkes erlaubnisfrei zu verwenden ohne Inhalteanbietern die Möglichkeit zu geben, diese Nutzung in irgendeiner Weise zu lizenzieren, bedeutet eine starke Beschränkung der Rechteinhaber und bedarf infolgedessen einer besonderen Rechtfertigung. Der Gesetzesentwurf spricht hier von einem natürlichen Monopol über das die Inhalteanbieter verfügen würden und eine strukturelle Disparität zwischen diesen zu den Nutzern. Nutzer seien also beim Bezug der Werke unterlegen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zum einen liegt es in der Natur der Sache eines urheberrechtlich geschützten Werkes, dass dieses nur einmal verfügbar ist. „Stairway to Heaven“ von Led Zeppelin kann eben nicht ersetzt werden mit „Yellow Submarine“ von den Beatles. Zum anderen regeln üblicherweise Angebot und Nachfrage die Konditionen, zu denen ein Werk genutzt werden darf.



Im Sinne der Verhältnismäßigkeit wäre insofern ein gestuftes Verfahren ein milderes Mittel zu dem vollständigen Entzug der Befugnisse der Rechteinhaber:

- Lizenzangebote der Inhabanten über die Nutzung ihrer Werke müssten stets Vorrang haben
- Kommt keine Vereinbarung zwischen Inhabanten und Rechteinhaber zustande, kann der Nutzer den Inhabanten nur dann zur Einräumung verpflichten und der Rechteinhaber seinerseits die Einräumung nicht verweigern, wenn wichtige Gründe des Allgemeinwohls für die Rechteinräumung sprechen. Hierfür könnte der Gesetzgeber einen Beispielskatalog vorsehen.
- Bei einer in der dieser Weise eingeräumten Lizenz wäre der Rechteinhaber verpflichtet, eine angemessene Vergütung in Form einer Lizenzgebühr zu entrichten.

## **2.4 § 60 h UrhWissG-E (angemessene Vergütung)**

Der Entwurf sieht für die erlaubnisfreie Nutzung grundsätzlich eine Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung vor. Im Bereich der Vervielfältigungen verpflichtet er aber nicht etwa die schrankenprivilegierten Nutzer, sondern Dritte, die die Werke selbst nicht nutzen können. Damit bedient er sich eines nicht mehr praktikablen Systems aus der analogen Zeit und überschreitet zugleich die Grenzen des europa- und verfassungsrechtlich Zulässigen.

Das Modell der geräte- und speichermedienbezogenen urheberrechtlichen Abgaben stammt bereits aus dem Jahr 1965. Ziel war es, Urhebern für private Kopien ihrer Werke auf Tonbandgeräten einen Ausgleich zukommen zu lassen. Inzwischen wurde dieses Konstrukt von der Digitalisierung überholt und bereitet zunehmend Probleme: Fast jedes moderne technische Gerät in der digitalen Welt hat einen Speicher, wird aber nicht oder nur gelegentlich für Privatkopien genutzt – anders als damals das Tonbandgerät. In immer kürzer werdenden Innovationszyklen werden neue Produkte entwickelt oder verschmelzen miteinander. Für jedes neue Produkt, für das Abgaben gefordert werden, müssen separate Verhandlungen oder Verfahren mit aufwendigen und teuren Studien geführt werden. Dies erzeugt erhebliche Planungs- und Rechtsunsicherheit, Handelshemmnisse im EU-Binnenmarkt sowie eine erschwerte Tarifierung und Durchsetzung der Abgaben. Für den Verbraucher ist das System vollkommen intransparent.

Es wäre geradezu anachronistisch dieses System nun in erheblichem Maße auf erlaubnisfreie Nutzungen im Bereich der Bildung und Wissenschaft auszuweiten. Da häufig unklar ist ob und wie viel Abgaben auf ein bestimmtes Produkt zu entrichten sind, ist es abgabepflichtigen Herstellern, Importeuren und Händlern bereits heute nicht möglich, die Abgaben an die schrankenprivilegierten Nutzer weiterzureichen. Die Kosten, die den Unternehmen hierdurch entstehen, sind im „Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft“ noch überhaupt nicht berücksichtigt.

Es bestehen in der heutigen digitalen Welt vielfältige Möglichkeiten Inhalte unkompliziert und schnell zu lizenzieren, ohne hierbei relevante Transaktionskosten zu erzeugen. Setzt man stattdessen auf derartige pauschale gerätebezogene Abrechnungsmodelle, bleibt z.B. unklar

- wie Nutzungen vergütet werden sollen, die im Rahmen von virtuellen Services stattfinden, die keine physischen Landesgrenzen kennen.
- wie bei dem Nebeneinander von Lizenzierung und pauschaler Kompensation der gerechte Ausgleich ermittelt werden soll.
- wie Doppelvergütungen vermieden und garantiert werden soll, dass nicht eine pauschale Kompensation zum Tragen kommt, wo gar keine Nutzung sondern Lizenzierung stattfindet.
- welche Geräte betroffen sein sollen.

Seit dem Inkrafttreten des sog. „Zweiten Korbes“ im Jahr 2008 werden in unzähligen Gerichtsverfahren die Abgabepflicht von Geräten und Speichermedien dem Grunde und der Höhe nach überprüft. Bislang ist nicht ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen. Es ist noch nicht einmal geklärt, wie die Abgaben zu berechnen sind (siehe Urteil des Bundesgerichtshof vom 19.11.2015, I ZR 151/13). Der Bundestag hatte bereits im vergangenen Jahr in seinen Beratungen zum Verwertungsgesellschaften-gesetz den Handlungsbedarf erkannt (siehe Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/8268) und Änderungen am Instanzenzug vorgeschlagen, um die erhebliche Verfahrensdauer zu verkürzen. In einigen Bereichen konnten sich die Verwertungsgesellschaften und der Bitkom nach teilweise jahrelangen Verhandlungen jedoch auf eine Abgabenhöhe einigen. Im Rahmen dieser Gesamtverträge überweisen die Hersteller und Importeure jährlich über 300 Millionen Euro an die Verwertungsgesellschaften. Die mit dem Entwurf verfolgte Ausweitung der erlaubnisfreien Nutzungen würde nicht nur ein rückständiges System fortschreiben, sondern vielmehr sämtliche Gesamtverträge zwischen Bitkom und den Verwertungsgesellschaften in Frage stellen, da unklar ist, wie stark die neuen Schranken genutzt werden. Kündigungen der bestehenden Gesamtverträge, jahrelange neue Verhandlungen, weitere Streitigkeiten und damit Rechts- und Planungsunsicherheit für alle Betroffenen wären die Folge.

Zudem wäre eine derartige Regelung klar europarechtswidrig. Nach gefestigter Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs (EuGH) steht ein System, bei dem zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs nicht die privaten Endnutzer (direkt), sondern die Hersteller und Importeure über eine Geräteabgabe in Anspruch genommen werden, nur dann in Einklang mit Art. 5 Abs. 2 b UrhRL, wenn und weil sie die Möglichkeit haben, die tatsächliche Belastung dieser Finanzierung auf die privaten Nutzer abzuwälzen (vgl.: EuGH GRUR 2011/50 "Padawan" Tz. 46, 48, 50; EuGH GRUR 2014/546 "ACI Adam" Tz. 52; EuGH GRUR 2016/55 "Reprobel" Tz. 70). Bei einem solchen System der indirekten Realisierung des gerechten Ausgleichs dürfen die juristischen Personen (Hersteller, Händler, Importeure, Business-Endnutzer)

*"jedenfalls nicht diejenigen sein, die diese Belastung am Ende tatsächlich tragen müssen"* (EuGH GRUR 2016/687 "EGEDA" Tz. 36;)

Ein System, das nicht gewährleistet,

*"dass die Kosten des gerechten Ausgleichs letztlich allein von den Nutzern von Privatkopien getragen werden",*

ist nicht mit der Richtlinie vereinbar (vgl. EuGH GRUR 2016/687 "EGEDA" Tz. 41).

In seiner Entscheidung „Reprobel“ hat der EuGH klargestellt, dass dieser Grundsatz nicht nur für die Privatkopieschranke, sondern für alle Schranken nach der UrhRL gilt, bei denen ein gerechter Ausgleich erfolgt (EuGH GRUR 2016/55 "Reprobel" Tz. 37). Nur der schrankenprivilegierte Nutzer darf also am Ende zur Zahlung des gerechten Ausgleichs herangezogen werden. Übertragen auf den konkreten Gesetzentwurf bedeutet dies, dass für erlaubte Vervielfältigungen im Wissenschaftsbereich nur die privilegierte Institution den gerechten Ausgleich zu zahlen hat. Dies kann aber mit dem Pauschalabgabensystem nicht sichergestellt werden. Würde auch ein privater Nutzer mit derartigen Abgaben belastet, wäre die Regelung europarechtswidrig.

Aus diesem Grund hält der EuGH die unterschiedslose Erhebung eines gerechten Ausgleiches nur unter der Voraussetzung für mit dem Unionsrecht vereinbar, dass

- bei Nachweis der Lieferung an einen nicht schrankenprivilegierten Nutzer der Schuldner des gerechten Ausgleichs von dessen Zahlung befreit wird
- und dass zugleich ein – transparentes, einfach zu handhabendes – System der Rückerstattung besteht, das keine übermäßige Erschwernis mit sich bringt und dessen Umfang, Wirksamkeit, Verfügbarkeit, Bekanntheit und Einfachheit der Nutzung es erlauben, etwaige durch die Regelung der Abgabe geschaffene Ungleichgewichte auszugleichen, um festgestellten praktischen Schwierigkeiten zu begegnen (vgl.: EuGH "Copydan" Tz. 55; EuGH "Microsoft" Tz. 34, 36, 37;)

Der vorliegende Gesetzentwurf regelt nicht einmal im Ansatz ein derartiges System der Freistellung und Rückerstattung, noch lässt er in irgendeiner Weise erkennen, dass er sich mit der o.g. Rechtsprechung des EuGH überhaupt auseinander gesetzt hat.

Die vorgeschlagene Regelung wäre schließlich verfassungswidrig. Das System der Inanspruchnahme der Hersteller und Importeure der Aufnahmegeräte und Medien zur Lösung dieses mehrseitigen Interessenkonflikts ist nur deshalb verfassungsgemäß, weil der direkten Durchsetzung des Anspruchs des Urhebers gegen den Nutzer dessen Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) zwingend entgegensteht, während der Hersteller bzw. Importeur das notwendige Gerät bzw. Aufnah-

memedium bereitstellt und nicht nur fassbar ist, sondern auch noch die gezahlte Vergütung auf den eigentlich Pflichtigen abwälzen kann (BVerfG Entscheidung vom 07.07.1971 (1 BvR 775/66), B.II.3 und 4.). Die Belastung diene nicht dazu, Gemeinwohlbelange durchzusetzen, so dass Art. 12 I 2 GG nicht berührt sei (BVerfG ebenda).

Alle diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Weder liegt ein vergleichbarer Interessenkonflikt vor, noch steht der direkten Anspruchsdurchsetzung gegen den wirklichen Nutzer eines seiner Grundrechte entgegen noch gibt es sonstige beachtliche Praktikabilitätshindernisse. Vielmehr bieten gerade hier Lizenzierungsmodelle in idealerweise die Möglichkeit, dem Ursprungsgedanken gerecht zu werden, nämlich dass der privilegierte Nutzer unmittelbar für die Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes zahlt. Hier scheint es hingegen, dass eine Zwangsfinanzierung durch einen Dritten im Interesse des Gemeinwohls erfolgen soll. Somit wäre aber Art. 12 I 2 nicht nur einschlägig, sondern in Verbindung mit Art. 3 GG auch verletzt, da die Inanspruchnahme willkürlich ist.

## **2.5 § 61a) UrhWissG-E (Verwaiste Werke)**

Auch wenn dem deutschen Gesetzgeber durch europäisches Recht Grenzen aufgesetzt sind, so sollte sich die Bundesregierung dafür einsetzen, dass die Schrankenregelung zu verwaisten Werken (§ 61a ff UrhG) auf Abbildungen/Fotographien sowie auf die Nutzung zu kommerziellen Zwecken ausgeweitet wird. UK ist ein positives Beispiel dafür, dass eine derartige Schrankenregelung funktioniert und die Verfügbarkeit wertvollen Kulturgutes verbessert. Die Fotografie-Archive des British Museum in London bestanden 2014 noch zu 90% aus verwaisten Werken. Dieses Kulturgut würde ohne die entsprechende UK-Regelung nie an die Öffentlichkeit gelangen können.