

15. Juni 2009

**Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im
Bereich des Urheberrechts**

Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverbandes

**zum Fragebogen des Bundesministeriums der Justiz
vom 13. Februar 2009**

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	3	
Zusammenfassung der Antworten.....	4	
A. Prüfbitten des Bundestags		
I. Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und des Verbots der Herstellung einer Kopie durch Dritte.....	5	
II. Gesetzliches Verbot sogenannter intelligenter Aufnahmesoftware, mit der gezielt Musiktitel automatisiert aus dem Webradio-Angebot herausgefiltert und aufgenommen werden können.....	9	
III. Zweitverwertungsrecht für Urheber von wissenschaftlichen Beiträgen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind.....	14	
IV. Überprüfung der bestehenden Regelungen der Kabelweitersendung (§ 20b UrhG).....	17	
V. Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software.....	18	
VI. Prüfung hinsichtlich der Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten.....	24	
B. Prüfbitten des Bundesrates.....		24
C. Prüfbitte der Enquete Kommission „Kultur in Deutschland“.....		24
D. Prüfbitte der Europäischen Kommission.....		24
I. Regelung des Umgangs mit „verwaisten Werken“ („Orphan Works“).....		24

Einleitung

Der Verbraucherzentrale Bundesverband dankt dem Bundesministerium der Justiz für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Urheberrechts.

Die Urheberrechtsnovellen des ersten und zweiten Korbs haben die traditionelle Balance zwischen den Interessen der Urheber, der Rechteinhaber und der Nutzer zu Ungunsten der Nutzer aus dem Gleichgewicht gebracht. Dieses Ungleichgewicht wurde und wird vom Verbraucherzentrale Bundesverband, aber auch von anderen Verbraucher- und Bürgerinitiativen und von großen Teilen der Wissenschaft kritisiert. Die damalige Bundesregierung verwies in diesem Zusammenhang zunächst auf den zweiten Korb, in dem die Rechte der Nutzer berücksichtigt werden sollten, aber letztendlich nicht berücksichtigt wurden. Fragen des Verbraucherschutzes sollten erst wieder im Rahmen des Durchsetzungsgesetzes eine Rolle spielen. Nach den ersten Erfahrungen mit den neuen Regelungen zur Rechtsdurchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche muss jedoch bezweifelt werden, dass diese tatsächlich mehr Schutz vor überhöhten Abmahnungen gegenüber Verbraucher bieten werden.¹

Bei der nunmehr anstehenden Prüfung des weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Urheberrecht geht es im Wesentlichen um die gleichen Fragen, die bereits im ersten und zweiten Korb diskutiert, aber keiner Lösung zugeführt werden konnten. Dabei handelt es sich zum einen um Themen, die für ein modernes Urheberrecht und die notwendige Balance zwischen Rechteinhabern und Nutzerinteressen unverzichtbar sind. Hierzu gehören die *Weiterveräußerung von unkörperlichen Werken*, die Abschaffung der überflüssigen *Vergütung einer Kabelweitersendung in Wohngemeinschaftsanlagen*, die bessere Verfügbarkeit von wissenschaftlichen Werken, die mit öffentlichen Mitteln gefördert wurden (Open Access) und die *Nutzung verwaister Werke*. In allen genannten Bereichen sind Regelungen längst überfällig und sollten deshalb möglichst bald in einem dritten Korb umgesetzt werden.

Bedauerlicherweise wird im vorbereitenden Fragebogen das Recht auf Privatkopie nicht thematisiert, sondern es werden - den Prüfbitten des Bundestags entsprechend - lediglich weitere unverhältnismäßige und unseres Erachtens nicht durchsetzbare Verschärfungen der Privatkopie vorgeschlagen. Die *Beschränkung der Privatkopie auf Kopien vom Original* sowie das *Verbot der Herstellung einer Kopie durch Dritte* würden zu nicht hinnehmbaren Einschränkungen im Umgang mit digitalen Produkten führen und sind deshalb verbraucherpolitisch entschieden abzulehnen. Das gleiche gilt für das vorgeschlagene *Technologieverbot „intelligenter Aufnahmesoftware“* zur Verhinderung von Aufnahmen aus Internetradios.

Aus verbraucherpolitischer Sicht sollte der Gesetzgeber bei der Formulierung von urheberrechtlichen Regelungen auf deren Verständlichkeit durch die Normadressaten

¹ Stellungnahme vom vzbv vom 2.4.2009 anlässlich der Evaluierung der Richtlinie 2004/48/EG: http://www.vzbv.de/mediapics/stn_durchsetzungsrl_02_04_2009.pdf

besonderes Augenmerk legen. Dieses Bedürfnis an Normenklarheit ist hier sogar dringender als in anderen Zusammenhängen, denn das Urheberrecht hat sich durch die weite Verbreitung von Digitaltechnologie und Online-Zugängen in den Haushalten zu einem allgemeinen Verhaltensrecht entwickelt. In der Bevölkerung herrscht große Verunsicherung über die mit der Nutzung der neuen Medien und Technologien einhergehenden urheberrechtlichen Fragen. Die mangelnden Kenntnisse über die urheberrechtlichen Rechte und Pflichten führen wiederum – wie sich an der großen Zahl von Abmahnungen gegenüber Verbrauchern deutlich zeigt – zu erheblichen Risiken und können in diesem Zuge auch eine Zurückhaltung beim Erwerb und der Nutzung von Informationstechnologien nach sich ziehen. Um dies zu vermeiden, muss das Urheberrecht einen klaren, verständlichen und ausgewogenen Rechtsrahmen für den Umgang mit urheberrechtlich geschützten Inhalten in der Informationsgesellschaft setzen.

Zusammenfassung der Antworten

1. Bei der Regelung der Privatkopie sollte der Gesetzgeber unbedingt von zusätzlich einschränkenden Neuregelungen absehen. Die derzeitige Regelung ist bereits so kompliziert, dass sie von Verbrauchern nicht verstanden wird. Weitere Einschränkungen verstärken dieses Manko und würden aufgrund der Undurchsichtigkeit der Regelung vermutlich nicht eingehalten werden.
2. Ein gesetzliches Verbot sogenannter „intelligenter Aufnahmesoftware“ ist abzulehnen. Ein solches Verbot könnte weder mit der gebotenen Bestimmtheit noch technologieneutral formuliert werden und wäre zwingend mit einer weiteren rechtlichen Beschränkung der Privatkopie verbunden.
3. Der leichtere Zugang zu wissenschaftlichen Informationen durch Open Access-Verwertungsmodelle sollte vom Gesetzgeber durch die gesetzliche Verankerung eines Zweitverwertungsrechts unterstützt werden.
4. Der Gesetzgeber muss klarstellen, dass die Weiterleitung von Rundfunkprogrammen in Wohnanlagen keine vergütungspflichtige „Sendung“ ist.
5. Es besteht ein dringender Regelungsbedarf hinsichtlich der Möglichkeit, im Verkehr befindliche unkörperliche Werke weiterveräußern zu dürfen. Der Erschöpfungsgrundsatz in seiner gegenwärtigen Form entspricht nicht dem wandelnden Markt einer zunehmenden Digitalisierung und führt wegen der Ungleichbehandlung von „körperlichen“ und „unkörperlichen“ Werken zu unangemessenen Folgen für die Verbraucher.
6. Es sollte eine gesetzliche Lösung für das Problem der verwaisten Werke gefunden werden, die es ermöglicht, das kulturelle Erbe auch dann zu sichern und zugänglich zu machen, wenn der Rechteinhaber unbekannt oder nicht mehr auffindbar ist. Unabhängig von den Details sollte die Regelung neben Bildungs- und Kulturinstitutionen auch die interessierte Öffentlichkeit (Verbraucher) in die Lage versetzen, bei zumutbarem Aufwand und unter angemessenen Konditionen verwaiste Werke zu nutzen.

Zu den Themen und Frage im Einzelnen

A. Prüfbitten des Bundestags

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

Position

Eine weitere Einschränkung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und des Verbots der Herstellung einer Kopie durch Dritte würde der gegenwärtigen Informationsgesellschaft in einer zunehmend digitalen Welt nicht gerecht. Dies kann auch aufgrund der Unklarheit des Begriffs „Original“ und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit nicht befürwortet werden. Aufgrund mangelnder Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten würde die von der Verwertungswirtschaft geforderte Begrenzung zu einer nutzlosen Einschränkung der Privatkopie führen, gleichzeitig aber die Rechtsunsicherheit der Verbraucher bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke vergrößern.

1. Sollte die zulässige Privatkopie auf Kopien vom 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?

a) Zur Abgrenzung von Original und Kopie

Um die vorstehenden Fragen hinreichend beantworten zu können, muss man zunächst klären, ob eine Kopie, wie von der Verwertungswirtschaft bereits im Gesetzgebungsverfahren zum ersten und zweiten Korb² gefordert, nur vom „eigenen“ Original oder von Originalen Anderer, also unabhängig von der Besitz- beziehungsweise Eigentumsituation, möglich sein soll.

Wären Privatkopien nur noch von „eigenen“ Originalen zulässig, würde eine Vielzahl von Nutzungshandlungen ausgeschlossen, die nach geltendem Recht gestattet sind und die zum wesentlichen Regelungsgehalt des § 53 UrhG zählen. Bei einer Beschränkung auf Kopien vom „eigenen“ Original wäre es zum Beispiel nach § 53 Abs. 1 UrhG nicht mehr möglich,

- sich Kopien von Literatur aus Bibliotheken zu fertigen oder sich solche von Kopienversanddiensten erstellen und schicken zu lassen;
- Fernseh- oder Radiosendungen mitzuschneiden.

Die Bundesregierung und der Gesetzgeber haben eine solche Beschränkung stets mit guten Gründen abgelehnt. An den elementaren Bedenken gegen eine solche Beschränkung hat sich nichts geändert. Wirtschaftlich ohnehin benachteiligte

² Siehe v. a. die Ausführungen der Bundesregierung im Regierungsentwurf zum „Zweiten Korb“, BT-Drcks. 16/1828, S. 18 mit Hinweisen auf die Forderungen von Seiten der Wirtschaft.

Verbraucher würden erheblich in ihrer Möglichkeit, am kulturellen Leben teilzunehmen, beschränkt werden. Es ist eine wesentliche und angesichts des Interesses an kultureller und informationeller Teilhabe legitime Folge der Privatkopie, dass es gestattet sein muss, sich von den Originalen Anderer eigene Privatkopien erstellen zu dürfen. Wirtschaftlich benachteiligte Verbraucher verfügen häufig nicht über die finanziellen Mittel, Originale zu erwerben. Vor diesem Hintergrund entbehrt die zum Teil implizit, zum Teil explizit geäußerte Behauptung, die Nutzer wollten durch die Herstellung von Privatkopien „nur Geld sparen“, wobei jede gebrannte CD einer „nicht verkauften CD“ entspreche, jeglicher nachvollziehbaren Grundlage. Für die Teilhabe am kulturellen Leben ist es elementar, dass die Verbraucher Privatkopien auch dann anfertigen dürfen, wenn sie kein „eigenes“ Original besitzen.

Aber auch bei einer Beschränkung der Vervielfältigungsmöglichkeit auf Kopien von einem „nicht eigenen“ Original, also auch von solchen die Anderen gehören, stellt sich die Frage nach der Definition eines „Originals“. Handelt es sich bei den Vervielfältigungsstücken, die die Nutzer mit Zustimmung des Rechteinhabers anfertigen (zum Beispiel der bei iTunes heruntergeladenen Musikdatei) um „Originale“? Ist die hiervon mit Zustimmung des Rechteinhabers gefertigte Kopie auf einem iPod ein Original? Oder sind nur vom Rechteinhaber aktiv versendete Dateien Originale?

Angesichts des Umstands, dass unkörperliche, über das Internet gehandelte Werkexemplare nicht mehr vom Anbieter selbst erstellt und in den Verkehr gebracht werden, sondern sich hier die Nutzer ihre Vervielfältigungsstücke selbst durch Download herstellen, hilft die herkömmliche Unterscheidung zwischen Original und Kopie nicht mehr weiter. An dieser – letztlich nicht nur für die Verbraucher, sondern auch für zum Beispiel die Gerichte unlösbaren – Frage zeigt sich, dass eine Beschränkung der Privatkopie auf Kopien vom Original zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde. Hinzu kommt, dass den Interessen der Verwertungswirtschaft schon – aus Sicht des Verbraucherschutzes weit überschießend – mit dem umfangreichen Schutz technischer Maßnahmen Rechnung getragen wird.

b) Zur Durchsetzbarkeit der Einschränkung der Privatkopie

Gegen weitere Einschränkungen der Privatkopie spricht auch das gewichtige und in den vergangenen Urheberrechtsreformen von Bundesregierung und Gesetzgeber stets wiederholte Argument, dass diese auch heute noch unmöglich zu kontrollieren sind. Wie soll festgestellt oder gar wirksam unterbunden werden, ob die Nutzer im privaten Bereich nur Vervielfältigungen von eigenen Originalen herstellen oder sich solche rechtswidrig von Dritten herstellen lassen? Ist eine Kontrolle aber nicht möglich, muss man davon ausgehen, dass (weitere) Restriktionen der Privatkopie nicht befolgt werden. Dies wird umso mehr gelten, je mehr sich die Regelung zusätzlich verkompliziert, denn Vorschriften, die nicht verstanden werden, können nicht befolgt werden. Angesichts des Kontrolldefizits würden weitere Einschränkungen nur mehr Verwirrung stiften, ohne die hiermit von der Verwertungswirtschaft erwünschten Ziele erreichen oder auch nur fördern zu können. Dementsprechend muss auch hier der Grundsatz in Bezug auf die Privatkopierregelungen gelten, dass Handlungen, die nicht kontrollierbar sind, vergütet werden.

2. Sollte die Vervielfältigung durch Dritte verboten werden? Wäre eine solche Beschränkung in der Praxis durchsetzbar?

Ein aktueller Anlass oder eine Notwendigkeit, das Verbot der Herstellung einer Privatkopie durch Dritte erneut zu diskutieren, ist nicht ersichtlich. Der Vorschlag wurde bereits während der Gesetzgebungsverfahren zum ersten und zweiten Korb von verschiedenen Wirtschaftsverbänden begrüßt und teilweise übernommen. Ursprünglich wurde er von der Verlagswirtschaft³ mit dem konkreten Ziel eingebracht, die vom Bundesgerichtshof geschaffene Rechtsgrundlage für den Kopienversand durch öffentliche Bibliotheken durch das Verbot der Herstellung von Privatkopien für einen Dritten entfallen zu lassen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes⁴ war die Rechtsgrundlage für die Tätigkeit von Kopienversanddiensten. Mit Einführung der gesetzlichen Regelung des Kopienversandes (§ 53a UrhG) hat sich dies geändert, wodurch auch das ursprüngliche Ziel der Verlagswirtschaft, die Einführung eines Verbots der Herstellung von Privatkopien durch Dritte, entfallen ist.

Auch die verschiedentlich von der Verwerterlobby aufgestellte Behauptung, die Vervielfältigungsmöglichkeit durch Dritte, öffne „Missbräuchen Tür und Tor“⁵, ist nicht nachvollziehbar. Missbrauchsmöglichkeiten sind schon nach der geltenden Regelung ausgeschlossen, da mit dem ersten Korb der Urheberrechtsnovelle digitale Vervielfältigungsstücke durch einen Dritten nur noch unentgeltlich erstellt werden dürfen. Kostenpflichtige, kommerzielle Dienstleistungen können auf dieser Basis nicht mehr erbracht werden. Was bleibt ist die Möglichkeit, im privaten Bereich (unter Freunden und Verwandten) Kopien für einen anderen herzustellen.

Hieran besteht bei den Verbrauchern auch weiterhin ein legitimes Bedürfnis. Viele Haushalte verfügen auch heute noch nicht über die erforderlichen Mittel, eigene Kopien zu erstellen. Nach der GfK-Brennerstudie 2007 verfügen etwa 81% der deutschen Haushalte nicht über einen DVD-Brenner (2006: 88 %). In immerhin 50% der Haushalte ist hiernach nicht einmal ein CD-Brenner vorhanden (2006: 52 %) ⁶. Anders als teilweise behauptet⁷, ist es also nicht zutreffend, dass heutzutage annähernd jeder Haushalt über die für Privatkopien erforderlichen Mittel verfügt.

Ein Verbot der Herstellung durch Dritte hätte zur Folge, dass dem wirtschaftlich ohnehin schlechter gestellten Verbraucher die Teilhabe am kulturellen Leben zusätzlich erschwert würde. Weiterhin spricht dagegen, dass das Verbot ohnehin nicht kontrollier- und durchsetzbar wäre (siehe hierzu oben Punkt II, 2). Das Verbot wäre

³ Vgl. z. B. die Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels anlässlich der Befassung des Vermittlungsausschusses mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 12. Juni 2003, S. 2, http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/StellungnahmeBV_VA.pdf;

⁴ Siehe BGH MMR 1999, 665, 666 ff.

⁵ So die Stellungnahme des „Forums der Rechteinhaber“ zum Regierungsentwurf für ein [Erstes] Gesetz zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (Oktober 2002), S. 3, <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/Forum-RegEntw.pdf>.

⁶ Quelle: http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_brennerstudie_2007_03.pdf.

⁷ Siehe Stellungnahme des „Forums der Rechteinhaber“ zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (Oktober 2002), S. 3, <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/Forum-RegEntw.pdf>.

zudem Verbrauchern kaum zu vermitteln⁸. Es würde zu einer sinnlosen Ungleichbehandlung gleich gelagerter Fälle führen, wie die folgenden Beispiele verdeutlichen:

- Wer eine CD gekauft hat, darf sie beliebig im privaten Kreis verleihen. Die Entleiher dürfen sich Privatkopien fertigen. Allerdings wäre es aber untersagt, auf Bitten eines Freundes eine Kopie für diesen anzufertigen.
- Ein Student darf in die Bibliothek gehen und sich aus einem Fachbuch oder einer Fachzeitschrift einen Artikel kopieren. Er dürfte aber nicht seinen Kommilitonen bitten, den Artikel für ihn zu kopieren und ihn mitzubringen.
- Es wäre nicht mehr zulässig, auf Bitten der Großmutter, die keinen Computer besitzt beziehungsweise bedienen kann, Kochrezepte nebst Bildern aus dem Internet für sie zu kopieren oder auszudrucken.
- Ein Bürger aus Hamburg plant mit einem Freund aus München eine Reise. Er hat einen Reisebeitrag aus einer vergriffenen Zeitschrift, den er seinem Freund zum Lesen kopieren will. Das jedoch wäre verboten, er müsste die Zeitschrift per Post verschicken, damit der Freund sich den Beitrag selbst kopieren und die Zeitschrift dann wieder zurückschicken kann.

3. Müsste mit einer weiteren Beschränkung der Privatkopie nicht auch die Höhe der Pauschalvergütung für die gesetzlich zulässigen Vervielfältigungshandlungen sinken? Empfiehlt sich vor diesem Hintergrund eine Beschränkung der zulässigen Privatkopien?

Bei weiteren Beschränkungen der Privatkopie wären wirtschaftliche Einbußen der Urheber unvermeidlich, da sich solche erheblich auf die nach den §§ 54 ff. UrhG zu zahlende Pauschalvergütung auswirken müssten⁹.

Hierunter würden letztlich vor allem die Urheber leiden. Denn gerade sie haben an einer angemessenen Ausgestaltung der Privatkopieschranke mit korrespondierender Pauschalvergütung ein erhebliches Interesse, da es sich um eine gesetzlich garantierte, nicht abtretbare oder verzichtbare (siehe § 63a UrhG) Einnahmequelle handelt. Diese würde mehr oder weniger versiegen, wenn die Privatkopie zu stark beschränkt würde. Im Ergebnis hat dies auch schon die Bundesregierung im Regierungsentwurf zum zweiten Korb vertreten.¹⁰

Die Interessen der Urheber weisen in diesem Zusammenhang mit denen der Verbraucher häufig mehr Gemeinsamkeiten auf, als mit denen der Verwertungswirtschaft. Denn die Pauschalvergütungen nach den §§ 54 ff. UrhG kommen den Urhebern direkt zugute, wohin gegen sie an den Einnahmen für die Verwertung häufig nicht beteiligt werden. Viele Urheber haben dementsprechend nach der Übertragung von Nutzungsrechten an einen Verwerter allein von der Pauschalvergütung noch Einnahmen zu erwarten. Je restriktiver man die

⁸ Siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

⁹ Hierauf wies auch Bornkamm (Vorsitzender Richter des für Urheberrecht zuständigen 1. Senats am Bundesgerichtshof) in seiner Stellungnahme zur Privatkopie-Anhörung im 2. Korb hin, siehe http://www.medienrecht.org/topic/Korb-2/st/ra-2006-nov/teil-4/Prof_Bornkamm.pdf, S. 2 f.

¹⁰ BT-Drucks 16/1828, S. 19.

Privatkopierschranke also behandelt, desto mehr greift man in die Interessen der Urheber ein, die oft nicht in der Lage sind, wirtschaftliche Beteiligungen an der Verwertung ihrer Werke vertraglich durchzusetzen.

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

Position:

Ein gesetzliches Verbot sogenannter „intelligenter Aufnahmesoftware“ muss unbedingt vermieden werden. Ein solches Verbot könnte weder mit der gebotenen Bestimmtheit noch technologieneutral formuliert werden. Es würde ausschließlich einem speziellen, im Zweifel temporären Partikularinteresse einer bestimmten Branche (der Musikindustrie) und dem Verbot einer bestimmten Produktgattung dienen, ohne dass belegt wäre, dass solche Programme zu einem nennenswerten Schaden führen. Ein derartiger Eingriff in den freien Markt und die technische Entwicklung ist daher nicht zu rechtfertigen. Ohnehin könnten derartige Programme – da sie nach geltendem Recht für rechtmäßige Handlungen (Privatkopien) genutzt werden – nicht verboten werden, ohne dass weitere massive, nicht durchsetzbare und damit letztlich nutzlose Einschränkungen der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG vorgenommen würden.

1. Wirtschaftliche Folgen intelligenter Aufnahmesoftware und Bedarf eines Verbots

Bedarf für ein Verbot intelligenter Aufnahmesoftware besteht unseres Erachtens nicht. Zu verneinen ist nicht nur die Frage, ob ein Bedarf für das von Seiten einiger Anbieter geforderte Technologieverbot besteht, sondern bereits die – zuvor zu beantwortende – Frage, ob überhaupt gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Unterbindung entsprechender Praktiken besteht.

Es ist nicht ersichtlich, ob und in welchem Maß Angebot und Nutzung „intelligenter Aufnahmesoftware“ wirtschaftliche Schäden auf Seiten der anbietenden Wirtschaft verursachen soll. Dass solche Schäden in erheblichem Maße entstehen, muss zumindest nach den Angaben der anbietenden Musikwirtschaft bezweifelt werden. Die aufgeworfene Frage nach einem Verbot intelligenter Aufnahmesoftware beruht offensichtlich auf der entsprechenden Forderung der Musikindustrie, für die folgende Begründung angeführt wurde¹¹:

„Es liegt auf der Hand, dass ein wirtschaftlich gesunder und legaler Downloadmarkt, den die Musikwirtschaft mit erheblichen finanziellen Anstrengungen zu etablieren versucht, unter solchen Umständen auf Dauer nicht erfolgreich bestehen oder gar wachsen kann.“

In den kurze Zeit später veröffentlichten Mitteilungen zum Jahreswirtschaftsbericht 2007 bestätigt die Branche demgegenüber nicht nur einen stabilen, sondern sogar

¹¹ Fundstelle s. o., Fn. 15, S. 2 der Kurzstellungnahme.

einen erheblich wachsenden legalen Downloadmarkt bei gleichzeitig stabilem CD-Absatz:

„Auch wenn der Umsatz leicht zurückgeht, überwiegen 2007 die guten Nachrichten. Downloads steigen um fast 40 Prozent, während die Internetpiraterie erneut zurückgeht. Der umsatzträchtige CD-Absatz ist stabil, die Jungen kaufen wieder mehr Musik und deutsche Musik steht bei den Verbrauchern hoch im Kurs.“¹²

Umsatz- oder Gewinnrückgänge, die (möglicherweise) auf den Einsatz intelligenter Aufnahmesoftware zurückgeführt werden könnten, hat es demnach ganz offensichtlich nicht gegeben. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf muss damit ebenso eindeutig verneint werden, wie der Bedarf für das hier vorgeschlagene Technologieverbot.

2. Welche Auswirkungen sind bei einem Verbot intelligenter Aufnahmesoftware auf Anbieter und Verbraucher zu erwarten?

Der Vorschlag umfasst nur das Verbot *intelligenter* Aufnahmesoftware, „nicht intelligente“ – also manuell zu bedienende – Software wäre weiterhin erlaubt. Intelligente Aufnahmesoftware ersetzt also lediglich das manuelle, durch den Nutzer initiierte Ingangsetzen eines Aufnahmevorgangs (den „Knopfdruck“), sei es unter Einsatz eines Computers, sei es mit einem Kassetten-, Harddisk-, DVD- oder Videorekorder. Ein Verbot würde also – überspitzt ausgedrückt – darauf abzielen, Aufnahmen von Sendungen aus dem Rundfunk oder Internet nur noch zuzulassen, wenn hierfür ein Mensch mit der Hand vor jeder einzelnen Aufnahme einen Knopf drückt. Es soll offenbar zulässig bleiben, eine ganze Sendung aufzuzeichnen, allerdings dürften einzelne Bestandteile nur manuell, nicht aber „automatisiert“ extrahiert werden.

Bei der Diskussion über das Verbot einer solchen intelligenten Aufnahmetechnologie muss betont werden, dass bislang nicht nur die entsprechende Software oder Technik, sondern auch die mit Hilfe dieser Technik hergestellte Privatkopie eine rechtmäßige Vervielfältigung zum privaten Gebrauch ist. Derartige Aufnahmen sind deshalb nach der geltenden Fassung von § 53 Abs. 1 UrhG ohne weiteres zulässig, soweit nicht die Ausstrahlung „offensichtlich rechtswidrig“ erfolgt ist, was praktisch kaum der Fall sein dürfte. Der geltende § 53 Abs. 1 UrhG unterscheidet nicht danach, ob eine rechtmäßige Privatkopie dauerhaft oder nur vorübergehend gespeichert werden soll, ob sie durch eine programmierte Technik oder „manuellen Knopfdruck“ gestartet wurde, der Nutzer sie dauerhaft oder vorübergehend speichern will, um sie zeitversetzt anzusehen oder sie speichert, um sie (zeitversetzt) mehrmals anzusehen oder dergleichen.

Das Verbot „intelligenter Aufnahmesoftware“ würde deshalb eine Technologie verbieten, die im Wesentlichen und ihrer Bestimmung gemäß für rechtmäßige Nutzungshandlungen verwendet wird. Dem allgemeinen Grundsatz folgend, dass Technologien oder Dienstleistungen nicht verboten werden können, wenn sie nicht ausschließlich zur Vornahme illegaler Handlungen bestimmt sind, kann „intelligente

¹² Siehe den Bericht mit allen dazugehörigen Zahlen in den „Phono News 2007“ (http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_jahreswirtschaftsbericht_2007_02.pdf), das genannte Zitat findet sich in großen Lettern auf S. 5.

Aufnahmesoftware“ nach geltendem Rechtsrahmen nicht verboten werden. Ein Verbot wäre deshalb nur möglich, wenn der Gesetzgeber die mit solchen Technologien vorzunehmenden Nutzungshandlungen aus dem Anwendungsbereich der Privatkopierschranke ausschließen und sie in diesem Zuge weiter erheblich einschränken würde.

Von einer derartigen – technologiebezogenen – Einschränkung des Rechts auf Privatkopie ist nicht nur verbraucherpolitisch dringend abzuraten. Schon die jetzige Regelung zur Privatkopie ist mit ihren vielen unbestimmten Rechtsbegriffen, Schranken und Schranken-Schranken für die Adressaten, zu denen inzwischen auch die private Öffentlichkeit der Internetnutzer zählt, kaum noch verständlich¹³. Ähnliche Differenzierungen wurden bereits von Teilen der anbietenden Wirtschaft im zweiten Korb gefordert, dort aber zu Recht abgelehnt. Hierzu zählen etwa die Unterscheidung von Werken, die in Funksendungen übertragen werden von Werken, die sich auf Ton- und Bildträgern befinden und eine Beschränkung bestimmter Vervielfältigungen auf die ausschließliche Nutzung zur zeitversetzten Wahrnehmung. Derartige Verbote einschließlich des nunmehr wiederum vorgeschlagenen Verbots, einzelne Bestandteile automatisiert auswählen zu lassen, würde die Regelung umso komplizierter und letztlich vollends unverständlich machen.

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

Innovation und technischer Fortschritt sind nicht immer nur das Ergebnis gezielter Forschung. Technologien sind in der Regel vielseitig einsetzbar und befruchten sich gegenseitig in Verwendung und Weiterentwicklung. Die Frage, ob ein Verbot einer Technologie die Entwicklung einer anderen Technologie behindern könnte, muss demnach selbstverständlich bejaht werden, wenn dieses Verbot wirksam ist. Wirksam ist das Verbot, wenn es durchgesetzt werden kann und durchgesetzt wird (hierzu unten Frage 4).

Die Frage der Behinderung anderer Technologien hat aber nicht nur eine unmittelbar technische, sondern vor allem auch eine mittelbar juristische Dimension. Gegenstand eines Technologieverbots wäre eine mehr oder weniger bestimmt definierte Technologie. Es liegt auf der Hand, dass dem Verbot erhebliche, auch grundrechtliche, Bedenken gegenüberstehen. Solche ergeben sich aus Sicht der Freiheitsrechte der Nutzer, der Berufsfreiheit der Anbieter und der Wissenschaftsfreiheit der Entwickler derartiger Software und Techniken. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die zu verbietende Technik regelmäßig zu legalen und illegalen Zwecken verwendet werden kann. Das Verbot wäre dann mit einer „auch illegalen“ Verwendungsmöglichkeit zu rechtfertigen (siehe hierzu oben Frage 2.). Die mit einem solchen Verbot verbundenen gesetzgeberischen Eingriffe in den freien Markt sind kaum zu rechtfertigen und mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen schwer zu vereinbaren. Sie können – wenn überhaupt – allenfalls unter extremen Umständen gerechtfertigt sein, die vorliegend nicht ersichtlich sind.

¹³ Vgl. statt Vieler Dreier/Schulze, UrhG, 3. Auflage 2008, § 53, Rn. 4.

Hinzu kommt, dass das Verbot ausschließlich Partikularinteressen einer ganz bestimmten Branche bedienen würde. Würde der Gesetzgeber dem nachkommen, würde er weiteren Forderungen nach Technologieverböten und ähnlich systemfremden Maßnahmen aus anderen Branchen Tür und Tor öffnen. Es ist ohne weiteres zu erwarten, dass in einem solchen Fall von Seiten anderer Industriezweige Verbote bestimmter unerwünschter Technologien gefordert würden, die wie hier vorrangig das Ziel hätten, die traditionellen Geschäftsmodelle durch Eingriffe in Markt und technologische Entwicklung zu sichern. Dies ist weder die Aufgabe des Urheberrechts noch der Gesetzgebung im Allgemeinen.

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

Möglichkeiten zur Kontrolle und zur Durchsetzung eines Verbots würden höchstwahrscheinlich nicht bestehen. Sicherlich würden sich Angebots- und Vertriebsstrukturen mit einem Verbot ändern, es würde aber vermutlich weiterhin entsprechende Software entwickelt und verwendet werden. Hinzu kommt, dass die Erfahrung mit Kopierschutz- und DRM-Technologien und technischen Mitteln, die dazu bestimmt sind, solche zu umgehen, zeigt, dass derartige Verbote keinen Erfolg haben.

Seit dem ersten Korb ist nicht nur die Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen, sondern auch das Angebot von Technologien, die solche Maßnahmen ermöglichen, untersagt. Dieses Verbot hat jedoch nicht dazu geführt, dass derartige Software nicht mehr verfügbar wäre. Vielmehr wurde jede noch so komplexe Schutzmaßnahme innerhalb kürzester Zeit geknackt (zuletzt die Kopiersperre für Bluray-Disk, den Nachfolger der DVD), woraufhin die erforderliche Software zur allgemeinen Verfügbarkeit ins Netz gestellt wurden. Die Wirkungslosigkeit der technisch-rechtlichen Schutzmechanismen hat letztlich vor allem im Musikbereich dazu geführt, dass hierauf mehr und mehr verzichtet wird. Dies gilt selbst für die großen Anbieter auf dem Downloadmarkt wie iTunes oder Musicload¹⁴.

Das zeigt, dass mit Technologieverböten zwar einerseits erheblich in die Marktwirtschaft und die Berufsfreiheit entsprechender Anbieter eingegriffen wird, auf der anderen Seite der hiermit angestrebte Effekt, die Verbreitung und Verfügbarkeit der unerwünschten Technologien einzuschränken oder zu verhindern, nicht erreicht werden kann. Dies wiederum wirft erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit derartiger gesetzlicher Maßnahmen auf.

Auch die politische Forderung, intelligente Aufnahmesoftware zu verbieten und die Privatkopie in Bezug auf die Aufnahme von Rundfunk- und Internetradioprogrammen auf das sogenannte Time-Shifting zu beschränken, wurde seitens der Musikwirtschaft bereits im zweiten Korb vorgebracht¹⁵. Die Bundesregierung hat sie zu recht vor allem

¹⁴ Vgl. hierzu heise online: Macworld: iTunes-Musik wird vom Kopierschutz befreit, 6. Januar 2009 (<http://www.heise.de/newsticker/Macworld-iTunes-Musik-wird-vom-Kopierschutz-befreit-/meldung/121237>); DiePresse.com: Musicload: Kopierschutz für Songs fällt, 7. Januar 2009 (<http://diepresse.com/home/techscience/hightech/442069/index.do?from=simarchiv>).

¹⁵ Siehe die Stellungnahme der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. und des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V. zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 14.11.2006, S.7 f. einschließlich der angefügten Kurzstellungnahme, http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/ra-2006-nov/teil-4/ifpi_Zombik.pdf.

mit der Begründung abgelehnt, dass eine derartige Einschränkung praktisch nicht verfolgt werden kann, den Nutzungsgewohnheiten der Verbraucher widerspricht und dementsprechend nicht befolgt würde¹⁶.

5. (eine Frage 5 fehlt im Fragebogen)

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

Die Auswirkung auf die pauschale Vergütung wäre anhand der tatsächlichen Auswirkungen des Verbots auf die Nutzung von Geräten und Speichermedien zu ermitteln. Soweit entgegen der hier vertretenen Annahme von einem erheblichen Einsatz intelligenter Aufnahmesoftware ausgegangen wird, muss der infolge von Verboten eingeschränkten legalen Nutzung auch bei der pauschalen Vergütung Rechnung getragen werden. Unterstellt, dass der Gesetzgeber ein Verbot nur bei erheblicher Nutzung der Software einführen würde, weil nur dann ein Bedarf hierfür bestünde, so müsste sich das Verbot gleichermaßen erheblich auf die Vergütung auswirken.

7. Wie wäre ein solches Verbot technologieneutral zu formulieren?

Welchen Inhalt ein solches Verbot genau haben soll, hat die anbietende Wirtschaft bis heute nicht klar herausgearbeitet. Es würde - jedenfalls wenn man eine technologieneutrale Formulierung wählen würde – dazu führen, dass die Verbraucher sich zur Herstellung privater Vervielfältigungen nur noch solcher Technologien bedienen dürfen, die manuell bedient werden müssen, nicht aber solcher, die programmiert werden können, um bestimmte Werke oder Bestandteile eines übertragenen Programms aufzuzeichnen oder aus der Aufnahme herauszufiltern. Abgesehen davon, dass eine gesetzgeberische Maßnahme, mit der versucht würde, derart in die gegebenen technischen Realitäten und die weitere technische Entwicklung einzugreifen, unter den gegebenen Umständen nicht zu rechtfertigen wäre, ist nicht ersichtlich, wie ein solches Verbot mit der gebotenen Bestimmtheit formuliert werden sollte. Bei der Definition der verbotenen Technik besteht die Gefahr, dass auch Video-, Harddisk- oder DVD-Rekorder, Electronic Program Guides (EPG) mit Aufnahmefunktion und alle anderen Aufnahmegeräte und –programme erfasst würden, die vorprogrammierte Aufnahmen ermöglichen. Auch ein Videorekorder dient dazu, „einzelne Bestandteile des übertragenen Programms - also zum Beispiel den Tatort aus dem Sonntagabendprogramm der ARD - automatisiert auszuwählen und separiert dauerhaft zu vervielfältigen“ und könnte damit unter das Verbot fallen. Da die zu verbietende Technik oder Software regelmäßig auch eine Suchfunktion für das Internet beinhaltet, besteht auch die Gefahr, dass eine Abgrenzung zu „erlaubten“ Suchmaschinen nicht gelingt und dadurch zusätzliche Rechtsunsicherheit im Internet geschaffen wird.

¹⁶ Siehe den Regierungsentwurf zum 2. Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 18 (<http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/1601828.pdf>).

Eine „technologieneutrale“ Ausgestaltung ist daher weder möglich, noch von den Befürwortern erwünscht. Um erhebliche Rechtsunsicherheit zu vermeiden, müsste eine ausreichend konkrete und handhabbare Formulierung vermutlich den konkreten „terminus technicus“ für solche Produkte sehr genau beschreiben, was auf ein Einzelfallverbot hinausläufe.

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

Position:

Der Verbrauchszentrale Bundesverband hält die Einführung eines gesetzlichen Zweitverwertungsrechts für wissenschaftliche Beiträge aus periodisch erscheinenden Sammlungen, die überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, für erforderlich. Mit der Verankerung eines gesetzlichen Zweitverwertungsrechts kann den Verbrauchern ein leichter Zugang zu wissenschaftlichen Informationen über Open Access ermöglicht werden. Open Access kann so einen wesentlichen Beitrag für eine bessere Verbraucherinformation leisten.

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

„An wissenschaftlichen Beiträgen, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen 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.“¹⁷

a) Ist eine solche Regelung sachgerecht?

Open Access betrifft den freien Zugang zu wissenschaftlichen Beiträgen aus periodisch erscheinenden Sammlungen. Ziel ist es, in Zeiten der Digitalisierung und des Internets wissenschaftliche Publikationen online für Jedermann frei und überall abrufbar zur Verfügung zu stellen.

Der freie Zugang zu wissenschaftlichen Informationen ist Teil der Verbraucherpolitik. Der Verbraucher hat ein Interesse und ein Bedürfnis, an möglichst viele Informationen im Internet zu gelangen. Dieses Bedürfnis des Verbrauchers erstreckt sich auch auf

¹⁷ Der Vorschlag stammt ursprünglich von Gerd Hansen, GRUR Int. 2005, 378 ff.. und wurde vom Bundesrat übernommen.

wissenschaftlichen Publikationen. In einer Wissensgesellschaft, wie der unseren, verschwimmen die Rollen zwischen Wissenschaftlern auf der einen und dem Verbraucher als Laien auf der anderen Seite zunehmend. Sowohl bei medizinischen Fragen, etwa zur Wirksamkeit von homöopathischen Heilmitteln, oder in Fragen zur Gesundheit, wie zum Beispiel den gesundheitlichen Auswirkungen von gentechnisch veränderten Lebensmitteln, besteht bei Verbrauchern ein legitimes Informationsbedürfnis an wissenschaftlichen Publikationen. Ein leichter Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen durch Open-Access Verwertungsmodelle könnte dieses Bedürfnis befriedigen.

Open Access umfasst ausschließlich Artikel aus wissenschaftlichen Zeitschriften, nicht aber Bücher und andere Publikationen, so dass das Geschäftsmodell wissenschaftlicher Buchverlage oder gar anderer Buchverlage aus dem Bereich der Belletristik nicht von Open Access betroffen ist. Die Eröffnung eines freien Zugangs zu wissenschaftlichen Artikeln ist auch gerade dann gerechtfertigt, wenn die Publikation überwiegend im Rahmen einer mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit, also mit Mitteln der öffentlichen Hand und folglich aus Steuergeldern, entstanden ist.

Das Urhebergesetz in seiner jetzigen Fassung enthält keine ausreichende Rechtsgrundlage für Open Access. § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG erlaubt dem Urheber eines Werkes zwar, sein Werk nach Ablauf eines Jahres nach Erscheinen in einer periodischen Sammlung anderweitig zu vervielfältigen und zu verbreiten. Allerdings kann die Anwendbarkeit der Regelung vertraglich abbedungen werden, indem die Verlage sich von den Urhebern ein ausschließliches Nutzungsrecht einräumen lassen. Dass die Verlage hiervon aktiv Gebrauch machen, liegt auf der Hand. Die praktische Bedeutung der Regelung ist daher begrenzt. Befragungen in Deutschland¹⁸ und international¹⁹ haben ergeben, dass derzeit nur etwa 15 Prozent der Wissenschaftler ihre Artikel über Open Access zugänglich machen.

Die gesetzliche Verankerung eines Zweitverwertungsrechts für Urheber wissenschaftlicher Beiträge aus Zeitschriften, die im Rahmen einer überwiegend mit öffentlichen Mitteln finanzierten Lehr- und Forschungstätigkeit entstanden sind, kann die Zweit(V)eröffentlichung im Rahmen von Open Access-Verwertungsmodellen grundsätzlich fördern.

Der Bundesrat hat in seiner Prüfbitte (im Fragebogen des BMJ unter B, I) eine von der wissenschaftlichen Literatur²⁰ vorgebrachte Ergänzung des § 43 UrhG erwogen. Danach soll der an einer Hochschule beschäftigte Urheber verpflichtet sein, ein im Rahmen seiner Lehr- und Forschungstätigkeit entstandenes Werk zur Veröffentlichung anzubieten. Würde das Werk nicht innerhalb einer bestimmten Frist von der Universität

¹⁸ Johannes Fournier: Akzeptanz und Verbreitung entgeltfrei zugänglicher Publikationen, in: Open Access: Chancen und Herausforderungen, Deutsche UNESCO-Kommission e.V., Bonn 2007 (http://www.unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/Handbuch_Open_Access.pdf).

¹⁹ Stevan Harnad: Waking OA's "Slumbering Giant": The University's Mandate To Mandate Open Access, in: New Review of Information Networking, 2009

²⁰ Pflüger/Ertmann, ZUM 2004, S. 436 – E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich.

zur Veröffentlichung angenommen, sollen dem an einer Hochschule beschäftigten Urheber die Verwertungsrechte wieder unbeschränkt zustehen. Gegen eine entsprechende Ergänzung wurden verfassungsrechtliche Bedenken in Form der Verletzung der Wissenschaftsfreiheit aus Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG geäußert, da diese und die Publikationsfreiheit untrennbar miteinander verknüpft seien.

Demgegenüber hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes die oben zitierte und ursprünglich von Gerd Hansen²¹ stammende Ergänzung des § 38 UrhG vorgeschlagen

Aus verbraucherpolitischer Sicht ist es nachrangig, welcher der beiden Vorschläge umgesetzt wird. Allerdings erscheint die von Hansen und sowohl vom Bundestag²² als auch vom Bundesrat²³ vorgeschlagene Ergänzung des § 38 UrhG aufgrund der durchaus gewichtigen verfassungsrechtlichen Bedenken vorzugswürdig.

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?

Der Zeitraum ist eher großzügig gewählt. Da er sich auf Periodika bezieht, nicht auf Buchpublikationen, kann man argumentieren, dass in den so genannten STM-Disziplinen (Science, Technology, Medicine) die Aktualisierungszyklen so kurz sind, dass viele Erkenntnisse nach einem Zeitraum von sechs Monaten schon erheblich an Relevanz verloren haben. Ein Zeitraum von drei Monaten wäre daher wünschenswert.

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

Diese Gefahr ist vorhanden, aber gering. Bereits jetzt erlauben 97 Prozent der wissenschaftlichen Zeitschriften eine Publikation über den grünen Weg, entweder als Pre- oder als Post-Print. Von der Gesetzesänderung wären nur Post-Prints betroffen. Diese Post-Prints frei zugänglich zu machen, erlauben bisher 63 Prozent der Journals. Zu der Frage, ob die Journals, die OA bisher nur für Pre-Prints gestatten, Artikel ablehnen würden, weil der Autor sie nach einer Frist selbst frei zugänglich machen könnte, gibt es keine Erkenntnisse. Die Tatsache, dass auch große Wissenschaftsverlage (Elsevier, Springer etc.) bereits jetzt OA gestatten, lässt das unwahrscheinlich erscheinen.

²¹ Hansen, GRUR Int. 2005, 378 ff..

²² BT-Drs. 16/5939 S. 26.

²³ BR-Drs. 257/06.

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

Ein Veröffentlichung in einer anderen Formatierung als der der Erstveröffentlichung ist deshalb nicht sinnvoll, weil die Beiträge dann entweder nicht zitierfähig sind oder den Wissenschaftlern die zusätzliche Arbeit aufgebürdet wird, zum Beispiel eine der Erstveröffentlichung entsprechende Paginierung nachträglich einzufügen. Hier ist noch einmal deutlich zu machen, dass es bei OA um die Veröffentlichung von aus öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungsergebnissen in Zeitschriften geht. Es ist nicht einzusehen, dass die Verlage hier eines derartigen Schutzes bedürfen, der die mit der Förderung angestrebten Gemeinwohlvorteile teilweise wieder zunichte machen würde.

2. In der wissenschaftlichen Literatur (Gerd Hansen, GRUR Int. 2005, S. 378 ff) wurde ein alternativer Regelungsvorschlag unterbreitet, der eine Zwangslizenz vorsieht. Danach soll der Rechteinhaber verpflichtet sein, nach einem näher festzulegenden Zeitraum (zum Beispiel 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 ggf.s. nur auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beschränken.

Da der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Zweiten Korbes sich ebenfalls auf den hier als Alternative angeführten Regelungsvorschlag von Gerd Hansen bezieht und es sich insofern um deckungsgleiche Regelungsvorschläge handelt, wird bezüglich der Antworten nach oben unter 1. verwiesen.

IV. Überprüfung der bestehenden Regelungen der Kabelweiterleitung (§ 20b UrhG)

Position:

Der Gesetzgeber muss klarstellen, dass die Weiterleitung von Rundfunkprogrammen in Wohnanlagen keine vergütungspflichtige „Sendung“ ist. Nach gegenwärtiger Rechtslage werden die Mieter in Wohngemeinschaftsanlagen mit einer einzigen Gemeinschaftsantenne jedenfalls bei mehr als 75 Wohneinheiten mit zusätzlichen Urheberrechtsabgaben belastet, für die es – abgesehen von rechtstheoretischen Erwägungen – keine tragfähige Begründung gibt.

1. Zur Definition der Kabelweiterleitung in § 20b UrhG

Die Kabelweiterleitung sollte eine Ausnahme für die zeitgleiche Weiterleitung von Sendungen in Gemeinschaftsverteileranlage vorsehen (siehe hierzu Frage 2).

2. Das deutsche Urheberrechtsgesetz enthält keine Norm, welche die Abgrenzung zwischen urheberrechtsfreiem Empfang durch Gemeinschaftsantennen und urheberrechtlich relevanter Kabelweiterleitung 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?

Das Senderecht in § 20 ff. UrhG umfasst auch die Übertragung von Werken durch zeitgleiche Weitersendung mittels Verteileranlagen in Wohngemeinschaftsanlagen. Danach ist eine Empfangsanlage in einer Hausgemeinschaft mit Kabelübermittlung von der Gemeinschaftsantenne zu den einzelnen Fernsehgeräten der Mieter eine Sendung im Sinne von § 20 UrhG. Dies hat zur Folge, dass Senderechte von der Hausgemeinschaft neu erworben und vergütet werden. Die Vergütungspflicht soll zumindest dann greifen, wenn die Weiterleitung Wohngemeinschaftsanlagen oberhalb der Schwelle von 75 Wohneinheiten betrifft, weil dann die Voraussetzungen einer öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 20 UrhG erfüllt seien.²⁴

Dieses Ergebnis ist nicht sachgerecht und führt zu einer willkürlichen Zusatzbelastung der Bewohner von Wohngemeinschaftsanlagen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum Wohngemeinschaftsanlagen urheberrechtlich wie gewerblich handelnde Kabelserviceunternehmen bewertet werden. Die Vergütungspflicht entsteht in diesen Fällen alleine deshalb, weil nicht jeder Bewohner eine eigene Empfangsanlage bereithält, sondern eine einzige Empfangsanlage von mehreren Mietern genutzt wird. Dieser Umstand alleine rechtfertigt aber nicht einen zusätzlichen urheberrechtlichen Vergütungsanspruch. Der Gesetzgeber sollte deshalb klarstellen, dass eine zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterverbreitung von Rundfunkprogrammen, die von den Fernsehzuschauern ebenso direkt über Satellitenantennen, terrestrische Antennen oder über gewerblich betriebene Kabelnetze empfangen werden können, keine „Kabelweitersendung“ im Sinne des Urheberrechts ist.

Im Übrigen unterstützt der Verbraucherzentrale Bundesverband die diesbezügliche Stellungnahme des Deutschen Mieterbundes.

V. Prüfung einer Regelung des Handels mit gebrauchter Software

Position:

Aus Sicht des Verbraucherzentrale Bundesverbandes besteht ein dringendes Bedürfnis, den Erschöpfungsgrundsatz auf die Weiterveräußerung unkörperlicher Werke auszuweiten. Die derzeitige gesetzliche Regelung entspricht nicht dem sich wandelnden Markt einer zunehmend digitalen Welt. Die Einschränkung des „Gebrauchswertes“ eines unkörperlichen Werkes in der Form, dass eine Weiterveräußerung zum Beispiel von gebrauchter Software wegen mangelnder Erschöpfung nicht möglich ist, ist aus Verbrauchersicht nicht gerechtfertigt.

1. Welche Auswirkungen hat die geltende Rechtslage auf die Verbraucher?

Der Erschöpfungsgrundsatz, der in ganz Europa aufgrund der Vorgabe zweier Richtlinien gilt²⁵, bewirkt, dass das Verbreitungsrecht des Rechteinhabers an

²⁴ Begründung zum II. Korb unter A.II.5, Bundestag Drucksache 16/1828 vom 15.06.2006.

²⁵ Die Vorgaben ergeben sich aus der Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie 92/100/EWG, Art. 9 Abs. 2 und der „Info-Soc-Richtlinie“ 2001/29/EG, Art. 4 Abs. 2.

körperlichen Werken (wie Musik-CDs, Büchern, Software-CD-ROMs) nach dem ersten In-Verkehr-Bringen durch ihn selbst oder mit seiner Zustimmung erschöpft ist. Die Folge ist, dass diese körperlichen Werke von urheberrechtlichen Restriktionen befreit, frei handelbar sind. Gebrauchte Trägermedien können also frei weiterveräußert, verschenkt oder verliehen werden.

Der Erschöpfungsgrundsatz ist allerdings nicht auf den Handel mit unkörperlichen Werken, jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar. Grund hierfür ist, dass dieser sich nur auf das Verbreitungsrecht (§§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG), welches nur das In-Verkehr-Bringen und den Handel mit körperlichen Werken regelt, erstreckt. Unkörperliche Werke werden hingegen durch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung („Online Recht“) in den Verkehr gebracht und vertrieben. Eine unmittelbare Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werke ist daher nicht möglich. Art. 3 Abs. 3 der „Info-Soc-Richtlinie“ 2001/29/EG schließt sogar die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ausdrücklich aus.

Konsequenz der gegenwärtigen Rechtslage ist, dass der Verbraucher, der Eigentümer einer Originalsoftware ist, diese trotz des erworbenen Eigentums, aufgrund der mangelnden Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes, nicht weiterveräußern kann. Die hiermit einhergehende erhebliche Beschränkung der Eigentumsfreiheit des Erwerbers beziehungsweise der Möglichkeit, über käuflich erworbene Güter frei verfügen zu können, stellt einen erheblichen Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Verbraucher dar.

Aus Sicht der Verbraucher macht es keinen Unterschied, ob beispielsweise eine Musiksammlung in Form von Dateien oder in Form von CDs erworben wird. Sie bezahlen für den Erwerb des Werkes und dafür, dass sie dauerhaft und frei hierüber verfügen können. Warum sollte etwa ein Jazzfan, der sich über lange Zeit eine Musiksammlung angeschafft hat, dann aber nur noch Klassik hören möchte, zur Realisierung ihres Wertes durch Weiterveräußerung nur befugt sein, wenn er sie auf CDs gekauft, nicht aber, wenn er die gleiche Sammlung online in Form von Dateien erworben hat? Ob an einer Musikdatei im zivilrechtlichen Sinne Eigentum bestehen kann, oder ob die Nutzer vom Downloaddienst nur eine Nutzungslizenz erwerben oder wie ihre Rechtsstellung ansonsten formaljuristisch beurteilt wird (siehe hierzu unten Punkt 3), ist für die Verbraucher ebenso irrelevant, wie die urheberrechtlichen Unterscheidungen zwischen Verbreitung und Vervielfältigung.

Aufgrund dieser aus Verbrauchersicht nicht nachvollziehbaren Einschränkung des „Gebrauchswertes“ bei unkörperlichen Werken fordern viele Stimmen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Handel mit unkörperlichen Werken. In der Rechtsprechung und Rechtsliteratur ist hierzu bislang keine einheitliche Linie erkennbar.

Während das LG Hamburg²⁶ von einer analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare ausging, hat das OLG München²⁷ dies abgelehnt²⁸. Das LG München differenziert in

²⁶ Siehe MMR 2006, 827.

²⁷ Siehe MMR 2008, 601.

zwei Entscheidungen²⁹ nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Die Klage des Verbraucherzentrale Bundesverbandes gegen iTunes, in der es um die Veräußerung gebrauchter Software sowie die weitergehende Frage geht, ob eine Weiterveräußerung durch Nutzungsbedingungen des Anbieters untersagt werden kann, wurde vom LG Berlin bislang nicht entschieden.

Ebenso uneinheitlich äußert sich die Rechtsliteratur, wobei sich mittlerweile die wohl herrschende Meinung mit unterschiedlicher Begründung und differenzierenden Ansätzen für eine Erstreckung des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Weiterveräußerung unkörperlicher Werke ausspricht³⁰.

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

Die unklare Rechtslage und die erhebliche Bedeutung für die Verbraucher machen deutlich, dass es hier dringend einer gesetzlichen Lösung bedarf. Dies gilt unabhängig von der jeweiligen Werkart, also davon, ob es um die Veräußerung von „Gebrauchsoftware“ oder von anderen unkörperlichen Werken jeglicher Werkart geht. Aufgrund der sich stark wandelnden Märkte und Vertriebsmodelle kann eine Weiterveräußerungsbefugnis des Erwerbers nicht davon abhängig gemacht werden, in welcher Form und auf welchem Weg dem Erwerber das Werk überlassen wurde.

Wurde Software früher dadurch veräußert, dass der Erwerber einen oder eine den Nutzungslizenzen entsprechende Anzahl Datenträger erhielt, werden heute andere Distributionsmethoden angewendet. Bei Volumenlizenzen etwa überlassen die Hersteller dem Erwerber mittlerweile entweder eine einzige „Masterkopie“, von der er die benötigten weiteren Arbeitsplatzkopien selbst erstellt³¹ oder er erhält nicht einmal diesen einen physischen Träger, sondern er lädt seine Kopie oder Kopien direkt vom Anbieter über das Internet herunter³².

Auch bei anderen Werkarten ist die Abkehr vom Handel mit physischen Werkträgern zugunsten des Vertriebs über Online-Netze zu beobachten. Dies gilt allem voran für den Musikmarkt, auf dem die kommerziellen Downloaddienste riesige Umsatzsteigerungen verzeichnen können.³³ In anderen Branchen haben derartige Entwicklungen begonnen (Film-, Buchmarkt) oder sind bereits weit fortgeschritten (Computerspiele). Über kurz oder lang ist zu erwarten, dass der Vertrieb von Werken in

²⁸ Die gleiche Ansicht scheint auch das OLG Frankfurt/Main in einer neuen, im Wortlaut noch nicht veröffentlichten Entscheidung, zu vertreten (siehe <http://tinyurl.com/r7y6qv>).

²⁹ Siehe MMR 2007, 328 ff. einerseits (Übertragbarkeit der Lizenzen verneint) und MMR 2008, 563 ff. andererseits (Übertragbarkeit „im Grundsatz“ bejaht).

³⁰ Siehe Wandtke/Bullinger-Grützmaker, 3. Auflage 2009, § 69c, Rn. 31 m. w. Nachw.

³¹ Um diese Variante (die u. a. von Microsoft praktiziert wird oder wurde), ging es im Rechtsstreit vor den Hamburger Gerichten, siehe LG Hamburg, MMR 2006, 827 ff.; OLG Hamburg, MMR 2007, 317 ff.

³² So im ersten Münchener Used-Soft-Fall, in dem es um Oracle Software ging, vgl. LG München MMR 2007, 328 ff.; OLG München, MMR 2008, 601 ff.

³³ Siehe den Bericht mit allen dazugehörigen Zahlen in den „Phono News 2007“ (http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_jahreswirtschaftsbericht_2007_02.pdf), das genannte Zitat findet sich in großen Lettern auf S. 5.

körperlicher Form durch den Vertrieb unkörperlicher Formen flächendeckend abgelöst wird.

Erweitert man den Erschöpfungsgrundsatz nicht auf den Handel mit unkörperlichen Werken, wird der Verbraucher trotz vergleichbarer Sachverhalte und Interessen bei Inanspruchnahme von Vertriebswegen der „neuen Märkte“ unweigerlich schlechter gestellt. Eine derartige Ungleichbehandlung ist auch aus rechtlicher Sicht nicht geboten:

Beim Erwerb von beispielsweise Musik, Film- oder E-Book-Dateien über Downloaddienste schließt der Erwerber einen Vertrag ab. Dieser enthält zwar stets auch Lizenzklauseln. Diese bilden jedoch nicht den wesentlichen Vertragsinhalt. Wesentlicher Vertragsinhalt ist, dem Erwerber das jeweilige Werk **dauerhaft** zu verschaffen, nicht hingegen ihm ein Nutzungsrecht zu übertragen. Es handelt sich also nicht um Lizenzverträge, sondern um Kauf- oder kaufähnliche Verträge. Für diese gelten unabhängig von der Verkörperung des Werkes die Wertungen des Kauf- und Eigentumsrechts. Aus diesen ergibt sich, dass es dem Erwerber einer Musikdatei oder eines Computerspiels ebenso gestattet sein muss, sie weiterzueräußern, wie eine Schallplatte, ein Auto oder ein Rasenmäher selbstverständlich vom Erwerber weiterverkauft werden darf. Die Einordnung in einen anderen Vertragstypus als den Kauf- oder kaufähnlichen Vertrag würde auch zu dem unbilligen Ergebnis führen, das die im Verbrauchsgüterkauf festgelegten Rechte der Verbraucher komplett umgangen werden könnten.

Die dargestellte Rechtslage zeigt außerdem, dass das Prinzip des Verkehrs mit urheberrechtlichen Nutzungsrechten nicht geändert werden muss, um den Erschöpfungsgrundsatz wirksam auf unkörperliche Werke zu erweitern. Nach § 34 Abs. 1 UrhG dürfen Nutzungsrechte nicht ohne Zustimmung des Urhebers weiter übertragen werden³⁴. Eine Aufweichung des in diesem Prinzip verankerten Schutzes des Urhebers und seiner Nutzungsrechte ist nicht erforderlich, da im Verkehr mit unkörperlichen Werken keine Lizenz-, sondern Kauf- oder kaufähnliche Verträge geschlossen werden. Bei der Weiterveräußerung von unkörperlichen Werken werden dem Zweiterwerber vom Ersterwerber ebenfalls nicht nur Nutzungsrechte übertragen, sondern eine Kopie des Werkes verkauft und so der Inhalt dauerhaft verschafft. § 34 Abs. 1 UrhG ist folglich nicht berührt, da sich die erforderliche Weiterveräußerungsbefugnis im Falle einer Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes direkt aus dem Gesetz ergibt.

Für eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkexemplare sprechen überdies marktwirtschaftliche Erwägungen, wie die Verkehrsfähigkeit und der freie Warenverkehr. Eine Unterscheidung zwischen körperlicher und unkörperlicher Erstüberlassung darf auch im europäischen Binnenmarkt (Art. 30 und 49 EGV) nur vorgenommen werden, wenn dies mit Blick auf die Verwertungsinteressen geboten ist³⁵. Diese unterscheiden sich jedoch gerade nicht, wenn es um die (körperliche oder unkörperliche) Überlassung eines einzigen Werkexemplars geht³⁶.

³⁴ Hierin liegt einer der Gründe, weshalb z. B. das LG München eine dem Grundsatz der Erschöpfung folgende Weiterübertragbarkeit der Rechte an Software abgelehnt hat, vgl. MMR 2007, 328/331.

³⁵ Wandtke/Bullinger-Grützmaker, 3. Auflage 2009, § 69c, Rn. 32.

³⁶ Wandtke/Bullinger-Grützmaker, ebd.

3. Anforderungen an die Ausgestaltung einer gesetzlichen Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes

Bei der Ausgestaltung einer vor diesem Hintergrund sachlich und rechtlich gebotenen gesetzlichen Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Verkehr mit unkörperlichen Werken sind nach Auffassung des Verbrauchzentrale Bundesverbandes folgende Aspekte zu berücksichtigen:

a) Reine Bezugnahme auf die Weiterveräußerung an sich

Im Fokus der Regelung sollte die Weiterveräußerung an sich stehen. Würde man die Erschöpfungswirkung nicht auf diesen Vorgang, sondern auf ein oder mehrere spezifische Verwertungsrechte oder die verwendete Technologie beziehen, würde dies im Zweifel dazu führen, dass die erwünschte Weiterveräußerungsbefugnis nicht alle denkbaren Erwerbs- und Veräußerungsvorgänge erfasst. Damit würde die Regelung schon von vornherein zu kurz greifen und immer wieder angepasst und verändert werden müssen.

b) Beschränkung der Befugnis auf die einmalige Weiterveräußerung

Um nicht mit der EU-Richtlinie 2001/29/EG zu kollidieren, wäre bei der Regelung darauf zu achten, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, also die Übertragungsbefugnis an die breite Öffentlichkeit („eins-zu-viele“) ausgeschlossen ist. Dies erscheint bei Abwägung der betroffenen Interessen auch angemessen. Würde sich durch die öffentliche Zugänglichmachung, etwa einer Musikdatei, durch den Rechteinhaber dieses Recht erschöpfen, könnte der Erwerber sie ohne weitere Zustimmung zum allgemeinen Zugriff, zum freien oder kostenpflichtigen Abruf online stellen und so mit dem Rechteinhaber in eine unmittelbare kommerzielle Konkurrenz treten. Eine solche Befugnis des Erwerbers wäre sicherlich unangemessen. Sie ist zudem auch gar nicht erforderlich, um den oben beschriebenen Interessen der Erwerber Rechnung zu tragen³⁷. Ausreichend ist hierfür, dass der Erwerber das unkörperliche Werk „eins zu eins“ zum Beispiel im Wege einer digitalen „Punkt-zu-Punkt-Übertragung“ (Datei wird per E-Mail verschickt) oder durch Übermittlung auf einem körperlichen Datenträger weiterveräußern kann.

c) Verpflichtung des Veräußerers zur Löschung des eigenen Exemplars nach erfolgter Weiterveräußerung

Im Zuge der Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Vertrieb unkörperlicher Werke muss auch darüber diskutiert werden, ob der Veräußerer sein Exemplar nach erfolgtem Verkauf löschen muss³⁸. Ausgehend von der Gleichbehandlung körperlicher und unkörperlicher Werkexemplare ist dies nicht zwingend, da eine solche Einschränkung beim körperlichen Vertrieb auch nicht gilt und die Gefahr von Raubkopien hier genauso groß ist.³⁹ Der Erwerber einer (nicht-

³⁷ So auch Dreier/Schulze, § 69c, Rn. 24.

³⁸ Siehe Wandtke/Bullinger-Grützmaker, 3. Auflage 2009, § 69c, Rn. 36.

³⁹ Schrader/Rautenstrauch, K & R 2007, 249 ff.

kopiergeschützen) Audio-CD darf zum Beispiel hiervon ohne weiteres eine Privatkopie erstellen und das Original weiterveräußern, ohne seine Privatkopie zu vernichten oder mitzugeben. Denn er benötigt für die rechtmäßige Erstellung und umso weniger für den rechtmäßigen Besitz einer Privatkopie kein eigenes Original.

d) Keine Beschränkung der Erschöpfungswirkung auf das „Originalstück“

Aufgrund der Besonderheit digitaler Güter ist es nicht sinnvoll, die Erschöpfungswirkung auf das „Originalwerkstück“ zu beschränken. Vielmehr ist auf den jeweiligen Datenbestand, beziehungsweise den jeweiligen Inhalt abzustellen⁴⁰. Das würde konkret bedeuten, dass der Erwerber einer MP3-Datei mit Jumpin' Jack Flash von den Rolling Stones eine (nicht notwendig: „dieselbe“) Datei mit diesem Titel weiterveräußern dürfen müsste. Bei unkörperlichen Werken ist eine Dichotomie zwischen „Original“ und „Kopie“ sinnlos, da jegliche Übertragungs- oder Weitergabehandlung mit Kopien einhergeht.

e) Keine Beschränkung auf eine bestimmte Werkart

Da die oben genannten Argumente für eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf unkörperliche Werkexemplare unabhängig von der Art des erworbenen Werkes und des Vertriebsweges gelten, sollte eine gesetzliche Regelung daher auch werkart- und technologieneutral formuliert werden. Dies würde insbesondere erfordern, dass neben einer Bestimmung im „allgemeinen Teil“ des Urheberrechtsgesetzes auch eine solche in den Sonderregeln für Computerprogramme (naheliegender Weise in § 69c UrhG) benötigt wird. Dies ist aus Verbrauchersicht auch deshalb bedeutsam, weil Computerspiele aufgrund der bis heute nicht eindeutigen urheberrechtlichen Einordnung im Zweifel nach den Sonderregelungen über Computerprogramme zu beurteilen sind.⁴¹

f) Ausschluss der Abdingbarkeit

Die Nutzung digitaler Inhalte durch den Erwerber wird üblicher Weise in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt⁴². Auf diese haben die Erwerber naturgemäß keinen Einfluss, sie werden vom Anbieter festgelegt. Bis heute ist mangels eindeutiger gesetzlicher Regelung nicht geklärt, ob der geltende Erschöpfungsgrundsatz in Bezug auf körperliche Werke vertraglich abbedungen werden kann⁴³. Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt noch nicht vor. Insofern mangelt es an Rechtssicherheit bereits bezüglich der gegenwärtigen Regelung zum Erschöpfungsgrundsatz.

Anbieter nutzen dieses rechtliche Vakuum der Dispositionsfreiheit, um zum Beispiel in Nutzungsbedingungen die Weiterveräußerung abzubedingen. Um die Weiterveräußerungsbefugnis der Erwerber abzusichern, ist es deshalb von wesentlicher Bedeutung, dass die vertragliche Dispositionsfreiheit der Anbieter

⁴⁰ So auch Wandtke/Bullinger-Grützmaker, 3. Auflage 2009, § 69c, Rn. 36.

⁴¹ Siehe Kreutzer, CR 2007, S. 1 f.; ders. Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 128 ff.

⁴² Siehe hierzu ausführlich Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 7 f., http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf#search=%22%22Verbraucherschutz%20bei%20digitalen%20Medien%22%22.

⁴³ Siehe wiederum Kreutzer, ebd., S. 18 f.

bezüglich des Erschöpfungsgrundsatzes eingeschränkt wird. Ohne eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit wäre zu erwarten, dass die Verbraucher von einer gesetzlichen Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Verkehr mit unkörperlichen Werkexemplaren nicht profitieren würden. Dies sollte im Zuge der Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes unbedingt berücksichtigt werden.

VI. Prüfung hinsichtlich einer Widerrufsmöglichkeit von Filmurhebern bei unbekanntem Nutzungsarten: Keine Anmerkungen

B. Prüfbitten des Bundesrates

I. Wie kann den Besonderheiten von Open Access- und Open Source-Verwertungsmodellen Rechnung getragen werden: Siehe Anmerkungen zur gleichartigen Prüfbitten des Bundestages unter A III

II. – IV. Fragen zu Bibliotheken zu Schulbüchern: Keine Anmerkungen

C. Enquete Kommission „Kultur in Deutschland“: Keine Anmerkungen

D. Prüfbitten der Europäischen Kommission

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

Position:

Es sollte eine gesetzliche Lösung für das Problem der verwaisten Werke gefunden werden, die es ermöglicht, das kulturelle Erbe auch dann zu sichern und zugänglich zu machen, wenn der Rechteinhaber unbekannt oder nicht mehr auffindbar ist.

Unabhängig von den Details sollte die Regelung neben Bildungs- und Kulturinstitutionen auch die interessierte Öffentlichkeit (Verbraucher) in die Lage versetzen, bei zumutbarem Aufwand und unter angemessenen Konditionen verwaiste Werke zu nutzen. Diese Befugnis sollte unabhängig von Art und Weise der Nutzung (beispielsweise Online, Ausstellung, Aufführung) gelten.

Bei Erhalt und Zugänglichkeit des kulturellen Erbes handelt es sich um ein Thema, das jedermann und damit auch die Verbraucher betrifft. Der Umstand, dass ein bedeutender Teilbestand des kulturellen Erbes verwaist ist und nicht verwertet werden

kann⁴⁴, beeinträchtigt die Interessen der Allgemeinheit und der Verbraucher. Die betroffenen verwaisten Werke können nicht mehr wahrgenommen werden und werden damit dem kulturellen Leben entzogen.

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

a) Begriff der „verwaisten Werke“

Bei der Bezeichnung „verwaiste Werke“ handelt es sich nicht um einen Rechtsbegriff. Weder im europäischen noch im deutschen Urheberrecht finden sich Regelungen zu diesem Phänomen. Die Europäische Kommission bezeichnet „verwaiste Werke“ als solche, die zwar noch urheberrechtlich geschützt sind, deren Rechteinhaber aber nicht identifiziert oder ausfindig gemacht werden können⁴⁵. In diesen Fällen ergeben sich für die Verwertung des Werkes nach geltendem Recht unüberwindbare Hindernisse. Nicht zu verwechseln sind „verwaiste Werke“ mit „vergriffenen Werken“. Hierbei handelt es sich um geschützte Werke, die nicht mehr verfügbar sind, meist, weil sie von einem Verwerter (wie einem Verlag), der die ausschließlichen Nutzungsrechte hieran erworben hat, nicht mehr verwertet werden.

Ist in der öffentlichen Diskussion von verwaisten Werken die Rede, geht es insbesondere um Musik, Texte, Fotografien und Filmwerke. „Verwaisten“ können jedoch alle Werkarten. Die Gefahr ist naturgemäß dort besonders groß, wo die Benennung des Urhebers auf dem Werkexemplar (wie zum Beispiel bei Fotografien) häufig unterbleibt oder gar unüblich ist. Der Umstand, dass Urheberrechte nicht registriert werden und die langen, in Europa einheitlich geltenden Schutzfristen für Werke sind weitere Ursachen für die „Verwaisung“ von urheberrechtlich geschütztem Material.

Die allgemeine Schaffenskraft erscheint mit der zunehmenden Nutzung des Internets ausgeprägter als jemals zuvor. Jeden Tag werden unzählige neue Werke auf Webseiten veröffentlicht, von denen in der Zukunft sehr viele auch zu den „verwaisten Werken“ gehören werden. Vieles, was erhalten werden sollte, wird vielleicht schon bald verwaist sein und damit ohne gesetzgeberische Anpassungen nicht an anderer Stelle (erneut) veröffentlicht, gezeigt oder archiviert werden können. So werden gerade im Internet viele Inhalte unter Pseudonym, also ohne klare Urhebernennung, veröffentlicht, bei denen die Referenzierung und Identifikation des Urhebers oder Rechteinhabers bereits jetzt oder schon in naher Zukunft nicht mehr oder nur noch sehr schwer möglich sein wird.

⁴⁴ So die Deutsche UNESCO-Kommission in der Resolution: Verwaiste Werke – Verfahren für den digitalen Zugang zu einem bedeutenden Teil des kulturellen Erbes erforderlich, Bonn, Dezember 2008, http://www.unesco.de/resolution_verwaiste_werke.html?&L=0.

⁴⁵ So die Definition der Europäischen Kommission im „Grünbuch Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“, KOM(2008) 466/3, S. 10, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_de.pdf.

b) Voraussetzungen für die Suche nach dem Rechteinhaber

Ein Werk wird als verwaist anzusehen sein, wenn der an einer Nutzung Interessierte nach Durchführung einer gesetzlich definierten und in der Praxis standardisierten und zu dokumentierenden zumutbaren Prüfung den Rechteinhaber nicht identifizieren konnte⁴⁶. Um die Nutzbarkeit auch in Zukunft und durch andere Institutionen zu gewährleisten, wird zudem vorgeschlagen, die Rechercheergebnisse öffentlich zu dokumentieren und somit mit der Zeit eine Datenbank für verwaiste Werke aufzubauen. Um den Rechercheaufwand zu erleichtern, müsste die Nutzung solcher Datenbanken in der gesetzlichen Regelung einer ausführlichen eigenen Recherche nach dem Rechteinhaber gleichstehen.

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

a) Anzahl betroffener Werke

Über die Anzahl „verwaister Werke“ existieren unseres Wissens keine genauen Daten. Einer Umfrage der Association des Cinémathèques Européennes (ACE) zufolge, lagerten in den Kellern der europäischen Filmarchive rund 50.000 Filmwerke⁴⁷, die als verwaist gelten. In den USA wird davon ausgegangen, dass der Anteil der „orphan works“ bei allen seit 1960 publizierten Büchern zwischen 30 Prozent und 50 Prozent beträgt⁴⁸.

b) Rechtliche Grenzen bei der Nutzung verwaister Werke

Die „Verwaisung“ von Werken führt zu erheblichen rechtlichen Problemen bei deren Nutzung. Verwaiste Werke unterliegen uneingeschränkt den allgemeinen urheberrechtlichen Regelungen. Sie sind damit faktisch jeglicher Nutzung entzogen, die in die urheberrechtlich geschützten Belange des Urhebers oder der Rechteinhaber eingreift und die nicht ausnahmsweise durch eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung gestattet ist. Auch eine Zustimmung kann in diesen Fällen regelmäßig nicht eingeholt werden kann. Damit sind viele Nutzungen und insbesondere solche, die sich an die Öffentlichkeit richten, nicht möglich.

⁴⁶ In einem Vorschlag des U.S. Copyright Office für eine Regelung für orphan works im US Copyright Act wurde folgende Formulierung vorgeschlagen: „prior to the commencement of the infringement, performed a good faith, reasonably diligent search to locate the owner of the infringed copyright and the infringer did not locate that owner ...“.

⁴⁷ An der Umfrage beteiligten sich 23 europäische Filmarchive. Die „verwaisten Werke“ betrafen danach hauptsächlich nicht-fiktionale Filmwerke vor 1945 / 1950, so Claudia Dillmann von der Association des Cinémathèques Européennes (ACE) in European Digital Libraries Initiative: The Stakeholders' Perspectives, Brüssel 2007, http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/seminar_14_september_2007/ace_perspective.ppt#279,1,Folie%201.

⁴⁸ Covey, Denise Troll: Copyright and the universal digital library. Universal Digital Libraries: Universal Access to Information. Proceedings of the International Conference on the Universal Digital Library, 9-26. Hangzhou, China - http://www.library.cmu.edu/People/troll/ICDUL_TrollCovey_FINALtmpREV.pdf.

Da die urheberrechtlichen Exklusivrechte sehr weit gehen und die Schrankenbestimmungen nur wenige punktuelle Nutzungsbefugnisse eröffnen, existieren verwaiste Werke zumeist faktisch nur noch im Archiv, jedoch nicht mehr für die Öffentlichkeit.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Ermittlung der Schutzdauer. Wenn der Urheber unbekannt ist, ist es nach geltender Rechtslage bereits schwierig bis unmöglich zu ermitteln, ob die Schutzdauer für ein Werk noch läuft. Denn diese wird nach der Lebenszeit des Urhebers berechnet (§ 64 UrhG). Ist nicht bekannt, wer der Urheber ist oder wann er gestorben ist, kann die Schutzdauer naturgemäß nicht präzise errechnet werden. Auch wenn der Urheber bekannt ist, kann er oder ein anderer, dem in der Vergangenheit ausschließliche Nutzungsrechte am Werk eingeräumt wurden, häufig nicht auffindig gemacht werden. Mögliche Ursachen sind, dass die Erben des Urhebers nicht auffindbar sind, er keine Erben hatte, Testamente fehlen, oder die über die ausschließlichen Rechte verfügenden Verwertungsunternehmen nicht mehr existieren oder deren Rechtsnachfolge ungewiss ist.

Zulässig wären Nutzungen nur nach den geltenden Schrankenbestimmungen, die jedoch in der Regel keine öffentliche Wiedergabe des Werkes und schon gar keine Wiederveröffentlichung gestatten. Weder die Zitatzfreiheit noch das Archivprivileg, das nur die Bestandserhaltung, nicht aber die öffentliche Wiedergabe von eigenen Werkexemplaren erlaubt, können den Interessen, die an einer Nutzbarmachung der vielen verwaisten Werke bestehen, Rechnung tragen. Gleiches gilt für die öffentliche Wiedergabe von Werken (§ 52 UrhG) im Rahmen von nicht kommerziellen Zwecken und das Ausstellungsprivileg für Werke der bildenden Kunst und Lichtbildwerke. Die genannten Regelungen gestatten Nutzungen jeweils nur zu genau bestimmten Zwecken und sind kaum auf anderweitige Nutzungen übertragbar.

Da es eine spezielle Regelung, die auf die Nutzbarmachung verwaister Werke abzielt, nicht gibt, bedarf es einer gesetzlichen Anpassung. Diese muss gewährleisten, dass die Nutzer für die jeweils gestattete Verwendungsform keine Zustimmung benötigen, da diese nicht eingeholt werden kann, wenn der Rechteinhaber nicht bekannt oder nicht ermittelbar ist.

c) Rechtsunsicherheit und Haftung

Entgegen der rechtlichen Situation werden auch heute verwaiste Werke mitunter genutzt. Um rechtlichen Folgen vorzubeugen, wird oft mit „Disclaimern“ gearbeitet, in denen versichert wird, alles Erdenkliche zur Ermittlung des Urhebers getan zu haben. Rechteinhaber, die mit der Nutzung nicht einverstanden sind, werden gebeten, sich zu melden, woraufhin man die Nutzung unverzüglich einstellen werde. Da jedoch das Urheberrecht auch in Bezug auf verwaiste Werke ein solches „Opt-Out-Prinzip“ nicht kennt, sondern Nutzungen nur nach tatsächlich erfolgter Zustimmung gestattet sind, entfalten solche Aufrufe keinerlei verbindliche rechtliche Wirkungen. Im Gegenzug können sie sogar weitere Gefahren für die Verantwortlichen verursachen, da hierdurch ausdrücklich dokumentiert wird, dass man bewusst und gewollt Urheberrechtsverletzungen begeht.

Werden die urheberrechtlichen Vorgaben missachtet, machen sich die Verantwortlichen nicht nur Schadensersatzpflichtig, sondern – da es sich um

vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen handelt – auch strafbar. Nach den §§ 106 ff. UrhG drohen Sanktionen in Form von Geld- oder sogar Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren. Der Umstand, dass solche Strafen im Zweifel niemals für derartige Fälle verhängt werden, es generell nicht einmal zu einer Anklage kommen wird, lindert die Problematik angesichts der erheblich abschreckenden Wirkung für die Verantwortlichen nur wenig.

d) Verbraucherpolitisches Interesse an einer Regelung

Für die rechtliche Möglichkeit, „verwaiste Werke“ zukünftig wieder nutzen zu können, sprechen eine Vielzahl Interessen. Diese können in der (teilweisen) Verwendung innerhalb neuer Werke liegen, kulturpolitischer, -historischer oder auch kommerzieller Natur sein. Aus Sicht der Verbraucher besteht das Interesse insbesondere darin, solche Werke wahrnehmen zu können. Auch eine private, nicht kommerzielle Nutzung verwaister Werke würde Verbrauchern für ihre eigene schöpferische Tätigkeit (Homepagegestaltung, Musik in öffentlich zugänglichen Videofilmen) zugute kommen.

Diese Interessen werden durch die dargestellte Rechtslage ignoriert. Dies ist vor allem deshalb unbefriedigend, weil einer Nutzbarmachung von verwaisten Werken keine nachvollziehbaren rechtspolitischen Argumente entgegenstehen. Anders als in nahezu allen anderen urheberrechtlichen Konstellationen spielen entgegenstehende wirtschaftliche Belange der Verwerter oder Urheber hier keine Rolle. Denn bei verwaisten Werken handelt es sich ausnahmslos um solche, die zwar historisch, kulturell oder wissenschaftlich wertvoll sein können, an denen jedoch mangels Nutzung in aller Regel auch kein wirtschaftliches Interesse mehr besteht.

Da verwaiste Werke ohnehin nicht mehr gehandelt werden, können Nutzungshandlungen, die ohne Zustimmung vorgenommen werden, sich auch nicht negativ auf etwaige wirtschaftliche Interessen der Rechteinhaber auswirken. Im Gegenteil: Eine gesetzliche Befugnis würde im Zweifel schon aus verfassungsrechtlichen Gründen mit einer Vergütungspflicht kombiniert. Der Rechteinhaber hätte also – wenn er sich meldet und seine Rechte geltend macht – sogar Anspruch auf eine angemessene Kompensation für Nutzungen, zu denen es ansonsten nicht gekommen wäre.

3. Soweit ein gesetzlicher Handlungsbedarf bejaht wird, bestehen verschiedene Optionen, auf welche Weise die Nutzung ermöglicht werden kann. Wie bewerten Sie diese Modelle?

a) Lösungsansätze

Um die Problematik der verwaisten Werke in den Griff zu bekommen, werden verschiedene Lösungen diskutiert. Generell geht es zunächst darum, festzulegen, wann ein Werk als verwaist gilt und als solches genutzt werden darf (siehe hierzu oben Frage 1). Daran schließen sich Fragen der Lizenzierung und Vergütung an.

Vom Netzwerk Mediatheken wurde insoweit angeregt, einen Fonds zur Abgeltung der Nutzung einzurichten⁴⁹, in den die Institutionen bei Nutzung eines verwaisten Werkes einen bestimmten Betrag einzahlen sollen und erst hierauf das benötigte Nutzungsrecht erhalten. Andere Modelle wie das Kanadische Zwangslizenzmodell⁵⁰ sehen beispielsweise vor, dass bei einer zentralen Stelle eine Lizenz zur Nutzung des verwaisten Werkes erworben werden kann. Diese Aufgabe könnte einer Behörde oder auch einer Verwertungsgesellschaft zufallen. In eine ähnliche Richtung gehen die Bestrebungen der VG Wort, die für den Bereich verwaister Sprachwerke eine zentrale Rolle bei der Lizenzierung einnehmen und für die Nutzung verwaister Werke Lizenzen vergeben will. Das Aktionsbündnis „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ hat im Zuge der Novellierung des Urheberrechts dagegen den Vorschlag gemacht, eine neue Schrankenregelung für verwaiste Werke im Urheberrecht zu verankern⁵¹.

b) Verbraucherpolitische Bewertung

All diese Ansätze und Modelle haben Vor- und Nachteile. Aus verbraucherpolitischer Sicht geht es vor allem um die Einführung einer praktikablen *gesetzlichen* Regelung für das Problem der verwaisten Werke. Die Regelung sollte es ermöglichen, verwaiste Werke unter zumutbarem Aufwand und zu angemessenen Konditionen wieder einer Nutzung und Wahrnehmbarkeit durch die Allgemeinheit verfügbar zu machen. Dabei muss sichergestellt werden, dass die Nutzer rechtssicher handeln können und nicht von rechtlichen Sanktionen bedroht werden.

Aus verbraucherpolitischer Sicht wäre es schließlich auch zu begrüßen, wenn die zu schaffende gesetzliche Regelung für verwaiste Werke nicht nur Bildungs- und Kulturinstitutionen zur Nutzung verwaister Werke berechtigen würde, sondern sich hieraus eine allgemeine Befugnis zur Nutzung zu jeglichen (gewerblichen, künstlerischen oder privaten) Zwecken ergeben würde⁵². Da bei einer allgemeinverbindlichen gesetzlichen Befugnis nicht die Gefahr der Monopolisierung besteht, würden auf diesem Weg im Zweifel weitere Zugänge und Nutzungsmöglichkeiten für solches Material eröffnet, was den Verbrauchern letztlich zugute kommen würde. Ihnen würde hiermit sogar gestattet, selbst Veröffentlichungen von verwaisten Werken vorzunehmen.

c) Notwendigkeit einer gesetzlichen Lösung

Erforderlich ist jedenfalls eine gesetzliche Lösung und nicht lediglich eine freiwilliges oder privatwirtschaftliches Lizenzierungsmodell. Ordnungspolitisch muss gewährleistet sein, dass die Verfügungsbefugnis über das kulturelle Erbe nicht in der Hand eines einzigen Unternehmens liegt.

⁴⁹ Empfehlung des Netzwerks Mediatheken für den Umgang mit „verwaisten Werken“, 29. Oktober 2007, http://www.netzwerk-mediatheken.de/html/zielsetzung/orphan_works.html.

⁵⁰ Siehe Sect. 77 des Canadian Copyright Act, <http://www.cb-cda.gc.ca/info/act-e.html#rid-33751>.

⁵¹ Aktionsbündnis Urheberrecht in Bildung und Wissenschaft: Bedarf nach einer Urheberrechtslösung für verwaiste Werke, Einführung eines neuen § 52 c UrhG, 29. März 2007, <http://www.urheberrechtsbueundnis.de/docs/verwaisteWerke.pdf>.

⁵² Eine solch universelle Befugnis hat (unter Abstufungen in Bezug auf die Recherchepflichten) auch das Aktionsbündnis Urheberrecht in Bildung und Wissenschaft in seiner Stellungnahme vorgeschlagen, vgl. <http://www.urheberrechtsbueundnis.de/docs/verwaisteWerke.pdf>, S. 1 f.

Die Gefahren eines privatwirtschaftlichen Lizenzierungsmodells zeigen sich an der aktuellen Diskussion über das Google-Books Settlement in den USA. Auch dieses Verfahren kann dazu führen, dass verwaiste Werke digital wieder verfügbar gemacht werden, da die Verlage und Autoren im Rahmen der Class Action in der Lage sind, Vereinbarungen auch über Rechte von Rechteinhabern zu schließen, die hieran nicht unmittelbar beteiligt waren. Wird der Vergleich so, wie er von den Parteien vereinbart wurde, vom Gericht für wirksam erklärt, wird es zwar zulässig sein, Werke einschließlich verwaister Werke zu digitalisieren und öffentlich zugänglich zu machen⁵³. Gleichzeitig besteht aber die Gefahr, dass der Vergleich zu einem Verwertungsmonopol von Google an verwaisten Werken führen könnte.

Auch wenn Google nach dem Vergleich keine exklusiven Rechte für sich beanspruchen kann, weil die Rechte einer neu zu gründenden Institution eingeräumt werden sollen⁵⁴, ist zu befürchten, dass Google ganz vorherrschend hiervon profitieren wird. Die Gefahr eines Verwertungsmonopols ist deshalb nicht von der Hand zu weisen.

Selbst wenn vergleichbare Folgen bei der Wahrnehmung von Rechten durch eine Verwertungsgesellschaft wie die VG WORT aufgrund des für sie nach deutschem Recht geltenden Abschlusszwangs (§ 11 UrhWahrnG) ausgeschlossen wäre, ergeben sich auch hier für eine praktikable außergesetzliche Gestattung durch Lizenzen erhebliche Schwierigkeiten. Denn die Verwertungsgesellschaften können – wenn keine gesetzliche Schrankenbestimmung existiert – nur Rechte wahrnehmen, die ihnen auch eingeräumt wurden und dementsprechend keine flächendeckende Einräumung von Rechten an verwaisten Werken gewährleisten.

Eine gesetzliche Regelung, zum Beispiel in Form einer durch eine neue Schrankenbestimmung geschaffenen gesetzlichen Lizenz, würde dieses Problem ebenso lösen, wie sie aufgrund ihrer allgemeinverbindlichen Wirkung der Gefahr von Informationsmonopolen durch einzelne privatwirtschaftliche oder öffentliche Verwerter entgegenwirken würde.

⁵³ Möglich wird dies, da das Google Book Settlement für die Nutzung von vergriffenen Werken (zu denen als Untergruppe auch immer verwaiste Werke zählen werden), ein „Opt-Out-Prinzip“ vorsieht. Diese Werke können also ohne weitere Zustimmung genutzt werden, solange sich der Rechteinhaber nicht meldet und die Befugnis widerruft.

⁵⁴ Die Frage, ob diese „Verwertungsgesellschaft“ ähnlich der deutschen Verwertungsgesellschaften einem Abschlusszwang gegenüber jedermann unterliegt, ist nicht eindeutig geklärt, worin einer der Gründe für die Kritik am Google Book Settlement liegt.