



BUNDESVERBAND  
DER PHONOGRAPHISCHEN  
WIRTSCHAFT E.V.



DEUTSCHE  
LANDESGRUPPE  
DER IFPI E.V.

## **Positionspapier der Deutschen Landesgruppe der IFPI e.V. und des Bundesverbandes der Phonographischen Wirtschaft e.V. zum so genannten „Zweiten Korb“ einer Urheberrechtsnovelle**

### **I. Die Aufgaben**

Nachdem mit dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft nur die zwingenden internationalen Vorgaben in nationales Recht umgesetzt worden sind, ist eine weitere, umfassende Novelle des Urheberrechtsgesetzes notwendig. Allgemeines Ziel muss es dabei sein, ein Urheberrechtsgesetz zu schaffen, das den Anforderungen der Informationsgesellschaft gerecht wird und auch neuen (bereits jetzt absehbaren) Entwicklungen Stand hält. Für die Musikindustrie im Speziellen geht es darum, wieder einen funktionsfähigen Markt herzustellen.

In den letzten Jahren hat die deutsche Tonträgerwirtschaft durch das „Brennen“ von CDs und Internet-Piraterie rund ein Drittel des gesamten Marktes eingebüßt. Bereits 1999 und 2000 lagen die realen Umsatzrückgänge bei 3,5% und 4,1%. In 2001 (minus 12,7%) und 2002 (minus 12,6%) nahm die Entwicklung existenzbedrohende Ausmaße an. Für das Jahr 2003 werden sogar Umsatzeinbußen von fast 20% erwartet. Arbeitsplatzabbau (in den vergangenen zwei Jahren haben rund 3.000 Menschen ihren Arbeitsplatz in der Branche verloren) und sinkende Investitionen in neue Tonträgerproduktionen sind die unmittelbaren Folgen. Diese treffen gerade auch die kreativen Musikszene, denn die Musikwirtschaft ist der wichtigste Investor in musikalische Kreativität und die wichtigste Einnahmequelle für die Künstler. Dadurch, dass das gesamte Finanzierungsmodell der deutschen Tonträgerhersteller in seiner Funktionsfähigkeit gestört ist, gerät die musikalische Vielfalt in Gefahr. Diese Vielfalt konnte bislang ohne staatliche Subventionen produziert werden. Dabei wurden risikoreiche und wirtschaftlich nicht erfolgreiche (nationale) Produktionen (z.B. im Bereich von Klassik und Jazz) durch die Vermarktung erfolgreicher (internationaler) Produktionen querfinanziert. Bleiben die Marktbedingungen unverändert, ist dies nicht mehr möglich. Das Wegbrechen traditioneller Märkte wird zwar durch neue Vertriebsformen für Musik (insbesondere Online) teilweise kompensiert werden, doch müssen – über die traditionelle Erstverwertung (= Verkauf) von Tonträgern hinaus – auch neue (Erstverwertungs-) Märkte eröffnet werden, für die eine Änderung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen notwendig ist.

Es muss jetzt die Chance ergriffen werden, offen und ohne Vorbehalte auch neue Ansätze für ein Urheberrecht für das neue Jahrtausend zu diskutieren. Regelungen, die vor fast 40 Jahren vor dem Hintergrund damaliger technologischer und gesellschaftlicher Gegebenheiten geschaffen wurden, müssen auf den Prüfstand gestellt werden. Dabei wird sich zeigen, dass ihre Fortführung in vielen Fällen nicht mehr sachgerecht ist. Aus Sicht der Musikindustrie stehen folgende Themen im Mittelpunkt:

Bei den Schranken des Urheberrechts, insbesondere der so genannten Privatkopie, ist ein radikales Umdenken erforderlich. Das Vervielfältigen von Musik mittels CD-Brenner und das Herunterladen von Aufnahmen aus dem Internet haben Ausmaße angenommen, die für die

Musikindustrie existenzbedrohend sind. Die Grenze des Drei-Stufen-Tests, wonach die Schranke weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der Rechteinhaber verletzen darf, ist überschritten. Bei der Umsetzung der EU-Informationsgesellschaften-Richtlinie sind lediglich geringfügige Änderungen in § 53 Abs. 1 UrhG vorgenommen worden. Das Grundkonzept, Zulässigkeit von nicht nur analogen, sondern auch digitalen Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch gegen (geringe) pauschale Vergütung über Leermedien- und Geräteabgaben, ist dagegen unverändert geblieben. Hier müssen neue Wege beschritten werden. Eine uneingeschränkte Aufrechterhaltung der Privatkopie ist im Musikbereich nicht mehr sachgerecht. Darüber hinaus sollte deutlicher zwischen Schranken im überwiegend öffentlichen Interesse (Informationsfreiheit, Wissenschaftsfreiheit) und solchen, die überwiegend rein privaten Interessen (Kaufersatz und Bequemlichkeiten) dienen, unterschieden werden (s. dazu unten II.).

Bei der Novelle muss ferner der weitaus höheren Nutzungsintensität bei neuen Auswertungsformen für Musik Rechnung getragen werden. Das gilt insbesondere auch für den Sendebereich. Hier bestehen nicht nur neue Übertragungsformen, die über die traditionelle Sendung hinaus gehen (so genannte „Near-on-Demand-Dienste“), sondern auch Formate innerhalb der Sendung, die nicht mehr dem Bild entsprechen, das der Gesetzgeber ursprünglich bei Schaffung des so genannten „Sendeprivilegs“ vor Augen hatte (s. dazu III.).

Auch im Urhebervertragsrecht gibt es Änderungsbedarf. Technologische Entwicklungen führen regelmäßig zu neuen, bislang unbekanntem Verwertungsformen. Nach § 31 Abs. 4 UrhG können die Rechte für diese neuen Nutzungsarten nicht zum Gegenstand einer Rechtseinräumung gemacht werden. Rechtsunsicherheit, verzögertes Ergreifen neuer Auswertungschancen bis hin zu völligen Auswertungsblockaden (auch zu Lasten anderer Rechteinhaber) sind die Folge. Ein modernes Urhebervertragsrecht, das eine angemessene Vergütung der Urheber sichert, muss hierfür eine Lösung bieten und den Grundsatz der Privatautonomie auch hinsichtlich der unbekanntem Nutzungsarten verwirklichen (s.u. IV.).

Schließlich müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Pirateriebekämpfung an die Bedürfnisse der Praxis angepasst werden. Piraterie ist eine der größten Herausforderungen für die Musikwirtschaft. Traditionelle (gewerbsmäßige) Musikpiraterieprodukte hatten in 2002 einen geschätzten Wert von 50 Millionen Euro. Die so genannte Schulhof-Piraterie, also das massenhafte Brennen von CD-Rs zur entgeltlichen Weitergabe im Freundes-, Bekannten- und Kollegenkreis, hatte im selben Jahr einen Wert von ca. 240 Millionen Euro. Ca. 930 Millionen Euro betrug 2002 der Umsatzwert für Online-Piraterie. Mit der bevorstehenden EU-Osterweiterung wird sich das Piraterieproblem weiter verschärfen. Denn die Zahlen der Zollbehörden zur Grenzbeschlagnahme von Piraterieprodukten belegen, dass die traditionellen Raubkopien im Musikbereich überwiegend aus Osteuropa stammen. Auf europäischer Ebene wird derzeit eine Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum beraten. Hier sollten bereits jetzt die dort vorgeschlagenen Instrumente aufgenommen und darüber hinaus weitere, praxisrelevante Unzulänglichkeiten im geltenden Recht beseitigt werden (s. dazu V.).

## **II. Schranken**

### **1. Private Vervielfältigung**

Ein Festhalten an der bisherigen Struktur der so genannten Privatkopie ist im Musikbereich nicht mehr sachgerecht. Beispielbare CDs sind nicht einfach nur die moderne Form der MC. Zum ersten Mal ist es möglich, einen perfekten Klon, den identischen Zwilling einer CD mit allen Eigenschaften des Originals herzustellen. Das Aussteuern der Aufnahme, die Probleme beim Ausnutzen der Bandlänge und nicht zuletzt das mühselige Hin- und Herspulen beim Abspielen entfallen vollständig. Außerdem ist das „Brennen“ von CD-Rs ungleich schneller und komfortabler sowie auch billiger als das frühere Überspielen auf Audio-Leerkassette.

Und schließlich und vor allem: Digitale Kopien können beispielsweise über das Internet unbegrenzt verbreitet werden. So haben sich ganze „Kopiernetzwerke“ gebildet, in denen von einer Kopie immer weitere perfekte Kopien angefertigt werden. Mit der Privatkopie auf MC hat das alles nichts mehr zu tun. Das gilt im Übrigen gerade auch für den Umfang: Selbst zu Spitzenzeiten wurden nicht einmal halb so viele Audio-Leerkassetten verkauft wie jetzt CD-Rohlinge mit Musik bespielt werden.

Die von der GfK für das Jahr 2002 ermittelten Zahlen sprechen für sich: 259 Millionen mit Musik bespielte CD-Rohlinge bedeuten fast 100 Millionen mehr Musikkopien als verkaufte CD-Alben. 42% der Befragten (repräsentatives Panel von 10.000 Personen) brannten häufig oder sehr häufig Neuheiten; das sind die CDs, mit denen die Phonowirtschaft einen wichtigen Teil ihres Umsatzes macht. Neuheiten sind außerdem das am häufigsten genannte Kopierobjekt. 62,8% der Befragten klonen ganze geliehene CDs, 35,8% brannten ihre CDs sogar von bereits gebrannten Rohlingen. 16% der Befragten gaben an, durch Brennen weniger Geld für Musik ausgegeben zu haben als im Vorjahr. Diese Zahlen belegen: Die normale Auswertung von Tonträgern ist massiv beeinträchtigt. Und zukünftig wird es noch weitergehende Beeinträchtigungen geben: So werden zunehmend Festplattenrecorder zusammen mit intelligenter Aufnahmesoftware angeboten. Diese ermöglichen es, digitale Radiosendungen (digital) aufzunehmen und automatisch in einzelne Songs zu „zerlegen“. Werbepausen und redaktionelle Beiträge (sofern im Programm überhaupt noch enthalten), werden automatisch ausgeblendet.

Deshalb sollte zukünftig in § 53 Abs. 1 UrhG eine Bereichsausnahme für den Musikbereich vorgesehen werden. Dies wurde bereits anlässlich der Sachverständigen-Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags von unabhängigen Experten angeregt (so in einem Beitrag von Prof. Dr. Schack, Universität Kiel). Danach könnte die analoge Privatkopie erhalten bleiben, während digitale Vervielfältigungen von Musik- oder Filmwerken nicht mehr zulässig wären. Die Zulässigkeit von analogen Vervielfältigungen erscheint für die Befriedigung rein privater Bedürfnisse ausreichend. Anders als in der öffentlichen Diskussion häufig dargestellt, geht es bei der Vervielfältigung von Ton- und Bild-/Tonträgern nicht um den Zugang zu *Informationen*. Eine Vermengung der Privatkopie mit Bedürfnissen von wissenschaftlicher Forschung, politischer Bildung oder der Unterrichtung über Tagesfragen ist unangebracht. Auch ein etwaiges Interesse an einem Zugang zu Kulturgütern darf nicht automatisch mit einem Recht auf freies Kopieren gleichgesetzt werden. Es existieren heute mehr Quellen für den Genuss (geschützter) Inhalte als je zuvor: Neben der Möglichkeit des legalen Erwerbs einer CD oder der Nutzung eines Online-Angebotes denke man nur an das omnipräsente Radio, Webcasting-Angebote im Internet mit einer Vielzahl verschiedener Musikprogramme sowie die zahlreichen unverschlüsselten Fernsehprogramme. Niemand ist beispielsweise für den Zugang zu Musik darauf angewiesen, digitale Klone von CDs zu erstellen.

## **2. Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch**

Anders als bei der Privatkopie können bei den auch im öffentlichen Interesse liegenden Schranken des § 53 Abs. 2 UrhG unter bestimmten Voraussetzungen auch digitale Vervielfältigungen (von Musik- und Filmwerken) zugelassen werden. Dies gilt insbesondere für den wissenschaftlichen Gebrauch (§ 53 Abs. 2 Nr. 1). Einschränkungen sind aber bei Archiv-Vervielfältigungen (§ 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG) notwendig, um zu verhindern, dass über diese Hintertür doch wieder (digitale) Privatkopien ermöglicht werden. Digitale Vervielfältigungen sollten insoweit nur für im *öffentlichen* Interesse errichtete Archive (z.B. Deutsches Musikarchiv) zulässig sein.

## **3. Durchsetzbarkeit**

Hauptargument gegen die Rückführung der Privatkopie in das ausschließliche Vervielfältigungsrecht ist seine mangelnde praktische Durchsetzbarkeit. Doch stellt diese das

Exklusivrecht nicht grundsätzlich in Frage. Zunächst einmal ist es auch Aufgabe des Rechts, gestaltende und bewusstseinsbildende Wirkungen zu entfalten. Das Recht spiegelt nicht nur wider, was tatsächlich anerkannt und durchsetzbar ist, sondern auch, was als gesellschaftliches Ziel gewünscht ist. Andernfalls könnte man auch den Straftatbestand des Ladendiebstahls abschaffen, der in seiner praktischen Durchsetzbarkeit ebenfalls fraglich ist. Im Übrigen ist die Frage der Durchsetzbarkeit bei den bereits im UrhG verankerten Ausnahmen von der Privatkopierschranke (z.B. Noten, § 53 Abs. 4 lit. a; Datenbanken, § 53 Abs. 5 UrhG) bislang kein Thema gewesen.

Es mag zwar auch zukünftig noch so sein, dass eine Durchsetzung des Exklusivrechts gegenüber Privaten faktisch nur schwer möglich ist. Möglich ist aber eine Durchsetzung mittels technischer Sicherungsmaßnahmen (Kopierschutz). Gestärkt durch ein Exklusivrecht wären die Rechteinhaber in der Lage, mit Geräteherstellern über wirksame bilaterale Schutzmaßnahmen zu verhandeln. Bilaterale „intelligente“ Kopierschutzsysteme können zukünftig die Möglichkeit bieten, private Vervielfältigungen gegen Vergütung (individuell) zuzulassen. Ein Modell für ein System der individuellen Ermöglichung und insbesondere auch Vergütung der privaten Vervielfältigung könnte folgendes „Wertkarten-Modell“ sein: Die Kopierschutztechnologie gibt das Original-Produkt nur unter bestimmten Voraussetzungen zum Kopieren frei. Eine solche Voraussetzung könnte der Erwerb einer „Kopierlizenz“ sein, die etwa in Form eines „Wertchips“ als „Smartcard“ von Endverbrauchern ebenso anonym erworben werden könnte wie heute eine Telefonkarte. Möglich ist auch der „Verkauf“ von Privatkopien an speziellen Brennstationen im Handel. Weitere Modelle sind denkbar: So könnte die Zulassung einer Kopie davon abhängig gemacht werden, dass das Offline-Medium nicht bereits kopiert worden ist. Dieses Modell setzt voraus, dass auf dem Offline-Produkt Informationen zur Kopierbarkeit und zu der Zahl der bereits durchgeführten Kopiervorgänge gespeichert werden können. Gleichzeitig muss die Hardware diese Informationen abrufen können und die Vorrichtung zur Abbuchung eines bestimmten Betrages von der Wertkarte enthalten. Möglich ist ferner, mit dem Original-Tonträger den Zugang zu einem Online-Download-Angebot zu eröffnen, aus dem sich der Kunde die Musikaufnahmen (z.B. auf seinen MP3-Player) herunterladen kann. Eine weitere Option könnte darin bestehen, durch hard- und softwaregestützte Schutzsysteme abgegrenzte „Haushalts-Freiräume“ zu schaffen, innerhalb derer das Kopieren unbeschränkt möglich wäre, wobei allerdings diese Kopien auf Geräten, die nicht zum (elektronisch identifizierten) Haushalt gehören, unabspielbar wären.

Diese Modelle zeigen, welche Möglichkeiten die Rückführung der Privatkopie in ein Exklusivrecht bietet: ein *Markt für Privatkopien* würde eröffnet. Produkte mit verschiedenen Kopieroptionen (zu unterschiedlichen Preisen) könnten angeboten werden, so wie es im Online-Bereich bereits heute der Fall ist (so sind z.B. im Download-Angebot von „OD2“ die Musikaufnahmen, die nicht kopiert werden können, billiger als solche, bei denen Kopieroptionen bestehen). Anstatt den Primärmarkt – wie bislang – zu substituieren, würde (auch zum Vorteil der Verbraucher) ein neuer (ergänzender) Markt eröffnet.

#### **4. Vergütung**

Das in §§ 54 ff. UrhG geregelte Vergütungssystem muss durch die vorgeschlagenen Korrekturen bei den Schranken der Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch noch nicht grundlegend verändert werden. Für den Bereich der weiterhin möglichen und zulässigen (analogen) Privatkopien ist dies selbstverständlich, ist die Einschränkung des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts doch nur gegen Vergütung zulässig. Gleiches gilt für die durch § 53 Abs. 2 UrhG zugelassenen (analogen und digitalen) Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch. Darüber hinaus ist aber auch bei den digitalen Vervielfältigungen ein Vergütungsanspruch weiterhin gerechtfertigt. Insoweit sollte der Vergütungsanspruch von dem System der Schranken abgekoppelt werden (so bereits – in Bezug auf Datenbanken – mit ausführlicher Begründung und einer ökonomischen Analyse

des Rechts *Grütmacher*, Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken, 1999, S. 124 ff., 285). Ausschlaggebend hierfür sind folgende Erwägungen:

Solange technische Maßnahmen noch nicht flächendeckend eingesetzt und insbesondere noch nicht durch die Vervielfältigungsgeräte unterstützt werden (also bislang überwiegend einseitig sind), werden weiterhin Kopien – auch bei einem Verbot – angefertigt werden. Ferner werden – ebenfalls entgegen dem gesetzlichen Verbot des § 95a Abs. 1 UrhG – Kopierschutzmaßnahmen von einzelnen Nutzern umgangen werden. Es stellt sich die Frage, zu wessen Lasten dies gehen soll. Es erscheint angemessen, den Vergütungsanspruch auch für solche Vervielfältigungen bestehen zu lassen. Rechtlich lässt sich dies mit dem Gedanken der Gefährdungshaftung von Geräte- und Leermedienherstellern begründen. Wer Vervielfältigungsgeräte ohne verlässliche Schutzsysteme vermarktet, schafft ein Gefährdungspotential für die Rechte von Urhebern und Leistungsschutzrechtsinhabern. Verwirklicht sich dieses in den Geräten (bestimmungsgemäß) angelegte Gefährdungspotential, so ist es sachgerecht, die Hersteller mit einer ausgleichenden Vergütung zu belegen (die sie an ihre Kunden weiterreichen können). Ökonomisch ergeben sich durch das Nebeneinander von Verbotsrecht und Vergütung wohlfahrtsmehrende Effekte durch eine starke Anreizwirkung für Produktionen geschützter Inhalte und ein großes Angebot verschiedener Produkte in verschiedenen Preiskategorien (s. hierzu allgemein *Grütmacher*, a.a.O., S. 127 ff.) sowie für die Entwicklung und Einführung Hardware-gestützter Kopierschutztechnologien.

Eine unangemessene Belastung der Hersteller von Vervielfältigungsgeräten liegt in diesem Modell nicht. Schließlich ist das Vergütungssystem bereits nach dem geltenden Recht flexibel genug, solche Geräte, die aufgrund verlässlicher technischer Maßnahmen nicht zu (ungenehmigten) Vervielfältigungen genutzt werden können, aus der Abgabepflicht auszunehmen. Im Übrigen kann die Vergütung auf der Grundlage regelmäßiger Marktuntersuchungen stets an aktuelle Entwicklungen (beispielsweise hinsichtlich des tatsächlichen Kopierverhaltens) angepasst werden. Ferner ist auch die Eröffnung von Rückgriffsmöglichkeiten in Fällen tatsächlich aufgedeckter Brenner-Piraterie möglich.

Schon im letzten „Vergütungsbericht“ der Bundesregierung ist eine angemessene Erhöhung der Vergütungssätze angekündigt worden. Auch in das oben skizzierte Modell für einen Übergang zu einer individuellen Vergabe von Privatkopie-Rechten würde sich eine solche angemessene Erhöhung sinnvoll einfügen. Denn nur, wenn wieder angemessene Vergütungen gezahlt werden, die dem Wert der bei der Vervielfältigung genutzten Rechte entsprechen, wird die Unterstützung intelligenter Kopierschutzsysteme für die Gerätehersteller wirtschaftlich sinnvoll.

## **5. Drei-Stufen-Test**

Bei der Umsetzung der EU-Informationsgesellschaften-Richtlinie ist zu Unrecht auf die ausdrückliche Verankerung des so genannten „Drei-Stufen-Tests“ (Art. 5 Abs. 5 Info-RL: „Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“) verzichtet worden. Die hierfür gegebene Begründung vermag nicht zu überzeugen. Der Drei-Stufen-Test ist nach der Rechtsprechung des BGH „entscheidender Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes“ (BGH ZUM 1999, 566, 572 – Kopienversanddienst). Demgemäß müssen sich sämtliche Schranken an diesem Maßstab messen lassen. Es kann also keine Rede davon sein, dass Ausnahmen, soweit sie vom UrhG zugelassen werden, per se nicht die normale Verwertbarkeit des Werkes durch den Urheber unangemessen beeinträchtigen. Es muss vielmehr in jedem Einzelfall geprüft werden, ob dies tatsächlich nicht der Fall ist. Der Drei-Stufen-Test sollte daher ausdrücklich in das UrhG aufgenommen werden, weil sonst die von der Richtlinie gewollte Erstreckung

der Schutzwirkung des Drei-Stufen-Tests auf verwandte Schutzrechte (die direkte Anwendung der RBÜ kommt bekanntlich nur Urheberrechten zugute) vereitelt würde.

### **III. Senderecht und Near-on-Demand-Dienste**

#### **1. Die Vertriebsformen für Musik**

Musikaufnahmen werden derzeit auf folgenden Wegen an die Konsumenten vermittelt:

- auf Tonträgern (insbes. CDs, MCs, DVDs);
- mittels Online-Downloadangeboten;
- durch Rundfunksendung;
- durch öffentliche Wiedergaben, z.B. in Diskotheken.

Vergleicht man die verschiedenen Auswertungsformen mit denen im Filmbereich, so zeigen sich deutliche Unterschiede. Beim Film gibt es eine Auswertungskette: Vorführung im Kino, „Verleih“ von Videos/DVDs, Verkauf von Videos/DVDs, Sendung im Pay-TV, Sendung im Free-TV. Ermöglicht wird diese dadurch, dass Filmherstellern exklusive Verbreitungs-, Vorführungs- und Senderechte zustehen. Ausschließliche Rechte in Bezug auf die Sendung und die öffentliche Wiedergabe ihrer Tonträgeraufnahmen stehen Tonträgerherstellern dagegen nicht zu. Deshalb existiert keine dem Filmbereich vergleichbare Auswertungskette für Musikaufnahmen. In der Praxis bedeutet dies: Tonträgerhersteller sind praktisch ausschließlich darauf angewiesen, mit dem Verkauf von Tonträgern Einnahmen zu erzielen. Nach dem Erscheinen eines Tonträgers bestehen keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die weitere Verwendung dieser Tonträger zum Zweck der Sendung oder sonstiger öffentlicher Wiedergaben. Das Wegbrechen des praktisch einzigen Erstverwertungsmarktes ist für die Tonträgerhersteller auch deshalb von so existenzbedrohendem Ausmaß, weil das Urheberrecht bislang einer Ausweitung der Basis für die Erstverwertung entgegensteht.

#### **2. Das so genannte „Sendeprivileg“**

Das Urheberrechtsgesetz bestimmt in § 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 und § 86, dass die Sendung erschienener Tonträger uneingeschränkt erlaubt ist und lediglich einen Vergütungsanspruch für ausübende Künstler auslöst, an dem Tonträgerhersteller einen Beteiligungsanspruch haben. Mag diese Einschränkung bei ihrer Einführung 1965 vor dem Hintergrund ausschließlich öffentlich-rechtlicher Rundfunk-Vollprogramme noch hinnehmbar gewesen sein, ist sie inzwischen nach Zulassung privater Rundfunkanbieter und der Ausdifferenzierung der Hörfunklandschaft in immer spezialisiertere Spartenprogramme nicht mehr in derselben Weise gerechtfertigt, weil die spezifischen Musikwünsche direkt aus dem angebotenen Spartenprogramm befriedigt werden können (Formatradio, Zielgruppenorientierung). Diese Entwicklung ist dabei noch längst nicht an ihr Ende gekommen. Die als klassische „Zweitverwertung“ angesehene Sendung droht also die Erstverwertung von Tonträgern zu beeinträchtigen.

#### **3. Gefahr einer weiteren Aushöhlung der Erstverwertungshoheit**

Bereits im Gutachten des Max-Planck-Instituts zum Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft (Baden-Baden 1997, S. 269) ist die Gefahr einer weiteren Aushöhlung der Erstverwertungshoheit der Rechteinhaber durch so genannte „Near-on-Demand“-Dienste aufgezeigt worden. Beispiele für solche Dienste sind: Mehrkanaldienste, in denen Musik auf verschiedenen Kanälen zielgruppenorientiert (z.B. nach Musikgenres) rund um die Uhr in Schleifen übertragen wird. „Internet-Radio“ mit vielfältigen Einflussmöglichkeiten der Hörer: So gibt es beispielsweise eine „Skip“-Funktion, mit der ein Musiktitel übersprungen werden kann, wenn er dem Hörer nicht gefällt. Weiter sind Funktionen wie „Never Play It Again“ (ein angegebener Musiktitel wird nicht mehr gespielt) oder „Play It Again“ (ein angegebener Musiktitel wird im Programm immer wieder zu hören

sein) möglich. Dies geht so weit, dass sich jeder Hörer sein eigenes Programm zusammenstellen kann, das nur er zu hören bekommt. Intelligente Software ermöglicht es sogar, dass sich das Programm automatisch dem Musikgeschmack des Hörers anpasst. Solche „Unicasts“ haben mit einer Sendung nichts mehr zu tun. Zusätzlich ist zu beachten, dass durch eine Kombination von digitaler Musiksendung mit intelligenter Aufnahmesoftware (s.o. II. 1.) der Kauf von Musikaufnahmen vollständig substituiert werden kann.

Das Sendeprivileg wird schon für den traditionellen Rundfunk nicht mehr der tatsächlichen Nutzungsintensität von Musik im Hörfunk gerecht. Dies gilt um so mehr für die geschilderten neuen Übertragungsformate. Bestrebungen nach einer Ausdehnung des Vergütungsanspruchs nach dem Motto, jede Tätigkeit eines Sendeunternehmens sei per se Sendung, oder jede Übertragung, die nicht auf Abruf erfolgt (und deshalb dem neuen Recht der Zugänglichmachung unterliegt), sei automatisch bloße Sendung, muss deutlich entgegen getreten werden, zumal bei Internet-Webcasting-Angeboten in jedem Fall ein Abrufvorgang ausgelöst werden muss, der der individuellen Zuleitung des Angebotes zwingend vorgeschaltet ist.

#### **4. Lösung**

Das so genannte Sendeprivileg sollte durch Gewährung eines exklusiven Senderechts für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller aufgehoben werden. Sämtliche für seine Einführung 1965 vorgetragene Gründe sind heute nicht mehr relevant. Insbesondere benötigt der öffentlich-rechtliche Rundfunk das Sendeprivileg nicht, um ein unbeeinflusstes Programm zu gestalten und seinem besonderen Auftrag der Grundversorgung nachkommen zu können (so noch *Brack*, Der Rundfunk in den Ministerialentwürfen zur Urheberrechtsreform, GRUR 1960, 165, 168). Hier hat sich gerade der gegenteilige Effekt verwirklicht: Im Wettbewerb mit den privaten Sendeunternehmen sind auch und gerade die öffentlich-rechtlichen Hörfunkprogramme überwiegend zu reinen Abspielstationen für erfolgreiche internationale Hits aus den Charts geworden. Die gesamte musikalische Vielfalt wird nicht repräsentiert, der Kulturauftrag ignoriert.

Auch die Befürchtung, Leistungsschutzberechtigte könnten zu Lasten von Urhebern die rundfunkmäßige Verbreitung von Musik verhindern, ist unbegründet. Solche Auswirkungen sind beispielsweise im Filmbereich, wo dem Hersteller bereits jetzt ein exklusives Senderecht zusteht, nicht eingetreten und auch im Musikbereich nicht zu erwarten. Denn natürlich sind auch die Leistungsschutzberechtigten an einer Auswertung ihrer Aufnahmen im Rundfunk interessiert und wollen sie nicht blockieren. Folge einer Abschaffung des Sendeprivilegs wäre lediglich, dass – wie bereits im Filmbereich – ein Marktplatz eröffnet würde, auf dem Senderechte „verkauft“ werden könnten. Dabei könnten dann auch differenzierte Lizenzen (z.B. nach Repertoire oder Künstler) individuell ausgehandelt werden. Dabei sind die verschiedensten Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, die eine ebenso unproblematische Administration erlauben wie die bisherige Praxis. Dazu zählt auch eine mögliche Kombination von individueller und kollektiver Wahrnehmung nach Ablauf eines Zeitfensters. Eine unzumutbare Belastung der Sendeunternehmen liegt darin nicht. Bereits heute schließen Rundfunksender Bemusterungsverträge mit Tonträgerherstellern; diese könnten zukünftig unproblematisch auch die Einräumung von Senderechten regeln.

#### **5. Eigenständiger Vergütungsanspruch für öffentliche Wahrnehmbarmachung**

Ergänzend zur Gewährung eines exklusiven Senderechts sollte Tonträgerherstellern ein eigenständiger Vergütungsanspruch für die öffentliche Wahrnehmbarmachung ihrer Tonträger zustehen. Bislang ist der Vergütungsanspruch als Beteiligungsanspruch an der Vergütung der ausübenden Künstler ausgestaltet. Diese Konstruktion macht beispielsweise eine eigenständige Wahrnehmung durch die Tonträgerhersteller unmöglich.

#### **IV. Neue Nutzungsarten**

Technologische Entwicklungen führen inzwischen in kurzen Abständen zum Entstehen neuer Nutzungsarten. Das Ergreifen neuer Auswertungschancen ist aber derzeit mit großer Rechtsunsicherheit verbunden, da gemäß § 31 Abs. 4 UrhG keine Nutzungsrechte an noch unbekanntem Nutzungsarten eingeräumt werden können. Als praktisches Beispiel sei nur der Streit über die Frage genannt, ob die CD als neue Nutzungsart gegenüber der Auswertung auf Vinyl-Schallplatten anzusehen ist. Die Frage ist erst kürzlich mit dem 20. Geburtstag (!) der CD vom BGH entschieden worden (in der Form, dass der BGH die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 4 UrhG auf ausübende Künstler verneint hat). In anderen Fällen dagegen führt das starre Verbot des § 31 Abs. 4 UrhG dazu, dass aufwändig Rechte nachverhandelt werden müssen. Dies ist nicht nur mit hohen Transaktionskosten verbunden, die eine Auswertung wirtschaftlich unattraktiv erscheinen lassen, sondern birgt auch die Gefahr von Auswertungsblockaden Einzelner zu Lasten anderer Rechteinhaber an einer gemeinsamen Produktion.

Nach der umfassenden Reform des Urhebervertragsrechts besteht kein Grund, an dem Verbot des § 31 Abs. 4 UrhG noch weiter festzuhalten. Das Verbot dient dem Schutz des Urhebers und soll verhindern, dass er ohne entsprechende Gegenleistung Nutzungsrechte einräumt, deren wahren wirtschaftlichen Wert er bei Vertragsschluss noch nicht einschätzen kann (vgl. *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2002, § 31 Rn. 38 m.w.N.). Eine angemessene Gegenleistung für die Nutzung des Werkes ist aber bereits durch §§ 32, 32a UrhG gewährleistet (ähnlich bereits, noch zum alten Bestseller-Paragraf des § 36 a.F. UrhG, BGHZ 133, 281, 288). Eine starre „Alles-oder-Nichts-Lösung“, die bei Annahme einer neuen Nutzungsart in vielen Fällen dazu führen würde, rückwirkend einen vielfachen Rechtsbruch zu statuieren, wird weder den Interessen der Urheber noch denen der Verwerter gerecht. Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch unbekanntem Nutzungsarten sollte daher – unter der Voraussetzung der Gewährleistung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung – zukünftig zugelassen werden. Auch über gesetzliche Übertragungsvermutungen an die jeweiligen Hersteller für bestehende Verträge oder ähnliche Lösungen kann zur klarstellenden Bereinigung der gegenwärtigen Rechtslage nachgedacht werden, sollte sich das geltende Recht in diesem Punkt tatsächlich als unzureichend erweisen.

#### **V. Rahmenbedingungen für eine effektive Pirateriebekämpfung**

##### **1. Selbständiger Unterlassungsanspruch gegen Vermittler**

Zu Unrecht ist bei Umsetzung der EU-Informationsgesellschaften-Richtlinie die ausdrückliche Regelung eines selbständigen Unterlassungsanspruchs gegen Vermittler unterblieben. Gemäß Art. 8 Abs. 3 Info-RL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden“. Den Hintergrund dieser Vorschrift erläutert Erwägungsgrund 59: „Insbesondere in der digitalen Technik können die Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden. Oftmals sind diese Vermittler selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen. Daher sollten die Rechtsinhaber – unbeschadet anderer zur Verfügung stehender Sanktionen und Rechtsbehelfe – die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt. Diese Möglichkeit sollte auch dann bestehen, wenn die Handlungen des Vermittlers nach Artikel 5 freigestellt sind.“

Die Auffassung, eine ausdrückliche Regelung sei entbehrlich, da bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit bestehe, Unterlassungsansprüche gegen Vermittler geltend zu

machen, weil diese regelmäßig adäquat kausale Verursacher der Rechtsverletzungen und damit Störer seien, vermag nicht zu überzeugen. Die Störerhaftung ist in den Fällen fraglich, in denen lediglich technische Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden, die von Dritten eigenverantwortlich und selbständig zu Verletzungshandlungen genutzt werden (vgl. *Lütje*, in: Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 97 Rn. 34). Gerade dies sollte aber, wie in dem bereits zitierten Erwägungsgrund 59 der Richtlinie dargestellt, von dem selbständigen Unterlassungsanspruch des Art. 8 Abs. 3 Info-RL abgedeckt werden. Er ist daher ausdrücklich in das UrhG aufzunehmen. Eine unangemessene Belastung von technischen Vermittlern liegt darin nicht, werden deren Interessen doch bereits durch die Haftungserleichterungen in §§ 8-11 Teledienstegesetz (TDG) gewahrt.

## **2. Auskunftsansprüche**

Im Bereich der Online-Piraterie bestehen weitere Unzulänglichkeiten im materiellen Recht. Die fehlende ausdrückliche Anerkennung von Auskunftsansprüchen gegen Internet Service Provider sowie das geltende Datenschutzrecht (insbesondere § 5 Teledienstedatenschutzgesetz: Auskunft nur an Strafverfolgungsbehörden) führen im Ergebnis dazu, dass Rechtsverletzer vor Verfolgung geschützt werden. Dies wird sich besonders fatal bei der Verfolgung von Anbietern von Vorrichtungen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen auswirken. Da in diesem Bereich einige der Verletzungshandlungen durch das neue Recht als bloße Ordnungswidrigkeit ausgestaltet sind (§ 111a Abs. 1 Nr. 1 UrhG), fehlt die Möglichkeit durch die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren die unmittelbaren Rechtsverletzer zu ermitteln. Zivilrechtliche Auskunftsansprüche sind also für einen effektiven Rechtsschutz unabdingbar und können zudem die „Kriminalisierung“ von Rechtsverletzern verhindern, zu der sich die Rechteinhaber nach geltendem Recht gezwungen sehen. Im Ergebnis würden auch Staatsanwaltschaften und Gerichte entlastet.

## **3. Schadensersatzrecht**

Darüber hinaus ist das derzeitige Schadensersatzrecht bei Urheberrechtsverletzungen unzureichend: Tonträgerpiraten werden praktisch nur behandelt wie gewöhnliche Lizenznehmer, d.h. sie müssen im Entdeckungsfall lediglich eine übliche Lizenz als Schadensersatz leisten. Hier ist dringend die Einführung eines Verletzerzuschlags erforderlich, so dass Rechtsverletzer beispielsweise eine doppelte Lizenzgebühr entrichten und damit ein höheres finanzielles Risiko tragen müssen. Dies sieht auch der Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum in Art. 17 Abs. 1 lit. a vor.

## **4. Vermutung der Rechtsinhaberschaft**

Ein weiteres Hindernis für eine effektive Pirateriebekämpfung liegt in einer fehlenden Vermutung für die Rechtsinhaberschaft zugunsten von Tonträgerherstellern. Gerade in Fällen von Back-Katalog-Piraterie stellen die (Zivil-)Gerichte unangemessen hohe Anforderungen an den Nachweis der Rechtsinhaberschaft. Obwohl beispielsweise Aufnahmen eines Interpreten seit zwanzig oder mehr Jahren unbeanstandet nur bei einem Hersteller veröffentlicht wurden, verlangen die Gerichte selbst dann, wenn ein Pirat nicht einmal behauptet, Rechte erworben zu haben, die Vorlage einer geschlossenen Rechtekette mit sämtlichen Verträgen. Gerade bei inzwischen verstorbenen Künstlern bereitet dies naturgemäß Schwierigkeiten. So ist es schon vorgekommen, dass in einem Verfahren aufwändige Recherchen nach dem Testament von Elvis Presley vorgenommen werden mussten, nur um eine Rechtsinhaberschaft nachzuweisen, die außer dem Piraten niemand jemals bestritten hat. Durch eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Leistungsschutzberechtigten nach dem Vorbild des § 10 UrhG (für Urheber) könnte im Prozess verhindert werden, dass ein Pirat, der nicht einmal behauptet, Rechte erworben zu

haben, aus reinen Obstruktionsgründen den Berechtigten durch bloßes Bestreiten zu unsinnig umfangreichen und langwierigen Nachweisen zwingen kann.

## **5. Vernichtungs- oder Überlassungsansprüche**

Offene Flanken weisen die in §§ 98, 99 UrhG geregelten Vernichtungs- und Überlassungsansprüche auf. So sind diese – anders als in § 69f Abs. 1 UrhG – auf den Verletzer beschränkt. Während bei Computerprogrammen dem Interesse der Rechteinhaber entsprochen wird, dem Missbrauch rechtswidriger Vervielfältigungsstücke vorzubeugen (s. BT-Drucks. 12/4022, 14), wird in allen anderen Bereichen diesen Missbräuchen Tür und Tor geöffnet. Dies belegen die praktischen Erfahrungen bei der Bekämpfung der Tonträgerpiraterie. So dienen Piraterietonträger (Raubkopien oder Bootlegs), die aufgrund der Behauptung, es handele sich um die private Sammlung, nicht sichergestellt und vernichtet werden, häufig als Vorlage für die weitere Herstellung von Piraterieprodukten, die mittels CD-Brenner unschwer durchgeführt werden kann. Hier sollte die Möglichkeit geschaffen werden, Piraterieware grundsätzlich aus dem Verkehr ziehen zu können, unabhängig, wo bzw. bei wem sie entdeckt wird.

Gleiches gilt für den Anspruch auf Vernichtung von Vorrichtungen (§ 99 UrhG), der im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes gegen jeden Besitzer gewährt werden sollte, so wie es in § 69f Abs. 2 UrhG bereits geregelt ist (s. dazu BT-Drucks. 12/4022, 14).

Darüber hinaus sollte in §§ 98, 99 UrhG ausdrücklich klargestellt werden, dass auch Umgehungsvorrichtungen sowie die zu ihrer Herstellung benutzten Vorrichtungen dem Vernichtungs- und Überlassungsanspruch unterliegen.

## **6. Lücken im Strafrechtsschutz**

Nachdem durch das TRIPS-Übereinkommen die letzten Lücken im internationalen Leistungsschutz geschlossen schienen, hat die Praxis in einigen Ermittlungsverfahren neue Unzulänglichkeiten offenbart. Diese resultieren aus dem Schutzzumfang des Übereinkommens, das ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern kein Verbreitungsrecht gewährt. Während dieses Manko zivilrechtlich durch § 96 UrhG ausgeglichen werden kann (vgl. zum Meinungsstand *Braun*, in: Wandtke/Bullinger, a.a.O., § 125 Rn. 36 m.w.N.), weigern sich manche Staatsanwaltschaften unter Hinweis auf das Fehlen eines Verbreitungsrechts den Vertrieb von Bootlegs (= unautorisierte Live-Mitschnitte von Konzerten) US-amerikanischer Künstler strafrechtlich zu ahnden. Um alle Unsicherheiten in diesem Bereich zu beheben, sollte das Verwertungsverbot des § 96 UrhG in die Strafvorschrift des § 108 Abs. 1 UrhG aufgenommen werden. Dadurch wäre sichergestellt, dass die Verbreitung sämtlicher Arten von Piraterietonträgern strafrechtlich sanktioniert wird.

## **7. Aktivlegitimation bei Verstößen gegen Vorschriften zum Schutz technischer Maßnahmen**

Bei Umsetzung der EU-Informationsgesellschaften-Richtlinie ist keine Regelung dazu getroffen worden, wer Ansprüche wegen der Verletzung technischer Schutzmaßnahmen oder zur Rechtswahrnehmung erforderlicher Informationen geltend machen kann. In der Praxis ist damit zu rechnen, dass beispielsweise im Internet auf einer Homepage eines Betreibers Umgehungsoftware für verschiedene Kopierschutzsysteme angeboten werden wird. Hier wäre es unpraktikabel, wenn gegen jedes einzelne Angebot desselben Betreibers verschiedene Rechteinhaber vorgehen müssten, und zwar jeweils einer, der den entsprechenden Kopierschutz aktiv für seine Produkte nutzt. Hier sollte für Vereinigungen der Rechteinhaber die Möglichkeit bestehen, einheitlich gegen das gesamte Angebot vorgehen zu können. Da gleichzeitig die Hersteller und Anbieter technischer

Sicherungsmaßnahmen ein besonderes Interesse am Schutz ihrer Systeme haben, sollte auch ihnen die Aktivlegitimation zugesprochen werden.

## Regelungsvorschläge:

### Zu II.: Schranken

#### § 53 Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch.

- (1) Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zu Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird. Dies gilt für die Vervielfältigung von Musikwerken nur, wenn zusätzlich eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet.
- (2) Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen
1. zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist,
  2. zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird,
  3. zur eigenen Unterrichtung über Tagesfragen, wenn es sich um ein durch Funk gesendetes Werk handelt,
  4. zum sonstigen eigenen Gebrauch,
    - a) wenn es sich um kleine Teile eines erschienenen Werkes oder um einzelne Beiträge handelt, die in Zeitungen oder Zeitschriften erschienen oder öffentlich zugänglich gemacht worden sind,
    - b) wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt.

Dies gilt im Fall des Satzes 1 Nr. 2 nur, wenn zusätzlich

1. die Vervielfältigung auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung vorgenommen wird oder
2. eine ausschließlich analoge Nutzung stattfindet oder
3. das Archiv im öffentlichen Interesse tätig ist und keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgt.

Dies gilt in den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 und 4 nur, wenn zusätzlich eine der Voraussetzungen des Satzes 2 Nr. 1 oder 2 vorliegt.

- (3) [unverändert]
- (4) [unverändert]
- (5) [unverändert]
- (6) [unverändert]
- (7) [unverändert]
- (8) [unverändert]

#### Erläuterung:

*In § 53 Abs. 1 UrhG sollte eine Bereichsausnahme für Musikwerke vorgesehen werden, da das bisherige System der Zulässigkeit auch digitaler Privatkopien im Musikbereich nicht mehr den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests genügt. Diese Bereichsausnahme kann dadurch verwirklicht werden, dass in Anlehnung an § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG nur ausschließlich analoge Nutzungen zugelassen werden.*

*§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a UrhG sollte im Wortlaut an § 53 Abs. 3 UrhG angepasst werden und auch öffentlich zugänglich gemachte Beiträge erfassen.*

*Um zu verhindern, dass die Einschränkung bei der Privatkopie über die Schranke zur Archiv-Vervielfältigung umgangen wird, sollten digitale Vervielfältigungen von Musikwerken zu Archivzwecken nur bei im öffentlichen Interesse handelnden Archiven zugelassen werden (§ 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhG).*

### **§ 54 Vergütungspflicht für Vervielfältigung im Wege der Bild- und Tonaufzeichnung.**

(1) Ist nach der Art eines Werkes zu erwarten, dass es durch Aufnahme von Funksendungen auf Bild- oder Tonträger oder durch Übertragungen von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen ~~nach § 53 Abs. 1 oder 2~~ vervielfältigt wird, so hat der Urheber des Werkes gegen den Hersteller

1. von Geräten und
2. von Bild- oder Tonträgern,

die erkennbar zur Vornahme solcher Vervielfältigungen bestimmt sind, Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung für die durch die Veräußerung der Geräte sowie der Bild- oder Tonträger geschaffene Möglichkeit, solche Vervielfältigungen vorzunehmen. Neben dem Hersteller haftet als Gesamtschuldner, wer die Geräte oder die Bild- oder Tonträger in den Geltungsbereich dieses Gesetzes gewerblich einführt oder wiedereinführt oder wer mit ihnen handelt. Der Händler haftet nicht, wenn er im Kalenderhalbjahr Bild- oder Tonträger von weniger als 6000 Stunden Spieldauer und weniger als 100 Geräte bezieht.

(2) [unverändert]

#### Erläuterung:

*Die Bezugnahme auf die in § 53 Abs. 1 und 2 UrhG geregelten Schranken sollte gestrichen werden, um das notwendige Nebeneinander von Verbotsrecht und Vergütungsanspruch zu verwirklichen.*

### **§ 63b Grenzen der Ausübung von Schrankenregelungen.**

*Die in diesem Abschnitt genannten Schranken dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.*

#### Erläuterung:

*Der Drei-Stufen-Test ist in Art. 5 Abs. 5 der Info-Richtlinie ausdrücklich verankert. Er ist nach der Rechtsprechung des BGH „entscheidender Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes“ (BGH ZUM 1999, 566, 572 – Kopienversanddienst). Demgemäß müssen sich sämtliche Schranken an diesem Maßstab messen lassen.*

## **Zu III.: Senderecht**

### **§ 78 Öffentliche Wiedergabe.**

(1) Der ausübende Künstler hat das ausschließliche Recht, seine Darbietung

1. öffentlich zugänglich zu machen (§ 19a),
2. zu senden, ~~es sei denn, dass die Darbietung erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden ist, die erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind,~~

3. außerhalb des Raumes, in dem sie stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen.

(2) Dem ausübenden Künstler ist eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn

1. ~~die Darbietung nach Absatz 1 Nr. 2 erlaubterweise gesendet,~~
2. die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht oder
3. die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe der Darbietung öffentlich wahrnehmbar gemacht wird.

(3) [unverändert]

(4) [unverändert]

Erläuterung:

*Ausübenden Künstlern sollte ein ausschließliches Senderecht auch hinsichtlich ihrer auf erschienenen oder öffentlich zugänglich gemachten Tonträgern aufgenommenen Darbietungen gewährt werden.*

**§ 85 Verwertungsrechte.**

(1) Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen **und zu senden**. Ist der Tonträger in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller. Das Recht entsteht nicht durch Vervielfältigung eines Tonträgers.

(2) [unverändert]

(3) [unverändert]

(4) [unverändert]

Erläuterung:

*Ebenso wie Filmherstellern sollte Tonträgerherstellern ein ausschließliches Senderecht gewährt werden. Nur so ist eine weitere Aushöhlung der Erstverwertungshoheit der Hersteller zu vermeiden.*

**§ 86 Anspruch auf Beteiligung.**

Wird ein erschienenener oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemachter Tonträger, auf den die Darbietung eines ausübenden Künstlers aufgenommen ist, zur öffentlichen ~~Wiedergabe~~ **Wahrnehmbarmachung** der Darbietung benutzt, so hat der Hersteller des Tonträgers ~~gegen den ausübenden Künstler einen Anspruch auf Beteiligung an der~~ **angemessene** Vergütung, ~~die dieser nach § 78 Abs. 2 erhält.~~

Erläuterung:

*Da bei einem exklusiven Senderecht die Vergütungsansprüche des Herstellers auf Fälle der öffentlichen Wahrnehmbarmachung begrenzt sind, sollte dies im Wortlaut von § 86 UrhG klargestellt werden.*

*Der Vergütungsanspruch des Tonträgerherstellers sollte als eigenständiger Anspruch ausgestaltet werden, anstatt – wie bisher – als Beteiligungsanspruch an der Vergütung des ausübenden Künstlers.*

**Zu IV.: Neue Nutzungsarten**

**§ 31 Einräumung von Nutzungsrechten.**

(1) [unverändert]

- (2) [unverändert]
- (3) [unverändert]
- (4) Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind **wirksam, soweit dies ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist. Dem Urheber ist hierfür eine angemessene Vergütung zu zahlen.**

Erläuterung:

*Ein Festhalten an dem Verbot der Einräumung von Nutzungsrechten für noch unbekannte Nutzungsarten ist nicht mehr zeitgemäß. Durch die Gewährleistung einer angemessenen Vergütung für die neue Nutzung wird den wirtschaftlichen Interessen der Urheber genüge getan, während urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte bereits durch andere Vorschriften abgedeckt sind.*

## Zu V.: Rahmenbedingungen für eine effektive Pirateriebekämpfung

### 1. Selbständiger Unterlassungsanspruch gegen Vermittler

#### **§ 97a Anspruch auf Unterlassung gegen Vermittler.**

Wird das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann der Vermittler, dessen Dienste von einem Dritten bei der Verletzung genutzt werden, auch wenn ihm weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zur Last fällt, vom Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Weitergehende Ansprüche bleiben unberührt.

Erläuterung:

*Zu Unrecht ist bei Umsetzung der EU-Informationsgesellschaften-Richtlinie die ausdrückliche Regelung eines selbständigen Unterlassungsanspruchs gegen Vermittler unterblieben (Art. 8 Abs. 3 Info-RL). Ziel dieses Anspruchs ist, die Rechteinhaber in die Lage zu versetzen, rechtsverletzende Angebote von denjenigen unterbinden zu lassen, die aufgrund ihrer Vermittlertätigkeit technisch dazu in der Lage sind.*

### 2. Auskunftsansprüche

#### **§ 101a Anspruch auf Auskunft hinsichtlich Dritter.**

- (1) Wer ~~im geschäftlichen Verkehr~~ durch die Herstellung, **die** Verbreitung oder **die öffentliche Zugänglichmachung** von Vervielfältigungsstücken das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht verletzt, kann vom Verletzten auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der Vervielfältigungsstücke in Anspruch genommen werden, es sei denn, dass dies im Einzelfall unverhältnismäßig ist.
- (2) Der nach Absatz 1 zur Auskunft Verpflichtete hat Angaben zu machen über Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Vervielfältigungsstücke, des gewerblichen Abnehmers oder Auftraggebers, **sonstiger Empfänger der Zugänglichmachung** sowie über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vervielfältigungsstücke.
- (3) Wer durch die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, den Verkauf, die Vermietung, die Werbung oder den gewerblichen Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen, sowie die Erbringung von Dienstleistungen gegen § 95a Abs. 3 verstößt, kann von dem Verwender technischer Maßnahmen auf unverzügliche Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der Vorrichtungen, Erzeugnisse oder Bestandteile, sowie der erbrachten Dienstleistungen in Anspruch genommen werden.

- (4) Der nach Absatz 3 zur Auskunft Verpflichtete hat Angaben zu machen über Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Vorrichtungen, Erzeugnisse oder Bestandteile, des gewerblichen Abnehmers oder Auftraggebers, sonstiger Empfänger sowie über die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Vorrichtungen, Erzeugnisse oder Bestandteile oder erbrachten Dienstleistungen.
- (5) In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung kann die Verpflichtung zur Erteilung der Auskunft im Wege der einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung angeordnet werden.
- (6) Die Auskunft darf in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten wegen einer vor der Erteilung der Auskunft begangenen Tat gegen den zur Auskunft Verpflichteten oder gegen einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozeßordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des zur Auskunft Verpflichteten verwertet werden.
- (7) Weitergehende Ansprüche auf Auskunft bleiben unberührt.

Erläuterung:

*Auch in Fällen von Online-Piraterie müssen die Rechteinhaber einen Anspruch auf Auskunft Dritter haben. In der Praxis wird dieser derzeit von einigen Gerichten auf eine analoge Anwendung von § 101a UrhG gestützt. Eine ausdrückliche Verankerung des Anspruchs ist jedoch geboten, um für die Berechtigten Rechtssicherheit zu schaffen.*

*Eine Beschränkung des Anspruchs auf Verletzungshandlungen „im geschäftlichen Verkehr“ ist nicht sachgerecht. Dies gilt insbesondere in Fällen von Online-Piraterie, die erhebliche Schäden bei den Rechteinhabern verursacht, auch wenn sie häufig nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgt.*

*Der Auskunftsanspruch muss ferner auch bei Verstößen gegen die Vorschriften zum Schutz technischer Maßnahmen gewährt werden, um die weitere Verbreitung von Umgehungsvorrichtungen effektiv unterbinden zu können.*

**§ 101b Anspruch auf Auskunft gegen Vermittler.**

Vermittler gemäß § 97a können vom Verletzten auf unverzügliche Auskunft über den Dritten in Anspruch genommen werden, der den Dienst für die Verletzung eines nach diesem Gesetz geschützten Rechts genutzt hat. § 101a Absätze 5 bis 7 gelten entsprechend.

Erläuterung:

*Der Auskunftsanspruch ist notwendig, um – wie von den Haftungsprivilegien in §§ 8-11 TDG bezweckt – ein Vorgehen gegen die primären Rechtsverletzer zu ermöglichen.*

**3. Schadenersatzrecht**

§ 97 Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz.

- (1) Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht **oder Verwertungsverbot** widerrechtlich verletzt, kann vom Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung und, wenn dem Verletzer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. An Stelle des Schadenersatzes kann der Verletzte die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts **oder Verwertungsverbots** erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen.
- (2) Der Verletzte kann als Schadenersatz eine **Entschädigung in Höhe des zweifachen einer angemessenen Lizenzgebühr verlangen.**
- (3) Urheber, Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70), Lichtbildner (§ 72) und ausübende Künstler (§ 73) können, wenn dem Verletzer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur

Last fällt, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn und soweit es der Billigkeit entspricht.

(4) Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften bleiben unberührt.

Erläuterung:

Da auch Verstöße gegen die in § 96 UrhG geregelten Verwertungsverbote die Sanktionen des § 97 UrhG auslösen, sollte dies im Wortlaut der Vorschrift klargestellt werden.

Da die Zahlung einer einfachen Lizenzgebühr nicht ausreichend dem Charakter der Rechtsverletzung Rechnung trägt (es ist unangemessen, den Verletzer gleich einem gewöhnlichen Lizenznehmer zu behandeln), sollte in Abs. 2 als Mindestschadensersatz eine doppelte Lizenzgebühr vorgesehen werden.

#### 4. Vermutung der Rechtsinhaberschaft

##### **§ 86a Vermutung der Rechtsinhaberschaft.**

Wer auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Tonträgers oder in zur Rechtswahrnehmung erforderlichen Informationen (§ 95c Absatz 2) in der üblichen Weise als Tonträgerhersteller bezeichnet ist, wird bis zum Beweis des Gegenteils als Inhaber der Tonträgerherstellerrechte an dem Tonträger angesehen.

Erläuterung:

Für eine effektive Pirateriebekämpfung ist die (widerlegbare) Vermutung der Rechtsinhaberschaft dringend erforderlich.

#### 5. Vernichtungs- oder Überlassungsansprüche

##### **§ 98 Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung der Vervielfältigungsstücke und anderer Gegenstände.**

(1) Der Verletzte kann von dem Eigentümer oder Besitzer verlangen, dass alle rechtswidrig hergestellten, verbreiteten oder zur rechtswidrigen Verbreitung bestimmten Vervielfältigungsstücke, die im Besitz oder Eigentum des Verletzers stehen, vernichtet werden.

(2) Statt der in Absatz 1 vorgesehenen Maßnahmen kann der Verletzte vom Eigentümer verlangen, dass ihm die Vervielfältigungsstücke, die im Eigentum des Verletzers stehen, gegen eine angemessene Vergütung überlassen werden, welche die Herstellungskosten nicht übersteigen darf.

(3) Sind die Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 gegenüber dem Verletzer Besitzer oder Eigentümer im Einzelfall unverhältnismäßig und kann der durch die Rechtsverletzung verursachte Zustand der Vervielfältigungsstücke auf andere Weise beseitigt werden, so hat der Verletzte nur Anspruch auf die hierfür erforderlichen Maßnahmen.

(4) Auf Vorrichtungen, Erzeugnisse oder Bestandteile im Sinne von § 95a Absatz 3 finden die Absätze 1 bis 3 entsprechende Anwendung.

##### § 99 Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung der Vorrichtungen

Die Bestimmungen des § 98 sind entsprechend auf die im Eigentum des Verletzers stehenden, ausschließlich oder nahezu ausschließlich zur rechtswidrigen Herstellung von Vervielfältigungsstücken oder von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen im Sinne von § 95a Absatz 3 benutzten oder bestimmten Vorrichtungen anzuwenden.

Erläuterungen:

Die Ansprüche auf Vernichtung und Überlassung sollten an § 69f UrhG angepasst werden, also insbesondere nicht auf den Verletzer beschränkt bleiben. Eine Einbeziehung des

*Besitzers rechtsverletzender Vervielfältigungsstücke ist gerechtfertigt, unbilligen Belastungen beugt Abs. 3 vor.*

*Es sollte ferner klargestellt werden, dass auch Umgehungsvorrichtungen im Sinne von § 95a Abs. 3 UrhG dem Vernichtungs- und Überlassungsanspruch unterliegen. Gleiches gilt für Vorrichtungen für deren Herstellung.*

## **6. Lücken im Strafrechtsschutz**

### **§ 108 Unerlaubte Eingriffe in verwandte Schutzrechte.**

(1) Wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten

1. [unverändert]
2. [unverändert]
3. [unverändert]
4. die Darbietung eines ausübenden Künstlers entgegen den § 77 Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 1, § 78 Abs. 1 **oder § 96** verwertet,
5. einen Tonträger entgegen § 85 **oder § 96** verwertet,
6. [unverändert]
7. [unverändert]
8. [unverändert]

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) [unverändert]

#### Erläuterung:

*Das Verwertungsverbot des § 96 UrhG sollte in die Strafvorschrift aufgenommen werden, um zu gewährleisten, dass die Verbreitung sämtlicher Arten von Piraterietonträgern strafrechtlich sanktioniert wird.*

## **7. Aktivlegitimation bei Verstößen gegen Vorschriften zum Schutz technischer Maßnahmen**

### **§ 101c Aktivlegitimation.**

**Die Ansprüche aus §§ 97, 98, 99 und 101a wegen Verstoßes gegen §§ 95a und 95c können geltend gemacht werden**

- 1. von den Rechteinhabern, die technische Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 2 oder zur Rechtewahrnehmung erforderliche Informationen gemäß § 95c Abs. 2 einsetzen,**
- 2. von den Herstellern oder Anbietern technischer Maßnahmen gemäß § 95a Abs. 2 oder zur Rechtewahrnehmung erforderlicher Informationen gemäß § 95c Abs. 2 oder**
- 3. von Verwertungsgesellschaften oder rechtsfähigen Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der in Nr. 1 und 2 genannten Personen wahrzunehmen.**

#### Erläuterung:

*Die Vorschrift regelt nach dem Vorbild von § 13 UWG die Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Ansprüchen bei Verstößen gegen die Vorschriften zum Schutz technischer Maßnahmen.*

Hamburg, den 15. September 2003