

Deutscher Gewerkschaftsbund  
Bereich Struktur- und Regionalpolitik  
Bereich Bildung, Qualifizierung und Forschung  
Andreas Botsch  
Christa Dahme

Berlin, 26. Oktober 2007

# **Geistiges Eigentum - Immateriale Güter in der Wissensgesellschaft**

Ein Überblick über die Entwicklung der Gesetze zum „geistigen Eigentum“ in Deutschland, Europa und international

**Autor: Till Kreutzer**

<b>I. Vorwort</b>	
<b>II. Einführung: Entwicklung der Immaterialgüterrechte – Überblick und Einschätzung</b>	<b>6</b>
<b>III. Internationale Regelungsinitiativen</b>	<b>13</b>
1. Der WIPO Broadcasting Treaty	13
2. Der Substantive Patent Law Treaty (SPLT) der WIPO	19
<b>IV. Europäische Regelungsinitiativen</b>	<b>20</b>
1. Strafrechtliche „Intellectual Property Rights Enforcement Directive“ (IPRED2)	20
2. Die Debatte über die Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen (Softwarepatente)	22
2.1 Kurzer historischer Überblick der Patentierbarkeit von Computerprogrammen	22
2.2 Rechtsschutz für Computerprogramme nach geltendem Recht	23
2.2.1 Patent- und Urheberrechtsschutz für Computerprogramme	23
2.2.2 Das Patentrechtsregime in Europa	24
2.2.3 Patentschutz für Computerprogramme nach geltendem Recht	25
2.3 Regelungsvorhaben betreffend die Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen	31
2.3.1 Die Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen	31
2.3.2 Das European Patent Litigation Agreement (EPLA)	33
2.4 Der Meinungsstand zu Softwarepatenten an sich	36
2.5 Der Meinungsstand in Bezug auf das EPLA	43
2.6 Schlussbemerkung	47
<b>V. Deutsche Regelungsinitiativen</b>	<b>47</b>
1. Das Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sog. „1. Korb“)	47
1.1 Hintergrund	47
1.2 Wesentliche Regelungsaspekte des 1. Korbes	48
1.2.1 Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	48
1.2.2 Neue und geänderte Schrankenbestimmungen	48

1.2.3 DRM-Systeme – Der Schutz technischer Maßnahmen .....	53
2. Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sog. „2. Korb“).....	58
2.1 Hintergrund .....	58
2.2. Die wichtigsten Änderungsvorschläge im Regierungsentwurf zum 2. Korb .....	59
2.2.1 Vergütungssystem .....	59
2.2.2 Neue Schrankenbestimmungen.....	66
2.2.3 Neue Nutzungsarten .....	83
3. Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums.....	89
3.1 Hintergrund .....	89
3.2 Auskunftsansprüche gegen ISP.....	90
3.3 Deckelung der Abmahngebühren .....	97

## I. Vorwort

Ganz selbstverständlich nutzen wir heute das Internet, wir sammeln tausende Musiktitel auf unseren MP3-Playern und zeichnen Filme auf dem Festplattenrekorder auf. Doch was darf man mit diesen Daten anfangen, welche Rechte haben eigentlich die Urheber der Werke? Wenn Texte, Musikstücke und Fotos beliebig verbreitet werden dürften, schrumpft der materielle Wert dieser Rechte – mit finanziellen Folgen für die AutorInnen. Der Urheberrechtsexperte Till Kreuzer hat im Auftrag des Deutschen Gewerkschaftsbundes ein Gutachten zur aktuellen Situation und Rechtslage der "Immaterialgüterrechte" verfasst, das wir hiermit zur Diskussion stellen.

Welthandel und global agierende Unternehmen, die Digitalisierung von Informationen und Medien, sowie deren weltweite Verbreitung durch das Internet, haben die Auseinandersetzung über das geistige Eigentum, d.h. über Immaterialgüterrechte, in den letzten Jahren heftiger werden lassen. Markenrecht, Geschmacksmusterrecht, Patentrecht und Urheberrecht waren noch vor wenigen Jahren Materien, mit denen sich ein kleiner Kreis von Fachleuten in speziellen Problemfällen auseinandersetzte; heute ist jedenfalls der Streit um Industriepatente, „Genpatente“ oder Kopierschutz bei Tonträgern ein Thema, das viele betrifft.

Im Koalitionsvertrag zwischen den Regierungsparteien CDU und SPD heißt es dazu im Abschnitt 2.3 „Rechtspolitik für eine soziale Marktwirtschaft“: „Marktwirtschaft funktioniert nur mit starken Verbraucherinnen und Verbrauchern. Leitbild unserer Politik ist daher, diese zu schützen und gleichzeitig ihre Eigenverantwortung und Selbstbestimmung zu stärken. (...) Deutschlands Kapital für die Zukunft sind die Kreativität und der Erfindungsreichtum seiner Menschen. Deshalb brauchen wir einen rechtlichen Schutz des geistigen Eigentums, der den Anforderungen des 21. Jahrhunderts genügt. Wir werden die Modernisierung des Urheberrechts als einen Schwerpunkt unserer Arbeit vorantreiben.“

([http://koalitionsvertrag.spd.de/servlet/PB/show/1645854/111105\\_Koalitionsvertrag.pdf](http://koalitionsvertrag.spd.de/servlet/PB/show/1645854/111105_Koalitionsvertrag.pdf),

S.43f.)

Die Abschlusserklärung des Weltwirtschaftsgipfels der G8 in Heiligendamm widmet dem Thema „Schutz geistigen Eigentums als Stütze der Innovation“ gleich drei ganze Seiten und ruft zu einem neuen internationalen Dialog zwischen Industrie- und Schwellenländern über

Innovation und den Schutz des geistigen Eigentums auf sowie zur gemeinsamen „Bekämpfung von Fälschung und Piraterie“.

[http://www.g-8.de/nsc\\_true/Content/DE/Artikel/G8Gipfel/Anlage/gipfeldokument-wirtschaft-de\\_templateld=raw\\_property=publicationFile.pdf/gipfeldokument-wirtschaft-de](http://www.g-8.de/nsc_true/Content/DE/Artikel/G8Gipfel/Anlage/gipfeldokument-wirtschaft-de_templateld=raw_property=publicationFile.pdf/gipfeldokument-wirtschaft-de) S. 14-17).

Kampf um Marken, Patente, Geschmacksmuster

Die Wahrnehmung von Marken-, Patent-, Geschmacksmuster- aber auch Urheberrechten wird stark geprägt von der Instrumentalisierung und Durchsetzung seitens der Inhaber, die in der Regel Unternehmen sind. Marken sind im Wettbewerb mitunter wichtiger als die Qualität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie stehen. Entsprechend offensiv, ja aggressiv wird versucht, solche Kennzeichen – Marken sowie Geschmacksmuster – zu sichern und durchzusetzen. Die Öffentlichkeit nimmt diese Auseinandersetzungen eher befremdet wahr. Nicht anders reagiert das staunende Publikum, wenn es erfährt, für welche Beträge Marken, also bloße Produktbezeichnungen, gehandelt werden.

Das Patentrecht soll eigentlich Erfindungen, also technische Innovationen schützen; in der Praxis wird es aber oft instrumentalisiert, um sich eine Prämie als Finder zu sichern. So analysieren Pharmakonzerne Wirkstoffe aus Naturheilmitteln und wollen sich dadurch „Rechte“ an uraltem Erfahrungswissen als Patent aneignen. Daraus resultierende Konflikte landen im Extremfall im Schiedsgerichtsverfahren der Welthandelsorganisation WTO wegen Verletzung des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS). Ähnliches gilt, wenn Softwarehersteller sich bestimmte (mitunter triviale) Routinen patentieren lassen, gerade um andere Entwickler zu behindern. Gelegentlich wird auch das Urheberrecht an Produktbeschreibungen und Dokumentationen instrumentalisiert, um Konkurrenz aus dem Feld zu drängen.

Urheberrecht

Im Urheberrecht spielt die **technische Entwicklung** eine maßgebliche Rolle. Die Möglichkeiten, auf urheberrechtlich geschützte Werke zuzugreifen und diese auf die unterschiedlichsten Arten zu nutzen, haben sich stark erweitert und verbreitet.

Vervielfältigungsprozesse, die noch vor wenigen Jahrzehnten eine Industrie mit Fachkräften beschäftigten, erledigen heute fast überall vorhandene Kleincomputer auf Knopfdruck und in wenigen Minuten. Mit diesen Möglichkeiten, Bilder, Musik, Filme und Dokumente jeglichen Inhalts zu vervielfältigen oder zu publizieren, konnte sich auch das Verhalten der Nutzer dieser Geräte wandeln. Vervielfältigung, Verbreitung, Sendung auf der Basis digitaler Techniken, Einstellen in weltweit erreichbare Datenbanken sind aber urheberrechtlich relevante Verhaltensweisen. Heute stellt sich damit für viele die Frage, ob man darf, was man früher nicht konnte. Das Urheberrecht wird so zu einer Materie, die auch für Privatpersonen bedeutsam ist.

Das Urheberrecht wird gelegentlich auch als „Arbeitsrecht der geistig Schaffenden“ bezeichnet, weil geregelte arbeitsrechtliche Beziehungen auf diesem Feld (wie etwa bei Redakteuren) eher eine Ausnahme darstellen. Das Erwerbseinkommen wird also nicht vorrangig durch Verkauf der Arbeitskraft sondern überwiegend durch die Verwertung der Arbeitsergebnisse erzielt, z.B. durch den Verkauf von Werken der Bildenden Kunst oder die Einräumung von Nutzungsrechten an anderen Werken. Letzteres setzt einen effektiven Schutz dieser Rechte voraus. Wenn alle veröffentlichten Texte, Musikstücke oder Fotos beliebig weiterverbreiten dürften, wären die Rechte, die z.B. ein Verlag daran erwirbt, wenig wert – mit entsprechenden Folgen für die Anteile am Erlös für die AutorInnen.

Mit der vorliegenden Publikation will der DGB über die aktuelle Rechtslage informieren. Außerdem soll damit einer von mehreren geplanten Beiträgen zu Stand und Entwicklung der aktuellen Debatte über „geistiges Eigentum“ in Deutschland, Europa und auf internationaler Ebene zur Diskussion gestellt werden.

Das an den Autor Till Kreuzer vergebene Gutachten spiegelt keine Beschlusslage des DGB oder seiner Mitgliedsgewerkschaften zu diesem komplexen Thema wider. Es soll einen Aspekt der Interessenslagen – mit dem Schwerpunkt des wachsenden Interesses einer Nutzergruppe – beleuchten. Die Diskussion ist eröffnet!

## **II. Einführung: Entwicklung der Immaterialgüterrechte – Überblick und Einschätzung**

Die Neuordnung der Rechte am „geistigen Eigentum“ (auch als Immaterialgüterrechte bezeichnet) steht seit Ende der 1980er Jahre auf der Agenda nationaler, europäischer und

internationaler politischer Entscheidungsträger. Als sich das Internet als ernst zu nehmendes und zukunftssträchtiges Medium für die Distribution digital gespeicherter Immaterialgüter herauskristallisierte, begann man sich auf politischer Ebene konkrete Gedanken über notwendige Reformen der Gesetze über das geistige Eigentum zu machen. Digitaltechnik und Internet haben ungeahnte Dimensionen bei der Erschaffung und Distribution von Erfindungen, geschützten Werken (Filme, Musik, Computerprogramme etc.) und anderen Immaterialgütern eröffnet. Sie können heute mit einfachen Mitteln von jedem erstellt, ohne Qualitätsverluste kopiert und in der ganzen Welt online zugänglich gemacht oder sonst wie weltweit vertrieben werden.

Bis heute wird an den Anpassungen der einschlägigen Gesetze, etwa des Urheber- und des Patentrechts, gearbeitet. Zunehmend gerät das Thema auch in das Blickfeld der Öffentlichkeit. Denn v. a. das Urheberrecht ist zu einem Ordnungs- und Verhaltensrecht für alle Bevölkerungsschichten geworden. Wer das Internet oder andere digitale Medien nutzt, nutzt auch urheberrechtlich geschützte Werke. Tauschbörsen, Internet-Foren, eBay-Auktionen, bei denen CDs, Filme oder Computersoftware versteigert werden, eigene Homepages und „Web 2.0“-Dienste sind in aller Munde. Kleine Start-ups oder Einzelpersonen betreiben Online-Shops, Download-Dienste, Online-Datenbanken oder schlicht eine Webseite. All dies hat mit Urheberrecht zu tun.

Dass sich diese Bedeutungsverschiebung in den privaten und „nicht-professionellen“ Bereich Änderungen am Recht erforderlich macht, liegt nahezu auf der Hand. Dies gilt umso mehr, als die Immaterialgüterrechtsgesetze als Spezialmaterie konzipiert wurden. Sie betrafen ursprünglich v. a. Plattenfirmen, die Arznei- oder Automobilindustrie, Verwertungsgesellschaften, Verlage oder durch Manager und Anwälte vertretene Komponisten, Musiker oder Drehbuchautoren. Die Zeiten haben sich geändert. Heute sind Urheber oft gleichzeitig Verwerter, Erfinder gleichzeitig Distributoren, Schöpfer gleichzeitig Nutzer. Vor allem die „nicht-professionellen Verwerter“ sehen sich bei ihren neuen Aktivitäten bisher ungekannten Rechten und Pflichten gegenüber. Auch für sie gilt es, die Rechte anderer zu achten und sich der eigenen Rechte bewusst zu werden. Einfacher ist das Recht deshalb nicht geworden. Im Gegenteil: Urheber- oder Patentrecht zu handhaben ist heute komplizierter denn je. Das wirkt sich auf Wirtschaft und Gesellschaft gleichermaßen aus.

Auch die Medien haben das Thema längst entdeckt. Sie räumen den öffentlichen Debatten über Reformen der Immaterialgüterrechte mittlerweile breiten Raum ein. Hierbei steht meist das Spannungsfeld zwischen mehr Schutz versus mehr Freiheit im Mittelpunkt. Denn hierin liegt ein zentraler Aspekt der Immaterialgüterrechte. Sie betreffen eine Vielzahl partikularer und kollektiver Interessen, die in einen Ausgleich gebracht werden müssen, sollen negative Effekte vermieden werden. In der Tat hemmen zu weit reichende geistige Eigentumsrechte

(mit anderen Worten: Monopolrechte) Fortschritt, Innovation und die Partizipation an Wissen und Kultur<sup>1</sup>.

Dass dies auch anders gesehen wird, zeigt sich an den konträren Standpunkten der betroffenen Interessengruppen<sup>2</sup>. Während Produzenten und Verwertungsunternehmen meist auf einen starken und weit reichenden Schutz von z. B. Urheber- oder Patentrechten drängen, haben die Urheber und Erfinder differenzierte Interessen. Denn einerseits brauchen sie effektive Rechtspositionen, um für ihre Errungenschaften Vergütungen zu erzielen, Anerkennung zu bekommen und sich vor unautorisierter Nutzung zu schützen. Andererseits sind sie selbst Nutzer, die darauf angewiesen sind, auf dem Schaffen Dritter aufzubauen und hieran anzuknüpfen. Das Gleiche gilt für Anbieter von Produkten oder Dienstleistungen auf Sekundärmärkten<sup>3</sup>. Dem setzen ausschließliche Schutzrechte naturgemäß Grenzen. Die (End-)Nutzer wiederum sind gerade in einer Wissens- oder Informationsgesellschaft zunehmend auf den möglichst ungehinderten Zugang zu und den unkomplizierten Umgang mit Immaterialgütern angewiesen.

Grundsätzlich ist es die Aufgabe der Immaterialgüterrechtsgesetze, diesen Interessenkonflikten angemessen Rechnung zu tragen. Sie dienen schon immer dazu, einen gerechten Ausgleich aller betroffenen Belange herzustellen. Man spricht von einer „Balance-, einer Ausgleichsfunktion“. Schon die altehrwürdige Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ), ein 1896 begründetes internationales Abkommen zum Schutz des Urheberrechts, enthält Vorgaben für Nutzungsfreiheiten (sog. Schrankenbestimmungen) etwa in Bezug auf Zitate, die Nutzung von Werken im Unterricht oder in der Presse.

Betrachtet man rückblickend die Gesetzesreformen, mit denen die Immaterialgüterrechte an das „digitale Zeitalter“ angepasst werden sollten, zeigt sich gerade im Hinblick auf die wichtige Ausgleichsfunktion eine unausgeglichene Entwicklung. Andere Aspekte standen hierbei im Vordergrund, v. a., dass digital gespeicherte Immaterialgüter besonders „verletzlich sind“, also von jedem ohne Qualitätsverlust kopiert und über das Internet weltweit zugänglich gemacht werden können. Um weiterhin Anreize zum technischen und kreativen Schaffen zu gewährleisten – so die landläufige Theorie – bedürfe es der Verschärfung des Immaterialgüterrechtsschutzes und effektiverer rechtlicher Durchsetzungsmechanismen<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Das Maß, in dem Immaterialgüterrechte auf Innovation und Fortschritt einwirken, ist sehr unterschiedlich. Dies gilt insbesondere im Vergleich zwischen den gewerblichen Schutzrechten (z. B. Patent-, Marken- und Gebrauchsmusterrecht) und dem Urheberrecht.

<sup>2</sup> Die Interessenlage in Bezug auf den Schutz von Immaterialgütern ist höchst komplex und kann hier nur stark vereinfacht und pauschalierend beschrieben werden. Siehe zur Interessenlage im Urheberrecht eingehend Hilty, ZUM 2003, S. 983 ff.

<sup>3</sup> Ein Beispiel hierfür sind etwa Informationsvermittler wie Suchmaschinenbetreiber oder die Hersteller von Ersatzteilen oder anderen Komplementärerzeugnissen.

<sup>4</sup> Bezeichnend für die Bedeutung dieser „Anreiz-Theorie“ für die politische Meinungsbildung sind die Ausführungen in dem sog. „Bangemann-Bericht“, der Mitte der 1990er Jahre von der EU-Task-Force „Europäische Informationsstruktur“ unter Leitung von Martin Bangemann vorgelegt wurde. Hiernach müsse die EU auf dem Gebiet des Schutzes von geistigem Eigentum eine Vorreiterrolle spielen,

Dem ist sicherlich zuzugestehen, dass gerade die – häufig anonyme – Nutzung von Online-Technologien zu einem erheblichen Kontrollverlust und zu wesentlich erschwerter Rechtsdurchsetzung führt. Ein solcher Kontrollverlust hat zweifellos erhebliche Auswirkungen auf die traditionellen Geschäfts- und Verwertungsmodelle, etwa der Musik- oder Filmindustrie. Dies wirkt sich wiederum auf das Werkschaffen durch die Kreativen aus, v. a., soweit sie die Verwertung ihrer Werke Dritten überlassen. Die von vielen Seiten erhobene Forderung nach einem weit reichenden Schutz von Immaterialgüterrechten ist jedoch nicht nur an derartigen Faktoren zu beurteilen. Vielmehr sind die Schutzrechte zudem an dem gesamtgesellschaftlichen Interesse an – v. a. in einer technologiebasierten Wissensgesellschaft so bedeutenden – Nutzungs- und Zugangsfreiheiten auszurichten. Dieser Aspekt wurde bei den Novellierungen der Gesetze jedoch eher vernachlässigt. Die Folge waren nationale, europäische und internationale Regelwerke, deren Hauptfokus in der Expansion und Verschärfung der Immaterialgüterrechte lag, wohingegen das Bedürfnis an einem unkomplizierten Umgang mit Kulturgütern und Informationstechnologien allenfalls nachrangig berücksichtigt wurde<sup>5</sup>.

### **Kurze Darstellung der internationalen Entwicklung der Immaterialgüterrechte<sup>6</sup>**

Die Anpassung der Immaterialgüterrechtsregelungen an die Belange der „Informationsgesellschaft“ begann auf internationaler Ebene im Jahr 1995 durch Verabschiedung des TRIPS. TRIPS, das „Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights“, wurde zum verpflichtenden Bestandteil der Mitgliedschaft in der Welthandelsorganisation (WTO) erklärt, so dass das Abkommen durch alle Mitglieder der WTO ratifiziert werden muss. Die Konvention gewann schnell an internationaler Bedeutung. Nach nicht einmal zehn Jahren seines Bestehens hatte TRIPS im Jahr 2004 bereits 145 Mitglieder (die Europäische Union als Staatenbund inbegriffen). Das TRIPS schreibt die Gewähr von Schutzrechten für Werke, Marken und Erfindungen vor. Es enthält gegenüber älteren Abkommen, wie v. a. der RBÜ im Bereich des Urheberrechts, weiter gehende Schutzgegenstände, wie z. B. Computerprogramme und Datenbanken sowie Regelungen über die sog. verwandten Schutzrechte, also die Rechte der ausübenden Künstler, der Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen. Statt detaillierte urheber- oder patentrechtliche Schrankenbestimmungen vorzusehen, findet sich im TRIPS nur eine Art Generalklausel über

---

um den „Gefahren der neuen Technologien“ insbesondere im Hinblick auf die Globalisierung der Nutzungsprozesse mit einem konstant hohen und kohärent sich entwickelnden Schutzniveau zu begegnen. Dies sei nötig, um das erhebliche (wirtschaftliche) Potenzial von Immaterialgütern in einer Informationsgesellschaft effizient nutzen zu können. Vgl. den Bericht "Europa auf dem Weg in die Informationsgesellschaft – Empfehlungen an den Europäischen Rat", Brüssel, 26.05.1996, S. 17.

<sup>5</sup> Dies zeigt sich allem voran in der Einführung des Schutzes technischer Maßnahmen im Urheberrecht. Siehe hierzu unten, Punkt V.1.2.3.

die zulässigen Beschränkungen der hierin geregelten Ausschließlichkeitsrechte. Diese Bestimmung, der sog. Drei-Stufen-Test, besagt, dass Beschränkungen nur zulässig sind, wenn sie bestimmte Sonderfälle betreffen (1. Stufe), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (2. Stufe) noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen (3. Stufe). Vom Schutz gesamtgesellschaftlicher Interessen ist dagegen nicht die Rede<sup>7</sup>.

Im Jahr 1996 kamen zu TRIPS und der RBÜ (und anderen Abkommen, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll) zwei weitere internationale Urheberrechtsverträge hinzu, die als WIPO-Verträge<sup>8</sup> bezeichnet werden. Der WIPO Copyright Treaty (WCT) regelt Fragen des Urheberrechts und der WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) die der verwandten Schutzrechte von ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern. Die WIPO-Verträge wurden verabschiedet, um die seit 1971 nicht mehr geänderte RBÜ fortzuentwickeln. Sie verweisen bezüglich der allgemeinen Regeln auf den Text der Berner Übereinkunft und fügen diesem Abkommen zusätzliche Rechte hinzu. Durch die WIPO-Verträge wurden vor allem die heute stark umstrittenen (hier noch sehr allgemein gefassten) Vorschriften für den urheberrechtlichen Schutz technischer Maßnahmen (der „DRM-Schutz“) in „das internationale Urheberrecht“ eingeführt. Wie TRIPS enthalten auch die WIPO-Verträge keine detaillierten Schrankenbestimmungen, sondern lediglich den Drei-Stufen-Test als Generalklausel für Ausnahmen und Beschränkungen von Urheber- und verwandten Schutzrechten<sup>9</sup>. Derzeit plant die WIPO weitere – nicht minder umstrittene – Regelungsinitiativen.

Da auch die Europäische Union die WIPO-Verträge ratifiziert hat, musste sie deren Vorgaben umsetzen. Hierzu diente die „Information-Society- oder kurz InfoSoc-Richtlinie“ 2001/29/EG aus dem Jahr 2001. Die deutsche Umsetzung (sowohl der WIPO-Verträge als auch der Richtlinie) erfolgte später durch den „1. Korb“, das so genannte „Gesetz zur

---

<sup>6</sup> Vgl. eingehend zur Historie der internationalen Urheberrechtsentwicklung in der Informationsgesellschaft Kreuzer, Die Entwicklung des Urheberrechts in Bezug auf Multimedia der Jahre 1994-1998, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 3, Hamburg 1999, <http://www.hans-bredow-institut.de/publikationen/apapiere/3UHR.pdf>.

<sup>7</sup> Interessant ist, dass die Regelung über den Drei-Stufen-Test im urheberrechtlichen Teil des TRIPS (Art. 13) sich in einem elementaren Punkt von derjenigen im patentrechtlichen Teil (Art. 30) unterscheidet. Während der urheberrechtliche Drei-Stufen-Test allein auf die „berechtigten Interessen des Rechtsinhabers“ abhebt, heißt es in der patentrechtlichen Bestimmung: „wobei auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen sind.“ Während also das Balance-Element bei der urheberrechtlichen Regelung keine Berücksichtigung findet, wird dies in der patentrechtlichen Regelung ausdrücklich als Bestandteil der im Rahmen des Drei-Stufen-Tests vorzunehmenden Wertung genannt.

<sup>8</sup> WIPO bezeichnet die „World Intellectual Property Organization“, eine mit Immaterialgüterrechten befasste Teilorganisation der UNO. Ursprünglich kam der WIPO die weltweit tragende Rolle bei der Abfassung völkerrechtlicher Verträge über die Immaterialgüterrechte zu. Da aufgrund deren Entscheidungsstruktur jedoch einzelne Staaten ganze Regelungsvorhaben blockieren können, haben v. a. die USA dafür gesorgt, dass deren Einfluss auf die Entwicklung der geistigen Eigentumsrechte sank. Dies führte etwa zur Verabschiedung des TRIPS im Rahmen der WTO.

<sup>9</sup> Auch in diesen Regelungen, vgl. Art. 10 WCT und Art. 16 WPPT, fehlt ein Hinweis auf die berechtigten Interessen Dritter (siehe hierzu oben, Fn. 7).

Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“. Weitere aktuelle Regelungsaspekte werden derzeit in einem „2. Korb“ behandelt.

Im Patentrecht hat insbesondere der Vorstoß der EU zum Erlass einer „Richtlinie für computerimplementierte Erfindungen“ (mit anderen Worten: Computerprogramme) für erhebliches Aufsehen gesorgt. Entgegen der bisher geltenden Regelung in Art. 52 Abs. 2 lit. c) des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ), nach der Computerprogramme keine Erfindungen und damit nicht patentfähig sein sollen, sollten flexiblere, europaweit einheitliche Regelungen über die Patentierbarkeit von Computerprogrammen eingeführt werden. Über dieses Vorhaben entbrannte in der Folge eine so heftige Auseinandersetzung zwischen den verschiedenen Entscheidungsinstanzen der EU, Mitgliedsstaaten, Bürgerrechtsorganisationen und einer Vielzahl wirtschaftlicher Interessengruppierungen, dass es (zumindest vorerst) auf Eis gelegt werden musste (Näheres hierzu s. u.). Im Kern geht es um die Frage, ob Computerprogramme neben dem Urheberrechtsschutz auch patentrechtlichen Schutz genießen können sollen. Befürwortet wird dies v. a. von der (europäischen) Software-Großindustrie, da sie sich gegenüber US-amerikanischen Unternehmen im internationalen Wettbewerb im Nachteil sieht (in den USA werden Softwarepatente großzügig erteilt). Gegen Softwarepatente sprechen sich v. a. kleine und mittelständische Unternehmen (KMU), Bürgerrechtler und die Befürworter von Freier- und Open-Source-Software aus. Von deren Seite wird u. a. befürchtet, dass Softwarepatente erhebliche Rechtsunsicherheit bei Neuentwicklungen von Computerprogrammen sowie massive Störungen des Marktes zur Folge hätten.

Die zuvor kurz, im Folgenden eingehend beschriebene Entwicklung der Immaterialgüterrechte ist im Kontext der Informations- und Wissensgesellschaften von erheblichen Interessenkonflikten geprägt. Auf der einen Seite ist es wünschenswert, immaterielle Güter gegen die unbefugte Verwendung zu schützen und diesem Schutz effektive Durchsetzungsmöglichkeiten an die Seite zu stellen. Auf der anderen Seite sind immaterielle Güter aber auch der Grundstoff moderner Gesellschaftsformen. Besonders urheberrechtlich geschützte Werke wie Texte, Bilder, Filme, Datenbanken oder Musik sind für die kulturelle Partizipation und den Zugang zu Wissen und Information von wesentlicher Bedeutung<sup>10</sup>. Können diese Güter nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten genutzt werden, kommt es zu Engpässen bei der Informationsversorgung (z. B. durch die Bildungsinstitutionen) und der kulturellen Teilhabe. Immaterialgüterrechte müssen daher klar definierte und angemessen austarierte Grenzen haben. Gehen sie zu weit, werden Innovation und kultureller Fortschritt gehemmt. Würden etwa an wissenschaftlichen

---

<sup>10</sup> Das Urheberrecht schützt dabei prinzipiell nicht etwa die Information selbst. Es verschafft jedoch den Rechteinhabern die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob und wie die Werke, in denen die Informationen enthalten sind, genutzt werden dürfen.

Erkenntnissen umfangreiche Monopolbefugnisse gewährt, die deren Nutzung oder sogar deren Zugang massiv einschränken, könnte auf deren Grundlage nicht weiter geforscht werden. Werden Patente für Erfindungen gewährt und ist deren Reichweite zu unbestimmt (wie es häufig bei Softwarepatenten der Fall ist), werden u. U. ganze Entwicklungszweige einem Monopol unterworfen. Innovation durch viele würde so verhindert. Alles hinge dann von einem Monopolisten ab.

Häufig werden supranationale Regelungsvorhaben mit dem Bedürfnis nach Harmonisierung begründet. Einheitliche Regeln seien wichtig, um Rechtssicherheit zu erlangen, die v. a. bei globalen Märkten von besonderer Bedeutung sei. So einleuchtend und zutreffend dieses Argument an sich auch ist, scheint manch eine Harmonisierungsmaßnahme vorrangig anderen Zwecken zu dienen: der Anhebung des Schutzniveaus. Es ist zu beobachten, dass sich etwa die durch europäische Richtlinien vorgenommenen Vereinheitlichungen von Immaterialgüterrechten regelmäßig an dem höchsten Schutzniveau orientieren. Dies hat sich z. B. deutlich an der sog. Schutzdauerrichtlinie gezeigt. Obwohl vor deren Verabschiedung nur in einem Mitgliedsstaat (Deutschland) eine urheberrechtliche Schutzdauer von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers gewährt wurde<sup>11</sup>, wurde dieser Sonderfall zu europäischem Recht erhoben. Derartige Entscheidungen sind leicht zu begründen: Einmal bestehende Schutzrechte zu beschränken (oder gar zu entziehen) ist in verschiedener Hinsicht rechtlich nur schwer möglich<sup>12</sup>. Eine Harmonisierung, die einzelnen Mitgliedsstaaten derartige Einschränkungen auferlegen würde, wäre daher äußerst problematisch und daher schwer durchzusetzen. Allerdings sollte das an sich positive Ziel der Harmonisierung nicht den Blick auf die dahinter liegende Problematik verstellen. Nicht immer ist eine Ausweitung von Immaterialgüterrechten europa- oder gar weltweit wünschenswert. Dies wird in der nachfolgenden Darstellung der internationalen Entwicklung noch verdeutlicht werden.

Die Entwicklung der Immaterialgüterrechte – das sollte deutlich geworden sein – ist von elementarer Bedeutung für Gegenwart und Zukunft. Ihre Anpassung muss daher mit Augenmaß vorgenommen werden. Einmal etablierte Rechte werden erfahrungsgemäß nicht mehr entzogen, selbst wenn sie von vornherein unter Beobachtungsvorbehalt gestellt wurden und sie sich später als schädlich herausgestellt haben sollten. Diese Entwicklung kann mit der so häufig bemühten „Anreiz-Theorie“ nicht gerechtfertigt werden. Zur

---

<sup>11</sup> Die maximale, von den anderen EU-Staaten gewährte Schutzdauer für das Urheberrecht betrug seinerzeit 50 Jahre. Dies entspricht der Mindestschutzdauer der RBÜ.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu etwa Dreier in Dreier/Schulze, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage 2006, Einleitung, Rn. 40. Dieser Aspekt wird auch in der Begründung der Schutzdauerrichtlinie 93/98/EWG genannt, vgl. Erwägungsgrund 9: „Die Wahrung erworbener Rechte gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die von der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt werden. Eine Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte darf daher nicht zur Folge haben, daß der Schutz, den die Rechtsinhaber gegenwärtig in der Gemeinschaft genießen, beeinträchtigt wird. Damit sich die Auswirkungen der Übergangsmaßnahmen auf ein Mindestmaß beschränken lassen und der Binnenmarkt in der Praxis funktionieren kann, ist die Harmonisierung auf eine lange Schutzdauer auszurichten.“

Begründung uferloser Schutzrechte kann diese ohnehin nicht dienen. Vor allem aus ökonomischer Sicht ist die These, dass möglichst umfangreiche Rechte für eine prosperierende Technologie- und Kulturproduktion („mehr Rechte, mehr Fortschritt“) ausnahmslos positiv und in jedem Fall wünschenswert sind, längst widerlegt. Dies zeigt sich nicht zuletzt an dem Erfolg von Open-Source-Software und Open Content. Ob Schutzrechte Investitionen, Innovationen und kreatives Schaffen fördern, ist sehr differenziert zu hinterfragen. Gleiches gilt für die Frage, welchen Umfang und welche Grenzen Immaterialgüterrechte aufweisen müssen, um ihrerseits nicht hemmende Wirkung auf die genannten Faktoren auszulösen. Dies zu beurteilen ist äußerst diffizil. Nicht nur gravierende Unterschiede zwischen den einzelnen Schutzrechten (etwa Patent- und Urheberrechten) werden sich hierbei zeigen. Auch die Struktur der Märkte und Branchen, der Marktteilnehmer und relevanten Akteure, die jeweiligen Verwertungsmethoden, die Besonderheiten bestimmter Produkte und weitere Aspekte werden von einiger Relevanz sein<sup>13</sup>.

Im Folgenden werden einige der aktuellen internationalen, europäischen und deutschen Gesetzesnovellierungen geistiger Eigentumsrechte dargestellt. Die Darstellung beginnt mit Ausführungen über den geplanten WIPO Broadcasting Treaty und Bestrebungen der WIPO auf dem Gebiet des Patentrechts. Im Anschluss wird auf – mehr oder weniger konkret – geplante europäische Regelungsvorhaben wie die Durchsetzungs-Richtlinie zur strafrechtlichen Bekämpfung von „Produktpiraterie“ (IPRED2) und die Softwarepatent-Richtlinie eingegangen. Schließlich werden die deutschen Reformgesetze beschrieben, also allem voran der 1. und 2. Korb sowie das Gesetz zur Verbesserung der (zivilrechtlichen) Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums.

### **III. Internationale Regelungsinitiativen**

#### **1. *Der WIPO Broadcasting Treaty***<sup>14</sup>

Schon seit 1997 wird in der WIPO konkret über die Verabschiedung eines WIPO Broadcasting Treaty (WBT) diskutiert. Ein solcher völkerrechtlicher Vertrag soll einen internationalen Schutz von Sendeunternehmen gegen sog. „Signalpiraterie“ etablieren. Ziel ist es, den Sendeunternehmen ein ausschließliches Immaterialgüterrecht an ihren Sendungen zu gewähren, das unabhängig bzw. zusätzlich zu den Urheber- und verwandten

---

<sup>13</sup> Unten, Punkt 2.3.1 wird etwa auf die Frage eingegangen, ob und auf wen Softwarepatente Anreize zu Investitionen entfalten. Studien haben in diesem Zusammenhang ergeben, dass diesbezüglich deutlich zwischen kleinen Unternehmen, freien Entwicklern und Großindustrie zu unterscheiden ist.

<sup>14</sup> Die vollständige Bezeichnung lautet: „WIPO Treaty On The Protection Of Broadcasting Organizations“.

Schutzrechten an den in der Sendung enthaltenen Inhalten gewährt wird. Zur Begründung wird in der Regel vorgebracht, dass „Signalpiraterie“ einen großen Schaden anrichte und dass die Sendeunternehmen mit derartigen Rechten ermutigt würden, in neue Verbreitungswege zu investieren<sup>15</sup>.

Nach erheblichen Konflikten im Rahmen der Beratungen über die Ausgestaltung bzw. Verabschiedung des WBT sind die Verhandlungen ins Stocken geraten. Noch immer ist unklar, ob das Abkommen angesichts des teils erheblichen Widerstandes v. a. von Seiten der Entwicklungsländer und Bürgerrechtsorganisationen, zuletzt sogar großer IT-Konzerne wie Intel, überhaupt zustande kommt. Eigentlich war geplant, den Vertrag bei einer diplomatischen Konferenz im Juli 2007 unter Dach und Fach zu bringen. Die Generalversammlung entschied jedoch, dass auch im Jahr 2007 noch mindestens zwei Sitzungen des verantwortlichen ständigen Ausschusses für Urheber- und verwandte Schutzrechte der WIPO (SCCR) abgehalten werden sollen, um die mannigfaltigen kontroversen Aspekte zu klären. Nach der bisherigen Planung sollte die erste dieser Sitzungen im Juni 2007 stattfinden. Könnte hier überwiegende Einigkeit erzielt werden, könnte der Entwurf des WBT auf der Diplomatischen Konferenz vom 19.11. - 7.12.2007 in Genf endgültig fertig gestellt und beschlossen werden<sup>16</sup>.

Ob es hierzu jedoch kommt, ist bis heute ungewiss. Bei einer Sitzung des SCCR im Januar 2007, bei der die Verhandlungen über den WBT weitergeführt wurden, konnte noch keine Einigung über die Frage, ob oder wann eine Beschlusssitzung durchgeführt werden kann, herbeigeführt werden<sup>17</sup>. Nach Einschätzung des Vorsitzenden des Ausschusses, Jukka Liedes, ist auch ein vollständiges Scheitern der Verhandlungen nach wie vor möglich. Auch bei einer weiteren Sitzung des SCCR im Juni 2007 konnte keine Einigkeit erzielt werden, die Verhandlungen wurden ergebnislos abgebrochen<sup>18</sup>. Die diplomatische Konferenz zur Verabschiedung des WBT wurde nach Presseberichten „auf unbestimmte Zeit verschoben“<sup>19</sup>.

## **Inhalt des WBT**

---

<sup>15</sup> Ob derartige Rechte wirklich notwendiger Anreiz für die Entwicklung und Verwendung neuer Rundfunktechnologien sind, ist äußerst zweifelhaft. So sind die USA dem 1961 geschlossenen Rom-Abkommen (siehe hierzu sogleich) nicht beigetreten, was offensichtlich nicht dazu geführt hat, dass dort in moderne Übertragungswege nicht investiert wurde.

<sup>16</sup> Siehe zu den einzelnen Vorgängen eingehend die Dokumentation der zivilgesellschaftlichen Organisation IP Justice: <http://ipjustice.org/wp/campaigns/wipo/wipo-broadcasting-treaty/>. Vgl. eingehend auch Hillig, GRUR 2007, S. 122 (123 ff.).

<sup>17</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/83932>.

<sup>18</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/91567>.

<sup>19</sup> Vgl. [http://www.irights.info/index.php?id=81&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=307&cHash=bc0f507384](http://www.irights.info/index.php?id=81&tx_ttnews[tt_news]=307&cHash=bc0f507384).

Die Entwürfe für einen WBT wurden im Laufe der Zeit mehrfach geändert. Zunächst war ein „Universalvertrag“ geplant, in dem sowohl Rechte an herkömmlichen Rundfunksendungen als auch an Internet-Sendungen (Webcasts) geregelt werden sollten<sup>20</sup>. Dieses Unterfangen scheiterte zunächst am massiven Widerstand v. a. von Seiten der Entwicklungsländer. Daher entschied man sich, die weiteren Beratungen über den Schutz von Internet-Sendungen gesondert zu führen<sup>21</sup>.

Die aktuelle Entwurfsfassung vom 31. Juli 2006 bezieht sich daher nur noch auf herkömmliche Rundfunksendungen, ein überarbeiteter – eigenständiger – Entwurf für die Regelungen zum Webcasting liegt bis heute nicht vor. Im traditionellen Rundfunkbereich sollen die Sendeunternehmen nach dem letzten Entwurf für den WBT einen weit reichenden Schutz an ihren Sendungen erhalten. Die vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte an Rundfunksendungen gehen dabei sehr weit. Sie umfassen etwa Rechte zur Speicherung, zur Wiederausstrahlung, zur öffentlichen (Online-)Zugänglichmachung, zur öffentlichen Aufführung oder zur Verbreitung von Aufnahmen der Sendung auf Bildträgern. Auch ein Umgehungsverbot für technische Schutzmaßnahmen, die von den Rechtsinhabern zum Schutz ihrer Sendungen gegen nicht autorisierte Nutzungen implementiert werden (z. B. Verschlüsselungstechnologien), ist vorgesehen. Die Schutzdauer des urheberrechtsähnlichen Immaterialgüterrechts soll – im Entwurf sind noch zwei Varianten vorgesehen – mindestens zwanzig bzw. fünfzig Jahre nach Erstausstrahlung betragen. Beschränkungen der Rechte dürfen von den Mitgliedsstaaten zwar eingeführt werden, konkrete Schrankenbestimmungen enthält der Vertragsentwurf jedoch – einmal mehr – nicht. Hierin (siehe Art. 17) heißt es nur, dass solche Ausnahmen von den Schutzrechten zulässig seien, die von den nationalstaatlichen Rechtsordnungen im Urheberrecht gewährt würden und die dem Drei-Stufen-Test (s. o.) standhalten.

### **Mögliche Auswirkungen des WBT**

Um die Auseinandersetzungen um den WIPO Broadcasting Treaty zu verstehen, bedarf es zunächst der Erkenntnis, dass die hierin geregelten Rechte an Rundfunksendungen Gegenstand eines eigenständigen verwandten Schutzrechts sein sollen, das von den (v. a. Urheber-)Rechten an den im Rahmen einer solchen Sendung ausgestrahlten Inhalte unabhängig ist. Dieser Umstand ist besonders für die (gewerblichen) Nutzer von Rundfunksendungen bedeutend. Denn die Kumulation verschiedener Schutzrechte an einem

---

<sup>20</sup> Für den Schutz von Webcasts bzw. „Netcasts“ hatten sich v. a. die USA ausgesprochen, vgl. Hillig (s. o., Fn. 16), S. 123 a. E.

<sup>21</sup> Siehe hierzu die Einleitung des überarbeiteten Entwurfs vom 31.6.2006, S. 2 f. ([http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr\\_15/sccr\\_15\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sccr/en/sccr_15/sccr_15_2.pdf)).

„Gesamtprodukt“, wie einer Sendung, führt dazu, dass sich ein Lizenznehmer u. U. mit einer Vielzahl von Rechtsinhabern auseinandersetzen und von diesen Nutzungsrechte zur Ausstrahlung, Weitersendung, Vervielfältigung usw. der einzelnen Schutzgegenstände erwerben muss. Der im Rahmen eines solchen Lizenzmanagements entstehende zeitliche und finanzielle Aufwand kann sich prohibitiv auswirken, v. a. für kleinere oder finanziell schlecht ausgestattete Unternehmen (z. B. solche aus Entwicklungsländern)<sup>22</sup>.

Würde der WBT in der letzten Entwurfsfassung von der WIPO verabschiedet, hätte dies international im Zweifel<sup>23</sup> eine Erweiterung des Schutzniveaus für Sendungen zur Folge. Zwar existieren schon heute internationale Bestimmungen, nach denen Rechte für Rundfunksendungen gewährt werden. Diese finden sich v. a. im TRIPS<sup>24</sup> sowie in der „International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations“ (sog. Rom-Abkommen) aus dem Jahr 1961<sup>25</sup>. Auf europäischer Ebene wurde ein Schutz für Sendungen erstmals 1960 durch das „Europäische Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen“ eingeführt. Ein weiteres, internationales Abkommen existiert seit 1974 in Form des sog. Brüsseler Satellitenabkommens<sup>26</sup>. Seit Verabschiedung der sog. „Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie“ ist der Schutz von Rundfunksendungen innerhalb der EU harmonisiert. Er erstreckt sich auch auf Radiosendungen<sup>27</sup>. Durch die „Schutzdauer-Richtlinie“ (93/98/EWG) wurde die Schutzfrist der Rechte europaweit einheitlich auf fünfzig Jahre nach der Erstaussstrahlung festgelegt und gegenüber der in der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie vorgesehenen Mindestschutzdauer (20 Jahre entsprechend dem Rom-Abkommen) mehr als verdoppelt.

Die genannten internationalen Regelwerke wie TRIPS oder das Rom-Abkommen sehen dagegen derzeit „nur“ eine (Mindest-)Schutzdauer von 20 Jahren nach der Erstaussstrahlung vor. Auch enthalten diese keine Regelungen über den Schutz technischer Maßnahmen oder über Webcasts. Hinzu kommen Einschränkungen der Reichweite, insbesondere, da sich die bestehenden Abkommen stets nur auf bestimmte Übertragungsformen beziehen.

---

<sup>22</sup> Würden etwa sämtliche US-amerikanischen Sendungen (womöglich erstreckt auf Webcasts) zusätzlich zum Copyright auch noch durch ein Broadcasting Right geschützt, entstünde damit eine weitere Lizenzierungsproblematik für Entwicklungsländer. Denn das Sendeunternehmen wäre ein weiterer Rechtsinhaber (neben den Filmherstellern, ausübenden Künstlern, Urheberrechtsinhabern etc.), der bei der Verwendung von Sendungen um Lizenzen ersucht werden müsste.

<sup>23</sup> Ob und inwieweit dies konkret der Fall wäre, ist derzeit schwer absehbar. So enthält der Entwurf eine Vielzahl Alternativregelungen, die meist auf die Vorschläge von einzelnen Staaten – u. a. auch von Entwicklungsländern – zurückgehen.

<sup>24</sup> Siehe Art. 14 Abs. 3 TRIPS.

<sup>25</sup> Text siehe unter [http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/pdf/trtdocs\\_wo024.pdf](http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/pdf/trtdocs_wo024.pdf).

<sup>26</sup> Dem „Übereinkommen über die Verbreitung der durch Satelliten übertragenen programmtragenden Signale“ vom 21.5.1974 sind 29 Vertragsstaaten beigetreten. Darunter sind auch die USA.

<sup>27</sup> Vgl. die Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums.

Nach Art. 3f) des Rom-Abkommens etwa werden nur „Funksendungen“ geschützt, also Übertragungen, die auf radioelektrischen Wellen basieren. Hiervon erfasst sind nur terrestrische und Satelliten-Ausstrahlungen. Auch das TRIPS ist auf „Funksendungen“ beschränkt. Im Übrigen lässt TRIPS (Art. 14 Abs. 3) den Mitgliedsstaaten eine Alternative zur Einführung eines (verwandten) Schutzrechts für Sendeunternehmen. Sie können stattdessen auch urheberrechtlichen Schutz gegen die nicht genehmigte Sendung der Inhalte einer Sendung (also die hierin verwendeten geschützten Werke) nach Maßgabe der RBÜ gewähren. Von dieser Möglichkeit, kein verwandtes Schutzrecht an Sendungen einzuführen, haben z. B. die USA Gebrauch gemacht. Das Brüsseler Satellitenabkommen wiederum sieht nur einen Schutz vor Weitersendungen vor. Es schreibt dabei nicht die Einführung ausschließlicher Immaterialgüterrechte vor, sondern nur allgemein den Schutz vor Sendeunternehmen dagegen, dass ihre über Satelliten ausgestrahlten Sendungen von terrestrischen Sendeunternehmen unbefugt weitergesendet werden. Dieser Schutz kann auch durch straf- oder verwaltungsrechtliche Regelungen gewährt werden. Das Brüsseler Satellitenabkommen findet auch auf die Weitersendung durch Draht- oder Kabelsysteme Anwendung. Kein Schutz ergibt sich hieraus jedoch für Direkt-Satellitenausstrahlungen (also solche, die sich direkt an den Zuschauer richten). Es gilt nur für Sendungen über sog. Punkt-zu-Punkt- oder Verteiler-Satelliten. Alles in allem ergibt sich aus den verschiedenen Abkommen – selbst in Staaten, die sämtlichen Verträgen beigetreten sind – kein umfassender Schutz. Gerade die Schließung der verbleibenden Schutzlücken wird mit der Abfassung eines umfassenden WIPO Broadcasting Treaty angestrebt.

Die Kritiker des neuen WIPO-Vertrages sprechen sich indes gegen die Ausweitung eines Schutzes von Rundfunksendungen aus. Hiergegen wird u. a. eingewendet, dass solche Schutzrechte als Anreize für technische Innovationen nicht erforderlich seien, dass diese zu einer Proprietisierung gemeinfreier Werke und Inhalte führen würden und dass der WBT die ohnehin höchst problematischen Umgehungsverbote für technische Schutzmaßnahmen auf neue Schutzrechte ausdehnen würde, die noch zusätzlich zum Urheberrechtsschutz gewährt werden<sup>28</sup>.

Aus Sicht des bestehenden europäischen Rechtsrahmens (der sog. „acquis communautaire“) und des deutschen Urheberrechts hätte die Verabschiedung des WIPO Broadcasting Treaty dagegen – jedenfalls dem Grundsatz nach – wenig Auswirkung. Wie bereits ausgeführt wurde, sind in der EU spätestens seit der Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie Schutzrechte für Sendungen vorgeschrieben. Da die Richtlinie –

---

<sup>28</sup> Vgl. die plakative Liste von IP Justice: „Top 10 Reasons to reject the WIPO Basic proposal for a broadcasting treaty“ unter [http://www.ipjustice.org/WIPO/15SCCR\\_2006\\_Top\\_10\\_reasons\\_WIPO.pdf](http://www.ipjustice.org/WIPO/15SCCR_2006_Top_10_reasons_WIPO.pdf). Zwar wissen nicht alle der hierin enthaltenen Gegenargumente zu überzeugen. Die grundsätzlichen Bedenken und Kritikpunkte sind jedoch – v. a. aus Sicht derjenigen Staaten, die bislang derartige Rechte nicht vorsehen – durchaus berechtigt.

ebenso wie das deutsche Urheberrechtsgesetz – nicht auf bestimmte technische Übertragungsformen beschränkt ist, ist wohl davon auszugehen, dass auch Internet-Sendungen hierunter fallen werden. Nach deutschem Recht wird dies im Zweifel ebenfalls gelten<sup>29</sup>. Auch die Schutzdauer entspricht dem für den WBT (maximal) vorgeschlagenen Standard von fünfzig Jahren. Im Übrigen existiert für die nach europäischem Recht geschützten Sendungen auch bereits ein EU-weiter Schutz technischer Maßnahmen. Denn die Bestimmungen in Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie sowie etwa im deutschen Recht (§§ 95a ff. UrhG)<sup>30</sup> beziehen sich auch auf „sonstige Schutzgegenstände“ und damit auch auf Rundfunksendungen.

Die genauen Auswirkungen, also die Frage, ob auch in Europa bzw. Deutschland eine Umsetzungspflicht entstehen würde, sollte der WBT jemals in Kraft treten und verbindlich werden, hängen letztlich jedoch von der endgültigen Ausgestaltung ab. Diese ist derzeit ebenso schwer zu prognostizieren wie die Frage, ob sich die beteiligten Staaten überhaupt auf das Abkommen einigen werden<sup>31</sup>.

Eines wird an der kontroversen Debatte über den WIPO Broadcasting Treaty jedenfalls deutlich: Das Niveau des Immaterialgüterrechtsschutzes in Europa geht in mancher Hinsicht weit über die internationalen Standards hinaus. Auch in einer Vielzahl außereuropäischer Staaten werden schon verwandte Schutzrechte an Rundfunksendungen gewährt. Es läge also nahe, vor Abschluss des WBT Nutzen und Risiken dieses internationalen Vertrages anhand der Erkenntnisse zu evaluieren, die sich aus einem internationalen Vergleich von Staaten, in denen solche Rechte gewährt bzw. nicht gewährt werden, ziehen lassen<sup>32</sup>. V. a. könnte man im Rahmen solcher Untersuchungen empirische Daten über den Nutzen von Schutzrechten an Sendungen für die Innovationsaktivität im Rundfunkbereich erlangen. Eine solche Vorgehensweise wäre unumgänglich, wollte man die Rechtfertigungsgrundlage für den WIPO Broadcasting Treaty – eben die Schaffung von Innovations- und Investitionsanreizen – ernsthaft überprüfen. Dass in diese Richtung geforscht wird, ist jedoch nicht ersichtlich.

---

<sup>29</sup> Vgl. statt vieler: Dreier in Dreier/Schulze, § 87, Rn. 10. Im Detail sind hier jedoch noch viele Fragen ungeklärt. Die Frage, ob an einem Webcast das Recht an einer Sendung entstehen kann, hängt maßgeblich davon ab, ob man einen solchen als „Sendung“ oder als „Öffentliche Zugänglichmachung“ im urheberrechtlichen Sinn versteht. Das Gesetz äußert sich hierzu nicht, Rechtsliteratur und Gerichte sind sich nicht einig. Die Beurteilung der Frage hängt u. a. von der technischen Ausgestaltung des jeweiligen Angebots ab.

<sup>30</sup> Näheres hierzu siehe unten, Punkt V.1.2.3).

<sup>31</sup> Siehe oben, Fn. 23.

<sup>32</sup> Mögliche Erkenntnisse könnte z. B. der schon oben, Fn. 15, angesprochene Vergleich zwischen dem Rechtssystem der europäischen Staaten und den USA liefern. Vgl. hierzu auch die Ausführungen des US-amerikanischen Rechtsprofessors James Boyle: More rights are wrong for webcasters, Financial Times vom 26.9.2005, <http://www.ft.com/cms/s/441306be-2eb6-11da-9aed-0000e2511c8.html>.

## **2. Der Substantive Patent Law Treaty (SPLT) der WIPO**

Eine weitere Harmonisierungsinitiative der WIPO betrifft das Patentrecht. Nach der Verabschiedung des Patent Law Treaty (PLT) im Jahr 2000, der nur formale Aspekte der Patenterteilung betrifft, begann der ständige Ausschuss für Patentrecht bei der WIPO (SCP) mit Arbeiten für einen weiteren Patentrechtsvertrag. Der SPLT sollte der materiellrechtlichen Vereinheitlichung des Patentrechts auf internationaler Ebene dienen. Zentrale Aspekte wie der Erfindungs-, der Neuheits- oder der Technik-Begriff sollten hierin einheitlich definiert werden.

Die Verhandlungen über den SPLT sind mittlerweile auf Eis gelegt worden. In einer Vielzahl diplomatischer Sitzungen konnte man sich nicht auf einen Entwurf einigen. Bei der letzten Generalversammlung im Oktober 2006 wurde das Vorhaben zumindest vorerst offiziell begraben<sup>33</sup>. Es hatte sich herausgestellt, dass sich Industrie- und Entwicklungsländer nicht einmal darauf einigen konnten, worauf die Harmonisierung abzielen sollte.

Wie bei internationalen Harmonisierungsbestrebungen üblich, liegt hierin der zentrale Aspekt der Auseinandersetzungen. Diejenigen Länder (v. a. die Industrienationen), die bereits Schutzrechte gewähren, drängen darauf, diese zum internationalen Standard zu erheben. Aufgrund der Machtverteilung finden derartige Bestrebungen in der Regel wichtige Unterstützer. Die Staaten, die von der insofern vorgeschlagenen Harmonisierung auf hohem Schutzniveau betroffen wären (v. a. die Entwicklungsländer), versuchen gegen eine derart unreflektierte, weltweite Festschreibung westlicher Standards zu opponieren. Denn es liegt keineswegs in der Natur der Sache, dass selbst wenn z. B. Patente in den USA erwiesenermaßen zu einem Wirtschaftswachstum geführt hätten, die gleiche Folge auch in Brasilien oder Ecuador eintreten würde.

Auch in den Verhandlungen über den SPLT haben die Entwicklungsländer solche Argumente vorgebracht. Sie weigerten sich, die Entwürfe und Vorschläge u. a. der USA ohne weiteres zu akzeptieren, ohne dass zuvor die wirtschaftlichen Auswirkungen von Patenten auf ihre Volkswirtschaften ausreichend erforscht wurden.

Regierungsvertreter der Industriestaaten kündigten daraufhin an, die internationale Harmonisierung außerhalb der Zuständigkeit der WIPO vorantreiben zu wollen<sup>34</sup>. Schon im November 2006 legten britische Patent-Experten einen Regelungsvorschlag vor<sup>35</sup>. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Initiative entwickelt, insoweit liegen noch keine weitergehenden Erkenntnisse vor.

---

<sup>33</sup> Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/78990>.

<sup>34</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/80751>.

## IV. Europäische Regelungsinitiativen

### 1. Strafrechtliche „Intellectual Property Rights Enforcement Directive“ (IPRED2)

Nach der Verabschiedung der sog. Durchsetzungs-Richtlinie (IPRED1)<sup>36</sup>, die der europäischen Harmonisierung von zivilrechtlichen Mitteln zur Verfolgung von Immaterialgüterrechtsverletzungen (v. a. Produktpiraterie) dient, hat die EU-Kommission im Juli 2005 einen Maßnahmenkatalog zur Vereinheitlichung strafrechtlicher Maßnahmen gegen solche Verstöße vorgelegt<sup>37</sup>. Dieser umfasste einen Rahmenbeschluss sowie den Entwurf für eine Richtlinie<sup>38</sup>. In dem Rahmenbeschluss fanden sich Bestimmungen zum Strafraumen für gewerbliche (u. a.) Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen. Die dazugehörige Richtlinie enthielt Vorgaben für Straftatbestände und andere materiellrechtliche Strafvorschriften auf diesem Gebiet.

Das Vorhaben scheiterte zunächst aufgrund eines Kompetenzstreits. Der Europäische Gerichtshof hatte im gleichen Jahr ein Grundsatzurteil zu den Regelungskompetenzen der EU auf dem Gebiet des Strafrechts gefällt. Hiernach können strafrechtliche Regelungen nicht durch eine Kombination von Rahmenbeschluss und Richtlinie, sondern – wenn überhaupt – nur durch Richtlinien ergriffen werden. Damit war dem ersten Entwurf der EU-Kommission für IPRED2 die formale Grundlage entzogen. In der Folge wurde sodann angekündigt, dass man das Regulierungsvorhaben noch einmal gründlich überarbeiten und in Form einer Richtlinie verabschieden wolle.

Allerdings wurden bei einer Experten-Anhörung im Februar 2006 erhebliche Bedenken gegen das Vorhaben an sich geäußert<sup>39</sup>. Einige Experten bezweifelten, ob man die Richtlinie angesichts der Tatsache, dass mit TRIPS bereits ein internationales Instrument zur Regelung strafrechtlicher Sanktionen gegen Produktpiraterie besteht, überhaupt benötige.

---

<sup>35</sup> <http://www.ip-watch.org/files/Group%20B+%20Chair's%20Draft%20Nov.doc>.

<sup>36</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.4.2004, Abl. L 157. Siehe hierzu unten, Punkt V.3.

<sup>37</sup> Vgl. [http://www.irights.info/index.php?id=81&encryptionKey=b73dfe25b4b8714c029b37a6ad3006fa051ba34272832ba4adf5a7272c5269083282f7c71722d3baa7d2a2cb0952ed1&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=70&cHash=275fc5499d](http://www.irights.info/index.php?id=81&encryptionKey=b73dfe25b4b8714c029b37a6ad3006fa051ba34272832ba4adf5a7272c5269083282f7c71722d3baa7d2a2cb0952ed1&tx_ttnews[tt_news]=70&cHash=275fc5499d).

<sup>38</sup> Vgl. den Entwurf unter <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/05/st11/st11245.en05.pdf>.

<sup>39</sup> Siehe eine Zusammenfassung unter [http://www.irights.info/index.php?id=81&encryptionKey=b73dfe25b4b8714c029b37a6ad3006fa051ba34272832ba4adf5a7272c5269083282f7c71722d3baa7d2a2cb0952ed1&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=134&cHash=8bbd8459b6](http://www.irights.info/index.php?id=81&encryptionKey=b73dfe25b4b8714c029b37a6ad3006fa051ba34272832ba4adf5a7272c5269083282f7c71722d3baa7d2a2cb0952ed1&tx_ttnews[tt_news]=134&cHash=8bbd8459b6) sowie unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/69121>.

Jedenfalls sei die Regelungskompetenz der EU auf dem Gebiet des Strafrechts überaus begrenzt. Strafrechtliche Bestimmungen können von der EU hiernach nur erlassen werden, wenn diese erforderlich sind, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten. Gerade dies hatten unabhängige Experten im Rahmen der Anhörung jedoch bezweifelt. Laut Prof. Reto Hilty, Direktor des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum in München, sind Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedsstaaten aufgrund fehlender Harmonisierung von Strafvorschriften für Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht zu erkennen.

Im April 2006 legte die EU-Kommission dennoch einen – im Wortlaut kaum geänderten – Entwurf für eine IPRED2-Richtlinie vor<sup>40</sup>. Hierdurch wird allen Mitgliedsstaaten auferlegt, vorsätzliche und zu gewerblichen Zwecken dienende Immaterialgüterrechtsverletzungen unter Strafe zu stellen. Auch der Versuch solcher Taten sowie Anstiftung und Beihilfe hierzu sollen in ganz Europa strafbar werden. Die vormals im Rahmenbeschluss vorgesehenen Bestimmungen zum Strafrahmen wurden – nahezu wortgleich – nunmehr in die Richtlinie eingefügt (Art. 5). Hiernach sind drastische Geld- (in schweren Fällen bis zu 300.000 Euro) und Haftstrafen (bis zu vier Jahren) vorgesehen.

Lange Zeit war die Zukunft von IPRED2 ungewiss. Die Mitgliedsstaaten waren sich uneinig, ob man angesichts der Unsicherheiten über die Regelungskompetenz momentan überhaupt an der Richtlinie weiterarbeiten solle. Dies wurde von einigen Ländern befürwortet (Spanien, Frankreich, Portugal), andere sprachen sich hingegen dafür aus, zunächst eine prinzipielle Klärung der Kompetenzfrage abzuwarten (Schweden, Österreich). Auch sollten nach den Kritikern zunächst die Auswirkungen der zivilrechtlichen Durchsetzungs-Richtlinie evaluiert werden (siehe hierzu unten, Punkt V.3). Dies ist zum jetzigen Zeitpunkt allerdings noch nicht möglich, da die IPRED1-Richtlinie bislang noch in kaum einem der Mitgliedsstaaten umgesetzt wurde. Schließlich hat sich der EU-Rat jedoch entgegen der Bedenken dazu entschieden, die Beratungen über IPRED2 weiter voranzutreiben<sup>41</sup>. Auch die deutsche Bundesregierung hatte mehrfach angekündigt, die EU-Ratspräsidentschaft nutzen zu wollen, um die strafrechtlichen Sanktionen gegen Produktpiraterie europaweit zu vereinheitlichen und zu stärken<sup>42</sup>. Am 25 April 2007 hat das Europäische Parlament in erster Lesung eine geänderte, konsolidierte Fassung der Richtlinie verabschiedet<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> KOM(2006) 168 endg. vom 26.4.2006 ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2006/com2006\\_0168de01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2006/com2006_0168de01.pdf)). Vgl. hierzu die Analyse des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags, [http://www.bundestag.de/bic/analysen/2006/Geaenderter\\_Richtlinienvorschlag\\_-\\_Geistiges\\_Eigentum.pdf](http://www.bundestag.de/bic/analysen/2006/Geaenderter_Richtlinienvorschlag_-_Geistiges_Eigentum.pdf).

<sup>41</sup> Vgl. zu Vorstehendem <http://www.heise.de/newsticker/meldung/79156>.

<sup>42</sup> Vgl. etwa <http://www.heise.de/newsticker/meldung/85070>.

<sup>43</sup> Vgl. [P6\\_TC1-COD\(2005\)0127](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2006/com2006_0168de01.pdf). Zur Historie und zum Stand der Richtlinie vgl. das „Procedure File“ des Europäischen Parlaments (<http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD/2005/0127>).

Für das deutsche Recht wären die Folgen von IPRED2 nicht übermäßig gravierend. Vor allem im Urheber-, Marken- und Patentrecht sind schon heute strafrechtliche Regelungen vorhanden, die teilweise sogar über das von der EU vorgeschlagene Maß hinausgehen. So sind nach z. B. deutschem Urheberrecht nicht nur gewerbliche, sondern auch solche Urheberrechtsverletzungen strafbar, die zu privaten Zwecken vorgenommen werden. Haftstrafen sind für gewerbliche Verletzungshandlungen bis zu einer Dauer von fünf Jahren vorgesehen.

## **2. Die Debatte über die Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen (Softwarepatente)**

Seit vielen Jahren wird auf verschiedenen Ebenen über die Frage diskutiert, ob computerimplementierte Erfindungen, insbesondere Software an sich, patentierbar sein sollten. Die Kernfragen der Debatte sind, ob neben dem Urheberrechtsschutz für Computerprogramme ein zusätzlicher Patentschutz benötigt wird, worauf sich ein etwaiger Patentschutz auf computerimplementierte Erfindungen beziehen soll und ob ein solcher positive oder negative Auswirkungen für Markt und Innovation hätte. Im Folgenden werden die Hintergründe der Debatte zunächst skizziert, um einen Einblick in die komplexe Problematik zu geben. Im Anschluss werden die derzeit auf europäischer Ebene diskutierten Regelungsvorhaben (die sog. Softwarepatent-Richtlinie und das European Patent Litigation Agreement – EPLA) sowie das derzeitige Meinungsbild dargestellt und kommentiert.

### **2.1 Kurzer historischer Überblick der Patentierbarkeit von Computerprogrammen**

Der Streit um die Patentfähigkeit von Computerprogrammen geht schon auf die 1970er Jahre zurück. Die Patentämter in Europa, Deutschland und auch den USA waren mit der Erteilung von Patenten auf Software zunächst sehr zurückhaltend. Diese Haltung manifestierte sich letztlich in Art. 52 Abs. 2 lit. c) und 3 des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) sowie in § 1 Abs. 2 und 3 Nr. 3 des deutschen Patentgesetzes (PatG). Nach diesen Bestimmungen ist die Erteilung von Patenten auf „Programme für Datenverarbeitungsanlagen als solche“ ausgeschlossen.

In der Folge kam es dennoch, zunächst vereinzelt, später vermehrt, zur Erteilung von Patenten auf Computerprogramme. Vor allem die USA zeigen sich in dieser Hinsicht seit den 1980er Jahren großzügig. Mittlerweile soll die Zahl der dort für Software erteilten Patente 100.000 überschritten haben. Auch das Europäische Patentamt (EPA) soll mittlerweile über

30.000 Softwarepatente vergeben haben<sup>44</sup>. Inzwischen scheint das EPA im Vergleich zu früheren Jahren wieder eine restriktivere Linie zu verfolgen. Die nationalen Institutionen, insbesondere die Gerichte wie der deutsche Bundesgerichtshof, die über die Wirksamkeit von deutschen und europäischen Patenten zu entscheiden haben, sind diesbezüglich in der Regel strenger als die Patentämter.

## **2.2 Rechtsschutz für Computerprogramme nach geltendem Recht**

### **2.2.1 Patent- und Urheberrechtsschutz für Computerprogramme**

Um die Debatte über Softwarepatente zu verstehen, ist es erforderlich, den Regelungsrahmen für den Schutz von Computerprogrammen zu kennen. Software genießt nahezu weltweiten Schutz durch das Urheberrecht. Der Urheberrechtsschutz ist von einem etwaigen Patentschutz unabhängig. Es geht also in der Auseinandersetzung um Softwarepatente keineswegs um die Frage, ob Computerprogramme überhaupt geschützt werden sollten. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang zu entscheiden, ob ein zusätzlicher zum Urheberrecht gewährter Patentschutz sinnvoll und erforderlich ist.

Diese Frage zu stellen ist angesichts der Wesensverschiedenheit von Urheber- und Patentrecht durchaus berechtigt. Beide Rechte können prinzipiell an einer einzigen Software bestehen, ohne dass sich hinsichtlich der Schutzwirkungen signifikante Überschneidungen ergeben würden. Denn das Urheberrecht schützt ein Softwareprodukt (nur) in seiner konkreten Gestaltung, in seiner Programmierung. Es entfaltet Schutz also nur gegen die ungefragte Übernahme des konkreten Programmcodes, sei es in Teilen oder insgesamt. Die hinter dem Programm liegenden Ideen und Grundsätze, etwa ein Algorithmus oder mathematische Rechenregeln, werden dagegen durch das Urheberrecht nicht geschützt (siehe § 69a Abs. 2 Satz 2 UrhG). Dementsprechend können trotz urheberrechtlichen Schutzes mehrere Programme mit der gleichen Funktionalität gleichzeitig vermarktet werden. Entscheidend ist nur, dass sie unterschiedlich programmiert wurden.

Genau hierin liegt der Unterschied zum Patentschutz. Ein Softwarepatent schützt nicht die konkrete Formulierung des Programmcodes, sondern ein Verfahren, das bzw. eine Funktion

---

<sup>44</sup> Die meisten dieser Patente sollen japanischen und US-amerikanischen Unternehmen erteilt worden sein, vgl. <http://swpat.ffii.org/patente/zahlen/index.de.html#inwland>. Die Zahlenangaben bzgl. der durch das EPA erteilten Softwarepatente schwanken. Z.T. wird auch eine Zahl von 30.000-50.000 genannt (vgl. die Angaben der Anti-Softwarepatent-Initiative des deutschen Mittelstandes „patentfrei“ unter <http://www.patentfrei.de/index.php?fuseaction=about.main>). Eine genaue Angabe ist schon von daher schwierig, da der Begriff des Softwarepatents nicht eindeutig definierbar ist und Softwarepatente nicht offiziell als solche klassifiziert werden. Fasst man den Terminus sehr weit, zählen zu den patentierten computerimplementierten Erfindungen alle Verfahren, Vorrichtungen oder sonstigen Erzeugnisse, die sich bei ihrer Funktion eines Computerprogramms bedienen. Naturgemäß kann man den Terminus jedoch auch enger definieren, etwa nur wirkliche „Softwarepatente“, also solche hierunter fassen, die sich ausschließlich und unmittelbar auf Computerprogramme beziehen.

die durch die Programmierung implementiert wird. Reichweite und Gegenstand des Schutzrechts ergeben sich insbesondere aus der Formulierung des Patentanspruchs, in dem die Erfindung beschrieben wird (siehe § 14 PatG). Je nach Formulierung des Patentanspruchs kann das Schutzrecht auch die einer Software zugrunde liegenden Ideen oder technischen Grundsätze, z. B. die verwendeten Algorithmen, erfassen. Die Schutzwirkungen eines Patents gehen damit in eine andere Richtung als die des Urheberrechts. Sie sind in der Regel weiter gefasst und wesentlich weniger klar definiert. Ist etwa ein Algorithmus patentiert, müsste jeder Softwareentwickler – lässt man die Ausnahmen vom Patentschutz einmal außer Acht –, der auf Basis dieser Handlungsanweisung ein neues Programm erstellt, eine Lizenz vom Patentinhaber erwerben. Wie der Algorithmus im Rahmen der Programmierung implementiert wurde, ist – anders als nach dem Urheberrecht – unerheblich.

### 2.2.2 Das Patentrechtsregime in Europa

Die wesentlichen Rechtsquellen für die Patenterteilung in Europa sind einerseits die nationalen Patentgesetze und andererseits das EPÜ von 1973. Die nationalen Patentgesetze entsprechen in der Regel den Regelungen des EPÜ. Denn dies musste von den Mitgliedsstaaten in das nationale Recht umgesetzt werden. Hierdurch wurde eine gewisse Harmonisierung des Patentrechts herbeigeführt. Bei der Anwendung des EPÜ-Rechts bestehen jedoch – aufgrund der bestehenden Entscheidungskompetenzen im Rahmen der Rechtsanwendung (s. u.) – erhebliche nationale Unterschiede.

Das EPÜ ist kein Instrument des Gemeinschaftsrechts, wie etwa eine EU-Richtlinie, sondern ein völkerrechtlicher Vertrag. Diesem gehören derzeit 31 Staaten an, die z. T. nicht Mitglied der EU sind<sup>45</sup>. Auf Basis des EPÜ wurde die European Patent Organisation (EPO) als internationale Organisation gegründet. Die EPO wiederum betreibt das Europäische Patentamt (EPA) als Hauptorgan. Auch die EPO und das EPA sind entsprechend keine europäischen Behörden. Sie unterliegen mithin auch nicht dem EU-Gemeinschaftsrecht, den hiernach geltenden Kompetenzverteilungen, Entscheidungs- oder Aufsichtsstrukturen.

Die Unabhängigkeit des EPÜ-Patentregimes von der EU manifestiert sich auch in der Wirkung der durch das EPA vergebenen Patente. Diese – als „Europäische Patente“ bezeichneten – Rechte entsprechen nicht etwa einem „Gemeinschaftspatent“<sup>46</sup> (vergleichbar

---

<sup>45</sup> Zu den Nicht-EU-Ländern gehören u. a. die Türkei oder die Schweiz, vgl. die Liste der Mitgliedsstaaten unter <http://www.european-patent-office.org/epo/members.htm>.

<sup>46</sup> Die EU plant seit vielen Jahren, ein „echtes“ europäisches Patent in Form eines Gemeinschaftspatents einzuführen. Bis heute ist es hierzu jedoch nicht gekommen. Eine Einführung ist wohl auf längere Sicht auch nicht abzusehen. Selbst die Bundesregierung

z. B. mit der Gemeinschaftsmarke), also einem Schutzrecht, das von einer EU-Behörde erteilt wird und unabhängig von nationalen Grenzen im gesamten Raum der EU gelten würde. Europäische Patente werden vielmehr nur für diejenigen Mitgliedsstaaten erteilt, für die Schutz beantragt wurde. Es handelt sich daher nicht um „Patente für Europa“, sondern um ein Bündel nationaler Patente. Allein die Anmeldeprozeduren werden bei einer europäischen Patentanmeldung zentralisiert. Rechtlich wirkt ein Europäisches Patent lediglich wie eine Mehrzahl von Einzelpatentanmeldungen bei den nationalen Patentämtern.

Dieser Umstand hat wiederum Auswirkung auf die Gerichtsbarkeit. Über Europäische Patente urteilen die national zuständigen Gerichte<sup>47</sup>. Der Beurteilung werden die nationalen Rechtsgrundlagen (wie z. B. das deutsche Patentgesetz) zugrunde gelegt<sup>48</sup>. Zwar sind diese im Raum der EPÜ weitgehend vereinheitlicht, es verbleibt jedoch stets ein erheblicher Auslegungsspielraum. Dies ist die Ursache für die teils sehr unterschiedliche Rechtslage in den Mitgliedsstaaten.

### 2.2.3 Patentschutz für Computerprogramme nach geltendem Recht

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass trotz der zunächst eindeutig anmutenden Ausschlussregelungen in Art. 52 EPÜ und §§ 1, 3 PatG auch in Europa viele Patente auf „computerimplementierte Erfindungen“ vergeben werden. Zurückzuführen ist dies auf die vage Formulierung „Programme... als solche“. Was hiermit gemeint ist, wird in den genannten Gesetzeswerken weder definiert noch ist der Gehalt der Aussage eindeutig zu bestimmen. Erfindungen müssen ausführbar sein, um patentiert werden zu können. Eine Software funktioniert jedoch niemals isoliert. Sie ist auf die Interaktion mit einer Hardware angewiesen – sei es mit einem Computer oder einer Waschmaschine. Das Gleiche gilt umgekehrt: Hardware kann ohne Software nicht funktionieren. Wird etwa ein Patent auf eine Vorrichtung angemeldet, die aus einer Funktionseinheit zwischen Soft- und Hardware besteht, stellt sich die Frage, ob die enthaltene Software vom Patent erfasst wird. Was wäre, wenn die Software isoliert angemeldet würde? Und worauf würde sich der Schutz beziehen, nur auf die konkrete Software (ähnlich dem Urheberrechtsschutz) oder auch die zugrunde liegenden Algorithmen und Ideen? Wie wäre ein Verfahrenspatentanspruch zu beurteilen,

---

bezeichnete das Vorhaben zur Errichtung eines Gemeinschaftspatents kürzlich als „endgültig gescheitert“, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/84297>.

<sup>47</sup> Dies würde sich bei Einführung des EPLA grundlegend ändern (siehe hierzu unten, Punkt 2.3.2).

<sup>48</sup> Gem. Art. 2 Abs. 2 EPÜ entfalten die Europäischen Patente in jedem Vertragsstaat dieselbe Wirkung wie ein in diesem Staat erteiltes Patent. Es vermittelt damit dem Inhaber dieselben Rechte, die ihm in dem jeweiligen Staat ein nationales Patent vermitteln würde (Art. 64 Abs. 1 EPÜ).

der softwareimplementierte Funktionen einer Mechanik beschreibt? All diese Fragen lässt die Formulierung „Computerprogramme als solche“ offen.

Das EPA und der Bundesgerichtshof (BGH) orientieren sich aufgrund der mangelnden Trennschärfe des Gesetzeswortlauts bei der Beurteilung der Patentfähigkeit an dem sog. Technizitätserfordernis. Für Erfindungen können Patente – ganz allgemein – nur erteilt werden, wenn sie eine „Lehre zum technischen Handeln“ enthalten, also dem Bereich der Technik zuzurechnen sind<sup>49</sup>. Eine computerimplementierte Erfindung entspricht dem Technizitätserfordernis nach der Rechtsprechung, wenn die hierin verkörperte Lehre sich nicht (nur) auf ein „Programm als solches“, sondern auf einen darüber hinausgehenden technischen Beitrag bezieht, der der Lösung eines technischen Problems dient<sup>50</sup>.

Auch das Technizitätserfordernis eröffnet allerdings einen sehr weiten Auslegungsspielraum. Es ist weder im EPÜ noch im PatG definiert. Nach der klassischen Definition ist eine Erfindung technisch, wenn sie sich bei der Problemlösung Naturkräften bedient. „Technik ist Naturbeherrschung“ heißt es. Legt man dieses Verständnis eng aus, könnte man sagen, dass Erfindungen nur dann patentfähig sind, wenn sie eine ingenieurwissenschaftliche, physikalische, chemische oder biologische (also auf die Naturkräfte bezogene) Wirkung entfalten (etwa eine Mechanik steuern). Das Technizitätserfordernis wird jedoch weiter verstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Verfahren zwar noch nicht deshalb patentierbar, weil es bestimmungsgemäß den Einsatz eines Computers erfordert. Umfasst es jedoch weitere Anweisungen, die die Lösung eines technischen Problems mit technischen Mitteln zum Gegenstand haben, handelt es sich um eine technische Erfindung<sup>51</sup>, unabhängig davon, ob die hierhinter stehende Lehre in Form eines Computerprogramms oder einer anderen Erscheinungsform, die eine Datenverarbeitungsanlage nutzt, geschützt werden soll. Kurz gesagt muss ein ausreichender Bezug der zu patentierenden Lehre zur Technik gegeben sein.

Ob und in welchen Fällen eine Software bzw. eine computerimplementierte Erfindung von Rechtsprechung und EPA als „technisch“ angesehen wird, lässt sich anschaulich v. a. an Beispielen erläutern. Konkret lassen sich die Fälle, in denen der BGH und das EPA Patente

---

<sup>49</sup> Dieser Aspekt unterscheidet – u. a. – auch Urheber- und Patentrecht. Während das Urheberrecht dem Schutz von Werken der Wissenschaft, Literatur und Kunst, also kreativen Gestaltungen, dient (siehe § 1 UrhG), bezieht sich das Patentrecht auf technische Verfahren und Erzeugnisse.

<sup>50</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 323 (325) – Suche fehlerhafter Zeichenketten (online verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2289969e8c08ee1c41e3ace9ac35f4a3&Sort=3&nr=20624&pos=4&anz=5>).

<sup>51</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 24.5.2004 – Elektronischer Zahlungsverkehr, GRUR 2004, S. 667 (668 f.) bzw. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6b22cfe117a6d7ea6a159abfd29edeb8&nr=29536&pos=3&anz=4>. In dem Fall ging es um die Patenterteilung für ein Verfahren für ein „electronic banking“-System.

für computerimplementierte Erfindungen zugelassen haben, im Wesentlichen drei Fallgruppen zuordnen.

### **1. Fallgruppe: Programme zur Steuerung klassisch-technischer, mechanischer Einheiten**

Ohne weiteres patentfähig sind derzeit Computerprogramme, die in einen technischen Gesamtprozess eingebettet sind und dabei mechanische Funktionen steuern. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Sinne beispielsweise den Steuerungsprogrammen für einen Tauchcomputer<sup>52</sup> oder für das Antiblockiersystem (ABS)<sup>53</sup> Patentschutz zugestanden. Wesentliches Merkmal dieser Fallgruppe ist die Eigenschaft des Programms als „embedded software“, die in eine ohne weiteres als technisch definierbare mechanische Einheit integriert ist und diese steuert.

### **2. Fallgruppe: Programme, die neue Betriebsweisen von EDV-Anlagen lehren**

Lehrt ein Computerprogramm einen neuen, erfinderischen Aufbau einer Datenverarbeitungsanlage oder dient es dazu, eine EDV-Anlage auf eine neue, bislang nicht übliche und nicht nahe liegende Weise zu benutzen, kann es patentfähig sein. Der Bundesgerichtshof hat einen solchen Fall in der Entscheidung „Seitenpuffer“<sup>54</sup> angenommen. Die hier zu beurteilende Erfindung lag in einem Verfahren zum Betreiben eines Arbeitsspeichersystems in einer Datenverarbeitungsanlage. Die technische Neuerung bestand darin, dass der Arbeitsspeicher effektiver genutzt werden konnte, indem die während eines Prozesses benötigten Speicherseiten möglichst in einem Seitenpuffer und nicht im langsameren Hauptspeicher gespeichert wurden. Hierdurch wurde die Rechengeschwindigkeit erhöht. Der BGH erkannte die Patentfähigkeit an, da das Verfahren die Funktionsfähigkeit der EDV-Anlage als solche unmittelbar positiv beeinflusste. Die hierfür eingesetzte Software wirkte also direkt auf die Steuereinheit des Computers ein. Die Fallgruppe erfasst dabei v. a. Komponenten von Betriebssystemen.

### **3. Fallgruppe: Anwendungsprogramme**

Reine Anwendungsprogramme (wie Textverarbeitungs-, Grafikprogramme oder Tabellenkalkulationen) dienen dagegen nicht der Steuerung eines Computers. Sie stehen

---

<sup>52</sup> BGH GRUR 1992, S. 430 – Tauchcomputer.

<sup>53</sup> BGH GRUR 1980, S. 949 – ABS.

<sup>54</sup> Vgl. BGH GRUR 1992, S. 33 – Seitenpuffer.

auch in keinem unmittelbaren, funktionalen Zusammenhang mit dem Aufbau oder der Funktionsweise der Hardware, sondern werden eingesetzt, um die Hardware bestimmungsgemäß zu benutzen. Es fehlt ihnen daher grundsätzlich der technische Effekt.

Lange Zeit wurden Applikationen daher sowohl vom EPA als auch vom BGH für generell nicht patentfähig erachtet. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2000 ließ jedoch Zweifel aufkommen, ob diese Praxis aufrechterhalten wird. Nach der Urteilsbegründung im Fall „Logikverifikation“ soll ein Computerprogramm auch dann „technisch“ i. d. S. sein, wenn dessen Lehre „durch eine Erkenntnis geprägt ist, die auf technischen Überlegungen beruht“<sup>55</sup>.

### **Folgen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

Mit der Entscheidung Logikverifikation hat sich der Bundesgerichtshof von seiner bisherigen Linie entfernt, die Technizität von Computerprogrammen nur dann zu bejahen, wenn sie in eine unmittelbare Kausalkette integriert sind, die letztlich einen technischen Effekt auslöst. Damit ist der Patentierung von Software-Algorithmen theoretisch Raum eröffnet, soweit dieser „auf technischen Überlegungen“ basiert. Anwendungsprogramme, deren erfinderischer Gedanke nicht der Naturwissenschaft (also dem technischen Bereich) zuzuordnen ist, sondern etwa der Betriebswirtschaft oder Rechtswissenschaft, dürfte die Entscheidung jedoch nicht erfassen. Eine Patentierung etwa von computerimplementierten Geschäftsmethoden eröffnet sie daher nicht.

Eine spätere Entscheidung des Bundesgerichtshofs lässt indes wiederum Zweifel aufkommen, ob computerimplementierte Erfindungen nicht auch dann patentfähig sein können, wenn ihnen keine naturwissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde liegen. Im Fall „Suche fehlerhafter Zeichenketten“<sup>56</sup> findet sich eine zumindest missverständliche Formulierung, die darauf hindeutet, dass eine Patentfähigkeit auch für solche Software-Erfindungen in Frage kommt, deren Problemlösungen auf nicht-technischen Erkenntnissen basieren. Dies soll der Fall sein, wenn sich das Programm „durch eine Eigenheit auszeichnet, die unter Berücksichtigung der Zielsetzung patentrechtlichen Schutzes eine Patentierbarkeit rechtfertigt“<sup>57</sup>. Was hiermit gemeint ist und ob hiermit der unmittelbare Technikbezug als Patentierungserfordernis von Computerprogrammen aufgeweicht oder gar aufgegeben werden soll, ist einigermaßen nebulös.

---

<sup>55</sup> BGH GRUR 2000, 498 (599) – Logikverifikation.

<sup>56</sup> BGH GRUR 2002, 323 (325) – Suche fehlerhafter Zeichenketten (online verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2289969e8c08ee1c41e3ace9ac35f4a3&Sort=3&nr=20624&pos=4&anz=5>).

<sup>57</sup> Siehe BGH, a. a. O., S. 12 des Web-Dokuments.

Weitere Rechtsunsicherheiten ergeben sich im Hinblick auf die Auslegung von Patentansprüchen. In der Entscheidung „Sprachanalyseeinrichtung“ aus dem Jahr 2000 hatte der BGH<sup>58</sup> über die Anmeldung eines Patentes für eine Hardware zu entscheiden, in die eine Software integriert war. Die betreffenden Patentansprüche betrafen die Vorrichtung insgesamt (also nicht nur ein Verfahren) und damit auch die Software. Die Sprachanalyseeinrichtung war – unter Einsatz sprachwissenschaftlicher (also: nicht-technischer) Erkenntnisse – in der Lage, mittels des Computerprogramms den Inhalt per Tastatur eingegebener Sätze zu erfassen. Die Erfindung lag hierbei insbesondere in der Analysesoftware, deren Verwendung erforderte keine spezielle Hardware. Der BGH sprach sich für die Patentfähigkeit der Vorrichtung aus.

Die Entscheidung legt die Vermutung nahe, dass der BGH an sich nicht-technische Softwareerfindungen als patentfähig ansieht, wenn die Patentansprüche auf die Erteilung eines Vorrichtungspatents ausgerichtet werden. Träfe dies zu, hinge die Schutzfähigkeit von dem Geschick des jeweiligen Patentanwalts bei der Formulierung der Patentansprüche ab. Während Verfahrenspatente für nicht-technische Softwareerfindungen nicht erteilt werden, wäre dies bei Beantragung eines Vorrichtungspatents möglich<sup>59</sup>. Im Ergebnis würden die Einschränkungen hinsichtlich der Patentierbarkeit von Computerprogrammen erheblich aufgeweicht. In der Folge sind jedoch wiederum Entscheidungen ergangen, die diesen sehr weiten Ansatz relativiert haben<sup>60</sup>.

### **Beispiel für die Erteilung von Trivialpatenten durch das Europäische Patentamt: Amazon „One-Click-Technologie“**

Softwarepatentgegner heben in der Debatte stets die Gefahr von Trivialpatenten hervor. Gemeint sind Patente auf Funktionen oder Vorrichtungen, die nahe liegend und von geringer erfinderischer Qualität/Kreativität sind. Das Patentrecht sieht für den „erfinderischen Schritt“ grundsätzlich eine Mindestschwelle vor. Die Patentierungsvoraussetzung, die Erfindungshöhe, wird aus der Formulierung in § 1 Abs. 1 PatG bzw. Art. 52 Abs. 1 EPÜ hergeleitet. Hier heißt es, dass Patente nur für Erfindungen erteilt werden, die „auf erfinderischer Tätigkeit beruhen“. Nicht alles, was erfunden wird, sei es nun eine technische

---

<sup>58</sup> Siehe <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1b6ce8f9e9d2af3947451d51090f1fad&Sort=3&nr=22861&pos=5&anz=6>.

<sup>59</sup> Dies sehen auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, 2. Auflage 2006, Rn. 282, als problematisch an.

<sup>60</sup> Siehe auch hierzu Jaeger/Metzger, a. a. O., m. w. Nachw.

oder nicht-technische Erfindung, kann mithin auch patentiert werden<sup>61</sup>. Nahe liegende Problemlösungen sollen vom Patentschutz ausgeschlossen sein.

Es liegt auf der Hand, dass die Beurteilung der Erfindungshöhe eine Wertungsentscheidung darstellt, die sehr unterschiedlich ausfallen kann. Die Beschwerdekammern des EPA sind diesbezüglich in der Vergangenheit im Vergleich zu den nationalen, z. B. den deutschen Entscheidungsinstanzen, wie dem Bundespatentgericht oder dem BGH recht großzügig gewesen. Trivialpatente werden vom EPA nicht zuletzt auf computerimplementierte Erfindungen immer wieder erteilt<sup>62</sup>. Gerade hiergegen wehren sich die Softwarepatent-Gegner und verlangen, die großzügige Erteilungspraxis des EPA aufzugeben. Wenn überhaupt Patente auf computerimplementierte Erfindungen vergeben werden dürften, dann nur bei strenger Beachtung des Technikbegriffs (der sehr umstritten ist) und bei Zugrundelegung einer signifikanten Erfindungshöhe.

Eines der prominenten Beispiele für vom EPA erteilte Trivialpatente ist das One-Click-Patent von Amazon. Dies bezieht sich auf die nahe liegende Funktion, einen Einkauf im Webshop des Anbieters durch einen einzigen Klick zu tätigen. Das hierfür eingesetzte Computerprogramm speichert bei einem ersten Besuch des Kunden dessen Daten und greift hierauf bei weiteren Einkäufen zurück. Ein solches Programm oder Verfahren hat ersichtlich nicht die Beeinflussung von Naturkräften, also etwa die Steuerung einer mechanischen Einheit zum Gegenstand. In die o. g. Fallgruppen bislang anerkannter Softwarepatente lässt es sich ebenfalls nicht einordnen. Der erfinderische Beitrag ist allenfalls sehr gering, da es sich um eine nahe liegende Standardfunktion von Webshops handelt, die auf Basis längst bekannter Technologien (z. B. Cookies) einfach implementiert werden kann. Wie gesagt ist das Amazon-Patent keineswegs ein Einzelfall für Patenterteilungen des EPA auf triviale Softwarelösungen.

Der Umstand, dass solche Trivialpatente vom EPA erteilt werden, ist durchaus bedenklich. Zwar ist das One-Click-Patent bis heute nicht bestandskräftig, da gegen die Patenterteilung in verschiedenen Ländern Einsprüche erhoben wurden<sup>63</sup>. Für die Beurteilung der

---

<sup>61</sup> Als „Auffangschutzrecht“ für Erfindungen, die mangels Erreichen der Erfindungshöhe nicht patentiert werden können, ist das Gebrauchsmusterrecht vorgesehen, das auch als „kleines Patentrecht“ bezeichnet wird.

<sup>62</sup> Vgl. das „Gruselkabinett“ europäischer Softwarepatente auf der Webseite des FFII: <http://swpat.ffii.org/pikta/mupli/index.de.html>. Hier findet sich eine illustre Liste an Trivialpatenten, die diese Bezeichnung offensichtlich verdienen. So hat Amazon hiernach beispielsweise ein Patent auf das Verfahren, in einem Webshop bestellte Artikel als Geschenk versenden zu lassen. Auch der elektronische Einkaufswagen und ein Verfahren, das „alle notwendigen Merkmale der computergestützten Prüfung an Schulen und Universitäten abdeckt“, sollen hiernach patentiert sein. Ein solches „E-Learning-Patent“ wurde in den USA auch der Firma Blackboard erteilt, das gerade vom US-Patentamt überprüft wird. Hiernach hat das Unternehmen – ein Hersteller von Lernmanagement-Systemen – ein Patent auf ein System für den Unterricht in einem virtuellen Klassenraum via Internet inklusive Chat, einer virtuellen Wandtafel und Bereitstellung von Lernmaterial. Das Patent wird derzeit in den USA stark kritisiert, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/84707>.

<sup>63</sup> Unter anderem hat auch die deutsche Gesellschaft für Informatik (GVI) Einspruch beim EPA eingelegt, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/39840>.

Patentierungspraxis und deren Folgen ist jedoch weniger von Bedeutung, ob solche Patente letztlich wieder gelöscht werden. Entscheidend ist vielmehr der Umstand, dass das EPA hierdurch eine sehr softwarepatentfreundliche Haltung signalisiert. Die Annahme, dass das EPA geneigt ist, gute, gleichwohl triviale, Ideen im Softwarebereich mit Patenten zu „prämiieren“ und dabei die Patentierungsvoraussetzungen allzu großzügig zu handhaben, ist damit nicht von der Hand zu weisen. Die Anzahl bekannt gewordener Trivialpatente schließt zudem die Annahme aus, dass es sich hierbei um „Ausreißer“, um Fehler bei der Erteilung handelt, die allein auf eine Überlastung der Behörde zurückzuführen sind.

Diese Praxis hat Folgen, die nicht durch u. U. Jahre andauernde und in verschiedenen Ländern mit ungewissem Ausgang zu führende Lösungsverfahren ausgeräumt werden können. Denn ein erteiltes und wieder gelöscht Patent ist nicht gleich einem von vornherein nicht erteilten Patent. Zwischen Eintragung und Löschung liegt ein, für Softwareentwicklungen im Zweifel äußerst langer, Zeitraum erheblicher Rechtsunsicherheit und Marktverwirrung.

## **2.3 Regelungsvorhaben betreffend die Patentierbarkeit von computerimplementierten Erfindungen**

### **2.3.1 Die Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen**

Im Juli 2002 legte die Europäische Kommission einen Regelungsvorschlag für eine „Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen“ vor<sup>64</sup> und leitete damit das Rechtsetzungsverfahren gem. Art. 251 EG-Vertrag ein<sup>65</sup>. Erklärtes Ziel des Vorschlags war es, der national unterschiedlichen Erteilungspraxis der Patentämter entgegenzuwirken, indem europaweit einheitliche Regeln geschaffen werden. Zu diesem Zweck sollte die bisherige Entscheidungspraxis des Europäischen Patentamts (EPA) festgeschrieben werden. Allerdings ging dieser, eher restriktive, Ansatz aus dem Entwurf nicht eindeutig hervor. Vielmehr schrieb der Entwurf – in Umkehr des bisherigen Grundsatzes in Art. 52 EPÜ – vor, dass computerimplementierte Erfindungen „als einem Gebiet der Technik zugehörig“ gelten sollen (Art. 3 des Entwurfs). Auch der Begriff der computerimplementierten Erfindung war in Art. 2 des Entwurfs sehr weit definiert und eindeutig unmittelbar auf Software „als solche“ bezogen.

---

<sup>64</sup> Siehe unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0092:FIN:DE:PDF>.

<sup>65</sup> Hiernach unterbreitet die Kommission dem Parlament zunächst einen Vorschlag. Das Parlament nimmt hierzu Stellung und formuliert gegebenenfalls Änderungsanträge. Diese werden dem Rat zugeleitet, der – soweit Änderungsanträge gestellt wurden – einen gemeinsamen Standpunkt festlegt. Dieser gemeinsame Standpunkt wird wiederum dem Parlament übermittelt, das diesen billigen, mit

Die ausgesprochen patentfreundliche Haltung, die in dem Kommissions-Entwurf zum Ausdruck kam, löste vehemente Proteste aus unterschiedlichen Richtungen aus. Die Gegner befürchteten (zu Recht), dass mit der Richtlinie der Weg zur Patentierung auch rein trivialer Softwareideen, Logarithmen und Programme geebnet werde.

Auf eine Sondierung der Kommission gingen 1.447 Stellungnahmen ein, die im Anschluss durch ein Meinungsforschungsunternehmen ausgewertet wurden. Hiernach sprachen sich 91% der Eingaben gegen eine Erweiterung der Patenterteilungspraxis für Computerprogramme aus. Die Auswertung ergab jedoch auch, dass 1.200 der 1.447 Stellungnahmen von Seiten der – als grundsätzlich patentkritisch bekannten – Open-Source-Community lanciert wurden. Lässt man diese bei der Einschätzung des Meinungsbildes außen vor, ergibt sich ein anderes Bild. 54 % der verbleibenden Stellungnahmen sprachen sich seinerzeit für die Ausweitung der Patentierungspraxis aus<sup>66</sup>.

Das Europäische Parlament antwortete auf den Kommissions-Entwurf mit einer eigenen, stark überarbeiteten Version für die Softwarepatent-Richtlinie. Diese wurde am 24.9.2003 verabschiedet<sup>67</sup>. Im Gegensatz zum Kommissions-Entwurf sah die Parlamentsfassung substantielle Einschränkungen der Patentierbarkeit gegenüber der Erteilungspraxis des EPA und weitere wesentliche Änderungen vor<sup>68</sup>. Der besonders umstrittene Art. 3 des Kommissions-Entwurfs wurde gestrichen. Stattdessen hieß es in einem neuen Art. 3a:

*„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Datenverarbeitung nicht als Gebiet der Technik im Sinne des Patentrechts betrachtet wird und dass Innovationen im Bereich der Datenverarbeitung nicht als Erfindungen im Sinne des Patentrechts betrachtet werden.“*

Der im Kommissions-Entwurf vorgesehene Grundsatz „pro Softwarepatente“ wurde somit vom Europäischen Parlament in sein Gegenteil verkehrt.

Am 24.5.2004 veröffentlichte der EU-Wettbewerbsrat auf Basis des Kommissions- und des Parlamentsentwurfs einen gemeinsamen Standpunkt<sup>69</sup>, der angeblich einen Kompromissvorschlag zwischen den sehr unterschiedlichen Regelungsvorschlägen

---

absoluter Mehrheit endgültig ablehnen oder wiederum mit Änderungsanträgen an den Rat und die Kommission zurückleiten kann. Siehe hierzu auch [http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/abc/abc\\_21.html](http://europa.eu.int/eur-lex/de/about/abc/abc_21.html).

<sup>66</sup> Vgl. zu Vorstehendem Metzger, Softwarepatente im künftigen europäischen Patentrecht, S. 2 f. m. w. Nachw., [http://www.ifross.de/ifross\\_html/art45.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art45.pdf). Detaillierte Angaben über das Meinungsbild in Bezug auf Softwarepatente finden sich zudem in der Studie „Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen: Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation“, die in Zusammenarbeit des Fraunhofer Instituts für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI) und des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht im Jahr 2001 für das BMWI angefertigt wurde (siehe <http://www.bmw.de/BMWi/Navigation/Service/publikationen/did=21760.html>). Siehe hierzu Näheres unten, Punkt 2.4.

<sup>67</sup> <http://www.europarl.europa.eu/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=p0030924DE.pdf&LANGUE=DE>.

<sup>68</sup> Vgl. im Einzelnen Metzger, a. a. O. (s. o., Fn. 66), S. 10 ff.

<sup>69</sup> <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/04/st09/st09713.de04.pdf>.

darstellen sollte. Tatsächlich entsprach der Ratsentwurf im Wesentlichen dem ersten Kommissions-Entwurf von 2002. Sämtliche, die Patenterteilung für Computerprogramme beschränkende, Änderungen des Parlaments waren hieraus gestrichen worden.

Der gemeinsame Standpunkt wurde im Anschluss dem Parlament zur Entscheidung vorgelegt<sup>70</sup>. In seiner zweiten Lesung am 6.7.2005 lehnte es diesen „Kompromiss“ mit absoluter Mehrheit (648 von 680 Stimmen) endgültig ab. Hiermit war das legislative Verfahren gem. Art. 251 Abs. 2 lit. b) beendet und die Richtlinie über computerimplementierte Erfindungen endgültig gescheitert<sup>71</sup>. Die Debatten über eine Reform des Patentwesens bzw. über einen verstärkten oder jedenfalls vereinheitlichten Patentschutz von Computerprogrammen werden mittlerweile in anderen Zusammenhängen fortgeführt (siehe sogleich).

### 2.3.2 Das European Patent Litigation Agreement (EPLA)

Mit dem EPLA soll ein neues Streitregelungssystem für „Europäische Patente“ eingeführt werden. Europäische Patente sind solche, die auf Basis der EPÜ erteilt werden (s. o.). Eine bereits 1999 eingerichtete Arbeitsgruppe legte im November 2003 einen ersten Vorschlag für ein entsprechendes Abkommen vor, weitere Entwürfe folgten<sup>72</sup>. Das EPLA zielt auf die Errichtung einer zentralen „Europäischen Patentgerichtsbarkeit“ (EPG)<sup>73</sup> ab. Ein Beitritt zu dem Abkommen ist für die Mitglieder der zwischenstaatlichen European Patent Organization (EPO) prinzipiell freiwillig (siehe Näheres zu den Beitritts- und Kompetenzfragen unten). Wesentliches Organ der EPG soll das „Europäische Patentgericht“ (EPGt) erster und zweiter Instanz werden. Das EPGt würde sich als zentrales, internationales Gericht mit Streitfragen im Zusammenhang mit der Verletzung und der Rechtsgültigkeit von Europäischen Patenten befassen<sup>74</sup>. Damit würde die Rechtsprechungsbefugnis der nationalen Gerichte für Europäische Patente auf längere Sicht aufgehoben.

---

<sup>70</sup> Siehe zum Verfahren, oben Fn. 65.

<sup>71</sup> Unter <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=219592> findet sich eine Dokumentation aller im Rahmen der Richtlinie über computerimplementierte Erfindungen veröffentlichten offiziellen Dokumente der EU. Medienberichten zufolge hat sich das Europäische Patentamt bei einer im Juli 2007 abgehaltenen Konferenz dagegen ausgesprochen, die Debatte um Softwarepatente wieder aufleben zu lassen. Auch – u. a. der Patentierung von Computerprogrammen tendenziell zugeneigte – Branchenvertreter (z. B. der Business Software Alliance) sollen dies abgelehnt haben (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/92683>). Es ist somit nicht absehbar, dass die Arbeiten an einer solchen Richtlinie in absehbarer Zeit erneut aufgenommen werden.

<sup>72</sup> Siehe die Liste der verfügbaren Dokumente (u. a. der Entwürfe für EPLA) unter [http://www.european-patent-office.org/epo/eplaindex\\_d.htm](http://www.european-patent-office.org/epo/eplaindex_d.htm). Der jüngste Entwurf datiert auf Dezember 2005.

<sup>73</sup> Die EPG soll als mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete internationale Organisation ausgestaltet werden, vgl. Kuginbühl, GRUR Int. 2004, S. 357 (359).

<sup>74</sup> Zu Aufbau und Entscheidungsabläufen nach EPLA und innerhalb der EPO findet sich eine anschauliche Grafik unter: <http://www.softwarepatente-buch.de/Via%20EPLA%20zu%20SwPat%20v1.3.pdf>.

## **Ziel und Zweck des EPLA**

Das Ziel des EPLA soll darin liegen, unterschiedliche Auslegungen des EPÜ durch die Gerichte der Mitgliedsstaaten und damit die uneinheitliche Anwendung des internationalen Patentrechts zu vermeiden. Da das Patentrecht dem Territorialitätsprinzip unterliegt und es derzeit keine zentralisierte Rechtsprechungszuständigkeit gibt, sind die nationalen Gerichte für die Auslegung des Abkommens zuständig (s. o.). Die Auslegungspraxis der nationalen Gerichte unterscheidet sich mitunter erheblich. Eine übergeordnete, internationale Instanz, die nationalstaatliche Urteile aufheben oder abändern und so eine einheitliche Rechtslage schaffen könnte, besteht derzeit nicht. Dadurch entsteht eine uneinheitliche Handhabung des internationalen Patentrechts und – jedenfalls bezogen auf internationale Patentrechtsangelegenheiten – Rechtsunsicherheit. So kann der Inhaber eines Patents z. B. nicht sicher sein, ob sein Patent in allen Mitgliedsstaaten des EPÜ Bestand hat bzw. ob eine international wirkende Patentverletzung im gesamten Raum der EPÜ einheitlich beurteilt wird<sup>75</sup>. Die fragmentierte Gerichtszuständigkeit führt, wenn ein Europäisches Patent in mehreren Mitgliedsstaaten des EPÜ verletzt wurde, zudem u. U. zu aufwändigen und kostenintensiven Mehrfachverfahren. Dem könnte man – so die Begründung für das EPLA – mit einer zentralisierten Gerichtszuständigkeit begegnen, auch wäre in diesem Zuge eine gewisse „Harmonisierung der Rechtsprechung“ zu erwarten<sup>76</sup>.

## **Kompetenzen beim Abschluss des EPLA**

Wer zur Abstimmung und den Abschluss des EPLA auf europäischer Ebene zuständig ist (Europäische Gemeinschaften – EG und/oder Mitgliedsstaaten) bzw. ob sich Mitgliedsstaaten der EU eigenständig für den Beitritt zum EPLA entscheiden können, ergibt sich aus einem komplexen kompetenzrechtlichen Regelungsgefüge. Aus kompetenzrechtlichen Gründen ist es derzeit nicht möglich, dass einzelne EU-Mitgliedsstaaten dem EPLA eigenständig beitreten. Vielmehr können die EG und die Mitgliedsstaaten nur kollektiv beitreten, auch müssen sie bei den Verhandlungen und dem Abschluss von EPLA gemeinsam auftreten. Um dies zu ermöglichen, müsste die EG jedoch zunächst selbst dem EPÜ beitreten. Für einen solchen Beitritt müsste allerdings Art. 166 Abs. 1 EPÜ geändert werden, nach dem nur Staaten (nicht: Staatengemeinschaften)

---

<sup>75</sup> Beispielhaft für derart unterschiedlich verlaufene Patentverletzungsfälle ist der Fall „Epilady“. Hier wurden insgesamt neun nationale Gerichte wegen derselben Patentverletzung angerufen. Fünf Gerichte entschieden für den Rechtsinhaber, vier dagegen.

<sup>76</sup> Das Europäische Patentamt erwartet bei einer Einführung des EPLA weitere Vorteile für das internationale Patentrecht, vgl. die „Beurteilung der Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens über Patentstreitigkeiten (EPLA) auf das bestehende System zur

Mitglieder des Abkommens sein können. Erst dann wäre ein Beitritt auch zu EPLA möglich, m. a. W. könnte EPLA erst nach oder gleichzeitig mit dieser EPÜ-Revision verabschiedet werden<sup>77</sup>. Das Bundesministerium der Justiz hatte schon zu Beginn der deutschen EU-Ratspräsidentschaft angekündigt, sich in diesem Zuge für den Beitritt der EG zum EPÜ einsetzen zu wollen<sup>78</sup>. Das EU-Parlament steht dem jetzigen Entwurf des EPLA dagegen sehr kritisch gegenüber und fordert „erhebliche Verbesserungen“ an der Vorlage sowie eine Vorabanalyse der Auswirkungen im Zusammenhang mit „der Patentqualität, der Verwaltung des Patentsystems, der Unabhängigkeit der Justiz und der Kosten für Streitigkeiten“<sup>79</sup>.

Für Änderungen des EPÜ müssen mindestens Dreiviertel der Mitglieder stimmen (siehe Art. 172 Abs. 2 EPÜ). Allerdings hat sich bei den Verhandlungen zum EPLA herausgestellt, dass einige EU-Mitgliedsstaaten an dem Abkommen nicht interessiert sind<sup>80</sup>. Ob sich in einer etwaigen Revisionsabstimmung die notwendige Mehrheit erzielen ließe, ist daher zumindest ungewiss.

Eine weitere Hürde liegt darin, dass aufgrund des Vorrangs des EU-Gemeinschaftsrechts ein Beitritt (sowohl der EG als auch der Mitgliedsstaaten) nur möglich ist, wenn das EPLA mit dem gemeinschaftlichen „acquis communautaire“ vereinbar ist. Dies scheint derzeit (bezogen auf den jüngsten Entwurf von 2005) nicht der Fall zu sein. Nach einem vorläufigen Rechtsgutachten des wissenschaftlichen Dienstes des EU-Parlaments ergeben sich verschiedene Unvereinbarkeiten mit dem geltenden Gemeinschaftsrecht<sup>81</sup>. Dies gelte insbesondere für die Durchsetzungs-Richtlinie 2004/48/EG (siehe hierzu unten, Punkt V.3). Das Gutachten stellt fest, dass der EPLA-Entwurf Regelungen über Rechtsfragen enthalte, die auch in der Durchsetzungs-Richtlinie behandelt werden und die teilweise von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen<sup>82</sup>. Die Mitgliedsstaaten können daher hiernach das EPLA nicht ratifizieren, da dies einen Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Pflichten bedeuten würde. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass auch Nicht-EU-Staaten am EPLA beteiligt wären. Hat die EG gemeinschaftsrechtliche Regelungen für einen Bereich verabschiedet, sind die Mitgliedsstaaten nicht mehr befugt, gegenüber Nicht-Mitgliedsstaaten

---

gerichtlichen Durchsetzung und Übermittlung von europäischen Patenten“, S. 9 ff. ([http://www.european-patent-office.org/epo/epl/pdf/impact\\_assessment\\_2006\\_02\\_v1\\_de.pdf](http://www.european-patent-office.org/epo/epl/pdf/impact_assessment_2006_02_v1_de.pdf)).

<sup>77</sup> Vgl. zu Vorstehendem Tilmann, GRUR 2006, S. 824 (825 f.).

<sup>78</sup> Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/84598>.

<sup>79</sup> Siehe hierzu die „Entschließung des Europäischen Parlaments zur künftigen Patentpolitik in Europa“ aus dem Herbst 2006, [http://www.europarl.europa.eu/registre/seance\\_pleniere/textes\\_adoptes/definitif/2006/10-12/0416/P6\\_TA\(2006\)0416\\_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/seance_pleniere/textes_adoptes/definitif/2006/10-12/0416/P6_TA(2006)0416_DE.pdf).

<sup>80</sup> So Tilmann, GRUR 2006, S. 824 (825). Vorangetrieben werden die Arbeiten am EPLA v. a. von Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Monaco, den Niederlanden, Schweden, der Schweiz und dem Vereinigten Königreich, vgl. Luginbühl, GRUR Int. 2004, S. 357 (358).

<sup>81</sup> Vgl. <http://www.ipeg.com/UPLOAD%20BLOG/Interim%20Legal%20Opinions%20Legal%20Service%20EP%20Feb%201%202007.pdf>.

<sup>82</sup> Siehe Gutachten, Rn. 33 ff.

Verpflichtungen einzugehen, die die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigen könnten<sup>83</sup>. In diesem Fall sei die EG allein befugt, internationale Abkommen zu beschließen.

### **Folgen des EPLA**

Die nach dem EPLA zu errichtende „Europäische Patentgerichtsbarkeit“ hätte zur Folge, dass diejenigen Staaten, die dem Abkommen beitreten, einen Teil ihrer nationalen Gerichtsbarkeit auf das Europäische Patentgericht übertragen würden. Dies wäre nach Ablauf einer Übergangsfrist<sup>84</sup> ausschließlich für zivilrechtliche Auseinandersetzungen über Europäische Patente zuständig<sup>85</sup>. Die Mitgliedsstaaten würden – mit anderen Worten – das EPGt als nationales Gericht im Rahmen der im EPLA definierten Zuständigkeiten wählen<sup>86</sup>.

Eine solche Zuständigkeitsverlagerung hätte im Zweifel Folgen für die Anwendung und Auslegung der materiellrechtlichen Bestimmungen des Patentrechts. Genau genommen sind solche Auswirkungen sogar intendiert. Denn wenn das EPGt zur Aufgabe haben soll, die Rechtsprechung der nationalen Gerichte zu vereinheitlichen, kommt es naturgemäß zu Veränderungen zumindest in manchen, u. U. sogar in allen Mitgliedsstaaten. Ob sich für Deutschland Änderungen ergeben würden und wie gravierend diese ausfallen würden, hinge dabei maßgeblich von der Rechtsprechung des EPGt ab.

## **2.4 Der Meinungsstand zu Softwarepatenten an sich**

In der Debatte um Softwarepatente stehen sich die Interessengruppen unversöhnlich gegenüber. Die Lager sind gespalten, sowohl in der Politik als auch in der Wirtschaft. Für Softwarepatente sprechen sich unter den unmittelbar Betroffenen v. a. Großunternehmen der Software-Industrie<sup>87</sup> aus. Diese argumentieren, dass Patente auf computerimplementierte Erfindungen großzügig vergeben werden sollten, da sie Anreize zu Investitionen und Innovation schaffen würden<sup>88</sup>. Auch seien die Schutzrechte erforderlich, um ein

---

<sup>83</sup> Siehe im Gutachten, Rn. 16.

<sup>84</sup> Die ausschließliche Zuständigkeit entsteht nach einer Übergangszeit von sieben Jahren nach In-Kraft-Treten des EPLA (Art. 85 EPLA-E).

<sup>85</sup> Siehe Art. 41 EPLA-E.

<sup>86</sup> So auch das Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Europäischen Parlaments (Fundstelle, s. o., Fn. 81), Rn. 50.

<sup>87</sup> Hierzu zählen nicht nur solche Unternehmen, deren Geschäft schwerpunktmäßig in der Entwicklung und dem Vertrieb von Software besteht, sondern auch IT-Unternehmen, deren Schwerpunkt auf IT-Hardware-Produkten liegt (z. B. Siemens).

<sup>88</sup> Die Anreiztheorie sowie die These, dass Patente zu mehr Investition und Innovation führen, ist einer der wesentlichen Rechtfertigungsgründe für die Erteilung derartiger Schutzrechte.

Ungleichgewicht auf dem Weltmarkt auszugleichen. Der Standort Europa sei gegenüber den USA nachteilig, da Softwarepatente dort nahezu ohne Einschränkung erteilt werden.

Die Softwarepatent-Gegner rekrutieren sich aus unterschiedlichen Gruppen. Hierzu zählen insbesondere Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sowie freie Programmierer (v. a. von Freier- und Open-Source-Software) und Bürgerrechtler. Von dieser Seite wird eingewandt, dass Softwarepatente keine Anreize für Innovationen, sondern vielmehr Unsicherheiten und damit negativen Einfluss auf den Software-Sektor hätten. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Softwarebranche in Europa seit langer Zeit prosperiert, ohne dass sie hierbei auf die Erteilung von Patenten angewiesen oder auch nur ausgerichtet sei. Mittelstand und freie Entwickler sehen sich durch Patentvergaben gegenüber der Großindustrie weiterhin dadurch erheblich benachteiligt, dass sie sich die Kosten für die Patenterteilung, -verwaltung und -verteidigung nicht leisten könnten. Es bestehe daher die Gefahr, dass sich Großunternehmen die Entwicklungen von Mittelständlern und freien Entwicklern aneigneten, ohne dass diese über die Mittel zur Gegenwehr verfügten.

Softwarepatent-Gegner haben die Vision eines dichten Patentdickichts, insbesondere bestehend aus einer Unzahl vage beschriebener Trivialpatente auf nahe liegende und völlig übliche Funktionen (v. a. von Web-Applikationen). Bei Einführung derart „amerikanischer Verhältnisse“ würde die Gefahr unbewusster Patentverletzungen enorm groß. Da sich KMU und freie Entwickler umfangreiche Patentrecherchen nicht leisten könnten, entstünden aus den Prozessrisiken existenzielle Gefahren für den Mittelstand. Diese würden wiederum auch die Softwareendnutzer (v. a. KMU) betreffen, da sie bei Einsatz Patent verletzender Software ebenfalls auf Schadensersatz und Unterlassung verklagt werden könnten.

Statt Innovation zu fördern hätte die großzügige Vergabe von Softwarepatenten nach Ansicht der Gegner massive Einschränkungen der Entwicklungsfreiheit und damit der Innovation zur Folge. Sie weisen darauf hin, dass das Patentrecht, anders als das Urheberrecht, Ideen und Funktionen monopolisiere. Würden Programmfunktionen patentiert, sei es anderen ohne Zustimmung nicht mehr möglich, optimierte Software-Lösungen zu entwickeln, da sich der Patentschutz nicht auf die konkrete Programmierleistung beschränke.

Aufgrund der vorgenannten Aspekte befürchtet der Mittelstand bei einer Ausweitung der Erteilungspraxis bei Softwarepatenten die Gefährdung zehntausender Arbeitsplätze in der deutschen IT-Industrie<sup>89</sup>. Dies sei u. a. zu erwarten, da die Unternehmen finanzielle Mittel in großem Umfang für Patentverletzungsfälle, Patentstrategien oder -recherchen zurückstellen müssten. Diese Mittel würden wiederum bei der Finanzierung von Arbeitsplätzen fehlen.

## **Stellungnahme zur Diskussion**

Wie immer in politischen Auseinandersetzungen erscheinen die Extrempositionen auch hier häufig überzeichnet. Auch können die Auswirkungen einer Patentrechtsnovellierung keineswegs so definitiv eingeschätzt werden, wie es Patentbefürworter und -gegner darstellen. Ob und inwieweit eine patentfreundlichere Rechtslage und Erteilungspraxis zu positiven bzw. negativen Effekten führen würden und ob Vor- oder Nachteile letztlich überwiegen, ist schwer einzuschätzen. Um dies beurteilen zu können, wäre eine genaue Analyse der in Wechselwirkung stehenden, mannigfaltigen Implikationen einer solchen Entwicklung ebenso erforderlich wie genaue Informationen über die geplanten Neuregelungen. Da die bisherigen Entwürfe für eine Softwarepatent-Richtlinie nicht mehr relevant sind, derzeit nicht einmal absehbar ist, ob ein weiterer Anlauf zur europäischen Harmonisierung des Patentrechts auf computerimplementierte Erfindungen unternommen wird, sind allenfalls abstrakte Überlegungen möglich.

Ein wichtiger Indikator für die Beurteilung kann und sollte das Meinungsbild in der betroffenen Branche sein, über das empirische Studien Aufschluss geben können. Solche wurden im Laufe der Debatten um die Softwarepatent-Richtlinie verschiedentlich angefertigt. Sie zeigen u. a., dass ein Großteil der deutschen Unternehmen und freien Entwickler gegenüber Patenten auf computerimplementierte Erfindungen große Vorbehalte hegt.

## **Meinungsbild in Deutschland**

Hervorzuheben sind aus deutscher Sicht zwei größere Studien, die im Jahr 2001 bzw. in 2004 jeweils im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) erstellt wurden.

So veröffentlichte das BMWi im Jahr 2001 eine gemeinsame Studie des Fraunhofer Instituts für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI) und des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht<sup>90</sup>. In dem vom ISI durchgeführten empirischen Teil wurde eine groß angelegte, repräsentative Umfrage bei Unternehmen der Primär- und Sekundärbranchen<sup>91</sup> durchgeführt. Die Studie hat eine Vielzahl aufschlussreiche Resultate ergeben, die in einer Reihe von Kernaussagen zusammengefasst wurden.

---

<sup>89</sup> Vgl. [http://patentfrei.de/index.php?fuseaction=pro\\_contra.10](http://patentfrei.de/index.php?fuseaction=pro_contra.10).

<sup>90</sup> Die Studie „Mikro- und makroökonomische Implikationen der Patentierbarkeit von Softwareinnovationen: Geistige Eigentumsrechte in der Informationstechnologie im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation“ wurde im Auftrag des BMWi angefertigt. Unter der Adresse <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Service/publikationen.did=21760.html> findet sich sowohl eine Lang- als auch eine Kurzfassung.

<sup>91</sup> Als Primärbranche bezeichnet die Studie Unternehmen, deren Hauptzweck die Entwicklung von Software ist, sowie freie Softwareentwickler. Als Sekundärbranche werden Unternehmen des verarbeitenden Gewerbes bezeichnet, die selbst auch Software produzieren.

Im Ergebnis gaben die Verfasser der Studie aufgrund der empirischen und juristischen Untersuchung die Empfehlung ab, die gegenwärtige Erteilungspraxis bei Softwarepatenten weder stark einzuschränken noch auszuweiten. Der strategische Nutzen von Softwarepatenten sei im internationalen Wettbewerb zwar „offensichtlich“, aber auf die Großindustrie beschränkt. Die dem gegenüberstehenden, aus einer breiten Patentierungspraxis erwachsenden, Nachteile seien schwerwiegender<sup>92</sup>.

Der empirische Teil ergab erwartungsgemäß ein differenziertes Meinungsbild. Während sich freie Entwickler nahezu ausnahmslos gegen die Ausweitung der Softwarepatentierung aussprachen und die Effekte solcher Schutzrechte durchweg negativ einschätzten, äußerten sich die befragten Unternehmen aus der Primär- und Sekundärbranche differenzierter. Kurzfristig versprachen sich die meisten Firmen von Softwarepatenten Vorteile in Bezug auf die Konkurrenzfähigkeit. Langfristig befürchtete die Mehrheit jedoch Gefahren für den Wettbewerb und die Innovationsdynamik. Dies würde v. a. für die Entwicklung von Open-Source-Software gelten, die vielen Unternehmen als wichtiger „externer Impuls“ für eigene Innovation dient. Die meisten Befragten befürchteten, dass eine Ausweitung der Patentpraxis zu einem Anstieg der Kosten und einer Verringerung der Zahl der Unternehmen und damit einer Konzentration im Softwaremarkt führen würde. Für eine Ausweitung der Erteilungspraxis bei Softwarepatenten gegenüber dem europäischen Status quo sprach sich im Ergebnis keine der Gruppen mehrheitlich aus.

Eine neuere Umfrage, die im Auftrag des BMWI 2004 bei mittelständischen Unternehmen unterschiedlicher Größe durchgeführt wurde, ergab eine ähnliche, im Gesamtbild sogar noch negativere, Haltung der deutschen Softwarewirtschaft gegenüber Softwarepatenten<sup>93</sup>. Diejenigen Unternehmen, die an der Studie teilnahmen, schätzten die Auswirkungen von Softwarepatenten auf ihre Innovations- und Entwicklungsaktivitäten ausnahmslos negativ ein. Mehrheitlich ging man auch von einem erheblichen Anstieg der Produktpreise aus. Positive Effekte hinsichtlich der Rechtssicherheit bzw. der Wettbewerbsfähigkeit erwarteten

---

<sup>92</sup> Eine andere Studie, die im Auftrag der Business Software Alliance (BSA) erstellt und im Jahr 2005 veröffentlicht wurde, soll nach Auffassung der BSA im Übrigen das Gegenteil belegen. Aus der in der Studie ermittelten Tatsache, dass 20 % aller in den letzten Jahren in Europa erteilten Softwarepatente von KMU beantragt worden seien, sei zu entnehmen, dass diese vom Mittelstand befürwortet und benötigt würden. Siehe hierzu die Pressemitteilung der BSA vom 8.6.2005, <http://www.bsa.org/germany/presse/newsreleases/Neue-Studie-Belegt-Die-Wichtigkeit-Von-CII-Patenten-Fur-Kleine-Und-Mittelstandische-Unternehmen-In-Europa.cfm>. Leider ist die vollständige Fassung der Studie auf den Webseiten der BSA nicht (mehr) zu finden. Eine Analyse der Methodologie oder der Erkenntnisquellen ist daher nicht möglich. Die Kausalität zwischen Datengrundlage und Schlussfolgerungen erscheint jedoch schon auf den ersten Blick fraglich. Patentfrei.de kritisiert zudem, dass derartige Aussagen auf einer irreführenden Darstellung der Statistik basieren würden, vgl. [http://patentfrei.de/index.php?fuseaction=pro\\_contra.8](http://patentfrei.de/index.php?fuseaction=pro_contra.8). Die Mittelstandsinitiative liest die Zahlen anders: "2/3 aller europäischen Softwarepatente gehören ausländischen Großunternehmen. 50% aller europäischen Softwarepatente gehören 42 Firmen. Die Top100 Patentinhaberfirmen besitzen mehr als 63% aller europäischen Softwarepatente."

<sup>93</sup> Vgl. die Studie „Wechselbeziehung zwischen Interoperabilität, Patentschutz und Wettbewerb“, die von Wissenschaftlern der Fachhochschule Gelsenkirchen, Institut für Internet-Sicherheit, durchgeführt wurde. Etwa 1.200 beantwortete Fragebögen wurden hier ausgewertet. Vgl. den Auswertungsbericht unter [ftp://internet-sicherheit.de/swpat/ifis\\_fragebogen\\_auswertung.pdf](ftp://internet-sicherheit.de/swpat/ifis_fragebogen_auswertung.pdf).

die weitaus meisten Befragten nicht. Im Gegenteil: Fast alle Unternehmen waren der Ansicht, dass sie sich bei verstärkter Softwarepatentierung „nicht mehr angemessen“ auf dem Markt durchsetzen könnten.

Dass diese Befunde auch das heutige Meinungsbild noch zutreffend widerspiegeln, mag man der großen Beteiligung deutscher Mittelstandsunternehmen und Entwickler an „Anti-Patent-Initiativen“ (z. B. „patentfrei“) entnehmen<sup>94</sup>.

### **Aussagekraft der Ergebnisse und Einschätzung**

Ob und in welchem Maße sich derartige Befürchtungen und Einschätzungen der Betroffenen tatsächlich realisieren würden, hinge natürlich wiederum von der konkreten Ausgestaltung der Reformgesetze ab.

Die offensichtliche Unsicherheit, die Softwarepatente bei KMU und freien Entwicklern nach den Studien auslöst, ist dennoch ein wichtiger Indikator für die Folgenabschätzung weiterer Regulierungsvorhaben. Allein der Umstand, dass sich eine Vielzahl mittelständischer Unternehmen von einer Ausweitung der Erteilungspraxis für Softwarepatente bedroht fühlt, legt die Annahme nahe, dass sich derartige Maßnahmen auf die Innovationsdynamik in der Softwarebranche negativ auswirken würden. Dies gilt umso mehr, als der Mittelstand und freie Entwickler die europäische Softwarebranche wesentlich prägen.

Die subjektive Einschätzung der Branche ist zudem insoweit bedeutsam, als eine Ausweitung der Patentierungspraxis jedenfalls aus heutiger Sicht kaum einen Innovationsschub erwarten lässt. So haben die genannten Studien ergeben, dass die Unternehmen in einem solchen Fall nicht mehr, sondern (angesichts der befürchteten Risiken) eher weniger Investitionen in Forschung und Entwicklung tätigen würden. Auch ökonomische Studien gehen z. T. davon aus, dass gerade im Softwarebereich von Patenten kein verstärkter Anreiz für Innovation und Investition ausgeht<sup>95</sup>.

Negative Folgen auf die Marktentwicklung könnte auch die absehbar erhebliche Verunsicherung auf Seiten der Softwarenutzer, u. a. öffentliche Einrichtungen, und des Softwarehandels, auf die Marktentwicklung haben. Wie groß diese ist, hat sich an dem vorübergehenden Stopp der Münchner LiMux-Initiative gezeigt. Bis Ende 2008 will die Stadt München ihre gesamte elektronische Datenverarbeitung auf Freie-Software migrieren.

---

<sup>94</sup> Die von Patentfrei verfasste „Gemeinsame Erklärung gegen Softwarepatentierung“ haben mittlerweile über 600 KMU und Softwareentwickler unterzeichnet, vgl. <http://patentfrei.de/unternehmer/Liste.htm>.

<sup>95</sup> Vgl. etwa die Ergebnisse der empirischen Untersuchung von Bessen und Hunt: An empirical look at Software Patents, 2004, <http://www.researchoninnovation.org/swpat.pdf>. Es liegt fast in der Natur der Sache, dass auch diese Untersuchung eine kritische Erwiderung nach sich gezogen hat, vgl. Hahn/Wallsten, A Review of Bessen and Hunt's Analysis of Software Patents, [http://www.researchineurope.org/policy/hahn\\_wallsten.pdf](http://www.researchineurope.org/policy/hahn_wallsten.pdf).

Nachdem im Stadtrat auf Gefahren hingewiesen wurde, die für die Landeshauptstadt von Softwarepatenten ausgehe, forr der Münchener Oberbürgermeister das Projekt kurzzeitig ein<sup>96</sup>. Auch wenn der Projektstopp eher eine Überreaktion gewesen sein dürfte, zeigen sich hieran die erheblichen Unsicherheiten gegenüber Softwarepatenten.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Vielzahl der geäußerten Befürchtungen derart plausibel erscheint, dass sich diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch realisieren werden. Bei der Einschätzung wird jedoch letztlich nach Branchen bzw. Arten von Softwarepatenten zu unterscheiden sein. So wird die weit reichende Patentierung von v. a. Webapplikationen und anderen Standardprogrammen (bzw. Standardfunktionen) großen Einfluss auf die Interessen nicht nur branchenintern, sondern gleichermaßen der Allgemeinheit haben. Die Patentierung von Spezialanwendungen, die ausschließlich innerhalb bestimmter Branchen (etwa der Automobilindustrie) verwendet werden, hat dagegen außerhalb der beteiligten Unternehmen eher geringe Effekte und betrifft daher in erheblich geringerem Maße gesamtgesellschaftliche Interessen.

Besonders bei den Webapplikationen ist jedoch mit einiger Sicherheit zu befürchten, dass eine Ausweitung der Patenterteilungspraxis für Computerprogramme mit einer Reihe gravierender Probleme für KMU und freie Programmierer einhergehen würde. Absehbar werden sich KMU und freie Entwickler in einem durch Patente beeinflussten Wettbewerb schwerer tun, da sie sich ausführliche Patentrecherchen bzw. eine professionelle Patentstrategie häufig nicht leisten können. Damit steigt die Gefahr unbewusster Patentverletzungen und entsprechend finanzieller und rechtlicher Risiken ebenso exponentiell an wie die Rechtsunsicherheit auf Seiten dieser wichtigen Marktteilnehmer. Dies könnte wiederum zu einer stärkeren Marktkonzentration, also einem strukturellen Wandel des derzeit sehr pluralistischen Softwaremarktes, führen. Softwarepatente mögen nützlich sein. Dies gilt – wie das Fraunhofer Institut seinerzeit bereits festgestellt hat – jedoch im Zweifel ganz überwiegend nur für die Großindustrie und nicht für Mittelstand und freie Entwickler.

Dass die Aussicht auf eigene Softwarepatente diese Nachteile für Mittelständler und freie Entwickler ausgleichen könnte, erscheint schon theoretisch äußerst unwahrscheinlich. Hiergegen spricht v. a., dass die Kräfteverhältnisse der Marktteilnehmer so unterschiedlich sind, dass eine rechtliche Durchsetzung eigener Softwarepatente durch Mittelständler oder Einzelentwickler gegen Großunternehmen nur in seltenen Fällen realisierbar sein wird. Patentstreitigkeiten sind äußerst kostenintensiv. Die wesentlichen Gründe hierfür sind einerseits die in der Regel sehr hohen Streitwerte bei solchen Verfahren und andererseits

---

<sup>96</sup> Ausführlich berichtet über diesen Vorfall Krempl, in: Lutterbeck/Gehring/Bärwolff (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2005, S. 235 (237), vgl. unter [http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2005/chapter\\_04/osjb2005-04-03-krempl](http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2005/chapter_04/osjb2005-04-03-krempl).

der Umstand, dass sowohl Rechts- als auch Patentanwälte benötigt werden, die üblicherweise Stundenhonorare berechnen. Selbst wenn ein Rechtsstreit gewonnen und der unterlegene Gegner zur Kostenerstattung verpflichtet wird, bleibt meist eine erhebliche Deckungslücke<sup>97</sup>.

Selbst wenn man der vorliegenden Forschung in Bezug auf die Frage, ob Softwarepatente Innovation fördern, letztlich nur den zurückhaltenden Schluss entnehmen kann, dass dies nicht als bewiesen gelten kann, sprechen die Ergebnisse – jedenfalls in Bezug auf „allgemeine Software“ – letztlich schon gegen die Gewähr solcher Schutzrechte an sich, zumindest aber gegen eine extensive Patentierungspraxis. Denn Monopolrechte erfüllen keinen Selbstzweck. Als empfindliche Einschränkungen des Marktes sowie der Interessen von Mitbewerbern und Nutzern bedürfen sie einer Rechtfertigung. Diese könnte nur auf empirischen und wissenschaftlichen Erkenntnissen basieren, die einen positiven gesamtwirtschaftlichen Effekt nachweisen oder zumindest glaubwürdig nahe legen. Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass ein solcher Beweis – jedenfalls in Bezug auf die Entwicklung von Webapplikationen und Standardanwendungen wie „Consumer Software“ – derzeit geführt werden kann. Die Schnelllebigkeit und die kurzen Entwicklungszyklen bei solch „allgemeiner Software“ sprechen schon per se gegen diese These.

Um den positiven Effekt von Patenten auf derartige Softwareprodukte nachzuweisen, wäre also jedenfalls weitere Forschung unerlässlich. Allein pauschal auf die Anreiztheorie zu verweisen, trägt heute nicht mehr. Sie dürfte, v. a. durch die signifikante Innovationskraft der grundsätzlich gegen Softwarepatente eingestellten Open-Source-Bewegung und den positiven Nutzen offener Standards etwa für Internet-basierte Technologien, zumindest in ihrer Pauschalität widerlegt sein<sup>98</sup>. Die prosperierende Entwicklung gerade von Web-Anwendungen zeigt, dass die hierfür verantwortliche Branche auf Patente nicht angewiesen zu sein scheint. Dies ist sicherlich nicht zuletzt auf die kurzen Innovationszyklen in dieser Branche zurückzuführen. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zu anderen Forschungs- und Entwicklungsfeldern wie etwa dem Pharmabereich, die auf weit reichende und für lange Dauer gewährte Monopolrechte angewiesen sein mögen.

---

<sup>97</sup> Dies statuieren auch Sedlmaier/Gigerich in ihrem für die Stadt München erstellten Kurzgutachten zu rechtlichen Bedingungen und Risiken der Stadt beim Einsatz von Open-Source-Software, siehe dort, S. 36 (<http://www.ris-muenchen.de/RII/RII/DOK/SITZUNGSVORLAGE/517379.pdf>).

<sup>98</sup> So auch das ifrOSS in seiner Stellungnahme vom 27.3.2003, S. 2 (vgl. [http://www.ifross.de/ifross\\_html/art27.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art27.pdf)).

## 2.5 Der Meinungsstand in Bezug auf das EPLA

Nachdem die Softwarepatent-Richtlinie gescheitert war, konzentrierten sich Befürworter und Kritiker auf die Diskussionen um das EPLA.

Die Befürworter des Abkommens stützen sich auf die auch von Seiten der EPO für EPLA eingebrachten Argumente. Man argumentiert, dass die Einführung eines internationalen Patentgerichts zu einer weitergehenden Harmonisierung führen würde, die aufgrund der hierdurch erzielten, gesteigerten Rechtssicherheit für alle Beteiligten vorteilhaft sei. Auch würden hierdurch die Kosten der Rechtsdurchsetzung insbesondere in solchen Fällen sinken, in denen der Rechtsinhaber gegen den Verletzer nach geltendem Recht in mehreren Ländern einzelne Prozesse führen müsste.

Mittelstand und Software-Entwickler halten dem entgegen, dass die gegenwärtig uneinheitliche Rechtslage und die hiermit einhergehende Rechtsunsicherheit für sie sogar von Vorteil sei. Gleiches gelte auch für den Umstand, dass Patentverletzungen derzeit nicht zentral geltend gemacht werden können, sondern isoliert in jedem Einzelstaat verfolgt werden müssen. Die gegenwärtige Rechtslage verringere die Erfolgsaussichten und Effektivität von Patentklagen und entsprechend die Anzahl derartiger Rechtsstreitigkeiten<sup>99</sup>.

Gerade in dem Umstand, dass Deutschland nach EPLA seine Rechtsprechungskompetenz in Bezug auf Europäische Patente an ein zentrales, nicht in das deutsche oder europäische Gerichtswesen eingebundenes, Patentgericht abgeben würde, sehen dessen Gegner den Hauptkritikpunkt. Auf diesem Wege – so befürchten v. a. Mittelstandsinitiativen, Open-Source-Verfechter und Bürgerrechtler – werde eine extensive Patentierungspraxis für Computerprogramme auch in Deutschland auf den Weg gebracht<sup>100</sup>. Hierin liege ohnehin ein Hauptzweck des Abkommens: EPLA diene seinen Unterstützern vorrangig als Mittel, um Softwarepatenten in Europa eine stärkere Rechtsgrundlage zu verschaffen<sup>101</sup>. Da das EPgT als Teil der EPO eng mit dem Europäischen Patentamt verbunden werden würde, sei absehbar, dass das Europäische Patentgericht sich der, gegenüber Softwarepatenten großzügigen, Haltung des EPA anschließe. Da das Regulativ der extensiven Erteilungspraxis

---

<sup>99</sup> An dieser Haltung wird offensichtlich, dass sich der Mittelstand in der Softwarebranche nicht in der Position eines potenziellen Patentinhabers, sondern allein in der eines potenziellen Verletzers sieht.

<sup>100</sup> Siehe zu diesen und den im Folgenden genannten Kritikpunkten beispielhaft die Webseite der Mittelstandsinitiative „patentfrei“, <http://patentfrei.de/index.php?fuseaction=epla.softwarepatent>.

<sup>101</sup> So Florian Müller von der Anti-Softwarepatent-Kampagne „nosoftwarepatents.com“ in seinem Papier „Patentpolitik der Europäischen Union: Briefing-Dokument zur Situation nach der Anhörung vom 12. Juli 2006“, S. 3 (<http://www.softwarepatente-buch.de/06-09-17%20Patentpolitik-Briefing-Dokument%20v1.03.pdf>).

durch die nationalen Gerichte mit EPLA wegfallen, könne der Ausweitung der Softwarepatentierung nach dessen Verabschiedung nichts mehr entgegengesetzt werden<sup>102</sup>.

Im Übrigen sei die Errichtung des EPLA außerhalb der EU aus demokratischen Gründen fragwürdig. Denn die in dessen Rahmen zu schaffenden Institutionen und deren Mitarbeiter (allen voran die Europäische Patentgerichtsbarkeit als außereuropäisches Gerichtswesen) seien demokratisch nicht legitimiert. Auch sei die Unabhängigkeit der Richter angesichts des Umstands, dass auch Mitglieder einer Beschwerdekammer des EPA als Richter am EPGt tätig werden können, beide Ämter sogar gleichzeitig ausüben könnten<sup>103</sup>, nicht gewährleistet.

Ein weiterer Kritikpunkt sind die zu erwartenden Prozesskosten für Auseinandersetzungen vor dem EPGt. Diese würden, so prognostizieren die Gegner des EPLA, erheblich ansteigen, da die Streitwerte für europaweit wirkende Verfahren zwangsläufig höher seien als bei den bisherigen, rein auf nationale Sachverhalte beschränkten, Auseinandersetzungen<sup>104</sup>.

Bis heute ist das EPLA so umstritten, dass durchaus fraglich ist, ob das Abkommen jemals zu Stande kommt. Nach einem vom Bundespatentgericht im Juni 2007 organisierten Symposium zur Zukunft der Patentgerichtsbarkeit in Europa resümierte der Präsident des Gerichts, dass „die Bereitschaft wächst, sich mit dem bestehenden System zufrieden zu geben“<sup>105</sup>. Die EU-Kommission hat – aufgrund der Ablehnung einer Reihe von Mitgliedsstaaten – bislang kein Verhandlungsmandat erhalten, um mit der EPO den Abschluss des Übereinkommens auszuhandeln. Nicht einmal eine qualifizierte Mehrheit konnte im Rat hierfür erzielt werden<sup>106</sup>.

## **Stellungnahme**

Auch die Folgen des EPLA können an dieser Stelle angesichts der Vielzahl relevanter Faktoren nicht konkret eingeschätzt werden. Ob die Kosten für Patentstreitigkeiten steigen, ob solche in größerer Zahl als bisher geführt würden, ob (v. a.) ein Europäisches Patentgericht eine patentfreundliche Haltung einnehmen und so die Erteilung und Durchsetzbarkeit von Trivialpatenten begünstigen würde, ist schwer abzusehen.

---

<sup>102</sup> Nach Tilmann, a. a. O. (s. o. Fn. 80), S. 826 sollen die nationalen Gerichte allerdings im Falle eines (für die Verabschiedung von EPLA notwendigen, s. o.) Beitritts der EG zur EPÜ jedoch den EuGH im Rahmen von Vorlagefragen anrufen können (vgl. Art. 234 EGV). Der EuGH könnte dann eine für alle EU-Mitgliedsstaaten verbindliche Interpretation des EPÜ (etwa zur Auslegung der Formulierung „Computerprogramme als solche“, also die Patentierungsvoraussetzungen von Software) beschließen.

<sup>103</sup> Dies ist in dem Entwurf für eine Satzung für das EPGt vom 20.4.2004 vorgesehen, vgl. dort Art. 2, lit. a) und Art. 6 Abs. 1 ([http://www.european-patent-office.org/epo/epla/pdf/statute\\_draft\\_d.pdf](http://www.european-patent-office.org/epo/epla/pdf/statute_draft_d.pdf)).

<sup>104</sup> So Florian Müller a. a. O. (Fn. 101).

<sup>105</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/91774>.

<sup>106</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/91774>.

Diesbezüglich mit subjektiven, mehr oder weniger spekulativen Einschätzungen zu operieren, scheint wenig hilfreich.

### **Auswirkungen auf die Verfahrenskosten**

Immerhin mit der Kostenfrage hat sich das EPA in einer „Beurteilung der Auswirkungen des Europäischen Übereinkommens über Patentstreitigkeiten (EPLA) auf das bestehende System zur gerichtlichen Durchsetzung und Übermittlung von europäischen Patenten“ auseinandergesetzt<sup>107</sup>. Hierin wurden zunächst die Kosten für die gerichtliche Durchsetzung Europäischer Patente nach dem geltenden System analysiert (die Untersuchung operiert hier mit Schätzwerten). Die Ergebnisse wurden prognostizierten Kosten für Verfahren vor dem EPgT gegenübergestellt.

Die Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass ein Verfahren vor dem EPgT höhere Kosten verursachen wird als ein herkömmliches nationales Verfahren, das nur vor einem Gericht geführt wird (Ausnahme: Patentstreitigkeiten in Großbritannien, wo die Verfahrenskosten mit Abstand am höchsten sind). Würden jedoch bei zwei oder mehr nationalen Gerichten Parallelverfahren geführt, ergäben sich aus der alleinigen Zuständigkeit des EPgT Kostenvorteile für die Parteien.

Ob die durchschnittlichen Verfahrenskosten für Patentstreitigkeiten mit der Verabschiedung des EPLA steigen oder fallen würden, hängt damit – nimmt man an, dass die Prognosen des EPA zutreffen – davon ab, ob Parallel- oder Mehrfachverfahren derzeit die Regel oder eine Ausnahme darstellen. Dies wird jedoch wiederum sehr unterschiedlich beurteilt<sup>108</sup>.

Auch die Entwicklung der Verfahrenskosten kann daher mangels öffentlich bekannter Statistiken hier nicht eindeutig eingeschätzt werden. Allerdings wird diese Frage für die Beurteilung von EPLA letztlich nicht entscheidend sein. Zentral erscheint vielmehr der vorgenannte Aspekt, also wie sich Maßnahmen zur Reform des Patentsystems auf die Eintragungspraxis bei computerimplementierten Erfindungen auswirken. Nach Einschätzungen des EPA betragen die Verfahrenskosten für ein durchschnittliches Patentverletzungsverfahren in Deutschland zwischen 50.000 und 250.000 Euro für die erste Instanz. In Großbritannien kostet ein vergleichbares Verfahren zwischen 150.000 (für beschleunigte Verfahren) und 1.000.000 Euro. Unabhängig davon, ob diese Kosten bei Auseinandersetzungen vor einem Europäischen Patentgericht etwas geringer, vergleichbar

---

<sup>107</sup> Siehe [http://www.european-patent-office.org/epo/epla/pdf/impact\\_assessment\\_2006\\_02\\_v1\\_de.pdf](http://www.european-patent-office.org/epo/epla/pdf/impact_assessment_2006_02_v1_de.pdf).

<sup>108</sup> Nach Florian Müller (a. a. O., Fn. 101) weisen Großunternehmen wie Nokia und Glaxo Smith Kline darauf hin, dass nur fünf bis zehn Prozent aller Patentverletzungsklagen in Europa parallel in mehreren Ländern geführt würden. Das EPA geht in seiner Beurteilung (s. o. Rn. 76) dagegen davon aus, dass „Mehrfachrechtsstreitigkeiten vor nationalen Gerichten in drei europäischen Staaten heute der Durchschnitt“ seien.

oder höher sind: Für ein Mittelstandsunternehmen oder gar einen freien Softwareentwickler sind derartige Aufwendungen in der Regel ohnehin Existenz gefährdend.

Die unbestreitbaren rechtlichen Unwägbarkeiten, die Softwarepatente für Mitbewerber häufig mit sich bringen, führen zu eben diesen Prozess- und Kostenrisiken. Steigt die Zahl der vergebenen Patente, steigen auch derartige Risiken. Es liegt auf der Hand, dass diese Umstände zumindest diejenigen erheblich beeinträchtigen, die selbst – aus welchen Gründen auch immer – keine Patente halten. Das trifft aus heutiger Sicht wiederum v. a. auf freie Entwickler, die gesamte Open-Source-Community und einen Großteil der mittelständischen Unternehmen zu. Maßnahmen, die potenziell zu einem Anstieg von Softwarepatenten führen und/oder eine effektivere Durchsetzung solcher Patente ermöglichen sollen, müssen stets im Lichte dieser Erkenntnisse abgewogen werden. Dass die Gruppe der „Nicht-Patentinhaber“ sich in Zukunft mit großen Patentportfolios „rüsten“ kann oder wird, um möglichen Angriffen aus der Großindustrie etwas entgegensetzen zu können, erscheint doch sehr unwahrscheinlich. Die Kräfteverhältnisse werden jedenfalls so lange äußerst ungleich bleiben, wie der europäische Softwaremarkt seinen bisherigen pluralistischen Charakter erhält.

### **Auswirkung auf die Erteilungspraxis bei Softwarepatenten**

Maßgeblich ist daher auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Errichtung einer Europäischen Patentgerichtsbarkeit eine Zunahme von Softwarepatenten, insbesondere auf triviale Erfindungen, begünstigen oder gar zwingend nach sich ziehen würde.

Dies hängt sicherlich nicht unerheblich davon ab, wie die Senate des Europäischen Patentgerichts besetzt würden, da dieser Aspekt wiederum maßgeblich für die wesentlichen Entscheidungslinien des Gerichts sein dürfte. Der Entwurf für eine Satzung des EPGt sieht für die Richterbefähigung mehrere Optionen vor. Neben den bereits genannten Mitgliedern der Beschwerdekammern des EPA können auch Richter aus den Vertragsstaaten (etwa vom deutschen Bundesgerichtshof) oder andere Personen berufen werden, die „über gleichwertige Erfahrungen verfügen“ (siehe Art. 2 des Satzungs-E). Wie sich die Berufungspraxis letztlich realisiert, bleibt abzuwarten. Sollten tatsächlich in großer Zahl Mitglieder der Beschwerdekammern in den Senaten des EPGt eingesetzt werden, wäre sicherlich damit zu rechnen, dass das Gericht sich im Großen und Ganzen der Entscheidungspraxis des EPA anschließt. Dies wäre v. a. zu erwarten, wenn der Entwurf für eine Satzung beibehalten würde, nach dem EPA-Prüfer gleichzeitig als Richter am Patentgericht tätig sein können. In diesem Fall wäre immerhin möglich, dass dieselbe Person über die Erteilung eines Patents und später über dessen Wirksamkeit befindet.

## **2.6 Schlussbemerkung**

Nach der hier vertretenen Ansicht, ist eine Harmonisierung ungleicher Rechtsvorschriften oder -anwendung in einem Wirtschaftsraum wie der Europäischen Union generell zu begrüßen. Entscheidend kommt es jedoch darauf an, in welche Richtung die Harmonisierung geht. Sie kann letztlich nur befürwortet werden, wenn hiermit eine Rechtslage angestrebt wird, die allen betroffenen Interessen gerecht wird.

Nach bisherigen Erkenntnissen lässt sich nicht belegen, dass Patente auf computerimplementierte Erfindungen für die Innovationsdynamik – jedenfalls auf dem Markt mit „allgemeiner Software“ wie Webapplikationen und anderer Consumer-Software – auf dem Softwaremarkt erforderlich oder auch nur förderlich sind. Dass das US-amerikanische Patentmodell sich im „Wettstreit der Systeme“ gegenüber dem europäischen Modell behauptet hätte, ist ebenfalls nicht bewiesen. Allein dies sollte zu der Erkenntnis führen, dass Maßnahmen, die zu einer Ausweitung der Erteilungspraxis gegenüber dem Status quo führen oder gar die weiter gehende Erteilung von Trivialpatenten begünstigen, zu vermeiden sind. Denn Schutzrechte, deren Bedürfnis und positiver Nutzen nicht belegt ist, sind nicht zu rechtfertigen und sollten entsprechend nicht gewährt werden.

## **V. Deutsche Regelungsinitiativen**

### ***1. Das Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sog. „1. Korb“)***

#### **1.1 Hintergrund**

Das „Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ wurde im September 2003 vom deutschen Gesetzgeber in Kraft gesetzt. Die Gesetzesmaßnahme diente der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG und der WIPO-Urheberrechtsverträge WCT und WPPT. Erhebliche Kontroversen über die Ausgestaltung der Gesetzesreform führten dazu, dass die Frist zur Umsetzung der Richtlinie (bis zum 22. Dezember 2002) letztlich nicht unerheblich überschritten wurde.

## **1.2 Wesentliche Regelungsaspekte des 1. Korbes**

Von den vielen Änderungen, die der 1. Korb mit sich brachte, sollen hier die potenziell für den vorliegenden Kontext wichtigsten beschrieben werden. Dies sind insbesondere die Einführung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung, der Schutz technischer Maßnahmen und die Anpassung bzw. Einführung neuer Schrankenbestimmungen.

### **1.2.1 Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung**

Durch den 1. Korb wurde für die Urheber ein neues Verwertungsrecht eingeführt: das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG). Man könnte dies auch als Online-Recht bezeichnen, da es sich um die ausschließliche Befugnis handelt, Werke zum interaktiven Abruf durch die Öffentlichkeit bereitzuhalten.

Der Umstand, dass das Online-Recht in das deutsche Urheberrechtsgesetz aufgenommen wurde, bedeutet für sich genommen noch keine maßgebliche Rechtsänderung. Denn das deutsche Urheberrecht basiert auf dem Grundgedanken, dass der Urheber über alle (v. a. wirtschaftlich) relevanten Nutzungen seines Werkes verfügen können soll. Entsprechend war auch schon vor der Einführung des § 19a UrhG allgemein anerkannt, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zustehe, über die Online-Verwertung ihrer Errungenschaften zu entscheiden.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang vielmehr die Tatsache, dass Verwertungsrechte in der Regel eingeschränkt werden, um einen ausgewogenen Interessenausgleich herzustellen. Anders als die Schutzrechte werden die Schrankenbestimmungen im deutschen Recht (v. a. durch die Rechtsprechung) sehr unflexibel und restriktiv angewendet. Bis Mitte der 1990er Jahre hat sogar der Bundesgerichtshof die Ansicht vertreten, dass Schrankenbestimmungen an Änderungen der Interessenlage (bedingt z. B. durch Entstehung neuer Technologien) nur durch den Gesetzgeber angepasst werden können. Mit Spannung wurde daher erwartet, welche Einschränkungen für das neue Online-Recht gewährt werden würden.

### **1.2.2 Neue und geänderte Schrankenbestimmungen**

#### **Die Bildungs- und Forschungsschranke des § 52a UrhG**

Trotz der erheblichen Bedeutung, die Online-Angebote mittlerweile für die Bereitstellung und Verbreitung von Kulturgütern und Informationen erlangt haben, sieht der 1. Korb nur

marginale Einschränkungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung vor. Berechtigte Interessen, Werke in besonderen Konstellationen auch ohne Zustimmung der Rechtsinhaber online zu stellen, erkennt der Gesetzgeber nur in seltenen Ausnahmen an<sup>109</sup>.

Für Forschung und Lehre besonders bedeutsam sollte der neue § 52a UrhG sein. Nach dieser Regelung ist es möglich, fremde Werke in beschränkt zugänglichen, Bildungs- und Forschungszwecken dienenden, Netzwerken online zugänglich zu machen, ohne Nutzungsrechte einzuholen, Lizenzverträge zu schließen und individuelle Lizenzgebühren zu bezahlen. Im – begrenzten – Umfang der Schrankenbestimmung ist eine Zustimmung vielmehr nicht erforderlich, die finanzielle Kompensation soll durch pauschale Vergütung geleistet werden.

Prinzipiell steht hinter § 52a UrhG ein für die Wissensgesellschaft elementarer Regelungsgedanke. Forschung und (Aus-)Bildung sind auf die Verwendung urheberrechtlich geschützter Güter angewiesen. Dies gilt nicht zuletzt angesichts der äußerst geringen Schutzanforderungen<sup>110</sup>, die dazu führen, dass bereits wenig individuelle Werke oder gar kleine Teile von Werken häufig bereits urheberrechtlich geschützt sind. Es liegt auf der Hand, dass gerade die Wissenschaft und die Lehre von den Möglichkeiten der „neuen Medien“, wie v. a. dem Internet und anderen elektronischen Vermittlungsformen, erheblich profitieren können. Der Einsatz von Online-Technologien im oder zur Unterstützung des Unterricht(s) an Schulen, Hochschulen sowie Aus- und Weiterbildungseinrichtungen erscheint zukünftig auch unverzichtbar, da diese in den meisten Bevölkerungsschichten als wesentliche Informationsquelle etabliert sind und daher auch im Bildungswesen zunehmend eingesetzt werden sollten.

Die Schrankenbestimmung des § 52a UrhG könnte dies maßgeblich erleichtern, wenn nicht gar erst ermöglichen. Denn es ist naturgemäß ausgeschlossen, dass etwa Lehrpersonal vor der Verwendung geschützter Inhalte, wie Filmen, Texten, Bildern o. Ä., die für eine Online-Darstellung in der (Aus-)Bildung erforderlichen Rechte erwirbt.

Indes wurde der Anwendungsbereich der Regelung im Laufe der Diskussion über den 1. Korb aufgrund der massiven Kritik – insbesondere von Filmindustrie und Verlagen – so stark

---

<sup>109</sup> Bei der Beurteilung dieser Tatsache ist zu berücksichtigen, dass „öffentliche Zugänglichmachung“ i. S. d. § 19a UrhG keineswegs nur die Fälle betrifft, in denen ein Werk über das Internet uneingeschränkt der Allgemeinheit zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird. Vielmehr ist der Begriff der Öffentlichkeit nach Maßgabe des § 15 Abs. 3 UrhG zu verstehen (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, § 19a, Rn. 7). Eine öffentliche Zugänglichmachung liegt hiernach immer dann vor, wenn ein Werk von einer Mehrzahl von Personen (mindestens zwei) genutzt werden kann, die nicht untereinander oder im Verhältnis zum Anbieter durch persönliche Beziehungen verbunden sind. Auch kleine, in sich geschlossene und gegen den Zugriff von Externen geschützte Netze, deren Zugriffsberechtigte nicht persönlich verbunden sind, fallen hierunter. Dies kann z. B. auf E-Learning-Kursräume zutreffen, die der digital gestützten Fernlehre dienen. Auch geschlossene Newsgroups, Wissenschaftsverbände oder Firmennetzwerke können hierunter fallen, soweit die Zugriffsberechtigten keine persönlichen, sondern ausschließlich Zweckgemeinschaften bilden.

<sup>110</sup> Im Urheberrecht ist der „Schutz der kleinen Münze“, von Werken der angewandten Kunst einmal abgesehen, allgemein anerkannt (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, Einleitung, Rn. 16). Das bedeutet, dass auch wenig individuelle Werke oder Werkteile unter den Urheberrechtsschutz fallen. Das Urheberrecht ist längst nicht mehr künstlerischen oder hochkreativen Schöpfungen vorbehalten.

eingeschränkt, dass diese für die Zielgruppe praktisch kaum handhabbar ist. Zum einen birgt die Unterrichts- und Forschungsschranke im Detail so viele ungeklärte Auslegungsfragen, dass Laien kaum beurteilen können, ob die im jeweiligen Fall geplante Nutzung wirklich hierunter fällt. Erschwerend kommt hinzu, dass sich die Bedeutung der diversen Einschränkungen von § 52a UrhG mitunter nicht einmal bei näherer Prüfung genau ermitteln lässt<sup>111</sup>. Obgleich von Seiten der Forschungs- und Bildungsinstitutionen nach wie vor massive Kritik an der verstümmelten und unklaren Regelung geübt wird<sup>112</sup> und auch der Bundesrat klarstellende Änderungen im Rahmen des 2. Korbes dringend angeraten hat<sup>113</sup>, hat sich die Bundesregierung bislang geweigert, die Bestimmung erneut zu überarbeiten<sup>114</sup>.

Erhebliche Unsicherheiten entfaltet § 52a UrhG zudem angesichts seiner Befristung (siehe § 137k UrhG) und der hierin enthaltenen Vergütungspflicht. So war die Unterrichts- und Forschungsschranke zunächst bis zum 31.12.2006 zeitlich befristet, sollte also zu diesem Zeitpunkt ersatzlos entfallen. Zwar hat der Gesetzgeber diese „Verfallsfrist“ mittlerweile durch das „Fünfte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ vom 10. November 2006 bis Ende des Jahres 2008 verlängert. Das eigentliche Problem der Befristung wurde hierdurch jedoch nicht gelöst: Vor allem im E-Learning-Bereich werden häufig kostenintensive Lehrmaterialien entwickelt. Die hierfür v. a. von der öffentlichen Hand getätigten Investitionen sind auf eine langjährige Verwendung der geschaffenen Inhalte ausgerichtet. Angesichts der Befristung ist es jedoch kaum ratsam, in Lernprodukte auf Basis des § 52a UrhG fremde Inhalte zu integrieren, ohne hierfür die Rechte zu klären. Denn eine dauerhafte Verwendungsmöglichkeit ist aufgrund der Befristung nicht gesichert. Tritt § 52a UrhG Ende 2008 planmäßig außer Kraft, müssten die Rechte für E-Learning-Produkte (man denke etwa an umfangreiche Datenbanken oder multimediale Lernmodule) aufwändig nacherworben oder die Inhalte entfernt werden. Viele hochwertige Lernprodukte würden damit im Zweifel unverwendbar werden.

Auch die nach wie vor unklaren Modalitäten für die die nach § 52a Abs. 4 UrhG zu zahlende Vergütung hemmen den Nutzen der Schrankenbestimmung und zwar sowohl für die Rechtsinhaber als auch die Nutzer. Auf Seiten der Nutzer herrscht derzeit erhebliche

---

<sup>111</sup> So dürfen hiernach nur kleine Teile geschützter Werke oder Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften genutzt werden, Werke, die für den Unterricht an Schulen bestimmt sind, sind vom Anwendungsbereich ausgenommen, und Filme dürfen erst nach Ablauf von zwei Jahren nach Beginn der Kinoauswertung genutzt werden. Es stellt sich z. B. die Frage, wie Filme zu handhaben sind, die nicht im Kino gezeigt werden. Diese Unsicherheit betrifft eine Vielzahl von Filmen, die für die Nutzung im Unterricht und in der Forschung besonders bedeutend sind, wie v. a. Reportagen, Lehr- und Dokumentarfilme.

<sup>112</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des „Aktionsbündnis Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ zum Referentenentwurf zum 2. Korb vom 26.11.2004, S. 8 ff. (siehe [http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/AB\\_Urheberrecht\\_BuW\\_261104\\_CC.pdf](http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/AB_Urheberrecht_BuW_261104_CC.pdf)). Im Aktionsbündnis sind alle großen deutschen Wissenschaftsorganisationen sowie eine Vielzahl kleinerer Einrichtungen und privater Unterzeichner organisiert.

<sup>113</sup> Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf des 2. Korbes, BT-Drcks. 16/1828, S. 37 (39 ff.).

<sup>114</sup> Siehe wiederum die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates BT-Drcks. 16/1828, S. 47.

Verunsicherung darüber, was diese Vergütungspflicht bedeutet. Müssen etwaige Nutzungen schon jetzt dokumentiert werden und wenn in welcher Form? Kommen nach Aushandlung der Vergütungsmodalitäten massive Nachzahlungen auf die Bildungs- und Forschungseinrichtungen oder gar die individuellen Nutzer (Lehrpersonal, Wissenschaftler) zu? Wie hoch könnten solche Vergütungen ausfallen? Usw. Seit der Gesetzesnovellierung verhandeln Interessenvertreter der Verlage sowie der Kultusministerkonferenz (KMK) über eine Vergütungslösung. Bis heute wurde keine Einigung bekannt gegeben. Vergütungen werden nicht bezahlt, was v. a. aus Sicht der Urheber – soweit Nutzungen überhaupt vorgenommen werden – nicht akzeptabel ist<sup>115</sup>.

Die unbefriedigende Ausgestaltung der Bildungs- und Wissenschaftsschranke kann neben den negativen Folgen für die Qualität von Bildung, Aus- und Weiterbildung sowie die Forschung auch negative ökonomische Folgen entfalten. Denn wird das Bedürfnis nach der Online-Nutzung fremder Inhalte in Bildung und Wissenschaft nicht mit erheblichen Erleichterungen sowie angemessenen Pauschalgebühren durch eine klare und nicht zu weit gehend beschränkte Ausnahmeregelung gestützt, werden die hiermit befassten Institutionen und deren Träger mit erheblichen (Mehr-)Kosten belastet. Angesichts leerer Kassen in den Bildungs- und Forschungsetats kann ein durch attraktive und informative Inhalte bereichertes und der Informationsgesellschaft angemessenes Bildungssystem kaum zusätzlich durch massive Lizenzierungspflichten und hiermit verbundenen Kosten und Aufwand belastet werden. Müssen Rechte geklärt und eingekauft werden, bedürften die Einrichtungen (personeller) Kapazitäten mit entsprechendem Know-how, die in Schulen, Hochschulen oder Aus- und Weiterbildungseinrichtungen so wenig vorhanden wie realisier- oder gar finanzierbar sind.

Mögliche Ursachen der defizitären Ausgestaltung der Bildungs- und Wissenschaftsschranke sind folgende: Entweder das Gesetz wird nicht beachtet und den Realitäten durch u. U. rechtswidrige Handlungen Rechnung getragen. Oder die Möglichkeiten, die § 52a UrhG eröffnen soll, werden angesichts der Rechtsunsicherheit nicht genutzt. Beide Folgen sind angesichts der schon vorhandenen Probleme einerseits in Bezug auf das Bewusstsein und die Akzeptanz des Urheberrechts in der Bevölkerung, andererseits im Hinblick auf die Qualität des deutschen Bildungssystems (Stichwort: PISA-Studien) nicht hinnehmbar. Auch auf Innovation, Forschung und den Arbeitsmarkt wird eine den tatsächlichen Bedürfnissen von Wissenschaft und Bildung nicht angepasste Ausgestaltung des Urheberrechts letztlich negative Wirkungen entfalten.

---

<sup>115</sup> Die scheinbare Unfähigkeit der Verhandlungsparteien, sich auf eine Vergütungsregel zu einigen, konterkariert auch den hinter der Vergütungsregel stehenden Interessenausgleich. Immerhin dient diese zur Kompensation der Urheber und Rechtsinhaber für die auf Grundlage der Schrankenbestimmung vorgenommenen Nutzungen.

Änderungen der Ausnahmeregelung des § 52a UrhG (und weitere Reformen des Urheberrechts), etwa wie vom Bundesrat<sup>116</sup> oder der Initiative „Schulen ans Netz“<sup>117</sup> für den 2. Korb vorgeschlagen, scheinen daher dringend geboten.

### **Änderung der Privatkopieschranke**

Die sog. Privatkopieschranke (§ 53 Abs. 1 UrhG) war im Rahmen des 1. Korbes massiver Kritik, insbesondere durch die Film- und Musikindustrie, ausgesetzt. Vor allem die Musikindustrie forderte gravierende Einschränkungen, etwa die Abschaffung der digitalen Privatkopie, deren Beschränkung auf Kopien vom eigenen Original (also auf eine Sicherungskopie) und Weiteres. Hiergegen wendeten sich wiederum v. a. die Verfechter des Verbraucherschutzes und Bürgerrechtsorganisationen.

Der Gesetzgeber lehnte es letztlich ab, die Privatkopieschranke grundlegend zu überarbeiten. Die kontroverse Diskussion sollte vielmehr in den 2. Korb verschoben werden, da die Umsetzungsfrist der Richtlinie drängte und Änderungen dieser Regelung durch die Richtlinie nicht vorgegeben waren. Dennoch nahm der Gesetzgeber eine Einschränkung vor, indem er die Vervielfältigung von Werken zu privaten Zwecken untersagte, soweit als Vorlage ein „offensichtlich rechtswidrig hergestelltes“ Werkexemplar verwendet wird. Hierdurch sollten vor allem Downloads von Musik und Filmen aus dem Internet bzw. aus Tauschbörsen verhindert werden.

Letztlich hat sich die Beschränkung von § 53 Abs. 1 UrhG aufgrund ihrer Formulierung als ungeeignet erwiesen, um diesen Zweck zu erreichen. Denn es ist in den meisten Fällen davon auszugehen, dass der Nutzer keinerlei Kenntnisse darüber haben wird, ob die Herstellung der Kopiervorlage rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt ist. Da Tauschbörsen vollkommen anonym in aller Welt genutzt werden und die hier kursierenden Dateien kaum Rückschluss auf ihre Herkunft zulassen, geht die Beschränkung letztlich ins Leere<sup>118</sup>. Für den 2. Korb wird daher eine weitergehende Einschränkung vorgeschlagen (s. u.).

---

<sup>116</sup> Siehe zu Forderungen des Bundesrates S. 39 f. des Regierungsentwurfs.

<sup>117</sup> Vgl. die Stellungnahme des Vereins vom 16.11.2004, <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/refentw/Schulen-ans-Netz-16-11-2004.pdf>.

<sup>118</sup> Immerhin kann es sich bei den angebotenen Dateien auch um Originale oder rechtmäßig angefertigte Privatkopien handeln. Auch ist denkbar, dass die Herstellung in einem Land erfolgt ist, in dem es nicht verboten ist, Werke zu vervielfältigen, in dem es möglicherweise nicht einmal ein Urheberrecht gibt. In all diesen Fällen ist die Anfertigung der Kopiervorlage nicht – schon gar nicht offensichtlich – rechtswidrig erfolgt. Dies erkannte schon die Bundesregierung, die sich im Rahmen des 1. Korbes gegen eine solche Einschränkung der Privatkopie aussprach. Im Regierungsentwurf zum 1. Korb (BT-Drcks. 15/38, S. 39) heißt es: „Beim Online-Zugriff und auch in vielen Fällen der Offline-Vervielfältigung lässt sich nämlich die Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage nicht beurteilen. Im Internet zum Download bereitgehaltene Dateien bieten keinerlei Anhaltspunkte für ihre Herkunft.“

### 1.2.3 DRM-Systeme – Der Schutz technischer Maßnahmen

Die wohl gravierendste Neuerung des 1. Korbes liegt in der Einführung des „Schutzes technischer Maßnahmen“, also dem Verbot einer Umgehung oder Entfernung von DRM- und anderen technischen Schutzsystemen.

Die neu geschaffenen Regelungen der §§ 95a ff. UrhG basieren auf Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie. Sie enthalten verschiedene Verbote und Befugnisse, auch strafrechtliche Sanktionen und Ordnungswidrigkeiten-Tatbestände sind vorgesehen. Der Schutz technischer Maßnahmen bedeutet für das Urheberrecht einen nachhaltigen Paradigmenwechsel.

Es handelt sich hierbei letztlich um ein neues Regelungsinstrument, das sich in seinem Wesen von dem herkömmlichen Urheberrecht unterscheidet und dessen Auswirkungen auf den Zugang von und den Umgang mit Wissen und Information äußerst bedenklich sind. Die Unterschiede zum herkömmlichen Urheberrechtsschutz sind evident. Das Urheberrecht betrifft nur Nutzungshandlungen, die mit einem Werk vorgenommen werden. Der Urheber hat hiernach also das ausschließliche Recht, darüber zu entscheiden, ob sein Werk vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben wird. Hierüber geht der Schutz technischer Maßnahmen erheblich hinaus. Hiernach ist es untersagt, eine technische Schutzmaßnahme (wie ein Kopierschutz- oder Digital-Rights-Management-System) zu umgehen, wenn diese vom Berechtigten angebracht wurde, um Zugang oder Nutzung seines Werkes zu kontrollieren bzw. zu verhindern. Die Neuregelung hat zur Folge, dass der Berechtigte nun nicht mehr nur die Nutzung seines Werkes als solche untersagen kann, sondern auch der eigentlichen Nutzung vorgelagerte Handlungen, die sich auf die technische Maßnahme beziehen.

Was dies für Schutz und Nutzung eines Werkes bedeutet, lässt sich anschaulich an einem Schichtenmodell erläutern. Die Kontrolle der Rechtsinhaber über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke wird durch verschiedene, sich wechselseitig sichernde rechtliche und technische Mechanismen geschützt. Jede Sicherungsebene dient der höher gelegenen gewissermaßen als „doppelter Boden“, wodurch eine Mehrfachabsicherung der Interessen der Rechtsinhaber erreicht wird.

#### **1. Sicherungsebene: Urheberrecht**

Schützt vor unbefugter Nutzung des Werkes (rechtlicher Schutz)

#### **2. Sicherungsebene: Technische Schutzmaßnahme**

Schützt vor unbefugter (und befugter) Nutzung sowie – je nach Funktion – vor unbefugtem Zugang zum Werk

(technischer Schutz)
<b>3. Sicherungsebene: Schutz technischer Maßnahmen</b> Schützt vor einer Umgehung der technischen Schutzmaßnahme (rechtlicher Schutz)
<b>4. Sicherungsebene: Schutz vor Handlungen, die Umgehungen erleichtern oder ermöglichen</b> § 95a Abs. 3 untersagt es, Umgehungsmittel oder Informationen über Umgehungsmittel (z. B. Anleitung zur Umgehung eines Kopierschutzes) herzustellen, zu vertreiben usw. (rechtlicher Schutz)

Ziel und Zweck der Novellierung liegt darin, die weitgehend unkontrollierbare Nutzung, Vervielfältigung und Weitergabe von digitalen Werkexemplaren im Interesse v. a. der Unterhaltungsindustrie zu verhindern.

Ob dieses Ergebnis letztlich erreicht werden kann, ist angesichts der technisch anfälligen Schutzsysteme sowie der schwierigen Rechtsverfolgung zumindest zweifelhaft. Tatsache ist jedoch, dass die DRM-Regelungen erhebliche Kollateralschäden entfalten, die insbesondere auf deren einseitige Schutzrichtung und hierauf basierende Unausgewogenheit zurückzuführen sind. Bedenklich ist bereits die hiermit einhergehende erhebliche Expansion der Ausschließlichkeitsrechte. Diese ist im Wesentlichen auf die InfoSoc-Richtlinie zurückzuführen, bei deren Umsetzung dem deutschen Gesetzgeber nur eingeschränkte Spielräume zustanden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die deutsche Urheberrechtspolitik für die Fehlentwicklung nicht verantwortlich wäre. Vielmehr nimmt Deutschland – als einer der größten Absatzmärkte für die Informationswirtschaft – auf die europäische Urheberrechtspolitik traditionell erheblichen Einfluss.

Kritikwürdig ist der Schutz technischer Maßnahmen schon grundsätzlich insoweit, als dieser in das Urheberrecht integriert wurde. Bei dem ausschließlichen Recht, die Umgehung und Verwendung technischer Schutzmaßnahmen zu verbieten, handelt es sich – wie gesagt – nicht um eine urheberrechtliche Befugnis, sondern um ein Sonderschutzrecht, das mit dem Urheberrecht als solchem nur mittelbar zu tun hat. Vor allem aber die Ausgestaltung der neuen Schutzrechte ist aus Sicht eines ausgewogenen Interessenausgleichs zwischen den Individualinteressen der Verwerter und Urheber sowie den Gemeinwohlinteressen bedenklich.

Fakt ist, dass die §§ 95a ff. des deutschen Urheberrechtsgesetzes den Erhalt des urheberrechtlichen Interessenausgleichs ins Belieben der Rechtsinhaber stellen. „Wirksame“

technische Schutzmaßnahmen werden hiernach gegen Umgehung und weitere Angriffe geschützt, unabhängig davon, ob sie gesetzlich anerkannte, freie Nutzungshandlungen zulassen oder nicht. Diese rechtliche Situation wird entsprechend von den Anbietern ausgenutzt. Die heutzutage für verschiedenste Informations- und Kommunikationsgüter (z. B. eBooks, digitale wissenschaftliche Publikationen, Musik, Film etc.) eingesetzten DRM-Systeme nehmen keine Rücksicht auf die urheberrechtlichen Nutzungsfreiheiten. Sie ermöglichen oder verhindern Nutzungshandlungen nach dem Willen des Anbieters (Verlage, Musik- und Filmunternehmen, Online-Shop-Betreiber usw.). Nutzungsfreiheiten, die durch die Schrankenbestimmungen an sich gewährt werden, können in vielen Fällen nicht mehr wahrgenommen werden. Die Teilhabe der Gesamtbevölkerung an Informationen und dem kulturellen Leben wird damit erheblich gefährdet. Denn obwohl das Urheberrecht Privilegien z. B. für Bildungszwecke<sup>119</sup>, für behinderte Menschen<sup>120</sup>, Bibliotheken<sup>121</sup>, die aktuelle Berichterstattung<sup>122</sup>, die private Nutzung<sup>123</sup> oder Kunst und Wissenschaft<sup>124</sup> vorsieht, können und dürfen diese nicht wahrgenommen werden, wenn hierfür eine technische Schutzmaßnahme umgangen oder entfernt werden muss.

Zwar hat der Gesetzgeber einige der bedeutenden Ausnahmeregelungen „durchsetzungsstark“ ausgestaltet (siehe § 95b Abs. 1 UrhG). Dies bedeutet jedoch nicht etwa, dass die Schrankenbegünstigten eine wirksame Schutzmaßnahme umgehen dürfen, wenn dies für die Wahrnehmung des Privilegs erforderlich wäre. Vielmehr gewährt § 95b Abs. 1 UrhG lediglich einen Anspruch gegen den Rechtsinhaber, die zur Vornahme der privilegierten Nutzungshandlung zur Umgehung des DRM-Systems oder Kopierschutzes erforderlichen technischen Mittel herauszugeben. Praktikable Lösungen, wie eine solche Durchsetzung mangels eines (Selbsthilfe-)Rechts auf eigenhändige Umgehung vorstatten gehen soll, sind jedoch bislang nicht ersichtlich. So müsste der jeweils privilegierte Nutzer sich im Zweifel individuell an den oder die Rechtsinhaber wenden, um die zur Vornahme der Nutzungshandlung notwendigen technischen Mittel herauszuverlangen (etwa in Form von Entschlüsselungssoftware o. Ä.). Angesichts der häufig ebenso kurzfristig aufkommenden wie obsolet werdenden Nutzungserfordernisse dürfte diese gesetzliche „Lösung“ i. d. R. kaum den faktischen Notwendigkeiten entsprechen.

---

<sup>119</sup> Vgl. etwa §§ 52a, 53 Abs. 3 (Vervielfältigung von Werken zu Unterrichts- und Prüfungszwecken), 46 (Sammlungen für den – u. a. – Schulgebrauch).

<sup>120</sup> § 45a UrhG gestattet, Werke für behinderte Menschen unter gewissen Umständen zustimmungsfrei zu vervielfältigen und zu verbreiten.

<sup>121</sup> Vgl. § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG wonach – u. a. – Bibliotheken zur Archivierung der eigenen Bestände berechtigt sind.

<sup>122</sup> Beispielsweise § 50 UrhG (Berichterstattung über Tagesereignisse) oder § 48 (öffentliche Reden).

<sup>123</sup> Vgl. v. a. die sog. Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG.

<sup>124</sup> Bedeutend ist diesbezüglich v. a. die Zitatschranke in § 51 UrhG.

Hinzu kommen weitere Kritikpunkte an der vom deutschen und europäischen Recht vorgesehenen Durchsetzungslösung. Zum einen sind für die öffentlichen Interessen wesentliche Schrankenbestimmungen im Katalog der durchsetzungsstarken Privilegien in § 95b Abs. 1 nicht aufgeführt. Dies gilt v. a. für die digitale Privatkopie und das Zitatrecht. Zum anderen ist in § 95b Abs. 3 UrhG bestimmt, dass eine Durchsetzung nicht möglich ist, wenn es sich um Werke handelt, die online zugänglich gemacht werden. Die Regelung basiert auf der (zwingenden) Vorgabe in Art. 6 Abs. 4, 2. Unterabsatz der InfoSoc-Richtlinie.

Soll z. B. ein kopiergeschützter wissenschaftlicher Beitrag, der aus einem Online-Verlagsangebot stammt, zu Ausbildungszwecken gem. § 52a UrhG in ein Intranet gestellt werden, kann die Einrichtung vom Verlag nicht verlangen, die hierfür notwendigen Mittel herauszugeben<sup>125</sup>. Gem. § 95b Abs. 3 UrhG besteht für dieses „öffentlich zugänglich gemachte“ Werkexemplar kein Durchsetzungsrecht des Schrankenbegünstigten. In Anbetracht des Umstands, dass die Informationsvermittlung zunehmend über Online-Technologien erfolgt, die die Offline-Medien (z. B. Zeitschriften) mehr und mehr verdrängen, zeichnen sich für die Wahrnehmung bedeutender Nutzungsfreiheiten gravierende Schwierigkeiten ab. Denn die Inanspruchnahme der Schrankenbestimmungen liegt gerade in Bezug auf online bereitgestellte Inhalte allein in der Entscheidung der Rechtsinhaber, die bestimmen können, ob und zu welchem Preis eine Nutzung vorgenommen werden kann. Der Gesetzgeber gibt seine Verantwortlichkeit für wichtige Regelungsaspekte damit zugunsten der Interessen der Privatwirtschaft auf. Die Gemeinwohlbelange verbleiben ohne gesetzlichen Schutz.

Derzeit ist weder abzusehen noch zu erwarten, dass die Rechtsinhaber freiwillige Maßnahmen zur Wahrnehmung wichtiger urheberrechtlicher Privilegien ergreifen werden. Zwar zeichnet sich derzeit in manchen Branchen ein Umdenken dahingehend ab, dass sich die Hersteller von DRM-Systemen wieder abwenden<sup>126</sup>. Selbst wenn sich dies realisieren sollte, handelt es sich jedoch allenfalls um sektorspezifische Entwicklungen. Diese lassen weder allgemeine Rückschlüsse darauf zu, wie sich der Einsatz von DRM-Systemen allgemein entwickeln wird, noch lindern oder lösen sich hierdurch gar die rechtlich verursachten grundsätzlichen Probleme. Es ist daher darauf zu achten, dass derart

---

<sup>125</sup> Kritisch daher auch Hilty, GRUR 2006, 179/186.

<sup>126</sup> So sind seit Ende Mai 2007 Songs des Musikgroßkonzerns EMI im „iTunes Musicstore“, dem weltweit erfolgreichsten Musik-Downloadportal, auch ohne technische Nutzungsbeschränkungen erhältlich (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/90391>). Auch Universal Music experimentiert derzeit mit dem Vertrieb ungeschützter Musikdateien (vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/94176>). Ursache für diesen Strategiewechsel dürften vor allem die Interoperabilitätsprobleme sein, die durch unterschiedliche Dateiformate und DRM-Systeme auf dem Musik-Downloadmarkt verursacht werden. So können Dateien, die bei iTunes erworben werden, nur mit einem iPod abgespielt werden, für Dateien von Musicload (T-Online) benötigt man Windows-Media-kompatible Abspielgeräte usw. Unter anderem diese verbraucherunfreundliche Situation führt zu großem Unmut bei den Konsumenten, die sich – wie eine Studie jüngst ergeben hat – „mit reinem Gewissen“ rechtswidrigen Download-Angeboten in Tauschbörsen zuwenden (vgl. die im Auftrag der EU-Kommission erstellte Studie des Instituts für Informationsrecht an der Universität Amsterdam (IVIR): „The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy“, Amsterdam 2007, S. 200 ff. (z. B. 208)).

vereinzelte Hinweise auf eine Selbstregulierung des Marktes nicht ausgenutzt werden, um die durch unausgewogene Gesetzesnovellierungen verursachten Gefahren für die Informationsvermittlung und -nutzung herunterzuspielen. Vielmehr sollte, v. a. im Rahmen weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen der EU, besonderes Augenmerk auf die Wiederherstellung der gesetzlichen Ausgewogenheit gelegt werden<sup>127</sup>.

Gerade in Bezug auf Einsatz und Schutz von DRM-Systemen hat die Urheberrechtsentwicklung eine bedenkliche Richtung eingeschlagen. Das Urheberrecht dient traditionell nicht dazu, den Werkgenuss zu regeln. Urheberrechtlich relevant sind stets nur Nutzungshandlungen gewesen, die mit einer Reproduktion oder einer Verbreitung (im weiteren Sinne) zusammenhängen. Der Werkgenuss, etwa ein Buch zu lesen, Musik zu hören oder einen Film zu sehen, ist dagegen uneingeschränkt zulässig, unterliegt also nicht den Ausschließlichkeitsrechten des Urhebers. Mit urheberrechtlichen Mitteln können daher traditionell keine Restriktionen des Werkgenusses, wie etwa die Zahlung einer Vergütung, durchgesetzt werden.

Diese Situation hat sich mit dem verstärkten Einsatz von Schutzmaßnahmen, v. a. DRM-Systemen, und dem rechtlichen Schutz vor Umgehung grundlegend geändert. In Kumulation versetzen diese beiden Faktoren die Rechtsinhaber in die Lage, mit technischen Mitteln Restriktionen des Werkgenusses beliebig durchzusetzen. Die Systeme können ohne weiteres so konfiguriert werden, dass Art, Umfang und Konditionen des Werkgenusses durch den Anbieter vorgegeben wird. Während etwa der Erwerber eines Buches dies – unkontrollierbar – beliebig häufig lesen kann, besteht bei einem eBook die Möglichkeit, diese Art der bestimmungsgemäßen Benutzung von einer individuellen Zustimmung und – v. a. – Vergütung abhängig zu machen. Die Urheberrechtsentwicklung unterstützt diese technischen Möglichkeiten durch den uneingeschränkten Umgehungsschutz. Die Anbieter haben hiernach nicht nur das Recht, ihre technischen Schutzmaßnahmen und Nutzungsbedingungen so auszugestalten, wie es ihnen beliebt. Überdies werden die Restriktionsmethoden – ganz gleich, wie sehr sie die eigentlich vorgesehenen Nutzungsbefugnisse einschränken – auch noch in ihrer Integrität geschützt. Für die Gewährleistung der vom Urheberrecht grundsätzlich vorgesehenen Freiheit des Werkgenusses sind dagegen keine Schutzrechte vorgesehen. Endnutzer können vom Anbieter nicht etwa verlangen, uneingeschränkten Werkgenuss zu ermöglichen, oder gar technische Schutzmaßnahmen umgehen, um hierfür eigenhändig zu sorgen. Hieran zeigt

---

<sup>127</sup> Das Instituut voor Informatierecht (IVIR) der Universität Amsterdam hat im Februar 2007 eine umfangreiche Studie über die Auswirkungen der InfoSoc-Richtlinie (2001/29/EG) veröffentlicht („Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society“, [http://www.ivir.nl/publications/guiabault/Infosoc\\_report\\_2007.pdf](http://www.ivir.nl/publications/guiabault/Infosoc_report_2007.pdf)).

sich deutlich die sehr einseitige Ausrichtung der Urheberrechtsnovellierungen auf die Interessen der Anbieter.

Diese politische Haltung wird absehbar Folgen haben. So ist hierin etwa angelegt, dass in einer nicht allzu fernen Zukunft Fernsehsendungen im Sinne eines DRM-gestützten Pay-per-View nur noch gegen individuelle Bezahlung angesehen werden können. Auch Literatur könnte u. U. nur noch von dem rezipiert werden, der sich dies leisten kann. Muss ein Text erneut gelesen werden, ist eine erneute Vergütung fällig. Der Zwei- oder Mehr-Klassen-Informationsgesellschaft, dem „digital divide“ zwischen „information haves“ und „information have-nots“, wird damit auf bedenkliche Art und Weise und mit fragwürdig einseitigen Argumenten Vorschub geleistet. Dass sich dies nachhaltig auf alle Bereiche der Gesellschaft auswirken wird, ist ohne weiteres zu erwarten. Ob man diese elementaren Entwicklungen allein den regulierenden Kräften des Marktes überlassen sollte, dagegen zweifelhaft.

## ***2. Das Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (sog. „2. Korb“)***

### **2.1 Hintergrund**

Die Novellierungsarbeiten am 2. Korb begannen unmittelbar, nachdem der 1. Korb in Kraft getreten war. In diesem Zuge sollten strittige Aspekte, die im Rahmen des 1. Korbes aufgrund der drängenden Umsetzungsfrist aus der InfoSoc-Richtlinie nicht geklärt werden konnten, behandelt werden. Die hiermit einhergehende Verzögerung war insofern unproblematisch, als der 2. Korb nur Regelungen betrifft, die nicht Gegenstand der Umsetzungsfrist aus der Richtlinie sind.

Nachdem die „beteiligten Kreise“ Gelegenheit bekommen hatten, in einem in Arbeitsgruppen organisierten Konsultationsverfahren<sup>128</sup> ihre Ansichten zu den Regelungsaspekten des 2. Korbes mitzuteilen (und man – zumeist vergeblich – versucht hatte, hier schon Einigkeit und Kompromisse herauszuarbeiten), präsentierte das Bundesministerium der Justiz (BMJ) am 2. November 2004 einen ersten Gesetzesentwurf (Referentenentwurf). Dieser wurde in der Folge mit den anderen, am Verfahren formal beteiligten, Bundesministerien abgestimmt und – nicht zuletzt aufgrund einer Unmenge an kritischen Stellungnahmen – noch einmal gründlich überarbeitet und schließlich als Regierungsentwurf veröffentlicht. Zu diesem (ersten) Regierungsentwurf nahm im Anschluss der Bundesrat Stellung, der eine Vielzahl zum Teil einschneidender Änderungen vorschlug. In ihrer Gegenäußerung lehnte die

---

<sup>128</sup> Das BMJ bezeichnete diese Vorabkonsultation als „kooperative Gesetzgebung“.

Bundesregierung die weitaus meisten Änderungsvorschläge ab und veröffentlichte den endgültigen Regierungsentwurf (einschließlich der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung) als Bundestagsdrucksache<sup>129</sup>.

Der Regierungsentwurf wurde sodann dem Bundestag zur Entscheidung über den 2. Korb zugeleitet. Im November 2006 führten die beratenden Fachausschüsse<sup>130</sup> Sachverständigenanhörungen zu den wichtigsten Aspekten des 2. Korbes im Bundestag durch<sup>131</sup>. Die insgesamt fünf Anhörungen betrafen die Aspekte: Urheberrechtsvergütung (Teil 1), Kabelweitersendung (Teil 2), Schranken für Bildung, Wissenschaft und Kopienversand (Teil 3), Privatkopie (Teil 4) und unbekannte Nutzungsarten (Teil 5).

Am 4. Juli 2007 einigte sich der Rechtsausschuss auf eine Beschlussempfehlung<sup>132</sup>, die einige Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf vorsieht und die am Tag darauf vom Bundestag in zweiter und dritter Lesung verabschiedet wurde. Wann das Gesetz in Kraft treten wird, ist noch ungewiss, da vor dessen endgültiger Verabschiedung noch der Bundesrat angehört werden muss. Ließe sich in der Länderkammer kein Einvernehmen über die vom Bundestag beschlossene Fassung erzielen, müsste vor Abschluss des Verfahrens und In-Kraft-Treten des Gesetzes noch der Vermittlungsausschuss einberufen werden.

## **2.2. Die wichtigsten Änderungsvorschläge im Regierungsentwurf zum 2. Korb**

### 2.2.1 Vergütungssystem

Einer der zentralen Punkte bei der Novellierung des Urheberrechtsgesetzes durch den 2. Korb ist die Neuordnung des Systems der Pauschalvergütungen für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§§ 54 ff. UrhG). Wie schon verschiedentlich angesprochen, sind derartige Vervielfältigungen nach geltendem Recht unter bestimmten Umständen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig<sup>133</sup>. Zur Kompensierung dieser – heutzutage wirtschaftlich äußerst bedeutsamen – Nutzungsformen sind

---

<sup>129</sup> Vgl. BT-Drcks. 16/1828 vom 15.06.2006. Die Stellungnahme des Bundesrates findet sich auf den Seiten 37-45, die Gegenäußerung des Bundesrates direkt im Anschluss.

<sup>130</sup> Federführend ist der Rechtsausschuss, mitberatend die Ausschüsse für Wirtschaft und Technologie, Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung sowie Kultur und Medien.

<sup>131</sup> Unter <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/index.html> finden sich Stellungnahmen, Sitzungsprotokolle und weitere Informationen über die Anhörungen.

<sup>132</sup> BT-Drcks. 16/5939 vom 4.7.2007, vgl. <http://www.kopien-brauchen-originale.de/media/archive/143.pdf>.

<sup>133</sup> Dies ergibt sich aus § 53 Abs. 1 UrhG (Privatkopie-Regelung) und § 53 Abs. 2 UrhG (Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch (z. B. für wissenschaftliche Zwecke, zur Archivierung oder zur Unterrichtung über Tagesfragen)). Der Unterschied zwischen den beiden Regelungen liegt darin, dass § 53 Abs. 2 UrhG anders als Absatz 1 der Vorschrift auch die Vervielfältigung zu beruflichen oder anderen nicht-privaten Zwecken gestattet.

Pauschalvergütungen vorgesehen, die von den Verwertungsgesellschaften (z. B. die VG-Bild-Kunst oder die ZPÜ<sup>134</sup>) geltend gemacht und an die Berechtigten ausgeschüttet werden. Zu entrichten sind die Vergütungsansprüche durch die Hersteller, Importeure oder Händler von Vervielfältigungstechnologien wie CD-Brennern oder Druckern, von Leermedien (wie DVD-Rohlingen) bzw. durch die Aufsteller von Fotokopierern. Letztlich werden sie im Regelfall über die Kaufpreise an die Endverbraucher weitergegeben.

In Bezug auf das Vergütungssystem sind derzeit zwei Aspekte sehr umstritten. Die erste – grundlegende – Frage liegt darin, ob Pauschalvergütungen an sich noch gerechtfertigt sind und überhaupt erhoben werden dürfen/sollten. Die Kritiker des Systems – vor allem die Gerätehersteller – bringen vor, dies sei nicht mehr zeitgemäß, da heutzutage individuelle Nutzungsvergütungen über DRM-Systeme realisiert werden könnten. Dieser Streit wird weniger im Zusammenhang mit dem Vergütungssystem, sondern vorrangig im Rahmen der Diskussionen über die Privatkopieschranke geführt. Werden die Schranken für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch begrenzt oder abgeschafft, entfielen die Grundlage für die als Kompensation vorgesehenen Pauschalvergütungen<sup>135</sup>. Der Regierungsentwurf sieht keine Abschaffung von Privatkopie und Pauschalvergütungen vor, da nach wie vor viele Werke ohne technische Schutzmaßnahmen im Umlauf seien und die private Nutzung auch heute noch kaum zu kontrollieren sei<sup>136</sup>.

Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Arbeiten am Vergütungssystem auf einer konzeptionellen Neuordnung. Diese soll insbesondere die Regeln über Festsetzung und Berechnung der Vergütungssätze betreffen. Dieser Aspekt ist ebenso umstritten wie vielfältig, so dass es unmöglich erscheint, hier auf alle Facetten einzugehen. Die folgende kurze Zusammenfassung soll sich daher auf die drei wesentlichen Fragen beschränken:

- 1) Sollten die Betroffenen zukünftig die Gebührenhöhe selbst festlegen?
- 2) Sollte die Vergütung wie im Regierungsentwurf vorgeschlagen<sup>137</sup> nur solche Vervielfältigungsgeräte und Leermedien erfassen, die „in nennenswertem Umfang“ zur Herstellung urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungen verwendet werden (Bagatellgrenze bzgl. der Vergütungspflicht)?

---

<sup>134</sup> Die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) zieht die Kopiervergütungen für die GEMA und die VG WORT ein.

<sup>135</sup> Gleiches würde bei einem flächendeckenden Einsatz von DRM- und Kopierschutztechnologien gelten. Wenn diese Vervielfältigungen zum privaten und eigenen Gebrauch verhindern, entfällt ebenfalls die Rechtfertigung für Kompensationszahlungen seitens der Gerätehersteller bzw. Verbraucher, die die Vergütungen letztlich zu zahlen haben. Entsprechend ist in § 13 Abs. 4 des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (UrhWG) vorgesehen, dass bei der Bemessung der Pauschalvergütungen zu berücksichtigen ist, „inwieweit technische Schutzmaßnahmen auf die betreffenden Werke ... angewendet werden“.

<sup>136</sup> Vgl. S. 19 des Regierungsentwurfs.

<sup>137</sup> Siehe § 54 Abs. 1 des Regierungsentwurfs.

- 3) Sollte die Vergütungshöhe an den Verkaufspreis der jeweiligen Vervielfältigungstechnologie gebunden und prozentual im Verhältnis zum Verkaufspreis gedeckelt werden<sup>138</sup>?

### **Neues Festsetzungsverfahren im Wege der Selbstregulierung**

Nach geltendem Recht legt der Gesetzgeber selbst die zu vergütenden Geräte und Trägermedien fest, stellt Vergütungssätze auf und passt diese gegebenenfalls an<sup>139</sup>. Diese Methode ist schon seit langem umstritten, da sie sich als zu unflexibel erwiesen hat. Die Pauschalvergütung soll eine angemessene Kompensation der Urheber und Rechtsinhaber für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch gewährleisten. Obwohl sich Art und Umfang solcher Vervielfältigungen v. a. durch die flächendeckende Verbreitung der Digitaltechnologie mittlerweile elementar verändert haben, wurden weder die Liste zu vergütender Geräte noch die Vergütungssätze seit Einführung der gesetzlichen Regelung im Jahr 1985 maßgeblich geändert. Jahrelange Streitigkeiten über die Vergütungspflicht von z. B. Scannern, Druckern oder PCs waren die Folge, da diese nicht zu den in der Anlage aufgeführten Technologien zählen und insofern umstritten war, ob sie der Vergütungspflicht dem Grunde nach unterfallen und wie hoch eine „angemessene Vergütung“ hierfür ausfallen muss. Dass eine angemessene Kompensation der Urheber und Rechtsinhaber vor diesem Hintergrund nicht mehr gewährleistet sein kann, drängt sich unmittelbar auf.

In Abkehr von der unflexiblen gesetzlichen Festlegung wird im Regierungsentwurf vorgeschlagen, dass Vergütungspflicht und -sätze zukünftig grundsätzlich durch die beteiligten Kreise selbst ausgehandelt werden (v. a. zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Herstellern von Unterhaltungselektronik). Der Gesetzesentwurf schlägt ein Selbstregulierungsmodell vor, bei dem die betroffenen Parteien (die Verwertungsgesellschaften und die Verbände der Geräte- und Speichermedienhersteller<sup>140</sup>) die Tarife selbst aushandeln sollen. Das – durch die Beschlussempfehlung vom 4. Juli 2007 geänderte – Modell sieht vor, dass die Verwertungsgesellschaften mit den Verbänden der Hersteller versuchen sollen, einen Gesamtvertrag auszuhandeln<sup>141</sup>. Scheitert dieser Ansatz, stellen die Verwertungsgesellschaften auf Basis empirischer Untersuchungen über die Nutzungsintensität (siehe hierzu sogleich) einen Tarif auf. Diese Studien hat die

---

<sup>138</sup> So vorgesehen in § 54a Abs. 4, S. 2 des Regierungsentwurfs.

<sup>139</sup> Die Sätze sind derzeit in einer Anlage zu § 54d Abs. 1 UrhG festgelegt.

<sup>140</sup> Dies sind v. a. der BITKOM (Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.) und der ZVEI (Zentralverband Elektrotechnik- und Elektroindustrie e.V.).

<sup>141</sup> Vgl. § 13a UrhWG in der Fassung der Beschlussempfehlung vom 4.7.2007.

Schiedsstelle beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) zu erstellen<sup>142</sup>. Ist der von den Verwertungsgesellschaften aufgestellte Tarif für die Geräteindustrie nicht akzeptabel, kann ein Schiedsstellenverfahren angestrengt werden, um eine gütliche Einigung herbeizuführen<sup>143</sup>. Die Schiedsstelle muss innerhalb eines Jahres einen Einigungsvorschlag unterbreiten, die Frist kann mit Einverständnis der Parteien um ein weiteres halbes Jahr verlängert werden. Scheitert auch das Schiedsverfahren, kann ein Oberlandesgericht zur Entscheidung angerufen werden<sup>144</sup>.

Ob dieser Ansatz tatsächlich zu einer verkürzten, angemessenen Dauer der Festsetzungsverfahren führen kann, wird abzuwarten sein. Sollte sich dies nicht realisieren, entstünden insbesondere angesichts der geänderten Berechnungsgrundlagen für die Tarife im Zweifel erhebliche Probleme. Denn das Berechnungsmodell soll maßgeblich auf die tatsächliche Nutzung abstellen, die durch empirische Studien zu ermitteln ist. Solche Studien veralten jedoch in der Regel sehr schnell. Würde etwa eine empirische Studie über das Maß urheberrechtlich relevanter Vervielfältigungen auf Computer-Festplatten erstellt und im Anschluss von der jeweiligen Verwertungsgesellschaft (bzw. der ZPÜ) ein Vergütungssatz festgelegt, kann die Untersuchung im Zweifel nur für einen – angesichts der rasanten Entwicklung von technischen Erzeugnissen und deren Nutzung – relativ kurzen Zeitraum ein zutreffendes Bild abgeben. Jahrelange Auseinandersetzungen über die Angemessenheit der Vergütungshöhe hätten zur Folge, dass nach deren Abschluss der Tarif und dessen Berechnungsgrundlagen bereits überholt und eine Neufestsetzung erforderlich wäre.

### **Neue gesetzliche Grundlagen für die Vergütungspflicht dem Grunde nach und die Vergütungshöhe**

Das geltende Recht (§ 54 Abs. 1 UrhG) sieht vor, dass Vervielfältigungstechnologien vergütungspflichtig sind, wenn sie „erkennbar zur Vornahme solcher Vervielfältigungen [gemeint sind Vervielfältigungen nach § 53 UrhG] bestimmt sind“. Ob Vervielfältigungsgeräte hierfür tatsächlich „bestimmt sind“, war in der Vergangenheit bei Auseinandersetzungen zwischen Geräteherstellern und den Verwertungsgesellschaften über die Vergütungspflicht neuer Gerätetypen stets ein Streitpunkt. Denn dies ist objektiv nur schwer festzustellen.

Im 2. Korb wird daher vorgeschlagen, die Vergütungspflicht davon abhängig zu machen, ob ein Gerät oder Leermedium für urheberrechtlich relevante Kopien tatsächlich verwendet

---

<sup>142</sup> Vgl. § 14 Abs. 5a UrhWG in der Fassung der Beschlussempfehlung vom 4.7.2007.

<sup>143</sup> Alternativ kann nach § 17a UrhWG ein Schlichtungsverfahren angestrengt werden.

<sup>144</sup> Siehe hierzu die zusammenfassende Darstellung im Regierungsentwurf, S. 16, und die Einzelanmerkungen in der Beschlussempfehlung (ebd. S. 85 ff.) über die vorgeschlagenen Änderungen des Urheberrechtswahrmungsgesetzes (u. a. in §§ 13a, 14a und 17a).

wird. Dieser Aspekt – der durch empirische Studien zu ermitteln ist – soll auch als Berechnungsgrundlage für die Höhe der Vergütung dienen.

Damit nicht auch solche Vervielfältigungstechnologien vergütungspflichtig werden, die nur unwesentlich für urheberrechtlich relevante Kopien genutzt werden – und bei denen die Vergütungssätze entsprechend sehr gering wären –, war noch im Regierungsentwurf eine Bagatellgrenze vorgesehen. Nur solche Geräte sollten vergütungspflichtig sein, die „in nennenswertem Umfang“ in diesem Sinne genutzt werden. Die Grenze, ab der ein Gerät nicht mehr „nennenswert“ zu relevanten Vervielfältigungen genutzt wird, „kann“ nach der Entwurfsbegründung<sup>145</sup> vorliegen, „wenn der Nutzungsumfang zumindest unter 10 Prozent liegt“.

Diese Einschränkung der Vergütungspflicht dem Grunde nach war stets massiv kritisiert worden. So hatte der Bundesrat in seiner Erwiderung auf den Regierungsentwurf gefordert, die Bagatellgrenze für die Vergütungspflicht dem Grunde nach zu streichen. Gleicher Auffassung waren die Vertreter der Urheber und Rechtsinhaber (v. a. Verwertungsgesellschaften und Urheberverbände), die die Bagatellausnahme von der Vergütungspflicht als gravierenden Eingriff in die geltende Rechtsposition werteten<sup>146</sup>. Für die Regelung hatten sich dagegen die Verbände der Unterhaltungselektronikhersteller ZVEI und BITKOM ausgesprochen. Diese begrüßten sie als „verfassungsmäßig geboten“ und – im Grundsatz – angemessen<sup>147</sup>.

Der Bundestag schloss sich dieser Meinung nicht an. In Übereinstimmung mit dem Bundesrat empfahl der Rechtsausschuss in der Beschlussempfehlung, die Formulierung „in nennenswertem Umfang“ zu streichen und sämtliche Geräte und Speichermedien der Vergütungspflicht zu unterstellen, die tatsächlich zu urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen genutzt werden. In der Begründung wird darauf verwiesen, dass hiermit Rechtsunsicherheiten vermieden würden<sup>148</sup>. Die Vergütungspflicht hänge allein davon ab, ob ein Gerät oder Speichermedium wirklich zu urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen genutzt werde (was durch die o. g. empirischen Untersuchungen zu belegen ist). Ob und

---

<sup>145</sup> Siehe im Gesetzesentwurf S. 29.

<sup>146</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme der ZPÜ ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_1Urheberrecht2\\_I/04\\_StN/Prof\\_Becker.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_1Urheberrecht2_I/04_StN/Prof_Becker.pdf)), S. 2 ff., sowie die der „Initiative Urheberrecht“ ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_1Urheberrecht2\\_I/04\\_StN/DJV\\_P\\_ppelmann.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_1Urheberrecht2_I/04_StN/DJV_P_ppelmann.pdf)), S. 17 ff. In der „Initiative Urheberrecht“ ist eine Vielzahl von Verbänden und Institutionen organisiert, die sich für die Interessen der Urheber einsetzen, u. a. der DJV, VERDI, der Verband deutscher Drehbuchautoren usw.

<sup>147</sup> Siehe die Stellungnahme des ZVEI ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_1Urheberrecht2\\_I/04\\_StN/ZVEI\\_Till\\_Barleben.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_1Urheberrecht2_I/04_StN/ZVEI_Till_Barleben.pdf)), S. 3 f., und des BITKOM ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_1Urheberrecht2\\_I/04\\_StN/BITKOM\\_Dr\\_Bremer.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_1Urheberrecht2_I/04_StN/BITKOM_Dr_Bremer.pdf)), S. 14 ff.

<sup>148</sup> Vgl. BT-Drcks. 16/5939, S. 81.

inwieweit die jeweilige Technologie genutzt wird und wie hoch die Vergütungssätze hierfür sein dürfen, hänge vom Ausmaß der Nutzung ab.

Ebenfalls vom Bundestag gestrichen wurde eine Regelung des Regierungsentwurfs (dort § 54a Abs. 4), nach der die Vergütungssätze nicht mehr als 5 % des Geräteverkaufspreises betragen dürfen.

Auch dieser Ansatz einer Bindung der Vergütungshöhe an einen Handelspreis war von Anfang an äußerst umstritten. Der Bundesrat empfahl, auch diese Regelung zu streichen. Auch die Vertreter der Interessen von Urhebern und Rechtsinhabern kritisierten dies scharf, da die Gerätepreise beliebig manipuliert werden könnten, indem die Geräte – durch den Verkauf von Zubehör – quersubventioniert werden. Dies zeige sich v. a. an den Preisen für Consumer-Tintenstrahldrucker, die billig abgegeben und bei denen die Gewinne über die Verbrauchsmaterialien (Tintenpatronen) erwirtschaftet würden<sup>149</sup>.

In der Begründung geht der Rechtsausschuss auf die für und gegen die Deckelung der Vergütungshöhe vorgebrachten Argumente nicht weiter ein. Es wird lediglich darauf verwiesen, dass die nunmehr beschlossene, sehr allgemein gehaltene Regelung<sup>150</sup> besser geeignet sei, bei der Bemessung einer angemessenen Vergütung die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Einer starren Obergrenze – wie im Regierungsentwurf vorgeschlagen – bedürfe es darüber hinaus nicht.

### **Zu erwartende Auswirkungen der Gesetzesänderung**

Welche praktischen Auswirkungen die neuen Regelungen haben werden, ist derzeit schwer einzuschätzen. Zum einen wird die künftige Einbeziehung „tatsächlich“ für Vervielfältigungen genutzter Geräte – sofern diese Regel bei der künftigen Festsetzung der Vergütung dem Gesetz entsprechend angewendet wird – erwartungsgemäß für eine Erweiterung der dem Grunde nach vergütungspflichtigen Geräte sorgen. Denn hierdurch könnten beispielsweise Festplatten oder Flash-Speicher ohne weiteres der Vergütungspflicht unterworfen werden<sup>151</sup>. Das Vergütungsaufkommen würde entsprechend zunächst ansteigen. Allerdings mag sich

---

<sup>149</sup> Zu bedenken ist dabei jedoch, dass solche Preis-Manipulationen bei anderen Geräten, v. a. der Unterhaltungselektronik, in der Regel nicht möglich sein werden. Denn sobald für Zubehör (in diesem Fall meist: Speichermedien) ein funktionierender Markt existiert, wie etwa bei DVD-Rekordern im Verhältnis zu beschreibbaren Rohlingen, kann der Anbieter des Gerätes keine beliebige Preisumverteilung vornehmen. Können Vervielfältigungen technikbedingt nur unter Einsatz von Geräten und (vergütungspflichtigem) Zubehör erstellt werden, kommt es im Zweifel nicht zu einer Verringerung des Vergütungsaufkommens, sondern vielmehr zu einer grundsätzlich positiven Verteilung der Vergütungslast.

<sup>150</sup> Verblieben ist in dem neuen § 54a Abs. 4 UrhG nur ein allgemeiner Satz, nach dem die Vergütung Hersteller von Geräten und Speichermedien nicht unzumutbar beeinträchtigen darf und in einem wirtschaftlich angemessenen Verhältnis zum Preisniveau des Geräts oder des Speichermediums stehen muss.

<sup>151</sup> Es besteht wohl kein Zweifel daran, dass etwa USB-Sticks oder Festplatten für Privat- oder sonstige Kopien zum eigenen Gebrauch tatsächlich verwendet werden.

im Zuge der empirischen Untersuchungen auch ergeben, dass bereits praktizierte Vergütungssätze zu hoch angesetzt sind, weil die tatsächliche Nutzung der einen oder anderen Speichertechnologie gering ist<sup>152</sup>. Ob das Gesamtvergütungsaufkommen also aufgrund der Neuregelung letztlich steigt, ist zwar zu erwarten, aber keineswegs gesichert.

Dies belegen auch die völlig konträren Ergebnisse, die Untersuchungen einzelner Interessengruppen – noch auf Basis der Regelungen des Regierungsentwurfs<sup>153</sup> – ergeben haben: Nach Angaben der ZPÜ<sup>154</sup> würde das Vergütungsaufkommen auf Grund der gesetzlichen Neuregelungen „bei Einschluss des für die PCs zu erwartenden Aufkommens von EUR 93,4 Millionen in 2005 auf EUR 81,68 Millionen in 2007 zurückgehen, d. h. also um EUR 11,72 Millionen.“ BITKOM prognostizierte dagegen einen erheblichen Vergütungsanstieg. Derzeit (2005) würden jährlich 174 Millionen Euro gezahlt, zu denen u. U. erhebliche, derzeit noch umstrittene Abgaben auf Drucker, Multifunktionsgeräte und PCs hinzuzurechnen seien<sup>155</sup>. Eine Hochrechnung auf Basis der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelungen ergebe demgegenüber einen Anstieg des Vergütungsaufkommens auf ca. 600 Millionen Euro<sup>156</sup>.

Letztlich erscheinen die Änderungen, die der Bundestag am Regierungsentwurf vorgenommen hat (also Streichung der Bagatellregelung und der Deckelung) jedenfalls konsequent. Die für private und sonstige Kopien zum eigenen Gebrauch zu zahlende, wirtschaftliche Kompensation der Urheber und Rechtsinhaber soll nach § 54 UrhG „angemessen“ sein. Folgerichtig sieht das Gesetz vor, die Angemessenheit eines Tarifs danach zu beurteilen, ob und inwieweit das jeweilige Gerät oder Medium tatsächlich für derartige Nutzungshandlungen verwendet wird. Von vornherein solche Technologien von der Vergütungspflicht auszunehmen, die nicht „nennenswert“ auf diese Weise genutzt werden, kann durchaus – zumal in der Gesamtschau – zu unangemessenen Ergebnissen für Schöpfer und Rechtsinhaber führen.

Eine starre Obergrenze der Vergütungshöhe festzusetzen mag zwar den Interessen der Geräte- und Leermedienhersteller entsprechen. Eine solche Maßnahme lässt jedoch wiederum zu wenig Spielraum bei der Festlegung einer „angemessenen“ Vergütung. So kann es durchaus bei Abwägung aller betroffenen Interessen angemessen erscheinen, eine diesen Prozentsatz übersteigende Vergütung festzusetzen, etwa wenn es sich um

---

<sup>152</sup> Denkbar wäre z. B., dass Kassettenrekorder und Leerkassetten heutzutage kaum noch oder gar nicht mehr für Aufnahmen von Radio- oder Fernsehsendungen, sondern nur noch für Diktate o. Ä. genutzt werden.

<sup>153</sup> Also unter Berücksichtigung der Bagatellregelung und der Deckelung der Vergütungshöhe.

<sup>154</sup> Vgl. hierzu die Stellungnahme der ZPÜ (s. o. Fn. 146), S. 2.

<sup>155</sup> Siehe die Stellungnahme des BITKOM vom 6. Juni 2006 ([http://bitkom.de/files/documents/BITKOM\\_Stellungnahme\\_zum\\_RegE\\_6\\_6\\_2006.pdf](http://bitkom.de/files/documents/BITKOM_Stellungnahme_zum_RegE_6_6_2006.pdf)), S. 9 ff.

<sup>156</sup> Siehe die Stellungnahme des BITKOM vom 6. Juni 2006 (s. o. Fn. 155), S. 11.

Technologien handelt, die in sehr großem Maße zu urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen verwendet werden.

Letztlich wird die Frage, ob sich die Reform des Vergütungssystems als geeignet erweist, die Defizite des geltenden Modells (v. a. aus Sicht der Urheber und Rechtsinhaber) zu beheben, maßgeblich davon abhängen, wie die neuen Regelungen gehandhabt werden. Ein entscheidender Punkt liegt zunächst darin, ob sich die Parteien schon im ersten Zuge der Verhandlungen auf Gesamtverträge einigen können oder ob weitere Schritte in Form von langwierigen Verfahren notwendig sind.

Ob der selbstregulative Ansatz in Bezug auf Urheberrechtsvergütungen Vorteile mit sich bringt, ist insofern abzuwarten. Grundsätzlich ist er zwar – u. a. aus den genannten Gründen – zweiseitig, letztlich jedoch sicherlich zu begrüßen. Denn die alternative Option einer gesetzlichen Festsetzung hat sich nicht bewährt. Der Gesetzgeber sollte in jedem Fall das neue Modell – so es denn Gesetz wird – regelmäßig kritisch evaluieren. Denn andauernde Unsicherheiten in Bezug auf die Vergütungen nützen niemandem: Die Geräteindustrie muss im Zweifel ökonomisch ungünstige Rücklagen bilden, die Urheber und Rechtsinhaber warten jahrelang auf ihr Geld. Sollte sich realisieren, dass die Parteien nicht in der Lage sind, an diesem Problem einigermaßen konstruktiv zusammenzuarbeiten, müsste der Gesetzgeber wiederum einschreiten und gegebenenfalls einen anderen regulativen Ansatz wählen. Dieser könnte etwa in einem Co-Regulierungsmodell liegen<sup>157</sup>.

Ebenso abzuwarten bleibt die Entwicklung des Gesamtvergütungsaufkommens nach den neuen Regelungen. Auch diese sollte vom Gesetzgeber überwacht und regelmäßig überprüft werden. Prinzipiell sieht auch das neue Gesetz die erforderlichen Wertungsentscheidungen vor: Festzusetzen, zu zahlen und zu verteilen ist eine „angemessene Vergütung“, die geeignet ist, Vervielfältigungen zum privaten und eigenen Gebrauch zu kompensieren.

## 2.2.2 Neue Schrankenbestimmungen

### **Nutzung von Werken an digitalen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken (neuer § 52b UrhG)**

---

<sup>157</sup> Auf die Einzelheiten eines solchen Ansatzes kann hier nicht näher eingegangen werden.

Im Rahmen des 2. Korbes wurde die Diskussion über (weitere) Beschränkungen des Online-Rechts fortgeführt. Die Bundesregierung trug letztlich den Forderungen v. a. der Bibliotheken und Wissenschaftsinstitutionen mit Abstrichen Rechnung und schlug im Regierungsentwurf für den 2. Korb zwei neue Schrankenbestimmungen vor. Diese Sonderregelungen erlauben es öffentlichen Bibliotheken und anderen Wissensvermittlungseinrichtungen, Werke unter bestimmten Umständen online zu nutzen, ohne hierfür eine Genehmigung der Rechtsinhaber zu benötigen. Auf diese Weise soll es den Bibliotheken ermöglicht werden, sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben der „neuen Medien“ zu bedienen.

Ein neuer § 52b UrhG soll zu diesem Zweck gestatten, Werke aus dem eigenen Bestand an Terminals in den Räumen von Bibliotheken, Museen und Archiven elektronisch zur Rezeption durch die Nutzer bereitzuhalten (sog. „On-the-spot-Consultation“). Die Bibliotheksbestände online zu stellen (etwa zum Abruf durch die Nutzer von zu Hause), gestattet der Vorschlag nicht. Für die Nutzung wird eine Vergütung geschuldet. Ziel einer solchen Regelung ist dreierlei: Zunächst soll die Möglichkeit geschaffen werden, die „analogen“ Bibliotheksbestände dadurch zu schonen, dass diese in digitalisierter Form genutzt werden können. Für digitale Bestände (z. B. eBooks) wird die Regelung zudem benötigt, um deren Wahrnehmbarmachung in den Räumen der Bibliothek überhaupt erst zu ermöglichen<sup>158</sup>. Schließlich soll Bibliotheksnutzern, denen daheim keine technische Infrastruktur zur Verfügung steht, der Zugang zu digitalen Werkstücken wenigstens in den Räumen von Bibliotheken eröffnet werden.

## Stellungnahme

Wenngleich die vorgeschlagene Neuregelung im Prinzip zu begrüßen ist, geht sie doch nicht sonderlich weit. So fallen z. B. Bildungseinrichtungen (wie Universitäten oder Schulen) nicht unter die Schrankenbestimmung<sup>159</sup>. Auch bestimmt der Regelungsvorschlag, dass sie nur gelten soll, „soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“. Gerade digitale Werke wie elektronische Datenbanken oder online bereitgestellte Inhalte wie eBooks oder

---

<sup>158</sup> Ob man für die Bereitstellung digitaler Werkexemplare eine besondere Genehmigung benötigt, ist umstritten. Man könnte argumentieren, dass dies nicht anders zu beurteilen ist als die Präsenznutzung von Büchern (so ein „Rechtspolitisches Positionspapier des Deutschen Bibliotheksverbandes zum Referentenentwurf zum 2. Korb“ (<http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/st/Referentw/Presseinformation.pdf>), S. 3). Derartige Handlungen fallen hiernach nicht unter die ausschließlichen Befugnisse des Urheberrechts. Hiergegen könnte man jedoch einwenden, dass es sich bei der digitalen Wahrnehmbarmachung im öffentlichen Bereich um eine zustimmungspflichtige, unkörperliche öffentliche Wiedergabe handelt. Bei dieser Beurteilung – für die einiges spricht – würden beide Handlungen zu urheberrechtlich unterschiedlichen Ergebnissen führen.

<sup>159</sup> Dabei würden gerade Hochschulen hiervon erheblich profitieren können, wäre es hiernach doch u. U. möglich, deren Bibliotheksbestände campusweit, möglicherweise auch in ausgelagerten Instituten, bereitzustellen. Das Interesse der Bibliotheken, ihre Bestände in den eigenen Räumen noch einmal „digital abzubilden“, dürfte demgegenüber eher gering sein. Es stellt sich die Frage, ob sich die kostenträchtige Einrichtung spezieller Terminals und der Aufwand einer Digitalisierung der Bestände angesichts der geringen hierdurch zu erzielenden Vorteile für die Nutzer überhaupt lohnen würden. Ein nennenswerter Effekt könnte im Zweifel nur erzielt werden, wenn hierdurch die Zugriffsmöglichkeit räumlich erweitert würde.

Beiträge aus Verlagsdatenbanken werden jedoch annähernd ausschließlich (ähnlich Computerprogrammen) mit Lizenzbestimmungen und damit unter vertraglichen Regelungen des Anbieters vertrieben<sup>160</sup>. In all diesen, praktisch im digitalen Informationszeitalter zunehmend relevanten, Fällen würde die Schrankenbestimmung also gar nicht zur Anwendung kommen.

Hinzu kommt eine weitere – erst im Bundestag beschlossene – Einschränkung der neuen Schrankenbestimmungen. Nach § 52b Satz 2 UrhG „dürfen grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst“. Besitzt eine Bibliothek also nur ein Exemplar eines Buches, muss sie den Zugriff auf eine hiervon erstellte digitale Version technisch so begrenzen, dass sie ebenfalls gleichzeitig nur von einem Nutzer verwendet werden kann. Die Beschränkung folgt einerseits einer entsprechenden Forderung des Bundesrates. Sie trägt andererseits dem Bedenken der Verlage Rechnung, dass die Bibliotheken ihr Anschaffungsverhalten ändern und weniger Exemplare bestimmter Werke erwerben könnten als zuvor. Zudem entspricht sie einer Kompromissvereinbarung zwischen den Verlagen und den Bibliotheken, durch die ein Konsens der Parteien über die zukünftigen Ausnahmen der neuen Bildungsschranken erzielt wurde<sup>161</sup>. Allerdings lässt die Regelung Ausnahmen von der Bindung an den vorhandenen Bestand zu (die Formulierung besagt, dass die Begrenzung nur „grundsätzlich“ gelten soll). Eine solche soll nach der Gesetzesbegründung zur Berücksichtigung „wissenschaftlicher und hochschulischer Belange wie beispielsweise Belastungsspitzen in der Nutzung eines bestimmten Werkes“ vorliegen<sup>162</sup>.

Um von den Vorzügen digitaler Informationsvermittlung wirklich profitieren zu können, bedürfte es für die Bibliotheken der Befugnis, ihre Bestände im eigentlichen Sinne online zu stellen (also über das Internet zum Abruf durch die Nutzer zugänglich zu machen). Nur so könnte den Nutzern der Weg zur Bibliothek erspart werden, nur so könnte auch den Bewohnern ländlicher Gebiete der Zugriff auf wichtige Informationen eröffnet werden, die nur von einer Bibliothek erlangt werden können. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf eine derartige Regelung vorgeschlagen. Ein neuer § 52c UrhG soll es

---

<sup>160</sup> Siehe hierzu die Erkenntnisse der von Till Kreuzer für den Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) erstellten Studie „Verbraucherschutz bei digitalen Medien“ ([http://www.vzbv.de/mediapics/anlage\\_pm\\_digitale\\_medien\\_06\\_2006\\_copy.pdf#search=%22%22Verbraucherschutz%20bei%20digitalen%20Medien%22%22](http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf#search=%22%22Verbraucherschutz%20bei%20digitalen%20Medien%22%22)), 2006, passim, etwa S. 7 ff.

<sup>161</sup> Die Kompromissvereinbarung betrifft nicht nur den neuen § 52b UrhG, sondern auch die Neuregelung zum Kopienversand. Siehe hierzu daher unten bei den Ausführungen zum Kopienversand.

<sup>162</sup> Vgl. die Begründung zur Beschlussempfehlung, S. 79. Hier heißt es weiter: „In diesen Situationen dürfen mehr Exemplare gleichzeitig an den Leseplätzen zugänglich gemacht werden, als der Bestand der jeweiligen Einrichtung umfasst. Die Ausnahmefälle sollen allerdings – soweit dies möglich ist – zeitlich und ferner auch quantitativ begrenzt bleiben; sie dürfen die gleichzeitige Nutzung eines Exemplars aus dem Bestand der Einrichtung an vier elektronischen Leseplätzen nicht überschreiten“.

Bibliotheken, Archiven und Museen gestatten, ihre (Archiv-)Bestände öffentlich zugänglich zu machen (also online zu stellen)<sup>163</sup>. Die Bundesregierung hat den Vorschlag mit dem knappen Hinweis abgelehnt, eine solche Schranke sei in der (in Bezug auf die Schrankenbestimmungen abschließenden) Richtlinie nicht vorgesehen und damit europarechtswidrig<sup>164</sup>. Auch die berechtigten Interessen der Verlage an einer eigenen Online-Vermarktung von Werken würden hierdurch über Gebühr beeinträchtigt. Da auch der Bundestag den Vorschlag des Bundesrates nicht aufgenommen hat, dürfte eine „Online-Schranke“ zugunsten der Bibliotheken kaum alsbald zu erwarten sein.

Allerdings wurden unmittelbar nach der Abstimmung im Bundestag über den Zweiten Korb Stimmen laut, die forderten, die Urheberrechtsreform in einem Dritten Korb fortzuführen<sup>165</sup>. Hierin soll es – nach Ansicht mancher Abgeordneten – verstärkt um Nutzungsfreiheiten zum Zwecke der Wissenschaft und Lehre gehen.

### **Elektronischer Kopienversand**

Seit vielen Jahren bietet ein Verbund deutscher und ausländischer Bibliotheken den nützlichen Kopienversanddienst „subito“ an<sup>166</sup>. Nutzer können hier kostengünstig Kopien von Zeitschriftenartikeln oder einzelnen Texten aus Büchern beziehen. Die Lieferung erfolgt mittlerweile vorwiegend digital: per E-Mail oder FTP-Server. Der Nutzen ist groß: Unabhängig ob man in der Nähe einer gut ausgestatteten (Fach-)Bibliothek wohnt oder ob der gewünschte Text in der örtlichen Bibliothek vorhanden ist, kommt man schnell und bezahlbar<sup>167</sup> an die gewünschten Informationen. Und: Den Dienst können nicht nur Privatleute, Studierende oder Wissenschaftler, sondern auch Unternehmen nutzen. V. a. kleine und mittelständische Unternehmen oder Freiberufler, die einerseits auf den Zugang zu geschriebenem Wissen angewiesen, andererseits aber nicht in der Lage sind, Verlagsdatenbanken oder teure Fachzeitschriften zu abonnieren oder jedes benötigte Buch zu erwerben, können hiervon erheblich profitieren.

Mit anderen Worten: subito erweitert den Zugang zu Wissen und Kulturgütern substanziell. Der Dienst überwindet nicht nur räumliche Distanzen, sondern auch das mit den begrenzten Mitteln der öffentlichen Bibliotheken einhergehende Versorgungsproblem mit Literatur. Ohne

---

<sup>163</sup> Siehe Regierungsentwurf, S. 40.

<sup>164</sup> Siehe die Gegenäußerung der Bundesregierung im Regierungsentwurf, S. 48.

<sup>165</sup> Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/92280>.

<sup>166</sup> Nähere Informationen finden sich auf der Webseite des subito e.V., <http://www.subito-doc.de>.

<sup>167</sup> Die Kosten hängen von der Person des Nutzers ab (Studenten, kommerzielle Nutzer, Privatpersonen) und der Art der Versendung (E-Mail, FTP, Post, Fax). So muss eine Privatnutzerin für einen Artikel, der aus einem Buch oder einer Zeitschrift kopiert und per E-Mail versendet wird, 10,50 € bezahlen. Studierende und Hochschulmitarbeiter zahlen dagegen nur 5,00 €.

dass jede Bibliothek oder gar jeder Leser – was ohnehin nicht möglich wäre – jedes Buch erwerben muss, wird ein Zugriff der Gesamtbevölkerung auf das breite Spektrum an Werken gewährleistet. Der Dienst eröffnet damit einen – bildungspolitisch und gesamtgesellschaftlich wünschenswerten – flächendeckenden Zugriff auf Wissen und Information.

### **subito vor Gericht**

Die Verlage bekämpfen subito dagegen seit vielen Jahren, da sie das Geschäft mit dem Kopienversand lieber exklusiv betreiben oder hierfür individuelle Lizenzgebühren erheben wollen. Nachdem eine erste Klage gegen subito im Jahr 1999 vom Bundesgerichtshof (BGH) endgültig abgewiesen und die Zulässigkeit des Kopienversandes (in Rede standen nur Versendungen per Post und Fax) erklärt wurde, klagte der Börsenverein des deutschen Buchhandels 2005 erneut gegen den Dienst. Diesmal sollte festgestellt werden, dass das Urteil des Bundesgerichtshofs nicht die digitale Verteilung legitimiere. Ein erstes Urteil des Landgerichts (LG) München wies die Klage teilweise ab. Der Rechtsstreit wurde im Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht München weitergeführt. Dieses hat im Mai 2007 entschieden, dass der elektronische Kopienversand (also per E-Mail oder Hinterlegung auf einem FTP-Server) gegen geltendes Recht verstößt<sup>168</sup>. Die Revision zum Bundesgerichtshof wurde vom Oberlandesgericht zugelassen. Eine endgültige Entscheidung durch den BGH könnte allerdings noch Jahre auf sich warten lassen.

### **Der gesetzliche Vorschlag für den 2. Korb**

Nicht zuletzt um der Rechtsunsicherheit Abhilfe zu schaffen, hat sich die Bundesregierung des Themas Kopienversand im 2. Korb angenommen. Eine neue Schrankenbestimmung (§ 53a UrhG) soll eingeführt werden, die den Betrieb von subito durch die öffentlichen Bibliotheken grundsätzlich gestatten soll. Die Vorschrift differenziert allerdings zwischen dem Kopienversand per Post und Fax und der digitalen Verteilung per E-Mail oder FTP. In Bezug auf die erstgenannten Versendungsformen soll sich gegenüber dem Urteil des BGH nichts ändern. Dieser wird auch zukünftig unter Zahlung von Pauschalvergütungen uneingeschränkt zulässig bleiben, ohne dass dies von den Interessengruppen noch kritisiert würde.

Äußerst umstritten ist dagegen der Kompromiss, den die Bundesregierung hinsichtlich des elektronischen Kopienversandes (z. B. per Mail) anstrebt. Auch dies soll im Prinzip –

---

<sup>168</sup> Vgl. OLG München, Urteil v. 10.05.2007, Az. 29 U 1638/06, [http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT\\_MIR\\_2007\\_272.pdf](http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2007_272.pdf). Das Gericht hat entschieden, dass durch den elektronischen Kopienversand durch subito in das Vervielfältigungsrecht der Rechtsinhaber (hier: der Verlage) eingegriffen werde.

wiederum gegen angemessene Vergütung – für zulässig erklärt werden. Diesbezüglich ist jedoch eine wesentliche Einschränkung vorgesehen: Der jeweils angefragte Beitrag soll von den Bibliotheksversanddiensten nicht geliefert werden dürfen, wenn er auch von den Rechtsinhabern selbst online angeboten wird (etwa in einer Online-Datenbank des jeweiligen Verlages oder einer Verbunddatenbank wie GENIOS).

Der mögliche Effekt einer solchen „Konkurrenzschutzklausel“ liegt auf der Hand: Die Verlage – die selbst an der digitalen Distribution interessiert sind – etablieren eigene, kostenpflichtige Angebote und entziehen damit subito sukzessive die Rechtsgrundlage. Sie hätten es damit selbst in der Hand, die ungeliebte und seit Jahren massiv bekämpfte Konkurrenz aus dem Weg zu räumen.

Hinzu käme ein weiteres Problem für subito: Die Bibliotheken wären aufgrund der Konkurrenzschutzklausel gezwungen zu recherchieren, ob der betreffende Artikel bereits anderweitig angeboten wird oder nicht. Ist dies der Fall, kommt nur ein – unzeitgemäßer und den Bedürfnissen der Kunden nicht entsprechender – Post- oder Faxversand in Betracht. Abgesehen von dem Umstand, dass das Angebot des Dienstes durch die vorgesehene Einschränkung zwangsläufig lückenhaft würde und damit erheblich an Attraktivität verlöre, würde die Recherche erheblichen Aufwand erfordern<sup>169</sup>. Aus Sicht der Gemeinwohlinteressen war zudem kritikwürdig, dass der Konkurrenzschutz für die Verlage nach dem Regierungsentwurf auch dann greifen sollte (zur vom Bundestag verabschiedeten Fassung des § 53a UrhG s. u.), wenn deren Angebote um ein Vielfaches teurer sind als die von subito. Dabei sind elementare Preisunterschiede schon heute Realität<sup>170</sup>.

### **Kritische Stimmen aus der Politik**

Die nach dem Regierungsentwurf geplanten Einschränkungen der Informationsversorgung durch die Bibliotheken bergen die Gefahr, die Entstehung einer „Zwei-Klassen-Informationsgesellschaft“ zu fördern. Aus diesen und anderen Gründen wurde der Entwurf für § 53a UrhG schon nach Veröffentlichung des Referentenentwurfs Ende 2004 selbst aus den Reihen der Bundesregierung massiv kritisiert. Das Bundesministerium für Bildung und

---

<sup>169</sup> Informationspflichten der Verlage sind nicht vorgesehen. Die Bibliotheken wären daher gehalten, die notwendigen Informationen selbst zu recherchieren.

<sup>170</sup> Das Rechtspolitische Positionspapier des Deutschen Bibliotheksverbandes zum Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Fundstelle s. o., Fn. 158), S. 2, spricht von Beträgen von mehr als 30 € pro Artikel.

Forschung (BMBF) bemängelte den Gesetzesvorschlag öffentlich<sup>171</sup>. Allerdings ist diese Kritik – wenngleich nach wie vor berechtigt – unmittelbar wieder verstummt.

Immerhin hat der Bundesrat diese kritische Haltung der Politik wieder aufgegriffen und in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf gefordert, die Konkurrenzklausel zu streichen<sup>172</sup>. Dies ist sicherlich nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass durch mehr oder weniger gravierende Einschränkungen öffentlich geförderter Dokumentenversanddienste wie subito auch die öffentlichen Haushalte erheblich belastet würden. Denn solche Dienste führen schließlich zu einer wesentlich (kosten-)effektiveren Nutzung von Fachliteratur.

### **Lösungsvorschläge der Beteiligten**

Nachdem sich abzeichnete, dass die Bundesregierung keine Lösung für „On-the-Spot-Consultations“ und den Kopienversand finden würde, die sowohl den Verlagen als auch den Bibliotheken gerecht wird, haben sich die Parteien unter Vermittlung von Bundesbildungsministerin Schavan auf einen Konsens geeinigt und eine gemeinsame Stellungnahme abgegeben<sup>173</sup>. Hiernach erklären sich beide Parteien bereit, im Hinblick auf die neuen Schrankenbestimmungen gegenseitig Zugeständnisse zu machen und von ihren Positionen in Teilen abzurücken. Im Ergebnis wurden Änderungen der zuvor beschriebenen Regelungen in den §§ 52b und 52a UrhG-E angeregt.

### **Kompromiss zu den digitalen Leseplätzen**

Bibliotheksbestände sollen nach der Vereinbarung durch einen geänderten § 52b UrhG für die Nutzung an digitalen Leseplätzen nur digitalisiert werden dürfen, wenn die jeweiligen Werke nicht von den Verlagen selbst zu angemessenen Bedingungen in digitaler Form bereitgestellt werden. Die Verlage wurden im Gegenzug verpflichtet, ihre digitalen Angebote und die Nutzungsbedingungen in zentralen Datenbanken publik zu machen. Diese Datenbanken sollen den Bibliotheken dienen, um Existenz und Konditionen digitaler Verlagsangebote mit geringem Aufwand recherchieren zu können. Auch wenn ein Werk nicht

---

<sup>171</sup> Vgl. Schulzki-Haddouti, Bundesforschungsministerium kritisiert Urheberrechtsnovelle, heise online vom 15.12.2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/54296>.

<sup>172</sup> Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates im Regierungsentwurf, S. 41. Die Bundesregierung hat die Forderung in ihrer Gegenäußerung mit Hinweis auf den Schutz der Verleger an deren eigenen Online-Angeboten abgelehnt (ebd., S. 48). Man gehe im Übrigen davon aus, dass der Verlagsvorrang nur bei Angeboten greife, die zu angemessenen Konditionen erfolgten. Einzug in den Gesetzestext hat diese „Annahme“ jedoch nicht gehalten.

<sup>173</sup> Siehe die gemeinsame Stellungnahme des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels und des Deutschen Bibliotheksverbandes e.V. (DBV) vom 11.1.2007, [http://www.boersenverein.de/global/php/force\\_dl.php?file=%2Fsixcms%2Fmedia.php%2F686%2FSchrankenpapier%2520070110%2520e ndg.pdf](http://www.boersenverein.de/global/php/force_dl.php?file=%2Fsixcms%2Fmedia.php%2F686%2FSchrankenpapier%2520070110%2520e ndg.pdf).

von den Verlagen selbst digital angeboten wird, soll eine Digitalisierung der Vereinbarung zufolge nur zulässig sein, wenn die Bibliothek das jeweilige Buch zumindest einmal „im Original“ erworben hat. Die Nutzung des digitalen Exemplars darf hiernach nur in den Räumen der Bibliothek erfolgen und es dürfen nicht mehr Nutzer gleichzeitig zugreifen, als Originale in der Bibliothek vorhanden sind. Vor allem in der letztgenannten Einschränkung, der Bindung der digitalen Nutzung an die „analogen“ Bestände, liegt ein erhebliches Zugeständnis der Bibliotheken. Immerhin war um diesen Aspekt bei den Beratungen zum 2. Korb vehement gestritten worden. Hinter dem Kompromiss scheint die ausdrücklich ausgesprochene Verständigung von Bibliotheken und Verlagen zu stehen, dass „durch die Regelungen des § 52b keine Absatzminderungen eintreten dürfen“<sup>174</sup>.

### **Kompromiss zum Kopienversand**

Nach dem Kompromissvorschlag der Beteiligten zum Kopienversand (§ 53a UrhG-E) sollten die Bibliotheken das Recht erhalten, Kopien grundsätzlich auch digital versenden zu dürfen. Voraussetzung ist hiernach, dass die Beiträge als DRM-geschützte (dies setzt der Regierungsentwurf nicht voraus), unveränderbare Grafikdatei versendet werden.

Anders als im Regierungsentwurf vorgesehen, wird die „Konkurrenzschutzklausel“ für die Verlage (s. o.) abgeschwächt. Bieten die Verlage den jeweiligen Beitrag nicht selbst an, können die Bibliotheken ihn ohne weiteres nach der gesetzlichen Regelung versenden. Wird ein Beitrag dagegen in einer kommerziellen Verlagsdatenbank angeboten, können sich die öffentlich geförderten Kopienversanddienste wie subito zwar nicht auf die gesetzliche Lizenz aus § 53a UrhG berufen. In der Vereinbarung ist jedoch eine Zwangslizenzregelung vorgesehen, die einen digitalen Versand durch die Bibliotheken auch in solchen Fällen ermöglichen soll: Die Verlage werden hiernach verpflichtet, dies zu angemessenen Bedingungen zu gestatten. „Wo immer möglich“ sollen hierfür einheitliche Gebührenregelungen gelten, heißt es in der gemeinsamen Stellungnahme.

Der Unterschied zwischen gesetzlicher Lizenz und Zwangslizenz ist in diesem Zusammenhang ein entscheidender: Bei einer gesetzlichen Lizenz wie in § 53a des Regierungsentwurfs vorgesehen kann der Begünstigte die Nutzungshandlung (hier: den Kopienversand) vornehmen, ohne hierfür eine Zustimmung des Rechtsinhabers zu benötigen. Die zu zahlenden Vergütungen werden von den Verwertungsgesellschaften festgesetzt und eingezogen. Eine Zwangslizenz gestattet die Nutzung jedoch nur unter der

---

<sup>174</sup> Wie bereits ausgeführt wurde, dürften den Bibliotheken die Zugeständnisse in Bezug auf § 52b UrhG-E nicht allzu schwer gefallen sein. Denn die „On-the-Spot-Consultations“ scheinen für die Wissensvermittlung durch Bibliotheken von geringer Relevanz zu sein.

Voraussetzung, dass die Zustimmung erteilt wird. Der Nutzer muss daher zuvor die Rechtseinräumung und die Nutzungsentgelte mit dem Rechtsinhaber aushandeln und eine Rechtsübertragung herbeiführen. Andernfalls begeht er eine Urheberrechtsverletzung. Die Zwangslizenz bedeutet lediglich, dass der Rechtsinhaber verpflichtet ist, die Nutzung zu angemessenen Bedingungen zu gestatten. Ihm bleibt dabei – anders als bei der gesetzlichen Lizenz, deren Vergütungshöhe von einer Verwertungsgesellschaft festgelegt wird – der unmittelbare Einfluss auf die Konditionen der Vereinbarung erhalten.

Um den öffentlich geförderten Kopienversanddiensten die Recherche der erforderlichen Informationen (Welche Artikel werden von Verlagen angeboten?) zu erleichtern, war in der Vereinbarung vorgesehen, dass die Verlage ihre Publikationen an zentrale Meta-Datenbanken melden müssen. Versäumt ein Verlag, diese Daten zu hinterlegen, gilt die Konkurrenzschutzklausel nicht mehr und der Versanddienst kann den jeweiligen Beitrag auch dann nach § 53a UrhG versenden, wenn er in kommerziellen Angeboten vorhanden ist. Hierdurch wird vermieden, dass die Bibliotheken das Risiko tragen, für Nachlässigkeiten der Rechtsinhaber einstehen zu müssen.

### **Kompromiss über den Dokumentenversand im innerbibliothekarischen Verkehr**

Eine weitere Einigung sieht der Kompromissvorschlag über das Reizthema „Kopienversand im innerbibliothekarischen Leihverkehr“ vor. Bibliotheken und Verlage streiten sich bis heute – u. a. im subito-Fall (s. o.) – über die rechtlichen Möglichkeiten für Bibliotheken, Kopien auch an andere Bibliotheken zu versenden. Ob die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über den Kopienversanddienst oder der neue § 53a UrhG dies gestatten (würden), wird von beiden Seiten unterschiedlich beurteilt. Damit findet der innerbibliothekarische Kopienversand, für den aus Sicht einer flächendeckenden Informationsversorgung durch Bibliotheken ein erhebliches Bedürfnis besteht, in einer rechtlichen Grauzone statt. Diesen Schwebezustand wollen Bibliotheken und Verlage nunmehr beenden, indem sie diesbezüglich eine ähnliche Regelung vorschlagen wie für den Kopienversand an Endnutzer. Bieten Verlage den jeweiligen Beitrag selbst digital an, darf er im innerbibliothekarischen Verkehr (digital) nur versendet werden, wenn hierfür eine Lizenz erteilt wurde. Solche Lizenzen müssen jedoch erteilt werden (Zwangslizenz) und zwar zu angemessenen, einheitlichen (Zahlungs-)Bedingungen. Versäumt es ein Verlag, die selbst vorgehaltenen Beiträge einer zentralen Datenbank zu melden, können die Bibliotheken sie ohne Lizenz versenden.

## **Bundestag beschließt Änderungen unter Berücksichtigung des Kompromissvorschlags**

Auch wenn in der Beschlussempfehlung hierauf nicht ausdrücklich Bezug genommen wird, hat der Bundestag mit seinen letztlich beschlossenen Regelungen zum On-The-Spot-Consulting (§ 52b UrhG) und zum digitalen Kopienversand (§ 53a UrhG) die Vorschläge der zwischen den Verlagen und den Bibliotheken erzielten Kompromissvereinbarung jedenfalls teilweise aufgegriffen.

So sieht die endgültige Fassung von § 52b UrhG vor, dass digitalisierte Fassungen von gedruckten Werken (grundsätzlich) gleichzeitig nur so vielen Benutzern auf Terminals in Bibliotheken, Archiven usw. zur Nutzung bereitgestellt werden dürfen, wie Originale in der jeweiligen Einrichtung vorhanden sind. Den Vorschlag der Kompromissvereinbarung für eine Konkurrenzschutzklausel und Zwangslizenzregelung greift die Beschlussempfehlung jedoch nicht auf<sup>175</sup>.

Gleiches gilt für die Regelung zum Kopienversand. Auch hier wurden jedoch andere Anregungen des Kompromissvorschlags teilweise übernommen. Unter anderem wurde die Konkurrenzschutzklausel für die Bibliotheken entschärft. Nach der geänderten Fassung greift der Verlagsvorrang nur, wenn es „offensichtlich“ ist, dass der jeweilige Beitrag auch über einen kommerziellen Dienst angeboten wird. Zudem gilt der Konkurrenzschutz nur, wenn das kommerzielle Angebot zu angemessenen Bedingungen bereitgestellt wird. Laut Begründung<sup>176</sup> wird hierdurch auf die beiden wesentlichen Bedenken von Seiten der Bibliotheken eingegangen, also die Recherchierbarkeit der kommerziellen Angebote einerseits und die Verteuerung des Informationszugangs andererseits.

In Bezug auf den erstgenannten Aspekt heißt es in der Begründung: „Ein Angebot ist jedenfalls dann offensichtlich, wenn es in einer Datenbank aufgeführt ist, die von den Bibliotheken und Verlagen aufgrund einer Vereinbarung zentral administriert wird.“ Damit wird der Kompromissvorschlag zwischen Verlagen und Bibliotheken in Bezug auf die Einrichtung einer speziellen Datenbank (wenn auch in etwas abgewandelter Form) aufgegriffen. Für subito und andere öffentliche Kopienversanddienste heißt dies in der Praxis, dass ein Beitrag, der in einer solchen Datenbank nicht aufgeführt ist, in digitaler Form versandt werden darf. Der Verlagsvorrang greift in solchen Fällen nicht. Die Unsicherheit darüber, ob ein bestimmter Beitrag auch kommerziell angeboten wird und daher nicht versandt werden darf, dürfte hierdurch erheblich vermindert werden.

---

<sup>175</sup> Näheres zur endgültigen Ausgestaltung der neuen Schrankenbestimmung siehe oben zu § 52b UrhG.

<sup>176</sup> Siehe BT-Drcks. 16/5939, S. 80.

Der Bundestag hat den Konkurrenzschutz zudem von den Tarifen abhängig gemacht, die Verlage für die Nutzung ihrer Beiträge fordern. Sind diese nicht angemessen, greift der Vorrang ebenfalls nicht. Schon in der Begründung zum Regierungsentwurf hieß es, man gehe davon aus, dass der Verlagsvorrang nur in solchen Fällen greifen solle<sup>177</sup>, ohne dass dies jedoch in der Gesetzesformulierung Berücksichtigung gefunden hätte. Die Beschlussfassung des Bundestages behebt dieses Manko, indem dies ausdrücklich in die Formulierung des § 53a UrhG aufgenommen wurde.

Die Änderungen, die der Bundestag an § 53a UrhG vorgenommen hat, beschränken sich jedoch nicht auf Zugeständnisse an die Belange der Bibliotheken und der Allgemeinheit. Durch eine neu hinzugefügte Einschränkung werden die Möglichkeiten von öffentlich geförderten Kopienversanddiensten wiederum nicht unerheblich beschnitten. Anders als im Regierungsentwurf vorgesehen, soll der digitale Kopienversand nur noch „zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung zulässig [sein], soweit dies zur Verfolgung nicht gewerblicher Zwecke gerechtfertigt ist“. Zur Begründung heißt es: „Die Formulierung entspricht dem Wortlaut des Artikel 5 Abs. 3 Buchstabe a) der Richtlinie 2001/29/EG. Die Zweckbestimmung erfolgt, um Bedenken der Europäischen Kommission betreffend eine nicht-richtlinienkonforme Ausgestaltung zu begegnen und dadurch ein Vertragsverletzungsverfahren zu vermeiden.“

Diese Einschränkung gegenüber dem Regierungsentwurf ist insofern gravierend, als der digitale Versand von Beiträgen, die zu rein privaten oder zu beruflichen Zwecken genutzt werden sollen, untersagt wird. Für die Kopienversanddienste bedeutet dies zudem, dass sie in Zukunft prüfen müssen, zu welchem Zweck ein Nutzer den jeweiligen Beitrag verwenden will. Dies dürfte zu erheblichen Schwierigkeiten führen, will man sich nicht über den Wortlaut hinaus darauf beschränken, nur noch Lehrpersonal, Forscher und Studierende zu beliefern<sup>178</sup>. Im Übrigen sind die Angaben der Nutzer für den Kopienversanddienst kaum zu verifizieren. Da die Beschränkung des Kopienversands auf Zwecke der Wissenschaft und Lehre nach der Formulierung des § 53a UrhG jedoch unabhängig davon gilt, ob der Verwendungszweck des Nutzers für den Dienstbetreiber erkennbar ist, es sich vielmehr um ein objektives Ausschlusskriterium handelt, ist die Gefahr, unzulässige Versandhandlungen – und damit Urheberrechtsverletzungen – zu begehen, nicht unerheblich.

---

<sup>177</sup> Siehe oben, Fn. 172.

<sup>178</sup> Nach derzeit h. M. zu § 53 Abs. 2, Satz 1, Ziff. 1 (Vervielfältigungen zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch), können sich auch „Hobby-Wissenschaftler“ auf den wissenschaftlichen Gebrauch berufen. Es kommt hiernach für die Anwendung der Regelung nicht darauf an, ob eine Person beruflich oder im Rahmen ihrer Studien wissenschaftlich tätig ist, sondern nur darauf, dass jemand wissenschaftlich arbeitet. Dies können auch Praktiker oder Privatpersonen sein (Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rn. 23).

## **Privatkopie und Schutz technischer Maßnahmen**

Diese Ausgestaltung der Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG und deren Verhältnis zum Schutz technischer Maßnahmen gehört auch im 2. Korb zu den umstrittensten Themen. Der Punkt konnte in den 2. Korb verlagert werden, da die Richtlinie diesbezüglich offen formuliert ist. Nach Art. 5 Abs. 2, lit. b) und Art. 6 Abs. 4, Unterabsatz 2 wird den nationalen Gesetzgebern die Entscheidung überlassen, ob eine Privatkopieschranke vorgesehen wird, und wenn, ob diese gegen den Schutz von Kopierschutz- und DRM-Systemen „durchsetzungsstark“ ausgestaltet wird.

Wie schon im 1. Korb ist die Bundesregierung den Forderungen v. a. der Musik- und Filmindustrie nicht nachgekommen, die digitale Privatkopie erheblich einzuschränken. Weder ist bislang eine Begrenzung auf Kopien vom eigenen Original noch ein Verbot vorgesehen, sich Vervielfältigungen von Dritten erstellen zu lassen. Nach wie vor werden derartige Maßnahmen jedoch gefordert. Zudem versucht die Musikindustrie, sog. „intelligente Aufnahmesoftware“ verbieten zu lassen<sup>179</sup>. Derartige Programme ermöglichen es den Nutzern, Webradio-Sendungen automatisiert gezielt nach bestimmten Titeln zu durchsuchen und diese aufzeichnen zu lassen. Die Musikindustrie sieht hierin – einmal mehr – Gefahren für ihre Geschäftsmodelle, da mithilfe solcher Software bei geringem Aufwand Kopien von Musikstücken in guter Qualität erstellt werden können – noch dazu völlig legal.

Die Bundesregierung erteilte all diesen Forderungen eine Absage und berief sich zur Begründung v. a. auf die mangelnde Durchsetzbarkeit von Einschränkungen der Privatkopie-Regelung sowie die fehlende Transparenz für die Nutzer.

## **Änderung der Privatkopieregelung**

Die Bundesregierung schlägt daher im Regierungsentwurf nur eine einzige Änderung des § 53 Abs. 1 UrhG vor<sup>180</sup>. Die „Offensichtlichkeits-Beschränkung“ hinsichtlich der Kopiervorlage (s. o., Punkt 1.2.2.) soll ausgeweitet werden, um Downloads aus illegalen Quellen (v. a. Internet, Tauschbörsen etc.) für rechtswidrig zu erklären.

Zu diesem Zweck sieht der Regierungsentwurf vor, private Vervielfältigungen auch in solchen Fällen für rechtswidrig zu erklären, in denen die Kopiervorlage offensichtlich rechtswidrig online zugänglich gemacht wurde. Sofern es für Nutzer objektiv und ohne weiteres erkennbar ist, dass das Online-Angebot einer Datei nicht vom Rechtsinhaber autorisiert wurde bzw. gegen Urheberrechte verstößt, sollen Privatkopien nicht mehr

---

<sup>179</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des „Forums der Rechteinhaber“ vom 9.7.2006 ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_4Urheberrecht2\\_IV/04\\_StN/ifpi\\_Hr\\_Zombik.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_4Urheberrecht2_IV/04_StN/ifpi_Hr_Zombik.pdf)), S. 1 f.

gestattet sein. Die Bundesregierung scheint hierbei davon auszugehen, dass die meisten Bürger und Bürgerinnen wissen, dass etwa Filme oder kommerzielle Musik nicht von Filmstudios oder Plattenlabels zum freien Download in eine Tauschbörse gestellt werden und dass nicht autorisierte Download-Angebote rechtswidrig sind.

Ob die geplante Regelung tatsächlich geeignet ist, dem Download von nicht illegal angebotenen Dateien aus Tauschbörsen und Internet die Rechtsgrundlage zu entziehen, ist jedoch zumindest zweifelhaft. Denn auch die Frage, ob ein Musikstück oder ein Film rechtmäßig oder rechtswidrig online gestellt wurde, wird für die Nutzer keineswegs immer ohne weiteres zu beantworten sein. So stellt sich auch hier das Problem einer rechtlichen Einordnung von im Ausland begangenen Nutzungshandlungen. Sitzt der Anbieter einer Datei im Ausland (was an sich für den Durchschnittsnutzer schon nicht erkennbar ist), kommt es bei der rechtlichen Beurteilung des Online-Angebots auf internationalrechtliche Aspekte an<sup>181</sup>. Laien wird es jedoch nicht möglich sein, diese zu beurteilen, was wiederum bedeutet, dass die Rechtslage in Bezug auf die Zugänglichmachung für sie nicht „offensichtlich“ ist. Hinzu kommt, dass viele Künstler und kleine Netzlabels heute durchaus eigenhändig neue Releases im Internet oder in Tauschbörsen veröffentlichen, um deren Bekanntheit und Verbreitung zu fördern. Da die Nutzer nicht erkennen können, wer für die Erstveröffentlichung verantwortlich ist, können sie in vielen Fällen auch nicht einschätzen, ob dies der Berechtigte war oder ein nicht autorisierter Dritter<sup>182</sup>.

### **Auswirkungen der Einschränkungen für die Nutzer**

Für die Nutzer ist die Offensichtlichkeits-Regelung prinzipiell neutral. Nach dem Grundgedanken dieser Formulierung sind sie nicht etwa verpflichtet oder gehalten, sich über die Auslegung des Begriffs „offensichtlich“ weiter gehende Gedanken zu machen. Auch sind sie nicht verpflichtet, die Rechtslage an einer Kopiervorlage eingehend zu prüfen oder gar Rechtsrat einzuholen, bevor sie einen Download vornehmen. „Offensichtlich“ bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit für jeden erkennbar offen zutage tritt und hieran keine berechtigten Zweifel bestehen können. Nutzer dürfen sich der aufdrängenden Vermutung, dass es sich um ein rechtswidriges Angebot handelt, zwar nicht verschließen. Darüber hinaus treffen sie jedoch keine Prüfungspflichten.

---

<sup>180</sup> Der Bundestag hat den Regierungsentwurf in Bezug auf die Privatkopieschranke nicht geändert.

<sup>181</sup> So stellt sich zunächst die Frage, welches Recht auf diese Handlung anwendbar ist. Wenn diese geklärt ist, kommt es darauf an, ob die öffentliche Zugänglichmachung der jeweiligen Datei nach diesem Recht zulässig ist.

<sup>182</sup> Sieht man von den Unsicherheiten aus dem internationalen Recht einmal ab, wird ein Online-Angebot derzeit im Zweifel z. B. dann als offensichtlich rechtswidrig anzusehen sein, wenn es kommerzielle Filmproduktionen enthält, deren kommerzielle Auswertung im Kino oder die DVD-Auswertung noch nicht begonnen hat.

Der insofern vom Regierungsentwurf vorgeschlagene Kompromiss basiert auf einer den urheberrechtlichen Grundgedanken entsprechenden Wertung. Einerseits werden Privatkopien aus rechtswidrigen Quellen untersagt, da es die Rechtsordnung nicht dulden kann, dass rechtswidrig hergestellte und/oder online bereitgestellte Vervielfältigungsstücke als Grundlage legaler privater Kopien dienen. Um die Nutzer nicht erheblichen Rechtsunsicherheiten auszusetzen, gilt dies andererseits nur, wenn die Rechtswidrigkeit der Quelle „auf die Stirn geschrieben steht“.

Ob aus der neuen Beschränkung für die Nutzer Nachteile entstehen, hängt davon ab, wie der Begriff „offensichtlich“ insbesondere von der Rechtsprechung interpretiert wird. Zur geltenden Rechtslage (nach In-Kraft-Treten des 1. Korbes) sind noch keine Urteile bekannt. Wendet die Judikatur das Merkmal seiner eigentlichen Bedeutung entsprechend an, sollten hieraus keine unangemessenen Nachteile für die Nutzer erwachsen.

### **Keine durchsetzungsstarke digitale Privatkopie**

Auch bei den Diskussionen um den 2. Korb wird von verschiedener Seite gefordert, die Privatkopie gegenüber dem Schutz technischer Maßnahmen durchsetzungsstark auszugestalten. Die Bundesregierung ist dem im Regierungsentwurf ebenso wenig nachgekommen wie der Bundestag in der Beschlussfassung. Es soll also kein Recht des Nutzers geben, vom Rechteinhaber technische Mittel herauszuverlangen, um auch verschlüsselte oder sonst wie kopiergeschützte Inhalte zu privaten Zwecken zu vervielfältigen. Dies sei, so die Bundesregierung, nicht angemessen. Ein „Recht auf Privatkopie“ habe es nie gegeben und lasse sich auch aus dem Grundgesetz nicht herleiten. Den Bemühungen der Rechteinhaber, die Nutzung im privaten Bereich durch technische Schutzmaßnahmen zu kontrollieren und abzurechnen, dürfe durch gesetzliche Regelungen nicht entgegengewirkt werden<sup>183</sup>. Weiter heißt es in der Begründung: „Würde eine Regelung getroffen, die für den Verbraucher auch in diesen Fällen die Möglichkeit schafft, kostenlos in den Genuß [sic!] von Vervielfältigungen für den privaten Gebrauch zu kommen, so würde damit die kommerzielle Verwertung von Werken in den neuen Medien weitgehend entwertet. Es darf nicht sein, dass ein kostenloser Genuß [sic!] von geistigem Eigentum für den Verbraucher zur Regel wird.“

Die Begründung überzeugt in mancher Hinsicht nicht. So wird damit die Bedeutung der Privatkopie heruntergespielt und suggeriert, dass diese für die Verbraucher nur ein Mittel sei, um sich Kosten für an sich entgeltspflichtige Handlungen zu ersparen. Die Privatkopieschranke sei zudem nur eingeführt worden, um zugunsten der Rechteinhaber ein

---

<sup>183</sup> Siehe die ausführliche Begründung im Regierungsentwurf, S. 20 f.

„Marktversagen“ auszugleichen, das in der Unkontrollierbarkeit privater Nutzungshandlungen liege<sup>184</sup>.

Dass sich hierin die Funktion der Privatkopieschranke nicht erschöpft, diese vielmehr für die Bevölkerung wesentliche Voraussetzung für die Teilhabe am kulturellen Leben und für den Zugang und die Rezeption von Informationen darstellt, hat sowohl der Gesetzgeber als auch der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit anerkannt. Der Bundesgerichtshof entnimmt in seinem Urteil „CB-Infobank I“ aus dem Jahr 1997 dem § 53 UrhG die wichtige Funktion, „das Interesse der Allgemeinheit, im Rahmen der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft, zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen einen unkomplizierten Zugang haben zu müssen“ zu sichern<sup>185</sup>. Die Regelung stellt hiernach ein bedeutendes Element für eine der Sozialpflichtigkeit des Art. 14 Abs. 2 GG entsprechende Ausgestaltung des Urheberrechts dar.

Im Übrigen erscheint es geradezu grotesk zu behaupten, eine durchsetzungsstarke Privatkopieregelung würde die kommerzielle Verwertung von Werken in den neuen Medien entwerten und eine „Umsonst-Mentalität“ der Bevölkerung fördern. Einerseits sind Privatkopien keineswegs „umsonst“, sondern nach den §§ 54 ff. UrhG vergütungspflichtig. Andererseits versucht der Gesetzgeber derzeit als Kernthema des 2. Korbes eine Reform des Vergütungssystems vorzunehmen, die letztlich dazu führen soll, dass die Urheber und Rechtsinhaber über diese Vergütung eine angemessene Kompensation für Privatkopien erhalten.

### **Pauschalvergütungen dienen der Kompensation für Privatkopien**

Letztlich krankt die Diskussion um die Privatkopieschranke ebenso wie die Wahrnehmung der Bundesregierung daran, dass sie allein auf das Kopieren von Musik und Filmen aus dem Internet oder CDs und DVDs fokussiert. Diese Wahrnehmung verstellt den Blick auf andere, wesentlichere Gemeinwohlinteressen an dieser Regelung. In der Diskussion über die Durchsetzungskraft der Privatkopieschranke scheinen diese Aspekte meist ebenso ignoriert zu werden.

So ermöglicht die Privatkopieregelung in derzeitiger Ausgestaltung die Vervielfältigung geschützter Werke für den privaten Bedarf, ohne dass hierfür ein eigenes Werkstück benötigt wird. Auch ist gestattet, sich Kopien von anderen anfertigen zu lassen. Diese

---

<sup>184</sup> Kritisch zur Gesetzesbegründung schon Kreuzer in seiner Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum 2. Korb vom 16.11.2006, [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08\\_4Urheberrecht2\\_IV/04\\_StN/Till\\_Kreuzer.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/08_4Urheberrecht2_IV/04_StN/Till_Kreuzer.pdf), S. 6 ff.

<sup>185</sup> BGH, GRUR 1997, 459/463 – CB-Infobank I.

Aspekte sind v. a. für wirtschaftlich unterprivilegierte Bevölkerungskreise ganz wesentlich. Denn die Anschaffung eigener Originale oder eigener Kopiergeräte ist diesen häufig nicht möglich. Da die Teilhabe am kulturellen Leben, die Bildung und andere wichtige gesellschaftliche Aktivitäten erheblich von der (auch dauerhaften) Verfügbarkeit von eigenen Werkexemplaren abhängen, würde die Abschaffung dieser Befugnisse die Entstehung einer Mehrklassengesellschaft nicht unerheblich fördern. Würde die Privatkopieschranke etwa auf die Erstellung von Vervielfältigungen von eigenen Originalen beschränkt (wie es die Musikindustrie fordert), hieße dies, dass fortan nicht mehr aus Büchern in Bibliotheken fotokopiert werden dürfte, keine Rundfunksendungen mehr mitgeschnitten oder Downloads aus dem Internet vorgenommen werden dürften, ohne dass die jeweiligen Rechtsinhaber dem zustimmen würden. Abgesehen von der rein flüchtigen Informationsversorgung (Lesen eines Buches, Sehen eines Filmes, Hören von Radiosendungen etc.) würde es damit allein den Rechtsinhabern überlassen, über den Zugang zu und den Umgang mit Informationen zu entscheiden. In Zukunft würden komplexe, vom Anbieter aufoktroierte vertragliche Bedingungen (etwa Lizenz- oder Nutzungsbestimmungen) über kulturellen Genuss, Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten und Informationsverwendung allein entscheiden. Dass dies auf Bildung, Ausbildung, Arbeitsmarkt und die meisten anderen gesellschaftlichen Bereiche erhebliche Auswirkungen hätte, wird in der Diskussion um die Privatkopie völlig vernachlässigt<sup>186</sup>.

### **DRM-Schutz schränkt Nutzungsfreiheiten massiv ein**

Mit der sog. „Durchsetzungsstärke“ der Privatkopieschranke gegen den Schutz technischer Maßnahmen stehen diese Erkenntnisse in engem Verhältnis. Der absolute Vorrang der Sonderschutzrechte gegen Umgehung solcher Systeme führt bei der Inanspruchnahme von Schrankenbestimmung schon allgemein zu erheblichen Einschränkungen. Diese dürfen nicht eigenhändig umgangen werden, sondern es besteht allenfalls ein Anspruch auf Herausgabe der zur Wahrnehmung der Nutzungsfreiheiten erforderlichen technischen Mittel (s. o.). Schranken jedoch, die nicht durchsetzungsstark ausgestaltet sind, lassen sich auch auf diese Weise nicht mehr durchsetzen. Die Entscheidung über die Wahrnehmung solcher Regelungen liegt damit allein in den Händen der Rechtsinhaber. Werden DRM- oder Kopierschutzsysteme eingesetzt, kann der Anbieter uneingeschränkt nach eigenem Ermessen darüber entscheiden, ob Privatkopien erstellt werden dürfen oder nicht.

---

<sup>186</sup> Siehe ausführlich zu den praktischen und gesellschaftlichen Auswirkungen von Einschränkungen der Privatkopieregelung Kreuzer, Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum 2. Korb vom 16.11.2006, [http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/08\\_4Urheberrecht2\\_IV/04\\_StN/Till\\_Kreuzer.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/08_4Urheberrecht2_IV/04_StN/Till_Kreuzer.pdf).

Welche Folgen dies hat, zeigt sich momentan an kommerziellen Download-Shops. Die hier vertriebenen Inhalte, seien es Musik, eBooks oder Filme, können und dürfen nur so genutzt werden, wie es der jeweilige Anbieter zulässt. Dateien von iTunes z. B. können nur auf dem iPod abgespielt und nur in bestimmter Anzahl auf bestimmte (vom Anbieter registrierte) Geräte kopiert werden. Weiteres regeln die seitenlangen und hoch komplizierten Nutzungsbedingungen. Würde ein Anbieter entscheiden, dass Kopien – zu welchen Zwecken auch immer – gänzlich unterbleiben müssen, wäre auch dies legitim. Den Interessen der Allgemeinheit wird diese Ausgestaltung des Rechts nicht gerecht.

### **Urheber profitieren nicht von Einschränkungen der Privatkopie und extensivem DRM-Schutz**

Und auch den Kreativen, den Autoren, Wissenschaftlern, Künstlern, Musikern und Übersetzern kommt der überbordende Schutz technischer Maßnahmen nicht zugute. Die häufig vorgebrachte Rechtfertigung, es liege im Interesse der Urheber, über den Schutz technischer Maßnahmen die möglichst absolute Kontrolle über die Nutzung ihrer Werke zu erlangen, entspricht kaum der Realität. Nicht die Urheber haben ein solches Kontrollinteresse. Es sind auch nicht die Urheber, die sich solcher Systeme bedienen, um Einzelnutzungen abzurechnen, sondern in erster Linie die Verlags- und Unterhaltungswirtschaft.

Urheber sind vielmehr in erster Linie selbst Nutzer und damit auf handhabbare und notwendige Nutzungsfreiheiten sowie ein nicht zu weit gehendes Urheberrecht angewiesen. Jeder Urheber baut auf den Werken anderer auf, wozu es wiederum erforderlich ist, hierauf zugreifen und diese nutzen zu können. Ansonsten ist kreatives Schaffen nicht möglich.

Zudem bedeutet das Regelungsgefüge zwischen Privatkopieschranke und Pauschalvergütung für viele Urheber eine wichtige, nicht durch Verträge abtretbare, Einnahmequelle. Kann ein Werk privat kopiert werden, erhält der Urheber hierfür von den Verwertungsgesellschaften eine pauschale Vergütung. Diese ist gem. § 63a UrhG nicht abtretbar. Werden Werke jedoch mit technischen Maßnahmen vor Vervielfältigung geschützt, entfallen diese Ansprüche (vgl. § 13 Abs. 4 UrhWG). An den Einnahmen, die der Verwerter durch Einsatz von DRM-Systemen für Einzelnutzungen möglicherweise erzielt, hat der Urheber jedoch keinen gesetzlichen, schon gar keinen unabdingbaren gesetzlichen Beteiligungsanspruch. Eine Kompensation der Kreativen hängt – soweit diese ihre Werke nicht ausnahmsweise selbst verwerten – also beim Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen vom „good will“ der Verwerter ab. In den wenigsten Branchen werden die Kreativen jedoch am Ertrag beteiligt. Üblich ist vielmehr die Abgeltung durch das Arbeitsentgelt oder Einmalvergütungen (buy-out). Urheber, die auf diese Weise vergütet

werden, profitieren nicht davon, dass die individuelle private Nutzung kontrolliert und abgerechnet wird. Man kann daher unterstellen, dass sie vielmehr ein Interesse daran haben, dass ihre Werke möglichst umfangreich wahrgenommen und genutzt werden.

### 2.2.3 Neue Nutzungsarten

Ein weiterer wesentlicher Aspekt betrifft nicht den Interessenkonflikt von Nutzern und Rechtsinhabern, sondern die widerstreitenden Belange im Verhältnis zwischen Urhebern und Verwertern (z. B. zwischen einem Autor und seinem Verlag).

Die tatsächliche Situation bei der Verwertung von geistigen Schöpfungen war schon immer durch ein erheblich ungleiches Kräfteverhältnis zwischen den Kreativen auf der einen und den Verwertern auf der anderen Seite geprägt. Die wenigsten Urheber sind in der Lage, bei Vertragsverhandlungen ihre Interessen durchzusetzen. In der Regel diktieren Verlage, Musikproduzenten, Filmstudios oder Arbeitgeber die Bedingungen, insbesondere was den Umfang der zu übertragenden Nutzungsrechte angeht. Der Abschluss von „buy-out“-Verträgen ist weit verbreitet. Der Urheber überträgt in solchen Fällen exklusiv alle denkbaren Nutzungsrechte an seinem Werk auf einen Verwerter, in der Regel gegen eine einmalige Zahlung.

Diese Gefahr einer Übervorteilung der Urheber kraft überragender Verhandlungsmacht soll das Urhebervertragsrecht lindern, indem es die Urheber vor allzu umfassenden Rechteübertragungen schützt. Dem dient (u. a.) § 31 Abs. 4 UrhG. Hiernach ist es nicht möglich, Rechte an zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekanntem, eigenständigen Nutzungsarten zu übertragen. Der Urheber soll geschützt werden, Rechtsübertragungen vorzunehmen, die ihm mehr oder weniger auferlegt werden und deren Auswirkung er noch gar nicht absehen kann.

Die Regelung führt etwa dazu, dass ein Urheber, der Anfang der Achtzigerjahre Rechte an einem Text vollumfänglich einem Verlag übertragen hat, hiermit keine Rechte zur Veröffentlichung im Internet einräumen konnte – unabhängig davon, wie weit reichend der Vertrag formuliert war. Denn die Nutzungsart Internet war Anfang der Achtzigerjahre weder wirtschaftlich noch technisch „bekannt“ (also marktrelevant).

§ 31 Abs. 4 UrhG hat also zur Folge, dass ein Verwerter, der alte Werke in einer neuen Nutzungsart vermarkten will, die Urheber erneut um Erlaubnis fragen muss. Die Urheber erhalten damit die Möglichkeit, erneut eine Lizenzgebühr auszuhandeln, die Auswertung zu untersagen, das Werk auf diese Weise selbst zu nutzen oder sich an andere Verwerter zu wenden und diesen die Rechte einzuräumen. Neben der wirtschaftlichen hat die Regelung über neue Nutzungsarten auch eine (urheber-)persönlichkeitsrechtliche Relevanz. Denn

nicht jeder Autor, nicht jeder Künstler, Grafiker oder Fotograf ist u. U. damit einverstanden, dass seine Werke später z. B. auch im Internet oder als digitales Hörbuch veröffentlicht werden.

Aus Sicht zumindest mancher Verwerter ist die Regelung hinderlich. Denn der Aufwand, etwa vor Erstellung von Jahrgangs-Zeitschriften-CD-ROMs oder der Ausstrahlung eines Filmes im Handy-TV, die notwendigen Rechte von allen beteiligten Personen usw. einzuholen, ist immens und mitunter gar nicht zu realisieren. Auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind momentan mit diesem Problem konfrontiert, da sie in der Regel nicht die erforderlichen Rechte besitzen, um ihre Archivbestände etwa über das Internet öffentlich zugänglich zu machen.

Dem nachvollziehbaren Interesse der Verwerter daran, neue Publikations- und Distributionswege bei überschaubarem Aufwand in Anspruch nehmen zu können, stehen die Interessen der Urheber gegenüber, an neuen Verwertungsformen angemessen wirtschaftlich beteiligt zu werden. Immerhin ist der „Beteiligungsgrundsatz“ (siehe § 11 S. 2 UrhG) ein wesentliches, wenn nicht das wichtigste Prinzip des kontinentaleuropäischen Urheberrechts. § 31 Abs. 4 UrhG ist eine der wesentlichen vertragsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz dieses Grundgedankens.

### **Schwächung der vertraglichen Stellung von ausübenden Künstlern durch das Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern**

Bereits bei der Reform des Urhebervertragsrechts durch das „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern“ wurde diese zentrale urhebervertragsrechtliche Bestimmung – unter Konterkarierung des Gesetzstitels – maßgeblich entwertet. § 31 Abs. 4 UrhG wurde im Zuge der Reform – nahezu unbemerkt – in Bezug auf die Rechte der ausübenden Künstler für unanwendbar erklärt. In der Gesetzesbegründung heißt es, es sei für den Verwerter nicht praktikabel, wenn bei Darbietungen mit vielen Mitwirkenden die Rechte für neue, bislang unbekannte Nutzungsarten von den zahlreichen ausübenden Künstlern nachträglich erworben werden müssten (z. B. bei Hörbüchern, Filmen, Fernsehsendungen).

### **Schwächung der Rechtsposition der Urheber**

Für Urheber soll § 31 Abs. 4 UrhG nun durch den 2. Korb abgeschafft werden. Dies komme – so der Regierungsentwurf – v. a. auch den Interessen der Allgemeinheit zugute, kämen

doch aufgrund der durch § 31 Abs. 4 UrhG entstehenden Schwierigkeiten neue Technologien „deutlich verspätet oder sogar überhaupt nicht zum Einsatz“<sup>187</sup>. Auch die Urheber selbst würden benachteiligt, da sie über die Rechtsübertragung nicht autonom entscheiden könnten. Dabei könne an einem vollständigen buy-out von Seiten der Schöpfer durchaus Interesse bestehen, da nur so gesichert werde, dass ihre Werke dauerhaft verwertet werden.

Der Vorschlag des 2. Korbes geht dahin, die geltende Regelung durch andere Bestimmungen zu ersetzen. Fortan können Rechte an unbekanntem Nutzungsarten wirksam übertragen werden. Den Urhebern wird im Gegenzug ein Widerspruchsrecht zugesprochen (§ 31a des Entwurfs). Die Möglichkeit einzelner Urheber, die Verwendung von Werken in neuen Nutzungsarten zu blockieren, werde – so die Begründung – somit vermieden<sup>188</sup>. Wird das Werk in einer neuen Nutzungsart verwertet, erhält der Urheber einen Vergütungsanspruch (§ 32c des Entwurfs).

Um die „Archive“ etwa des öffentlich-rechtlichen Rundfunks öffnen zu können, ist zudem eine „Übergangsregelung“ vorgesehen. Nach einem neuen § 137I UrhG sollen Rechte an neuen Nutzungsarten auch für „Altwerke“ auf den Verwerter übergehen. Diese komplexe Regelung sei an einem Beispiel erläutert: Ein Roman, an dem im Jahr 1966 durch einen Vertrag sämtliche Rechte auf einen Verlag übertragen wurden, soll nun als digitales Hörbuch veröffentlicht werden. Die Rechte hierfür hat der Verlag jedoch – aufgrund der Unübertragbarkeit von Rechten an neuen Nutzungsarten – nicht erworben. Nach § 137I des Regierungsentwurfs würden nun diese Rechte auf den Verlag im Nachhinein übergehen. Auf der anderen Seite würde die Autorin diese Rechte, über die sie bislang noch selbst verfügen konnte, verlieren. Auch dem könnte die Autorin widersprechen. Widerspricht sie nicht oder lässt sie die Frist für das Widerspruchsrecht verstreichen, steht der Autorin lediglich ein Anspruch auf eine „angemessene Vergütung“ zu.

### **Wem dient die Neufassung?**

Ob dieser Vorschlag den abzuwägenden Interessen der Betroffenen wirklich gerecht wird, ist äußerst zweifelhaft. Vielmehr scheinen – entgegen dem in der Gesetzesbegründung erweckten Anschein und der gesetzgeberischen Wertungen im Jahr 1965 – die wirtschaftlichen Belange der Rechteinhaber einmal mehr bevorzugt berücksichtigt worden zu sein.

---

<sup>187</sup> Vgl. Regierungsentwurf, S. 22.

<sup>188</sup> Siehe Regierungsentwurf, ebd.

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Streichung von § 31 Abs. 4 UrhG wirklich zur vermehrten Wiederverwertung von Werken (etwa aus Archivbeständen) in neuen Nutzungsarten führen wird. Dies wäre nur der Fall, wenn man grundsätzlich davon ausgehen könnte, dass die Verwerter – eher als die Urheber selbst – für eine erneute Publikation (z. B. im Internet) sorgen.

Dies kann jedoch nicht pauschal angenommen werden. Vielmehr ist durchaus denkbar, dass die Rechte an neuen Nutzungsarten in einigen Fällen beim Urheber selbst „besser aufgehoben“ sind, da dieser eher als ein Verwerter ein Interesse an einer erneuten Veröffentlichung haben wird. Ob ein Verwerter eine Wiederveröffentlichung vornimmt, wird im Zweifel davon abhängen, ob hiermit nennenswerte Gewinne zu erwirtschaften sind<sup>189</sup>. In vielen Fällen wird dies nicht der Fall sein.

Die Interessen z. B. der Autoren oder Musikurheber an einer späteren Wiederveröffentlichung müssen dagegen nicht stets finanzieller Natur sein. Vielmehr handeln die Urheber anders als kommerzielle Verwerter häufig aus ideeller Motivation oder um ihre Publizität zu steigern. So kann z. B. ein eher unbekannter oder ehemals populärer Schriftsteller durchaus ein Interesse daran haben, alte Werke – auch kostenlos – zum Download anzubieten. Dass auch ein Verlag diesen Weg beschreitet, ist dagegen höchst unwahrscheinlich. Werden dem Verlag jedoch die Rechte an der neuen Nutzungsart zuerkannt, bleiben die Texte – wenn sie ansonsten nicht mehr erhältlich sind – unter Verschluss, wenn die Neuveröffentlichung nicht ausnahmsweise positive Gewinnaussichten verspricht. Diese Folge tritt z. B. häufig auch bei altem Musikrepertoire ein, das – abseits von den Beatles und den Rolling Stones – nur noch kleine Interessentenkreise anspricht.

An diesen Beispielen zeigt sich, dass die pauschale Behauptung, die Abschaffung der Regelung über neue Nutzungsarten würde zu einer Bereicherung der Allgemeinheit führen, nicht zutrifft. Vielmehr hängt die Frage, ob und zu welchen Konditionen Altmaterial auf neuen Wegen erneut veröffentlicht wird, wesentlich von den Beweggründen des Rechtsinhabers ab. Dass das Interesse an möglichst ungehindertem und kostengünstigem Zugang zu interessanten, nicht mehr auf dem Markt befindlichen Inhalten bei kommerziell agierenden Verwertungsunternehmen stets in besten Händen ist, muss bezweifelt werden.

Allerdings wird man hiervon in manchen Konstellationen durchaus ausgehen können. Dies dürfte in der Regel bei „komplexen“ Werken (wie Filmen, Computerspielen oder Software) gelten, die unter einer Organisationshoheit eines Produzenten (Filmhersteller, Softwareunternehmen) durch viele Einzelpersonen im Zusammenwirken geschaffen werden. Insbesondere wenn neben den Urheberrechten an dem Endprodukt weitere Rechte wie z. B.

---

<sup>189</sup> Etwas anderes mag allenfalls für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten gelten.

verwandte Schutzrechte bestehen, sind die Einzelurheber selbst bei Einigkeit über die Neuveröffentlichung hierzu nicht in der Lage. Dies gilt besonders für Filme, an denen eine Vielzahl von Urhebern (z. B. Drehbuchautor, Filmmusikkomponist) und ausübenden Künstlern (insbesondere die Darsteller) Rechte haben und der Produzent überdies ein eigenes Schutzrecht (das Filmherstellerrecht) erwirbt.

In solchen Fällen erscheint es daher generell sinnvoll, die Rechte auch für neue Nutzungsarten zu bündeln und sie derjenigen Instanz zuzuordnen, die – im allgemeinen Interesse – am ehesten für eine Neuveröffentlichung sorgen wird. Denn einerseits ermöglichen die einzelnen Rechtspositionen eine solche nicht, andererseits besteht in der Tat die Möglichkeit, die Gesamtauswertung zu blockieren.

Diese Umstände rechtfertigen es jedoch nicht, den Filmurhebern nicht einmal ein Widerrufsrecht zuzugestehen<sup>190</sup>. Denn ein Missbrauch des Widerrufsrechts ist nach dem neuen § 31a Abs. 3 UrhG ohnehin ausgeschlossen. Diese Bestimmung besagt, dass die Urheber „komplexer Werke“ ihr Widerrufsrecht nicht wider Treu und Glauben ausüben können.

### **Nützt eine Abschaffung von § 31 Abs. 4 UrhG den Urhebern?**

Auch das Argument, die Urheber hätten ein eigenes Interesse an einer Abschaffung der Regelung über neue Nutzungsarten, erscheint konstruiert. Zunächst ist festzustellen, dass ihnen ein wichtiger vertragsrechtlicher Schutz vor der Übervorteilung bei der Übertragung von Nutzungsrechten entzogen wird. Rechte, die ihnen bislang selbst zustanden, werden ihnen in vielen Fällen sogar rückwirkend entzogen werden. Sie verlieren hiermit die Möglichkeit, bei Aufkommen neuer Nutzungsarten über die Konditionen der Verwertung neu zu verhandeln. Die Urheber können diese „neuen Rechte“ also weder dem Meistbietenden „verkaufen“ noch entscheiden, dass sie die neue Nutzungsart selbst ausüben wollen. Stattdessen wird ihnen ein „Anspruch auf angemessene Vergütung“ gewährt, auf dessen Höhe sie selbst keinen Einfluss haben und der sich erfahrungsgemäß in geringen Grenzen halten wird. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Erkenntnisse über die schwache Verhandlungsposition der Urheber im Vergleich zum Jahr 1966 (in dem § 31 Abs. 4 UrhG eingeführt wurde) bis heute geändert hätten.

Ohne ein gesetzliches Übertragungsverbot für neue Nutzungsarten werden buy-out-Verträge zu – für die Kreativen – ungünstigen Bedingungen zukünftig verstärkt abgeschlossen werden. Das Widerspruchsrecht kann den Verlust an einem Schutz vor solchen

---

<sup>190</sup> Der Regierungsentwurf schlägt vor, durch eine Änderung der §§ 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 UrhG, den Filmurhebern und Urhebern vorbestehender Werke kein Widerrufsrecht zuzugestehen.

Vereinbarungen nicht kompensieren. Vielmehr ist zu erwarten, dass es in den meisten Fällen gar nicht wahrgenommen wird. So wird eine freie Journalistin die Verwertung ihrer Artikel in elektronischen Online-Archiven gegenüber einem Verlag kaum verweigern, da sie Gefahr liefe, dass ihre Beiträge nicht mehr veröffentlicht werden.

Immerhin hat der Bundestag in der Beschlussfassung weiteren Bedenken, v. a. der Vertreter der Urheberinteressen, Rechnung getragen. Im Regierungsentwurf war vorgesehen, dass ein Verwerter, der plant, ein Werk in einer neuen Nutzungsart zu vermarkten, den Urheber nicht vorher informieren muss. Das Widerrufsrecht, das ein solches Informationsdefizit des Urhebers hätte egalisieren können, sollte nach § 31a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs jedoch in dem Moment erlöschen, in dem der Verwerter die neue Auswertungsform beginnt.

Hätte diese Regelung Bestand gehabt, wäre zu vermuten gewesen, dass die Urheber im Regelfall erst dann Kenntnis von der Verwertung ihrer Werke auf eine neue Nutzungsart erlangen, wenn das Widerspruchsrecht bereits erloschen ist<sup>191</sup>. Denn woher soll etwa ein Romanautor wissen, dass sein Verlag plant, das Werk als Hörbuch herauszugeben? Dass er von seinem Verlag freiwillig vorab hierüber (oder gar die Möglichkeit, Widerspruch einzulegen) informiert wird, wäre wohl in den wenigsten Fällen zu erwarten.

Auf Anregung des Bundesrates<sup>192</sup> ist der Bundestag den Urheberinnen in diesem Punkt entgegengekommen, indem die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts an eine Mitteilung des VerwerTERS geknüpft wird. Nach der Beschlussfassung zu § 31a Abs. 1 UrhG erlischt das Widerrufsrecht nach Ablauf von drei Monaten, nachdem der Vertragspartner den Urheber über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Werknutzung informiert hat. Dabei genügt für das In-Gang-Setzen der Widerrufsfrist, dass der Verwerter ein Schreiben an die letzte bekannte Anschrift des Urhebers abgesendet hat<sup>193</sup>. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in der Bestimmung für „Altwerke“ (§ 137I Abs. 1). In beiden Fällen ist jedoch ein Zugang dieses Schreibens nicht erforderlich, so dass es auch nach den überarbeiteten Regelungen möglich ist, dass der Urheber erst dann von der Möglichkeit eines Widerrufs erfährt, wenn dieser nicht mehr ausgeübt werden kann.

In Bezug auf den Vergütungsanspruch für die Verwertung von „Altwerken“ (vgl. § 137I Abs. 5) sieht die Beschlussfassung zudem eine Einschränkung gegenüber dem Regierungsentwurf vor. Nach der überarbeiteten Regelung können diese nur noch von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden. Das bedeutet unter anderem, dass

---

<sup>191</sup> So lautet auch die Kritik der Stellungnahme der „Initiative Urheberrecht“ (Fundstelle, s. o., Fn, 146), S. 7.

<sup>192</sup> Siehe zur Empfehlung des Bundesrates BT-Drcks. 16/1828, S. 38.

<sup>193</sup> Nach der Begründung zur Beschlussfassung (BT-Drcks. 16/5939, S. 78) hat der Urheber daher ein eigenes Interesse daran, dem Verwerter seine aktuelle Adresse mitzuteilen. Eine Adresse gilt hiernach auch dann als bekannt, wenn sie bei der

Urheber, die nicht Mitglied einer Verwertungsgesellschaft (wie der GEMA oder der VG WORT) sind oder werden wollen, keine Vergütungsansprüche für die Nutzung von Altwerken in neuen Nutzungsarten geltend machen können.

### **3. Das Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums**

#### **3.1 Hintergrund**

Das „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ dient der Umsetzung der sog. Durchsetzungs-Richtlinie (IPRED1)<sup>194</sup>. Die Richtlinie wurde verabschiedet, um den europaweiten – zivilrechtlichen – Schutz der Immaterialgüterrechte zu harmonisieren und zu verbessern. Durch sie wird den Mitgliedsstaaten auferlegt, bestimmte Instrumente zur Durchsetzung von z. B. Patent-, Geschmacksmuster-, Marken- und Urheberrechten in das nationale Recht zu implementieren. Auf diese Weise soll die Rechtsstellung der Inhaber solcher Ausschließlichkeitsrechte verbessert werden, indem diese effektiver durchgesetzt werden können.

Die Durchsetzungs-Richtlinie enthält eine Vielzahl an Regelungen über zivilrechtliche Rechtsbehelfe, etwa Beweisregelungen, Auskunftsansprüche, Bestimmungen über Schadensersatz und einstweilige Sicherungsmaßnahmen. Es wird hier nicht zwischen den einzelnen Rechtsgebieten (Patentrecht, Urheberrecht usw.) unterschieden. Die Umsetzungsvorgaben gelten mithin gleichermaßen für alle Rechte am geistigen Eigentum.

Die Bundesregierung hat am 24.1.2007 einen Regierungsentwurf für die Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie vorgelegt<sup>195</sup>. Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthält eine Vielzahl neuer bzw. angepasster Vorschriften für die jeweiligen Rechtsgebiete, deren Wortlaut häufig identisch ist und sich in der Regel sehr eng am Text der Richtlinie orientiert. Mittlerweile drängt erneut die Umsetzungsfrist aus der Richtlinie, die bereits am 29.4.2006 abgelaufen ist. Am 20. Juni 2007 fand die öffentliche Sachverständigenanhörung über das „Durchsetzungsgesetz“ vor dem Rechtsausschuss im Bundestag statt. Eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses liegt bislang (Stand: August 2007) nicht vor, auch hat der Bundestag das Gesetz noch nicht verabschiedet.

---

Verwertungsgesellschaft des Urhebers erfragt werden kann. Dem Verwerter sei eine derartige Recherche bei der jeweiligen Verwertungsgesellschaft zumutbar.

<sup>194</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.4.2004, Abl. L 157.

<sup>195</sup> BT-Drcks. 16/5048 vom 20.04.2007, <http://dip.bundestag.de/btd/16/050/1605048.pdf>.

Im Folgenden sollen v. a. zwei Aspekte der Gesetzesreform angesprochen werden: Auskunftsansprüche von Rechtsinhabern gegen Internet Service Provider (ISP) und die Deckelung von Anwaltsgebühren für Bagatellurheberrechtsverletzungen.

### **3.2 Auskunftsansprüche gegen ISP**

Rechtsverletzungen, die im Internet begangen werden, sind schwer zu verfolgen. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Urheber-, Marken- oder Patentrechtsverletzungen handelt. Das Problem der Rechtsdurchsetzung ist stets dasselbe: Nutzer von Online-Diensten treten oft anonym auf. Vor allem die Nutzer sog. Tauschbörsen oder Filesharing-Systeme sind daher nicht ohne weiteres zu identifizieren. Bieten sie – ohne Zustimmung des Rechtsinhabers – z. B. Musikdateien in einem solchen System zum Download an, kann der Rechtsinhaber (etwa eine Plattenfirma) nur die IP-Adresse<sup>196</sup> sehen, die dem jeweiligen Nutzer zugeteilt war, als die Rechtsverletzung begangen wurde. Diese IP-Adressen werden aber in der Regel vom Provider dynamisch, also bei jedem Einwahlvorgang neu, vergeben. Wann welchem Anschlussinhaber eine bestimmte IP-Adresse zugeordnet war, weiß daher nur der Access-Provider.

Mit eben diesem Identifizierungsproblem sehen sich derzeit u. a. die Musik-, Film- und Softwareindustrie konfrontiert. In Tauschbörsen werden massenhaft Musikstücke, Filme und Computerprogramme ohne Zustimmung der Rechtsinhaber zum Download angeboten. Solche Handlungen sind urheberrechtlich untersagt. Diese „Tauschmentalität“ der Internet-Nutzer soll – nach Angaben der Unterhaltungsindustrie – zu erheblichen Umsatzeinbrüchen geführt haben. Entsprechend wollen viele Unternehmen hiergegen rechtlich vorgehen, Abmahnungen versenden und Klagen erheben. Solche Maßnahmen sind jedoch nur möglich, wenn man die Rechtsverletzer identifizieren kann. Da die Rechtsinhaber selbst nicht über die notwendigen Informationen verfügen, haben sie sich in der Vergangenheit häufig an die Zugangsprovider (wie T-Online, AOL oder Freenet) gewendet und die Herausgabe der persönlichen Daten verlangt. Dem haben die deutschen Gerichte jedoch einen Riegel vorgeschoben und – in Bezug auf das Urheberrecht – entschieden, dass sich der hierfür erforderliche (zivilrechtliche) Auskunftsanspruch aus dem geltenden Recht nicht herleiten lässt<sup>197</sup>. In der Folge sind die Rechtsinhaber dazu übergegangen, Strafanzeige gegen unbekannt zu erstatten. Die Staatsanwaltschaft ist – anders als private Unternehmen

---

<sup>196</sup> Die IP-Adresse dient zur eindeutigen Adressierung eines Computers in einem Netzwerk, z. B. dem Internet.

<sup>197</sup> Vgl. zu § 101a UrhG: OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 25.01.2005 (Az.: 11 U 51/04); Hanseatisches Oberlandesgericht, Urteil vom 28.04.2005 (Az.: 5 U 156/04). Maßgeblich für diese Entscheidungen ist der Umstand, dass sich die in § 101a UrhG gewährten Auskunftsansprüche nur gegen Rechtsverletzer richten. Access Provider nutzen jedoch nicht – weder rechtmäßig noch rechtswidrig – geschützte Werke, sondern sind nur Dritte, die für solche Handlungen in Anspruch genommene Dienstleistungen anbieten.

– berechtigt, von den Providern im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens persönliche Nutzerdaten herauszuverlangen. Werden Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt, kann der anzeigende Rechtsinhaber als Geschädigter Einsicht in die Akten nehmen und so den jeweiligen Nutzernamen in Erfahrung bringen.

Da diese Vorgehensweise sehr (zeit)aufwändig ist, will der Gesetzgeber durch die Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie einen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch einführen. Vorgesehen sind entsprechende Änderungen aller Immaterialgüterrechtsgesetze. Für das Urheberrechtsgesetz wird im Regierungsentwurf ein neuer § 101 vorgeschlagen, identische Regelungen enthält der Gesetzesvorschlag u. a. für das Patent- (§ 140b PatG-E) und das Markengesetz (§ 19 MarkenG-E).

### **Was regelt der Regierungsentwurf?**

Der Regierungsentwurf sieht zivilrechtliche Auskunftsansprüche vor, die auch gegen Dritte geltend gemacht werden können, die selbst keine Rechtsverletzer sind. Dies ist für den vorgenannten Zweck erforderlich, da v. a. Access Provider nur Dienste bereitstellen (den Zugang zum Internet), nicht aber „Nutzer“ von geschütztem Material sind. Sollen im Zuge des Auskunftsverlangens persönliche Daten herausgegeben werden, die eine Zuordnung von IP-Adressen zu einer Person ermöglichen, handelt es sich um „Verkehrsdaten“ im Sinne des § 3 Nr. 30 Telekommunikationsgesetz (TKG). Nach (beispielsweise) § 101 Abs. 9 UrhG in der Form des Regierungsentwurfs besteht für die Herausgabe solcher Verkehrsdaten ein Richtervorbehalt. Will ein Rechtsinhaber also derartige Informationen von einem Access Provider herausverlangen, muss er sich zunächst an das zuständige Gericht wenden. Dieses entscheidet in einem gesonderten Verfahren über das Bestehen des Auskunftsanspruchs und weist den Provider – soweit der Anspruch besteht – an, die Daten an den Rechtsinhaber herauszugeben. Danach kann er gegen den Nutzer Klage einreichen.

### **Datenschutzrechtlicher Zusammenhang**

Die Auskunftsansprüche für Verletzungen geistigen Eigentums sind in einem äußerst komplexen Regelungsgefüge mit anderen, v. a. datenschutzrechtlichen, Bestimmungen zu sehen. Denn ein solcher Anspruch kann nur realisiert werden, wenn die Provider

1. die herauszugebenden Daten überhaupt speichern dürfen und
2. gespeicherte Daten auch zu derartigen Zwecken an den jeweiligen Rechtsinhaber übermitteln dürfen.

Die hierfür erforderlichen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen sind nach geltendem Recht nicht gegeben. Um effektive Auskunftsansprüche überhaupt zu gewährleisten, sind daher erhebliche Änderungen des Datenschutzrechts erforderlich.

### **Datenspeicherungsbefugnis nach geltendem und neuem Recht**

Bislang dürfen – jedenfalls bei Flatrate-Kunden – nach der herrschenden Ansicht dynamisch vergebene IP-Adressen und die hiermit zusammenhängenden Nutzungsdaten (welchem Nutzer wann eine bestimmte IP-Adresse zugeordnet war) nicht vom Provider gespeichert werden. Dies wurde vom LG Darmstadt in einem Urteil vom 25.1.2006 (Az. 25 S 118/05) bestätigt. Der Grund hierfür ist, dass nach geltendem Datenschutzrecht Nutzungsdaten generell nur für Abrechnungszwecke gespeichert werden dürfen, wenn der Nutzer nicht einer weiter gehenden Speicherung zugestimmt hat. Eine Speicherung von dynamischen IP-Adressen ist bei Flatrate-Verträgen jedoch für die Abrechnung nicht erforderlich. Das Urteil ist rechtskräftig, der Bundesgerichtshof hat den Revisionsantrag von T-Online in diesem Verfahren im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde abgelehnt.

Um die Informationen, die Gegenstand eines derartigen Auskunftsanspruchs sind, überhaupt speichern zu dürfen, muss das geltende Datenschutzrecht also geändert werden. Die Grundlage hierfür will der Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der sog. „Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie“ schaffen<sup>198</sup>. Durch dieses Regelwerk – das grundsätzlich der Strafverfolgung und Terrorbekämpfung dienen soll – sollen Bestimmungen ins Telekommunikationsgesetz eingefügt werden, die weiter gehende Datenspeicherungsmöglichkeiten bzw. Datenspeicherverpflichtungen, u. a. für Access Provider, begründen.

Der Entwurf für einen neuen § 113a Abs. 4 TKG sieht vor, dass Internet-Diensteanbieter zukünftig eine Vielzahl von Nutzungsdaten, wie u. a. dynamische IP-Adressen und Informationen über Beginn und Ende von Internet-Nutzungen, für die Dauer von sechs Monaten auf Vorrat (also unabhängig vom Verdacht einer Straftat für jeden Nutzungsvorgang) speichern müssen.

### **Datenübermittlungsbefugnis nach geltendem und neuem Recht**

---

<sup>198</sup> Das BMJ hat bereits am 27.11.2006 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ vorgelegt. Am 27.06.2007 wurde die endgültige Fassung des Regierungsentwurfs veröffentlicht (BT-Drcks. 16/5846, <http://dip.bundestag.de/btd/16/058/1605846.pdf>).

Dürfen bzw. müssen die für Auskunftsansprüche der Rechtsinhaber notwendigen Daten erst einmal gespeichert werden, bedarf es einer weiteren Rechtsgrundlage, um deren Herausgabe an Dritte datenschutzrechtlich zu ermöglichen (sog. Übermittlungsbefugnis). Eine Herausgabe an private Unternehmen gestatten die im Rahmen der Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie vorgeschlagenen Neuregelungen des TKG nicht, da die Daten hiernach (siehe § 113b TKG-E) nur an staatliche Stellen zur Verfolgung von Straftaten herausgegeben werden dürfen.

Die erforderliche Übermittlungsbefugnis soll daher durch das im Januar 2007 vom Bundestag verabschiedete Telemediengesetz (TMG) geschaffen werden. Nach §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 5 TMG dürfen Telemedienanbieter „auf Anordnung der zuständigen Stellen“ die von ihnen gespeicherten personenbezogenen Daten u. a. für den Zweck einer Durchsetzung der Rechte am geistigen Eigentum herausgeben<sup>199</sup>. Ob diese Regelungen wirklich die notwendige datenschutzrechtliche Grundlage für die Durchsetzung der neuen Auskunftsansprüche darstellen, ist dennoch zweifelhaft. Denn über die zur Verfolgung von Tauschbörsennutzern erforderlichen Daten verfügen nur die Access Provider. Gerade für diese soll jedoch nach § 11 Abs. 3 TMG die Übermittlungsbefugnis des TMG keine Anwendung finden. Vielmehr sollen für Access Provider – mit wenigen, hier nicht relevanten Ausnahmen – allein die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes Anwendung finden, die eine solche Herausgabe gerade nicht gestatten (s. o.).

Eine Übermittlungsbefugnis für Access Provider könnte sich vor diesem Hintergrund also allenfalls aus den Regelungen über den Auskunftsanspruch im Urheber-, Patent- oder Markenrecht selbst ergeben. Ob dies allerdings der Fall ist, ist überaus zweifelhaft. So wird zu den im geltenden Recht vorhandenen Auskunftsansprüchen nach wohl herrschender Ansicht vertreten, dass diese keine datenschutzrechtlichen Herausgabebefugnisse begründen<sup>200</sup>. Letztlich bleibt daher trotz der mannigfaltigen Neuregelungen, die effektive Auskunftsansprüche ermöglichen sollen, offen, ob die Access Provider überhaupt Nutzungsdaten an die Rechtsinhaber herausgeben dürfen.

Ein weiterer Aspekt, der an der Effektivität der Neuregelungen gerade in Bezug auf Verletzungshandlungen in Tauschbörsen zweifeln lässt, ist die Beschränkung der Auskunftsansprüche auf Verletzungshandlungen „im geschäftlichen Verkehr“. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs für das Durchsetzungsgesetz sollen die Provider nur dann zur Auskunft verpflichtet sein, wenn das Ausmaß der Rechtsverletzungen „über das

---

<sup>199</sup> Diese Regelungen sollen nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum TMG dazu dienen, die Umsetzung der in der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Auskunftsansprüche vorzubereiten, vgl. BT-Drcks. 16/3078, vom 23.10.2006, S. 12.

<sup>200</sup> So zur bisherigen Regelung des § 101a UrhG etwa Sieber/Höfner MMR 2004, S. 575; Spindler/Dorschel, CR 2005, S. 38, 44 ff.; a. A. unter Verweis auf § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG Czychowski MMR 2004, S. 514, 517 ff. Siehe zu § 101a UrhG schon oben, Fn. 197.

hinausgeht, was einer Nutzung zum privaten Gebrauch entspricht<sup>201</sup>. Auch wenn diese Einschränkung stark auslegungsbedürftig ist<sup>202</sup> und letztlich im Gesetzestext keine Stütze findet<sup>203</sup>, dürfte sie letztlich dazu führen, dass viele Rechtsverletzungen, die in Tauschbörsen begangen werden, keine Auskunftsansprüche begründen. Denn die Nutzer in Tauschbörsen handeln in aller Regel nicht einmal zu mittelbaren geschäftlichen, sondern zu rein privaten Zwecken. Vor diesem Hintergrund sind die Auswirkungen der neuen Auskunftsansprüche derzeit äußerst ungewiss.

## **Zusammenfassung**

Das Regelungsgefüge zwischen Auskunftsansprüchen gegen Internet Provider und Datenschutzrecht ist unübersichtlich und komplex. Vielleicht so komplex, dass Gesetzgeber und Bundesregierung nicht alle Aspekte berücksichtigt haben. Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass bei den Gesetzesreformen datenschutzrechtliche Belange auf bedenkliche Art und Weise zurückgestellt wurden, um die Rechtsverfolgung von Immaterialgüterrechten zu stärken. Einmal mehr haben sich die europäischen und deutschen Rechtssetzungsinstanzen entschlossen, die Bürgerrechte und die Interessen der Allgemeinheit bei wichtigen Grundrechtsabwägungen zurückzustellen.

## **Massive Kritik an der Vorratsdatenspeicherung**

Anders als bei Abfassung der InfoSoc-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft haben sich Bürgerrechts- und Verbraucherschutzorganisationen bei den Diskussionen zur umstrittenen Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie schon frühzeitig engagiert. Auch aus den Reihen der deutschen Politik, von Juristenvereinigungen,

---

<sup>201</sup> Siehe Regierungsentwurf, BT-Drcks. 16/5846, S. 49.

<sup>202</sup> So stellt sich die Frage, ob mit „Handlungen im geschäftlichen Verkehr“ wirklich nur solche gemeint sind, mit denen gewerbliche Interessen verfolgt werden, oder ob auch solche Verletzungshandlungen hierunter fallen, die zwar zu rein privaten Zwecken vorgenommen werden, aber so erhebliche Ausmaße annehmen, dass sie in ihrer Wirkung gewerblichen Verletzungen entsprechen.

<sup>203</sup> Im Gesetzestext (z. B. in § 101 Abs. 2 UrhG-E) heißt es vielmehr nur: (2) „In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung oder in Fällen, in denen der Verletzte gegen den Verletzer Klage erhoben hat, besteht der Anspruch unbeschadet von Absatz 1 auch gegen eine Person, die in gewerblichem Ausmaß [...] 3. für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte.“ Diese Regelung soll die Anspruchsgrundlage für Auskunftsansprüche gegen Online-Provider darstellen. Hierin wird aber nicht darauf abgestellt, dass die Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß erfolgt ist, sondern nur darauf, dass der Dritte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbracht hat. Es fehlt also an einer klarstellenden Formulierung, dass auch solche Dritte nur dann auf Auskunft in Anspruch genommen werden können, wenn dies der Aufklärung von Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß dienen soll.

Telekommunikationsbetreiber-Verbänden und Datenschützern wird die Vorratsdatenspeicherung massiv kritisiert<sup>204</sup>.

Die Gegner bezweifeln schon grundsätzlich, dass diese zu einem signifikanten Nutzen für die Strafverfolgung führt<sup>205</sup>. Da ein solcher nicht erkennbar sei, könne der hiermit einhergehende Eingriff in verschiedene Grundrechte verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Die Vorratsdatenspeicherung verstoße daher gegen elementare Grundrechte wie das Fernmeldegeheimnis, die informationelle Selbstbestimmung, die Meinungs- und Rundfunkfreiheit sowie das Gleichbehandlungsgebot<sup>206</sup>.

Ob die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und damit auch etwaige Umsetzungsmaßnahmen des deutschen Gesetzgebers Bestand haben, ist im Übrigen unsicher. So haben Irland und die Slowakei gegen die Richtlinie Nichtigkeitsklagen beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) eingelegt. Diesen werden, zumal es hierbei insbesondere um die Frage nach der Regelungsform und -kompetenz geht, erhebliche Aussichten auf Erfolg bescheinigt<sup>207</sup>. Für den Fall einer Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht wurden zudem bereits von verschiedenen Seiten Verfassungsbeschwerden angekündigt<sup>208</sup>, die ebenfalls erhebliche Erfolgsaussichten haben dürften. Manche Politiker – u. a. der Opposition – fordern mittlerweile ein Moratorium für die Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie<sup>209</sup>.

### **Kritik an IPRED1 und dem deutschen Regierungsentwurf**

Erhebliche Kritik wird auch an dem Entwurf zur Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie geübt. Vor allem den Vertretern der Musikindustrie gehen die hierin enthaltenen Auskunftsansprüche noch nicht weit genug. Sie sprechen sich v. a. gegen den

---

<sup>204</sup> Auf die vielen kritischen Stellungnahmen von verschiedensten Seiten kann hier im Einzelnen nicht eingegangen werden. Vgl. hierzu etwa die Dokumentationen bei heise online: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/83911> (zum TMG) sowie <http://www.heise.de/ct/hintergrund/meldung/66857> (zur Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten).

<sup>205</sup> Sehr aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Stellungnahme des Arbeitskreises Vorratsdatenspeicherung, des Netzwerks neue Medien und der „Neuen Richtervereinigung“ zum Referentenentwurf zur Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie vom 19.1.2007 ([http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/stellungnahme\\_vorratsdatenspeicherung.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/stellungnahme_vorratsdatenspeicherung.pdf)), S. 22. Hiernach habe eine Studie des Bundeskriminalamts ergeben, dass lediglich 0,01 % (381) der insgesamt 2,8 Millionen in den letzten Jahren nicht aufgeklärten Straftaten aufgrund fehlender Telekommunikationsdaten unaufgeklärt geblieben seien. Lediglich 0,0004 % aller gesammelten Daten würden erwartungsgemäß von den Strafverfolgungsbehörden jemals nachgefragt werden, wobei mehr als 99 % der von der Vorratsdatenspeicherung betroffenen Bürger unschuldig wären (siehe ebd. S. 25). Die Vorratsdatenspeicherung sei für die Strafverfolgung sogar kontraproduktiv, da sie den Einsatz von Anonymisierungstechniken und die Vermeidung von Telekommunikationsmitteln bei Kriminellen fördere.

<sup>206</sup> Siehe eingehend die Stellungnahme des Arbeitskreises Vorratsdatenspeicherung und anderer (Fundstelle oben, Fn. 205, S. 22 ff.).

<sup>207</sup> Siehe hierzu <http://www.heise.de/newsticker/meldung/73751>. U. a. hat ein Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages ergeben, dass „erhebliche Bedenken bestehen, ob die Richtlinie in der beschlossenen Form mit dem Europarecht vereinbar ist.“.

<sup>208</sup> Siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/81400>.

<sup>209</sup> Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/80785>.

vorgesehenen Richtervorbehalt aus<sup>210</sup>. Dieser verhindere, dass man „effektiv und unbürokratisch gegen die Flut der illegalen Downloads“ vorgehen könne. Die Providerverbände äußern sich dagegen verhalten. Der Richtervorbehalt wird befürwortet, gegen die Einführung der Auskunftsansprüche spricht man sich jedoch nicht grundsätzlich aus. Scheinbar geht es den Providern in erster Linie darum, von etwaigen Kosten für die Erfüllung der Auskunftsansprüche freigestellt zu werden.

Vor allem Bürgerrechtler und Verbraucherschützer äußern sich dagegen nach wie vor sehr kritisch zu der Einführung von Auskunftsansprüchen und anderer verschärfter Maßnahmen zur Durchsetzung geistiger Eigentumsrechte. So wird etwa bemängelt, dass die Rechtsinhaber für die Durchsetzung ihrer Auskunftsansprüche Zugang zu sensiblen persönlichen Daten erhalten sollen, die im Wege der Vorratsdatenspeicherung gesammelt wurden. Die Vorratsdatenspeicherung rechtfertigt sich letztlich jedoch nur – wenn überhaupt –, wenn die Daten zur Bekämpfung von schwerstkrimineller Tätigkeit benötigt und allein in diesem Zusammenhang verwendet werden.

Zudem weisen die Kritiker darauf hin, dass die Auskunftsansprüche die Gefahr bergen, dass eine noch größere Flut von Massenabmahnungen auf Bürgerinnen und Bürger und dabei v. a. Kinder, Jugendliche und deren Eltern zukommen könnte. Wenn auch Immaterialgüterrechtsverletzungen an sich nicht zu billigen und durch die Rechtsordnung nicht hinnehmbar seien, seien rechtliche Bestimmungen, die vornehmlich auf die Verfolgung von Privatpersonen abzielen, die sehr häufig unbewusst und ungewollt gegen solche Rechte verstoßen, äußerst bedenklich. Dies gelte umso mehr, da die ergriffenen Maßnahmen (v. a. Abmahnungen und Klagen) für die Betroffenen mitunter durchaus Existenz bedrohend sein können (man denke insbesondere an einkommensschwache Familien oder „Hartz-IV-Empfänger“).

## Fazit

Selbst wenn das Gesetz zur Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie demnächst verabschiedet würde und entsprechend neue Auskunftsansprüche der Rechtsinhaber gegen Online-Provider eingeführt würden, fehlt bis dato noch die datenschutzrechtliche Grundlage für die Speicherung und Herausgabe derartiger Informationen. Ob eine solche mit den derzeit geplanten Maßnahmen (Umsetzung der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie im TKG,

---

<sup>210</sup> Vgl. die Pressemitteilung der Deutschen Phonoverbände <http://www.ifpi.de/news/news-822.htm> vom 24.1.2007, den Bericht über die Sachverständigenanhörung unter <http://www.urheberrecht.org/news/m/Schlagworte/s/Durchsetzungsrichtlinie/p/1/i/3067/> oder die für diesen Anlass vom Bundesverband der phonographischen Wirtschaft abgegebene Stellungnahme ([http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/22\\_Geistiges\\_Eigentum/04\\_Stellungnahmen/Zombik.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoeungen/22_Geistiges_Eigentum/04_Stellungnahmen/Zombik.pdf)).

Verabschiedung des TMG) geschaffen werden kann, ist durchaus zweifelhaft, selbst wenn die geplanten Änderungen wie vorgeschlagen umgesetzt würden.

### 3.3 Deckelung der Abmahngebühren

Ein weiterer – aus Sicht der Nutzerinteressen äußerst beachtlicher – Vorschlag betrifft eine Deckelung von Abmahngebühren für Urheberrechtsverletzungen im Bagatellbereich<sup>211</sup>. Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Durchsetzungs-Richtlinie enthält einen neuen § 97a UrhG, dessen Absatz 2 wie folgt lautet:

*„Der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für die erstmalige Abmahnung beschränkt sich in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf 50 Euro.“*

Für erste Abmahnungen gegen Privatnutzer sollen hiernach also nicht mehr als 50 Euro Anwaltsgebühren gefordert werden dürfen. In der Pressemitteilung, die das Bundesministerium der Justiz zur Verabschiedung des Regierungsentwurfs veröffentlicht hat, wird ein Beispiel genannt, das veranschaulichen soll, was Sinn und Zweck dieser Regelung ist<sup>212</sup>:

*„Die Schülerin S (16 Jahre) hat im Juli 2006 in einer Internet-Tauschbörse ein einzelnes Musikstück zum Download angeboten. Dies ist eine Urheberrechtsverletzung (§§ 19a, 106 UrhG). Das staatsanwaltliche Ermittlungsverfahren wurde wegen Geringfügigkeit eingestellt. Eine Kanzlei hat die Schülerin abgemahnt, die Abgabe einer Unterlassungserklärung gefordert und als Anwaltshonorar einen Betrag von 2.500 € gefordert.*

*Künftig kann die Kanzlei für ihre anwaltlichen Dienstleistungen nur 50 Euro von S erstattet verlangen, wenn es sich um einen einfach gelagerten Fall mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung handelt. Unberührt von dieser Begrenzung bleibt der Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts gegen seinen Mandanten, also etwa dem Rechtsinhaber.“*

Über solche Fälle missbräuchlicher Forderungen von Anwaltsgebühren in Bagatellangelegenheiten wird in den Medien ständig berichtet, so dass davon auszugehen

---

<sup>211</sup> Der Vorschlag basiert nicht auf der Durchsetzungs-Richtlinie, sondern ist auf Initiative der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries, erfolgt.

<sup>212</sup> Siehe [http://www.bmj.bund.de/enid/6a11f7e7ed459e8fd6ed96b536a8d3fc.84a713706d635f6964092d0933383539093a0979656172092d0932303037093a096d6f6e7468092d093031093a095f7472636964092d0933383539/Pressemitteilungen\\_und\\_Reden/Pressemitteilungen\\_58.html](http://www.bmj.bund.de/enid/6a11f7e7ed459e8fd6ed96b536a8d3fc.84a713706d635f6964092d0933383539093a0979656172092d0932303037093a096d6f6e7468092d093031093a095f7472636964092d0933383539/Pressemitteilungen_und_Reden/Pressemitteilungen_58.html).

ist, dass es sich nicht um seltene Ausnahmen handelt. Rechtliche Regularien, die dies wirkungsvoll verhindern würden, gibt es derzeit nicht. Vielmehr sind die Rechtsgrundlagen für die Berechnung von Abmahngebühren so flexibel, dass dem Abmahnenden ein immenser Spielraum für seine Forderungen eröffnet wird. Als Berechnungsgrundlage einer Anwaltsgebührenrechnung dient der Gegenstandswert. Dieser wird vom Absender einer Abmahnung zunächst „geschätzt“, was gerade bei Löschungs- und Unterlassungsansprüchen häufig rein fiktive Ergebnisse zur Folge hat. Denn der Gegenstandswert soll das rechtliche Interesse des Geschädigten an der Durchsetzung seines Anspruchs in Geld ausdrücken. Welche finanziellen Konsequenzen es aber für einen Rechteinhaber hat, ob eine Datei z. B. zukünftig von dem jeweiligen Nutzer nicht mehr in einer Tauschbörse angeboten wird, ist in konkreten Zahlen kaum auszudrücken<sup>213</sup>.

Durch die Gesetzesnovellierung will die Bundesregierung eine absolute Obergrenze für Erstverstöße mit geringer Wirkung setzen. Hiermit werde – so die Begründung des Gesetzesentwurfs – ein angemessener Ausgleich der Interessen von Rechteinhabern und Nutzern geschaffen<sup>214</sup>.

### **Nutzerfreundliche Regelung unter Beschuss**

Wie nicht anders zu erwarten, wurde der Entwurf für eine Abmahnkostenbegrenzung von bestimmten Interessengruppen erheblich kritisiert<sup>215</sup>. So wird der Vorsitzende der deutschen Phonoverbände<sup>216</sup>, Michael Haentjes, in einer Pressemitteilung wie folgt zitiert:

*„Mit der Einführung einer Deckelung der Abmahngebühren bei Urheberrechtsverletzungen werden Künstler und Musikwirtschaft doppelt bestraft. Sie haben den Schaden und müssen auch noch die Kosten der Rechtsverfolgung weitgehend selber tragen“, so Haentjes weiter. Damit werde das Urheberrecht zum zahnlosen Tiger.“*

Auch die „Deutsche Gesellschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“, der u. a. eine Vielzahl deutscher Rechtsanwälte angehört, hat sich in einem offenen Brief an Bundesministerin Brigitte Zypries kritisch zu der Gesetzesinitiative geäußert<sup>217</sup>. Die

---

<sup>213</sup> Siehe Näheres zur Abmahnproblematik unter <http://www.irights.info/index.php?id=435>.

<sup>214</sup> Vgl. die Ausführungen im Regierungsentwurf, S. 48 f.

<sup>215</sup> Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf (siehe S. 53 ff. der BT-Drcks. 16/5048) dagegen keine Forderungen in Bezug auf den neuen § 97a UrhG gestellt. Zur Diskussion über diesen Aspekt im Rahmen der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss vgl. den Bericht auf <http://www.urheberrecht.org/news/m/Schlagworte/s/Durchsetzungsrichtlinie/p/1/i/3067/>.

<sup>216</sup> Gerade die Musikwirtschaft ist dafür bekannt, dass sie massiv gegen Rechtsverletzer vorgeht, ganz gleich, ob Rechtsverstöße bewusst oder unbewusst, zu rein privaten oder zu gewerblichen Zwecken begangen werden.

<sup>217</sup> Siehe unter <http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2006/2006-10-04Stellungnahme-GRUR-AbmahngebührenimUrheberrecht.pdf>.

Neuregelung berge die Gefahr, dass Urheberrechtsverletzungen im Netz „nahezu sanktionslos bleiben“. Im Übrigen seien die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen, nach denen unberechtigt hohe Abmahnkosten gerichtlich nicht durchsetzbar seien, ausreichend, um einen angemessenen Schutz der Privatanutzer zu gewährleisten. Ähnlich äußerte sich der Deutsche Anwaltsverein in einer Stellungnahme<sup>218</sup>. Dem Verletzer, der eine Rechnung für überhöht hält, sei eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Kosten als Folge der von ihm verursachten Rechtsverletzung zuzumuten, heißt es hier.

## **Stellungnahme**

Die genannte Kritik an dem Vorschlag der Bundesregierung geht an der Realität vorbei. Es steht völlig außer Frage und ist natürlich auch der Bundesregierung bekannt, dass das geltende Gebührenrecht und die einschlägige Rechtsprechung Abmahngebühren Grenzen setzen. Auch bietet das Recht Möglichkeiten, sich gegen überhöhte Gebührenforderungen zu wehren. So steht es jedem Abgemahnten natürlich frei, der Gebührenforderung nicht nachzukommen und es insoweit auf einen Rechtsstreit ankommen zu lassen.

Hierbei ist jedoch zweierlei zu bedenken. Zum einen sind auch die Gerichte gerade bei der Bemessung von Rechtsanwaltsgebühren in Urheberrechtstreitigkeiten häufig äußerst großzügig. Nach geltendem Recht können daher in solchen Fällen Abmahngebühren gefordert werden, die weit über der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Obergrenze von 50 Euro liegen. Der Regelungsvorschlag dient also zunächst dazu, insofern eine Entlastung privater Haushalte vorzunehmen. Hiermit wird die Verkomplizierung des privaten Alltags ebenso berücksichtigt wie die gestiegene Gefahr, unbewusst Urheberrechtsverletzungen zu begehen und Gebührenforderungen ausgesetzt zu werden.

Noch wichtiger ist eine konkrete gesetzliche Regelung der Anwaltsgebühren für die Endnutzer insofern, als die derzeit bestehenden (rechtlichen oder faktischen) Möglichkeiten in vielen Fällen nicht wahrgenommen werden (können). Denn die wenigsten Bürger und Bürgerinnen können einschätzen, ob eine Anwaltsgebührenforderung angemessen ist oder nicht. Verweigern sie die Zahlung oder lassen sich anwaltlich beraten, sind hiermit weitere Kosten verbunden, die häufig gescheut werden. Sehr häufig werden aus diesen Beweggründen auch überhöhte Forderungen beglichen, ohne dass zuvor Rechtsrat eingeholt wurde. Eine eindeutige und leicht verständliche Regelung zur Gebührenhöhe könnte dieser Verunsicherung in der Bevölkerung Abhilfe schaffen<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Vgl. <http://www.anwaltverein.de/03/05/2006/44-06.pdf>.

<sup>219</sup> Völlig unproblematisch wird natürlich auch § 97a UrhG nicht für die Endnutzer sein. Es liegt in der Natur der Sache, dass solche Regelungen unbestimmte, wertende Rechtsbegriffe enthalten, die wiederum Auslegungsspielräume eröffnen und damit

## **Aussichten der Verabschiedung**

Ob der Vorschlag der Bundesregierung wirklich Gesetz wird, scheint derzeit schwer einzuschätzen. Angesichts der Tatsache, dass sich einflussreiche Verbände der Unterhaltungsindustrie sowie der Anwaltschaft für die Streichung von § 97a Abs. 2 UrhG-E einsetzen, ist dies keineswegs gesichert. Auch aus den Reihen des Bundestages ist mit einiger Sicherheit Gegenwind zu erwarten, obwohl eine Regelung, die die Bevölkerung vor unangemessenen, missbräuchlichen und u. U. die wirtschaftliche Existenz bedrohenden Maßnahmen schützen soll, prinzipiell wenig Raum für Kritik eröffnet. Eingriffe in die anwaltlichen Gebührenregelungen sind jedoch erfahrungsgemäß generell schwer durchzusetzen.

---

Rechtsunsicherheiten bergen. Dies gilt auch für den Entwurf des § 97a UrhG, der nur in „einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ eingreifen soll. Angesichts der Vielzahl denkbarer Fälle dürfte es kaum möglich sein, den Anwendungsbereich der Regelung auf gesetzlicher Ebene noch konkreter zu fassen. Dies obliegt – wie stets – den Gerichten, die in ihren Entscheidungen der in diesem Fall klar ausgedrückten Wertung des Gesetzgebers Rechnung zu tragen haben. Dies wird aber bis auf weiteres nichts daran ändern, dass der Anwendungsbereich der neuen Regelung ziemlich unbestimmt ist.