

Stellungnahme
der ZPÜ sowie der Verwertungsgesellschaften VG Wort und VG Bild-Kunst
zu den auf der Grundlage der Mediation zu Vergütungen für private Vervielfäl-
tigung und Reprographie ausgesprochenen Empfehlungen von Antonio Vitorino
vom 31. Januar 2013

I. Zur Reichweite der Schrankenregelung

Der erste Teil der Empfehlungen befasst sich mit der Reichweite der Privatkopie-schranke und dem Verhältnis zwischen den von einer Privatkopieschranke erfassten Vervielfältigungen zu den von einer rechtsgeschäftlichen Lizenz erfassten Vervielfäl-tigungen im Online-Bereich.

Die Empfehlung lautet:

„Clarify that copies that are made by end users for private purposes in the context of a service that has been licensed by rightholders do not cause any harm that would require additional remuneration in the form of private copying levies.“

(Seite 9)

Diese Empfehlung geht - zutreffend - von dem Grundsatz aus, dass Vervielfältigun-gen, die bereits Gegenstand einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Lizenz sind, nicht zugleich Gegenstand eines gesetzlichen Vergütungsanspruchs sein können. Sie ver-kennt jedoch die rechtlichen Grenzen, die einer rechtsgeschäftlichen Lizenzierung durch das Bestehen von Privatkopieschranken de lege lata gesetzt sind (unten 1.). Die Empfehlung verkennt ferner, dass eine - etwaige - Erweiterung der Möglichkeiten zur rechtsgeschäftlichen Lizenzierung im Online-Bereich nicht die Urheber begünstigen (unten 2.) und für die Endverbraucher ohne Auswirkung bleiben würde (unten 3.).

1. Fehlerhaftes Verständnis vom Zusammenspiel zwischen Lizenzvereinbarung und gesetzlicher Erlaubnis

Die Empfehlung beruht auf einem fehlerhaften Verständnis vom Zusammenspiel zwischen Lizenzvereinbarung und gesetzlicher Erlaubnis, wie die nachfolgende Feststellung zeigt:

“Usually, a service provider acquires a licence from the rightholder that covers all copyright relevant acts involved in the provision of the service, including the reproduction of copyright protected content by the end user. Such licensing agreements also reflect the view and the expectations of the end user.”

(Seite 7, erster Absatz)

Die hier getroffene Annahme, dass die einem Online-Anbieter erteilte Lizenz üblicherweise auch (alle) Vervielfältigungen durch den Endnutzer abdeckt, ist unzutreffend. Vielmehr beziehen sich die rechtsgeschäftlichen Lizenzen für Online-Anbieter in der Praxis nur auf diejenigen Nutzungen, die die Online-Anbieter im Rahmen der Umsetzung ihres Geschäftsmodells selbst vornehmen. Nicht dagegen werden auch die Nutzungen lizenziert, die durch den Kunden des Anbieters (den privaten Nutzer) in dessen Sphäre vorgenommen werden.

Beispielsweise erstreckt sich die Lizenz der GEMA nur auf die Nutzung der für das jeweilige Angebot erforderlichen Rechte durch den Anbieter sowie zusätzlich auf den ersten Download durch den Nutzer. Die weiteren Kopien, die der Endnutzer von diesem ersten Download anfertigt, werden von der GEMA nicht lizenziert und können es auch nicht, denn sie sind aufgrund der Schranke des § 53 Abs. 1 - 3 UrhG gesetzlich erlaubt.

Soweit in der Praxis Allgemeine Geschäftsbedingungen von Online-Anbietern Regelungen enthalten, mit denen den Kunden der Anbieter ausdrücklich gestattet wird, von den online erworbenen Werken Vervielfältigungen anzufertigen, sind diese Regelungen nach der in Deutschland bestehenden Rechtslage und Praxis der Rechtevergabe rein deklaratorisch und beschreiben nur, was ohnehin gilt.

Es besteht insoweit keine andere Situation als im Offline-Bereich, in dem zum Beispiel die dem Tonträgerhersteller von den Rechteinhabern erteilte Lizenz die Vervielfältigung der Werke auf einem Tonträger umfasst, während die Vervielfältigungen, die der Endnutzer von diesem Tonträger anfertigt, von der Privatkopieschranke gedeckt sind.

Die Endnutzer erhalten auf diese Weise Rechtssicherheit im Hinblick auf die von ihnen angefertigten privaten Kopien und können online erworbene Werke (in den Grenzen bestehender DRM-Systeme) nutzen, ohne über den Preis für den ersten Download hinaus weitere nutzungsbezogene Lizenzvergütungen bezahlen zu müssen. Dieses Ergebnis entspricht den Erwartungen der Endnutzer, ist jedoch nicht Folge der Lizenzvereinbarung zwischen Rechteinhabern und Verwertern, sondern eine Folge des Zusammenspiels rechtsgeschäftlicher Lizenzvereinbarungen und der gesetzlichen Schrankenregelung.

Im Mediationsverfahren sind sowohl die diesbezügliche Rechtsauffassung der Rechteinhaber als auch die Gegenauffassung vorgetragen worden, wie aus der Zusammenfassung auf Seite 7 der Empfehlungen deutlich wird. Die insoweit streitigen Rechtsfragen sind noch nicht entschieden und gehören zu den Fragen, die dem EuGH durch den BGH vorgelegt worden sind (Beschluss des BGH vom 21. Juli 2011, Az. I ZR 30/11, Vorlagefrage 5: „*Entfällt die Bedingung (Art. 5 Absatz 2a und b der Richtlinie) und die Möglichkeit (vgl. Erwägungsgrund 36 der Richtlinie) eines gerechten Ausgleichs, soweit die Rechtsinhaber einer Vervielfältigung ihrer Werke ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben?*“).

Im Vorlageverfahren hat die Generalanwältin beim EuGH zu dieser Frage wie folgt Stellung genommen:

„Noch anders gesagt: sieht ein Mitgliedstaat gemäß Art. 5 Abs. 2 oder 3 der Richtlinie eine Ausnahme in Bezug auf das in Art. 2 vorgesehene Vervielfältigungsrecht vor, können die Rechtsinhaber grundsätzlich nicht einfach dieses Recht wieder aufleben lassen und die Ausnahme aushebeln.“

(Schlussanträge der Generalanwältin vom 24. Januar 2013, Rn. 112)

Die Generalanwältin hat den Erwägungsgründen der Richtlinie allerdings die Absicht des europäischen Gesetzgebers entnommen, „*die Möglichkeit eines Nebeneinanderbestehens von vertraglichen Absprachen und solchen Ausnahmen oder Beschränkungen in gewissem Umfang*“ zuzulassen. Sie spricht sich deshalb dafür aus, dass den Mitgliedsstaaten in dieser Frage ein „*gewisses Ermessen*“ zustehen soll (Schlussanträge, Rn. 119). Von diesem Ermessen hat der deutsche Gesetzgeber jedoch keinen Gebrauch gemacht. Er hat im Gegenteil zum Schutz der Urheber vorgesehen, dass diese auf gesetzliche Vergütungsansprüche nach § 54 Abs. 1 UrhG nicht verzichten können (§ 63a UrhG).

Der Verfasser der Empfehlungen hat sich mit dieser Problematik nicht auseinandergesetzt und geht ohne weitere Begründung davon aus, dass rechtsgeschäftliche Lizenzen auch hinsichtlich solcher Vervielfältigungen möglich sind, die bereits gesetzlich durch die Privatkopieschranke erlaubt sind. Dies zeigen insbesondere die Feststellungen,

- dass es im Bereich der Lizenzierung von Online-Anbietern zu Doppelvergütungen komme

„In light of all of the above, my view is that licensed copies should not trigger the application of levies. The opposite view would pave the way for double payments. Consumers cannot be expected to show understanding for such double payments.”

(Seite 8, vorletzter Absatz)

- und dass die Kopien, die ein Endnutzer von einem online erworbenen Werk anfertigt, den Rechteinhabern keinen „Schaden“ verursachen würden:

„Clarify that copies that are made by end users for private purposes in the context of a service that has been licensed by rightholders do not cause any harm that would require additional remuneration in the form of private copying levies.”

(Seite 9)

Eine Doppelvergütung im Sinne einer doppelten Vergütung derselben Nutzung ist jedoch denklogisch ausgeschlossen, wenn sich die jeweilige Vergütung nicht nur auf unterschiedliche Nutzungen bezieht, nämlich die Vergütung für die rechtsgeschäftliche Lizenz auf die von dieser umfassten Vervielfältigungen („erster Download“) und der gesetzliche Vergütungsanspruch auf die von der gesetzlichen Erlaubnis erfassten Kopien („Kopien vom ersten Download“), sondern auch auf unterschiedliche Nutzer (nämlich den Diensteanbieter und den privaten Endnutzer). Aus diesem Grund stellen auch die durch die privaten Endnutzer vorgenommenen Vervielfältigungen auf der Basis des ersten Downloads einen „Schaden“ der Rechteinhaber dar, da diese Vervielfältigungen nicht Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Lizenz gewesen sein können.

Im Ergebnis basiert die ausgesprochene Empfehlung sowohl auf einem falschen Verständnis der Praxis der Rechtevergabe (insbesondere hinsichtlich des Umfangs der in der Praxis bestehenden Lizenzvereinbarungen), als auch auf einem falschen Verständnis der Rechtslage (insbesondere hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen rechtsgeschäftlicher Lizenz und gesetzlicher Schrankenregelung).

Nicht berücksichtigt ist in den Empfehlungen zudem, dass häufig die Anbieter von Internetinhalten gar keine Vereinbarung mit den Rechteinhabern getroffen haben, weil die von ihnen vorgenommene Nutzung von einer Schrankenregelung gedeckt ist. Dies gilt beispielsweise für Veröffentlichungen von Werken der Bildenden Kunst in Internet-Medien (Zeitungen, Zeitschriften, Blogs, on-line Publikationen von Büchern), wo ein Großteil der Veröffentlichungen unter die Schranke der aktuellen Berichterstattung fällt oder als Zitat zulässig ist. In diesen Fällen ist auch keinerlei Vergütung für die Primär-Nutzung geflossen – hier würde die Empfehlung zu einer doppelten Nicht-Vergütung führen.

2. Fehlerhaftes Verständnis von den Auswirkungen der Empfehlungen auf die Rechteinhaber

Die Empfehlung ist dahin zu verstehen, dass sämtliche Vervielfältigungen, die ein privater Endabnehmer von einem legal online erworbenen Werke anfertigt, nicht (mehr) einer gesetzlichen Schranke und einem gesetzlichen Vergütungsanspruch unterfallen sollten, sondern dem ausschließlichen Vervielfältigungsrecht der Rechteinhaber. Die Rechteinhaber sollen die weiteren Vervielfältigungen, die die Endabnehmer von dem online erworbenen ersten Download in ihrer Privatsphäre anfertigen, in die Lizenzvergütung einkalkulieren, die der Online-Anbieter an die Rechteinhaber zu entrichten hat.

Dass dies die Gefahr birgt, dass Vergütungen aus der rechtsgeschäftlichen Wahrnehmung urheberrechtlicher Nutzungsrechte nicht den Urhebern zugutekommen, wird in der Empfehlung durchaus gesehen:

„Some stakeholders claim that if such a work or other protected subject matter is then licensed to e.g. a service provider, authors and performers do not get a share of the licence fee, and need to be satisfied with the payment they received for the initial transfer of their rights. I understand that such authors and performers sometimes suffer from a lack of bargaining power.”

(Seite 8, zweiter Absatz)

Zur Vermeidung dieser Gefahr wird vorgeschlagen, die Verhandlungsposition der Urheber gegenüber Produzenten und Verlegern durch bessere Regelungen im Urhebervertragsrecht oder Arbeitsrecht zu stärken:

„Mandatory rules in copyright contract law or labour law would, in my view, be a better manner to ensure that authors and performers receive an adequate share when their works and other protected subject matter are exploited.”

(Seite 8, zweiter Absatz)

In Anbetracht der bisherigen Erfahrungen mit derartigen Regelungen in Deutschland ist die Empfehlung in diesem Punkt wirklichkeitsfremd. Sie blendet im Übrigen aus, dass die bestehenden Vergütungssysteme, in denen die Ansprüche der Urheber durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden, wesentlich besser als das Urhebervertragsrecht und das Arbeitsrecht dazu geeignet sind, den Urhebern eine angemessene Beteiligung an der Nutzung ihrer Werke zu sichern.

3. Fehlerhaftes Verständnis von den Auswirkungen der Empfehlungen auf die Endverbraucher

Die Empfehlung wird mit dem Interesse der Endverbraucher begründet, nicht mit einer Verpflichtung zur Doppelzahlung belastet zu werden:

„In light of all of the above, my view is that licensed copies should not trigger the application of levies. The opposite view would pave the way for double payments. Consumers cannot be expected to show understanding for such double payments.”

(Seite 8, vorletzter Absatz)

Der Vorwurf, es komme zu Doppelzahlungen der Endverbraucher, ist - jedenfalls in Deutschland - bisher von keinem Verbraucherverband erhoben worden. Das derzeitige System (rechtsgeschäftliche Lizenz für den ersten Download und gesetzliche Lizenz für alle weiteren vom ersten Download angefertigten Vervielfältigungsstücke) ist aus Sicht der Endverbraucher voll akzeptiert und wurde von diesen in der Praxis bislang nicht beanstandet.

Die Umstellung dieses Systems auf eine rechtsgeschäftliche Lizenz, die nicht nur den ersten Download abdeckt, sondern auch alle weiteren vom ersten Download angefertigten Vervielfältigungsstücke, würde sich für den Endverbraucher voraussichtlich nicht auswirken, da sich Vor- und Nachteile des Systemwechsels aufheben würden:

- Lizenzvergütung: Die Umstellung des Systems müsste grundsätzlich zur Folge haben, dass sich die Lizenzvergütung für den nunmehr erweiterten Umfang der rechtsgeschäftlichen Lizenz erhöht.
- Gesetzliche Vergütung: Die Umstellung des Systems müsste grundsätzlich zur Folge haben, dass sich die gesetzliche Vergütung wegen des nunmehr verringerten Umfangs der gesetzlichen Erlaubnis verringert.

Ein anderes denkbare Szenario ist, dass sich eine Erhöhung der Lizenzvergütung mangels entsprechender Marktmacht der Rechteinhaber gegenüber den Online-Anbietern nicht durchsetzen lässt, so dass im Ergebnis die Rechteinhaber trotz unverändertem Umfang der Nutzung ihrer Werke eine insgesamt geringere Vergütung erhalten würden.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die aufgeworfenen Fragen in gleicher Weise in der analogen Welt hätten stellen können. Auch dort wäre es ohne weiteres möglich gewesen, die Vergütung für gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen bereits in den Verkaufspreis für das Werkstück (z.B. eine CD oder ein Buch) einzupreisen. Der Vorwurf einer „Doppelvergütung“ wurde aber hier - zu Recht - niemals erhoben. Vielmehr bestand die Vergütung aufgrund der Erstverwertung (dem Verkauf des Werkexemplars) völlig unabhängig von den Vergütungen aufgrund von gesetzlich erlaubten Zweitverwertungen (wie z.B. den Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch). Nichts anderes gilt für den digitalen Bereich.

II. Verbesserung der Funktionsweise der Vergütungssysteme im Binnenmarkt

Der zweite Teil der Empfehlungen befasst sich mit der Verbesserung der Funktionsweise der Vergütungssysteme im Binnenmarkt.

1. Vergütungspflicht nur im Bestimmungsland und Verlagerung der Vergütungspflicht auf den Handel

Die Empfehlungen lauten:

“Collect levies in cross-border transactions exclusively in the Member State in which the final customer resides.”

(Seite 12)

“Shift the liability to pay levies from the manufacturer's or importer's level to the retailer's level while at the same time simplifying the levy tariff system; and

Oblige manufacturers and importers to inform collecting societies about their transactions concerning goods subject to a levy.”

(Seite 15)

Diese Empfehlungen werden zum einen mit Schwierigkeiten begründet, die die unterschiedlichen nationalen Vergütungssysteme der Mitgliedstaaten beim grenzüberschreitenden Handel innerhalb der EU verursachen sollen (unten 1.1), zum anderen mit dem sich aus der Entscheidung EuGH-Padawan ergebenden Erfordernis einer Differenzierung zwischen Geräten und Speichermedien, die an private und an nicht private Abnehmer geliefert werden (unten 1.2.).

1.1. Anwendung der Vergütungssysteme bei grenzüberschreitendem Handel

Werden vergütungspflichtige Geräte und Speichermedien, die in einem Mitgliedstaat in den Verkehr gebracht wurden, anschließend in einen anderen Mitgliedstaat exportiert, und unterliegen diese Geräte und Speichermedien in beiden Mitgliedstaaten einer gesetzlichen Vergütungspflicht, so fällt nach derzeitiger Rechtslage die Vergütung zunächst in beiden Mitgliedstaaten an. In der deutschen Praxis wirkt sich dies jedoch nicht aus. Steht bereits beim Import der Produkte fest, dass diese wieder exportiert werden sollen, so wird die Vergütung nicht zur Zahlung fällig. Erfolgt ein Export erst, nachdem schon eine Vergütung bezahlt wurde, so erfolgt eine Rückerstattung.

Dieses System hat in der Vergangenheit in Deutschland ohne Probleme funktioniert. In den zwischen den Verbänden der Importeure und Hersteller einerseits und den Verwertungsgesellschaften andererseits geschlossenen Gesamtverträgen wurde geregelt, dass die Importeure und Hersteller die von ihnen selbst exportierten Mengen von der Anzahl der von ihnen zu vergütenden Mengen in Abzug bringen können. Diese Möglichkeit besteht darüber hinaus auch für Exporte durch nachgelagerte Handelsstufen, so dass die Gesamtverträge insoweit auch Ansprüche zugunsten Dritter vorsehen.

In den Empfehlungen werden die in den Mitgliedstaaten vorgesehenen Rückerstattungssysteme angesprochen. Es wird jedoch behauptet, dass diese Systeme in den Fällen unzureichend seien, in denen der Export nicht durch den vergütungspflichtigen Importeur oder Hersteller selbst erfolge, sondern durch eine nachgelagerte Handelsstufe. Die Rückerstattung sei in diesen Fällen häufig mühsam, funktioniere nicht oder führe zu Doppelzahlungen (Seite 13, zweiter Absatz).

Diese Feststellung ist in Bezug auf die Situation in Deutschland unzutreffend. Das gilt sowohl für den audiovisuellen Bereich als auch für den Bereich der Reprographie.

Die Empfehlungen scheinen sich an dieser Stelle die Rechtsauffassung zu Eigen gemacht haben, wie sie das Unternehmen Amazon im Verfahren zwischen Amazon und der Verwertungsgesellschaft Austro Mechana vertritt. In diesem Verfahren hat der österreichische OGH dem EuGH unter anderem die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob ein Vergütungssystem, nach dem eine Vergütungspflicht auch solcher Unternehmen besteht, die Geräte und Speichermedien vor der Veräußerung an den Endabnehmer wieder ausführen, einen gerechten Ausgleich im Sinne der Urheberrechtsrichtlinie darstellt, wenn der Vergütungspflichtige einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Verwertungsgesellschaft hat.

In diesem Verfahren beruft sich Amazon insbesondere darauf, dass es nach deutschem Recht keinen gesetzlichen Anspruch auf Rückerstattung bei Export in denjenigen Fällen gebe, in denen der Export nicht durch den Importeur oder Hersteller, sondern durch eine nachgelagerte Handelsstufe (hier: Amazon) erfolge. Ein derartiger Anspruch ergebe sich insbesondere nicht aus § 54a Abs. 2 UrhG. Dabei wird das in Deutschland bestehende System der Gesamtverträge, das insoweit vertragliche Rückerstattungsansprüche vorsieht und das in der Vergangenheit in der Praxis zu keinerlei Beanstandungen geführt hat, vollständig ausgeblendet.

Aus Sicht der deutschen Verwertungsgesellschaften bestehen jedoch auch keine Bedenken, das bisher in der Praxis vertraglich geregelte System der Rückerstattung bei Export auch gesetzlich - unter Einbeziehung nachgelagerter Handelsstufen - zu regeln.

Auf der Grundlage der (jedenfalls in Bezug auf Deutschland) fehlerhaften Annahme, dass die Rückerstattung im Falle des Exports eine unzumutbare Belastung der Importeure und Hersteller darstelle, schlägt der Verfasser einen gravierenden Systemwechsel vor. Danach soll die Vergütung in der Europäischen Union nur ein einziges Mal in dem Mitgliedsstaat anfallen, in dem die Geräte und Speichermedien an Endverbraucher verkauft werden (Seite 13, letzter Absatz).

1.2. Differenzierungserfordernis zwischen Nutzung durch private Abnehmer und Nutzung durch nicht-private Abnehmer

Nach der Entscheidung EuGH-Padawan kann in bestimmten Fällen eine Differenzierung erforderlich werden zwischen Produkten, die an private Endabnehmer geliefert werden und solchen Produkten, die *„die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind.“* (EuGH-Padawan, dritter Leitsatz).

Die Empfehlungen kommen zu dem Ergebnis, dass diesem Differenzierungserfordernis am einfachsten Rechnung getragen werden könnte, wenn die Vergütungspflicht auf Ebene des Handels bestünde. Anders als die Importeure und Hersteller verkaufe der Handel grundsätzlich an Endabnehmer (und nicht an Weiterveräußerer) und könne somit im Regelfall erkennen, ob es sich bei seinem Abnehmer um einen privaten oder um einen nicht-privaten Abnehmer handele.

Die Feststellung, dass nach dem derzeitigen Vergütungssystem im Zeitpunkt der Entstehung der Vergütungspflicht häufig nicht bekannt ist, wer der spätere Endabnehmer der betreffenden Produkte sein wird, ist zutreffend. Die damit verbundene Problematik kann jedoch auch in der Weise gelöst werden, dass nicht-private Endabnehmer entweder von vorneherein zu der für gewerbliche Endabnehmer geltenden Vergütung einkaufen können („Zertifizierungsmodell“), oder aber eine etwaige Differenz zwischen der für nicht-private Endabnehmer geltenden und der für private Endabnehmer geltenden Vergütung von den Verwertungsgesellschaften zurückerstattet erhalten („Rückerstattungsmodell“).

Die Frage, ob ein Rückerstattungsmodell für den Fall des Exports mit den Vorgaben des europäischen Rechts vereinbart ist, liegt dem EuGH derzeit zur Entscheidung vor.

1.3. Ergebnis

Die Empfehlung einer Verlagerung der Vergütungspflicht auf den Handel bedeutet einen grundlegenden Systemwechsel und würde in Deutschland eine Gesetzesänderung erfordern. Gegen einen solchen Systemwechsel sprechen aus Sicht der Verwertungsgesellschaften folgende Gründe:

- Es ist davon auszugehen, dass die Zahl der Händler in Deutschland um ein Vielfaches größer ist als die Zahl der Importeure und Hersteller. Aus diesem Grund wäre nicht nur der Verwaltungsaufwand bei der Umsetzung des Vergütungssystems, sondern auch der Aufwand für die rechtliche Durchsetzung der Ansprüche gegenüber nicht zur Auskunft und Zahlung bereiten Vergütungsschuldern um ein Vielfaches größer als derzeit.
- Es ist völlig unklar, wie die empfohlenen Meldepflichten der Importeure und Hersteller in der Praxis umgesetzt werden sollen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen vergütungspflichtige Produkte durch Zwischenhändler mehrfach weiterveräußert werden.

- Wie der Wechsel von gesetzlich festgelegten zu vertraglich zu vereinbarenden Vergütungen zum 1. Januar 2008 gezeigt hat, birgt jeder Systemwechsel im Bereich der Vergütungen gemäß den §§ 54 ff. UrhG das Risiko erheblicher Nachteilen für die Rechteinhaber in Gestalt von Einnahmeausfällen und hohen Rechtsdurchsetzungskosten. Derartige Nachteile sind erst recht zu befürchten, wenn die Vergütungspflicht auf andere Marktteilnehmer verlagert werden soll, da sie diesen gegenüber neu durchgesetzt werden muss.
- In rechtlicher Hinsicht stellt sich die Grundsatzfrage nach der rechtlichen Legitimation einer etwaigen Inanspruchnahme des Handels.

Ein Systemwechsel sollte deshalb nur dann vorgenommen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen erforderlich wäre. Die in den Empfehlungen genannten Gründe stellen keine derartigen zwingenden Gründe dar:

Anders als in den Empfehlungen unterstellt, bereitet der Weiterexport von Produkten, die in Deutschland der Vergütungspflicht unterliegen, in der Praxis keine Probleme, da das Verfahren der so genannten Export-Rückerstattung in den zwischen den Verbänden der Hersteller und Importeure und den Verwertungsgesellschaften geschlossenen Gesamtverträgen einfach und pauschal geregelt wird. Der weitaus größte Teil der deutschen Importeure und Hersteller war in der Vergangenheit durch derartige Gesamtverträge gebunden. Es ist davon auszugehen, dass dies auch in Zukunft nach Beilegung der derzeitigen Auseinandersetzungen über die Vergütungshöhe nach dem seit dem 01.01.2008 geltenden neuen Recht der Fall sein wird.

Bis zu einer gegenteiligen Entscheidungen des EuGH ist davon auszugehen, dass ein Vergütungssystem, welches zur Umsetzung der Differenzierungserfordernisse aus der Entscheidung EuGH-Padawan zunächst nicht zwischen privaten und nicht-privaten Abnehmern differenziert, anschließend aber den nicht privaten Abnehmern einen Anspruch auf Rückerstattung etwa zu viel bezahlte Vergütungen gegenüber den Verwertungsgesellschaften einräumt, den Vorgaben des europäischen Rechts genügt.

2. Alternative: Ex-Ante-Befreiung von gewerblichen Abnehmern

In Anbetracht des Umstands, dass eine Verlagerung der Vergütungspflicht auf den Handel nicht kurzfristig realisierbar ist, wird in den Empfehlungen vorgeschlagen, in bestimmten Fällen eine Freistellung der Importeure und Hersteller von der Vergütungspflicht vorzusehen.

Zum einen soll in einem vereinfachten Verfahren gewährleistet werden, dass Importeure und Hersteller für solche Geräte und Speichermedien, die sie wieder exportieren, von Anfang an keine Vergütung bezahlen müssen. Nach Auffassung der deutschen Verwertungsgesellschaften besteht für ein derartiges Verfahren kein praktisches Bedürfnis, weil der Wegfall der Vergütungspflicht im Falle des Exports in Deutschland bereits durch § 54 Abs. 2 UrhG geregelt ist und weil die in Deutschland üblichen Gesamtverträge die Umsetzung dieser Vorschrift in denkbar einfacher Form vorsehen. Händler und Importeure können in den Auskünften über importierte und in Verkehr gebrachte Produkte, die sie der ZPÜ viertel- oder halbjährlich erteilen, ihre Eigenexporte direkt in Abzug bringen, so dass Vergütungen insoweit gar nicht erst anfallen können.

Darüber hinaus wird in den Empfehlungen vorgeschlagen, ein vereinfachtes Verfahren zu schaffen, nach dem Importeure und Hersteller für solche Geräte und Speichermedien, die an nicht-private Abnehmer geliefert werden, von Anfang an keine Vergütung bezahlen müssen. Die deutschen Verwertungsgesellschaften gehen insoweit davon aus, dass ein derartiges Verfahren Bestandteil künftiger Gesamtverträge sein wird. Allerdings sind mit einem solchen Verfahren nur die Fälle des so genannten Direktvertriebs zu lösen, in denen Importeure und Hersteller unmittelbar an Endabnehmer liefern. Erfolgt die Lieferung dagegen an den Zwischenhandel, kommt eine Freistellung der Importeure und Hersteller nicht in Betracht, weil der Endabnehmer bei Entstehung der Vergütungspflicht noch nicht bekannt ist. In diesen Fällen kann deshalb nur eine Rückerstattung etwa zu viel bezahlter Vergütungen an den nicht-privaten Endabnehmer erfolgen.

3. Ausweitung der Betreibervergütung im Bereich der Reprographie

Die Empfehlungen sprechen sich dafür aus, im Bereich der Reprographie eine angemessene Vergütung vermehrt durch die Betreibervergütung - und nicht durch die Gerätevergütung - sicherzustellen.

Die Empfehlung lautet:

„In the field of reprographie, more emphasis should be placed on operator levies than on hardware based levies.“

Gegen diese Empfehlung sprechen vergleichbare Erwägungen wie bei der Verlagerung der Vergütungspflicht auf den Händler. Insbesondere würde eine Ausweitung der

Betreibervergütung mit vergleichbaren administrativen Schwierigkeiten verbunden sein. Das geltende deutsche Recht sieht gemäß § 54c UrhG eine Betreibervergütung lediglich bei sogenannten Großbetreibern von Vervielfältigungsgeräten vor. Selbst dort ist aber eine Kontrolle und Durchsetzung der Vergütungsansprüche - jedenfalls soweit es um die Copyshops geht - höchst aufwändig. So besteht beispielsweise ein besonderer Außendienst zur Kontrolle der Copyshops. Hinzu kommen eine Vielzahl von gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung der Vergütungsansprüche und ganz erhebliche Schwierigkeiten aufgrund von Insolvenzen. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Vorteil des „dualen Systems“ in Deutschland gerade darin besteht, dass die angemessene Vergütung von zwei unterschiedlichen Gruppen von Vergütungsschuldern aufgebracht werden kann. Würde die Gerätevergütung in Zukunft ganz oder teilweise wegfallen, müsste der Ausfall vollständig von den Betreibern getragen werden. Es erscheint völlig ausgeschlossen, dass dies auch nur ansatzweise durchgesetzt werden könnte. Das gilt auch dann, wenn die Betreibervergütung *de lege ferenda* auf weitere Vergütungsschuldner, wie beispielsweise Unternehmen, ausgeweitet würde. Im Ergebnis führt die Empfehlung deshalb dazu, dass das Vergütungsaufkommen zu Gunsten der Rechteinhaber massiv einbrechen würde, ohne dass hierfür eine nachvollziehbare Begründung gegeben würde.

4. Kenntlichmachung der Vergütungen gegenüber dem Endverbraucher

Die Empfehlungen sprechen sich dafür aus, den Umstand, dass im Kaufpreis eines Geräts oder Speichermediums eine gesetzliche Vergütung für private Vervielfältigung enthalten war, gegenüber dem Endverbraucher sichtbar zu machen.

Die Empfehlung lautet:

“Make levies visible for the final consumers.”

(Seite 19)

Die deutschen Verwertungsgesellschaften sind grundsätzlich für eine Ausweisung der Vergütung gegenüber dem Endverbraucher. Die geltende Rechtslage sieht in § 54d UrhG eine Verpflichtung zur Ausweisung der Vergütung lediglich in den Fällen des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 UStG vor, d.h. beim Verkauf an „*einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen oder an eine juristische Person, die nicht Unternehmer ist*“. Eine Ausweisung auch in Rechnungen an den Endverbraucher würde den Verwertungsgesellschaften die Kontrolle erleichtern, ob Vergütungen tatsächlich bezahlt worden sind und würde die Rückerstattung von Vergütungen an nicht-private Abnehmer erleichtern.

Die Empfehlungen enthalten keine Angaben dazu, in welcher Weise die Vergütung sichtbar gemacht werden soll. Insoweit sollte eine betragsmäßige Ausweisung vorgesehen werden, um die mit der Ausweisung verfolgten Ziele bestmöglich zu erreichen.

5. Methode der Vergütungsfindung und Vereinheitlichung des Schadensbegriffs

In den Mitgliedstaaten der EU besteht kein einheitliches Vergütungssystem. Dieser Umstand wird in den Empfehlungen als Grund dafür angegeben, die nationalen Vergütungssysteme insoweit zu harmonisieren, als es das Verfahren zur Festlegung der Vergütungshöhe betrifft, insbesondere den Begriff des Schadens (unten 4.1.) und das Verfahren bei der Aufstellung von Tarifen (unten 4.2.).

Grundsätzlich ist hierzu anzumerken, dass die unterschiedlichen Vergütungssysteme in den Mitgliedstaaten keine Beeinträchtigung des Binnenmarkts darstellen, solange die Systeme so gestaltet sind, dass die Vergütung immer nur in dem Mitgliedsstaat gezahlt werden muss, in dem die Geräte und Speichermedien an Endverbraucher verkauft werden. Dies ist bereits heute der Fall, da die bestehenden Systeme eine Rückerstattung im Falle des Exports vorsehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen eine teilweise Harmonisierung des Verfahrens zur Festlegung der Vergütungen eine Vereinfachung des grenzüberschreitenden Handels zur Folge haben soll. Auch eine derartige teilweise Harmonisierung würde nichts daran ändern, dass die Vergütungen für verschiedene Geräte und Speichermedien in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich hoch wären.

Zu den beiden in den Empfehlungen genannten Punkten ist im Übrigen folgendes auszuführen:

5.1. Harmonisierung des Schadensbegriffs

Es wird vorgeschlagen, eine einheitliche Definition des Begriffs des „Schadens“ vorzusehen, da damit der Ausgangspunkt für eine Vereinheitlichung des Verfahrens festgelegt würde.

Die Empfehlung lautet:

“Ensure more coherence with regard to the process of setting levies by defining 'harm' uniformly as the value consumers attach to additional copies in question (lost profit).”
(Seite 21)

Ein Erfordernis für eine Harmonisierung des Schadensbegriffs ist nicht gegeben, weil der Vergütungsanspruch für private Vervielfältigung nicht durch die Höhe eines etwaigen Schadens der Rechteinhaber begrenzt wird. Die Urheberrechtsrichtlinie hat insoweit lediglich eine Mindestharmonisierung bezweckt und hat bei ihrem Inkrafttreten bereits in den Mitgliedstaaten bestehende Vergütungssysteme, die den Rechteinhabern als Ausgleich für den Eingriff in ihr Vervielfältigungsrecht durch die Schranke für private Vervielfältigung mehr zusprechen als lediglich den Ersatz eines Schadens, unberührt gelassen.

Dies gilt insbesondere für das deutsche Recht, nach dem den Rechteinhabern ein Anspruch auf angemessene Vergütung zusteht.

Ungeachtet dessen ist darauf hinzuweisen, dass das europäische Recht bereits Vorgaben zur Berechnung eines Schadens enthält. Für die Berechnung des Schadens sieht Art. 13 der Rechtsdurchsetzungsrichtlinie (RL 2004/48/EG) die Möglichkeit vor, den Schaden konkret zu bestimmen (Schaden des Verletzten oder Gewinn des Schädigers), oder aber abstrakt im Wege der Lizenzanalogie:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag der geschädigten Partei anordnen, dass der Verletzer, der wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm, dem Rechtsinhaber zum Ausgleich des von diesem wegen der Rechtsverletzung erlittenen tatsächlichen Schadens angemessenen Schadensersatz zu leisten hat. Bei der Festsetzung des Schadensersatzes verfahren die Gerichte wie folgt:

a) Sie berücksichtigen alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers, sowie in geeigneten Fällen auch andere als die rein wirtschaftlichen Faktoren, wie den immateriellen Schaden für den Rechtsinhaber, oder

b) sie können stattdessen in geeigneten Fällen den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte.“
(Richtlinie 2004/48/EG, Art. 13 Abs. 1)

Die nachfolgende Feststellung in den Empfehlungen ist deshalb unzutreffend:

„The current legal framework is silent on what constitutes harm.“
(Seite 20)

5.2. Verfahren bei der Aufstellung von Tarifen

Die Empfehlungen sprechen sich dafür aus, dass das Verfahren bei der Aufstellung von Tarifen in zeitlicher Hinsicht wesentlich gestrafft werden sollte:

“Ensure more coherence with regard to the process of setting levies by providing a procedural framework that would reduce complexity, guarantee objectiveness and ensure the observance of strict time-limits.”

(Seite 23)

Ein derartiger Rahmen könnte nach den Empfehlungen wie folgt ausgestaltet sein:

“1) In the case of a new product being introduced on the market, the decision as to the applicability of levies should be taken within 1 month following its introduction. The provisional level of tariffs applicable should be determined not later than within 3 months following its introduction.

2) The ultimate level of the applicable levy should, to the extent possible, not be superior to the one imposed temporarily. If nevertheless this were the case, the resulting difference should be payable gradually and could be split into several instalments.

3) The final tariff applicable to a given product should be agreed or set within 6 months period from its introduction on the market.”

(Seite 22)

Eine Straffung des Verfahrens bei der Aufstellung von Tarifen ist auch aus Sicht der Verwertungsgesellschaften grundsätzlich sinnvoll. In Anbetracht der bisherigen praktischen Erfahrungen ist der in den Empfehlungen vorgeschlagene Zeitablauf jedoch nicht realistisch, insbesondere dann nicht, wenn wie nach deutschem Recht die Aufstellung von Tarifen im Regelfall nicht einseitig durch Verwertungsgesellschaften möglich ist, sondern die Führung von Gesamtvertragsverhandlungen und die Durchführung empirische Untersuchungen voraussetzt.

Ungeachtet dessen ist darauf hinzuweisen, dass die Tarife der Verwertungsgesellschaften nach deutschem Recht nur unverbindliche Angebote sind, die die Nutzer nicht zur Zahlung verpflichten. Auch eine Beschleunigung des Verfahrens der Tarifaufstellung würde deshalb nicht bedeuten, dass zugleich entsprechende Zahlungen an die Rechteinhaber geleistet würden. Soweit es die Situation in Deutschland betrifft, führt die vorgeschlagene Empfehlung selbst im Falle ihrer Umsetzbarkeit damit allenfalls zu einer Verbesserung der Position der vergütungspflichtigen Unternehmen, nicht aber der Rechteinhaber.

III. Ergebnis

Die Empfehlung zur Reichweite der Schrankenregelung basiert auf falschen Annahmen bezüglich der Praxis der Rechtevergabe und auf unrichtiger Interpretation der geltenden Rechtslage. Die Empfehlung verschlechtert die Position der Rechteinhaber, ohne gleichzeitig die Endverbraucher als diejenigen, die die eigentlichen Schuldner der Vergütung sind, zu begünstigen.

Die Empfehlung zur Verbesserung der Funktionsweise der Vergütungssysteme im Binnenmarkt basiert in wesentlichen Teilen von einem unzutreffenden Verständnis der Auswirkungen, die das Bestehen unterschiedlicher Vergütungssysteme auf den Binnenmarkt hat. Die insoweit angenommenen Auswirkungen sind in der Praxis nur geringfügig und rechtfertigen den empfohlenen grundlegenden Systemwechsel einer Verlagerung der Vergütungspflicht von den Importeuren und Herstellern auf den Handel nicht. Gleiches gilt für die empfohlene Verlagerung der Gerätevergütung auf die Betreibervergütung im Bereich der Reprographie.

Die Empfehlung, eine Ausweisung der Vergütungen in den Rechnungen an Endverbraucher vorzusehen, ist zu begrüßen.

Für die Empfehlung einer teilweisen Harmonisierung des Verfahrens der Festlegung der Vergütungen ist ein Bedürfnis grundsätzlich nicht zu erkennen. Unterschiedliche Regelungen der Mitgliedstaaten zur Vergütungsfindung und zur Tarifaufstellung beeinträchtigen den Binnenmarkt nicht. Ungeachtet gehört in Deutschland der gesamte durch den Zweiten Korb geschaffene Systemwechsel auf den Prüfstand, da er sich für die Rechteinhaber bisher nicht bewährt hat.

* * * * *