



Savigny-Haus
Universitätsstraße 6
D-35032 Marburg
Tel: 49-(0)6421-2821714
Fax: 49-(0)6421-2828957
E-mail: gouna@staff.
uni-marburg.de
www: gounalakis.com

Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung am 8. November 2006

zu

dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

**„Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der
Informationsgesellschaft“**

(BT-Drucksache 16/1828)

und

dem Antrag der FDP-Fraktion

„Die Modernisierung des Urheberrechts muss fortgesetzt werden“

(BT-Drucksache 16/262)

I.

Das Kabelweitersenderecht ist typologisch den Zweitverwertungsrechten zuzuordnen. Die Kabelweitersendung in § 20 b Abs. 1 S. 1 UrhG setzt eine terrestrisch ausgestrahlte Sendung oder eine Satellitensendung als Erstverwertung voraus. § 20 b Abs. 1 S. 1 UrhG stellt klar, dass auch die zeitgleiche, unveränderte und vollständige (d.h. integrale) Weiterübertragung von terrestrischen Rundfunksendungen oder Satellitensendungen über das Kabelnetz als Verwertungstatbestand anzusehen sein kann. Die Voraussetzungen, unter denen die Kabelweiterleitung von Rundfunkprogrammen konkret in das Senderecht eingreift, sind bis heute aber nicht abschließend geklärt. Einigkeit besteht lediglich insofern, als reine Empfangsvorgänge vom Senderecht nicht erfasst sind.

Wie urheberrechtlich relevante Sendevorgänge von urheberrechtsfreien Empfangsvorgängen zu unterscheiden sind, wird in Rspr. und Literatur indes höchst unterschiedlich beantwortet. Bei der erforderlichen rechtlichen Abgrenzung kommt der Gefahr einer **Doppelbelastung der Verbraucher** eine entscheidende Bedeutung zu. Eine solche Doppelbelastung droht, weil der Urheber bei der Einräumung des Erstsenderechts an die Sendunternehmen bereits eine Urheberrechtsvergütung erhalten hat. Diese Vergütung finanziert der Rezipient der Programme entweder über die Rundfunkgebühr oder, bei den privaten Rundfunkprogrammen, über die Werbeaufwendungen der Industrie, die auf die Konsumentenseite umgelegt werden.

Erhält nun der Urheber von dem Werkvermittler eine gesonderte Urheberrechtsvergütung für die Kabelweiterleitung, die letztlich ebenfalls auf die Verbraucher umgelegt würde, wäre für ein und denselben Werkgenuß doppelt zu zahlen. Denn jedes Programm kann vom Rezipienten zeitgleich bekanntlich nur einmal empfangen werden.

Es kann urheberrechtlich nicht relevant sein, ob etwa der Konzertveranstalter die Konzertbesucher durch den Haupteingang in den Konzertsaal führt oder durch einen separaten, eigens angelegten und durch ein Subunternehmen bewachten Nebeneingang zu deren Sitzplätzen leitet. Urheberrechtsgebühren zahlt er allein für die inhaltliche Verwertung der Musik und damit für den öffentlichen Musikgenusses des Konzertes, nicht jedoch für den Weg, den er für den Zutritt zur Verfügung stellt.

Zwar kann im Recht der unkörperlichen Werkwiedergabe die Kabelweitersendung als technisch spezifische Ausgestaltung des Senderechts nach § 20b Abs. 1 UrhG weitere Vergütungsansprüche auslösen. Die Regelung schießt aber weit über das Ziel hinaus, weil sie auch Fälle erfasst, die nicht zu einer Vervielfachung des Werkgenusses führen.

Wenn etwa das Programm von Hessen 3 per Kabel nach Berlin weitergeleitet wird, wird der Adressatenkreis des ursprünglichen Sendegebietes erweitert. Deshalb soll der Urheber angemessen daran partizipieren. Wenn aber das gleiche Programm, das terrestrisch oder per Satellit in Hessen zu empfangen ist, per Kabel lediglich in Hessen weitergeleitet wird, bleibt die Verwertung der Urheberrechte im

ursprünglichen Versorgungsgebiet, für das der Urheber bereits eine Vergütung erhalten hat. Deshalb ist eine weitere Vergütung des Urhebers für die Kabelweiterleitung unangemessen.

Für eine solche **Doppelvergütung** besteht keine Rechtfertigung. Es entspricht deshalb der Billigkeit, das Kabelweitersenderecht im Versorgungsbereich des ursprünglichen Senderechts einzuschränken. Dieser Fall sollte deshalb vom Tatbestand des § 20 b Abs. 1 S. 1 UrhG ausgenommen werden. Und das ist eine Aufgabe, der sich der Gesetzgeber stellen sollte.

II.

Aber selbst wenn man mit einer verbreiteten Meinung jede Kabelweiterleitung, auch die soeben geschilderte integrale Kabeleinspeisung im Versorgungsbereich des Ursprungssenders, dem Kabelweitersenderecht des § 20b Abs. 1 UrhG unterstellt, so ist § 20b Abs. 2 UrhG ersatzlos zu streichen:

Der Vergütungsanspruch des § 20b Abs. 2 UrhG ist nämlich nichts anderes als eine versteckte staatliche **Subvention!** Genauer: Es handelt sich um eine Subvention zugunsten der Urheber, aber auch zugunsten der Sendeunternehmen und zum Nachteil der Verbraucher, auf die die Kosten letztlich abgewälzt werden. Daran besteht seit Inkrafttreten der Novelle zum Urhebervertragsrecht kein vernünftiger Zweifel mehr:

Dass die Vorschrift verfassungsrechtliche Bedenken (nicht gerechtfertigter Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG) aufwirft, dürfte den mit ihr befassten Kreisen zu Ohren gekommen sein. Und dass die Bundesregierung diese Bedenken nicht so recht teilen will, zeigt der jüngste Regierungsentwurf, wie er hier zur Diskussion steht. Der nämlich lässt die Gelegenheit verstreichen, sich vier Jahre nach Verabschiedung der Novelle zum Urhebervertragsrecht von einer der kuriossten Vorschriften des UrhG zu trennen. Kurios ist § 20b Abs. 2 UrhG deshalb, weil ein Vergütungsanspruch, der den **Beihilfebegriff** des Europarechts erfüllt, bislang ohne Vorbild geblieben ist.

Die Subvention verbirgt sich hinter dem Begriff des angemessenen Vergütungsanspruchs: So haben Kabelunternehmen nach § 20b Abs. 2 S. 1 UrhG dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Kabelweitersendung zu zahlen. Der Vergütungsanspruch besteht selbst dann, wenn der Urheber das Recht der Kabelweitersendung bereits einem Sendeunternehmen eingeräumt hat und dafür urheberrechtlich bereits abgegolten wurde, was der Vertragspraxis entspricht. Das lässt aufhorchen. Zumindest, wenn man der gängigen Interpretation folgt, wonach der Anspruch auch dann fällig wird, wenn das Kabelunternehmen nur für die technische Seite des Weiterleitungsvorgangs verantwortlich ist.

Spricht also § 20b Abs. 2 S. 1 UrhG von einer angemessenen Vergütung, dann muss die Frage gestattet sein, *wofür* denn hier eigentlich vergütet werden soll. Genauer: Welche Leistung des Urhebers soll vergütet werden? Was genau ist der vergütungswürdige Vorgang, den sich das Kabelunternehmen in Rechnung stellen lassen muss? Betrachtet man die gängige Vertragspraxis, so tritt das Kabelunternehmen lediglich als Access-Provider auf, der einzig und allein für die technische Durchleitung von Sendungen zuständig ist. Für deren Ausstrahlung zeichnet das Sendeunternehmen als Content-Provider verantwortlich, das sich auch das Kabelweitersenderecht vom Urheber hat einräumen lassen.

Die Antwort nach der Vergütungspflichtigkeit kann sich also nur aus der Systematik des UrhG selbst ergeben. Mit den Vergütungsansprüchen des UrhG wird das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 14 GG befolgt, den Urheber an der wirtschaftlichen Verwertung seiner Werke angemessen zu beteiligen. Wirtschaftliche Verwertung bedeutet hier Vervielfachung von Werkgenussmöglichkeiten gegen Entgelt. Die One-to-many-Kommunikation des Sendens von Inhalten mit den technischen Möglichkeiten des Rundfunks führt zu einer solchen Vervielfachung: Ein urheberrechtlich geschütztes Werk, etwa ein Film, wird durch die Sendung zeitgleich einer Vielzahl von Werknutzern zugänglich gemacht. Hierfür und für nichts anderes beansprucht der Urheber oder der Leistungsschutzberechtigte seine Vergütung nach dem UrhG.

Sollte es sich nun tatsächlich auch bei der technischen Kabelweiterleitung um einen solchen urheberrechtlichen Verwertungsvorgang handeln? Genauer: Sind

Kabelunternehmen zugleich auch Sendeunternehmen, selbst wenn sie ganze Rundfunkprogramme von ARD, ZDF, Sat1 oder RTL nur im Auftrag Dritter, nämlich der jeweiligen Sender, technisch weiterleiten? Wer das behauptet, bringt das Fass zum überlaufen. Dann müsste man gleichzeitig verlangen, dass die für die technische Übertragung von Satellitensendungen zuständigen Unternehmen ebenfalls eine Vergütung an den Urheber zu entrichten haben. Dieser Idee ist - soweit ersichtlich - noch niemand verfallen. Ebenso wenig wie die Deutsche Post urheberrechtlich für den Inhalt der von ihr versendeten Briefe, CDs, Zeitungen und Zeitschriften verantwortlich sein kann, so wenig sind Kabelunternehmen für die Sendungen verantwortlich, die sie - auf Initiative und unter Herrschaft der Sendeunternehmen - technisch weiterleiten.

Mit anderen Worten. Ob der Verbraucher die Tageszeitung am Kiosk kauft, oder aber durch den Postzeitungsvertrieb nach Hause geliefert erhält, kann urheberrechtlich keinen Unterschied machen. In beiden Fällen nutzt er den Inhalt ein und derselben Zeitung. Es wäre absurd, würde man von der Post für die *Zustellung* der Zeitung eine urheberrechtliche Vergütung verlangen.

Dieser Sachlage wird § 20b Abs. 2 UrhG indes nicht gerecht.

Für die eingangs gestellte Frage, wofür denn nun das Kabelunternehmen nach § 20b Abs. 2 UrhG in Anspruch genommen werden soll, ergibt sich daraus die Antwort: für nichts! Denn spricht § 20b Abs. 2 UrhG von einer angemessenen Vergütung, kann damit nur eine Abgeltung für urheberrechtliche Nutzungsvorgänge gemeint sein. An diesen Vorgängen fehlt es aber, wenn die Kabelweiterleitung im Auftrag der Sendeunternehmen erfolgt (Transportmodell). Maßgebend ist vielmehr, wer die Senderechte bei der Weiterleitung inhaltlich verwertet, d.h. wer den Verwertungsvorgang steuert und beherrscht.

Wir haben es im Ergebnis mit einem Anspruch zu tun, der sich urheberrechtsdogmatisch nicht einordnen lässt. Er begünstigt Urheber und Rechteinhaber zu Lasten der Kabelunternehmen und letztlich der Verbraucher. Die Kabelunternehmen selber erhalten für ihre Belastung ebenso wenig eine

Gegenleistung wie die Endnutzer. All das scheint den Subventionsvorwurf zu bestätigen.

Ursprünglich entsprach es indes nicht dem Willen des Gesetzgebers, Urheber und Rechteinhaber mit dem Anspruch aus § 20b Abs. 2 UrhG zu begünstigen. Der Gesetzgeber sah vielmehr den Urheber bei Einführung der Vorschrift in einer strukturell unterlegenen Verhandlungsposition gegenüber den Sendeunternehmen. So wurde angenommen, der Urheber werde für sein Recht der Kabelweitersendung nicht angemessen vergütet. Einzig aus diesen Erwägungen heraus sollte dem Urheber ein weiterer Schuldner an die Seite gestellt werden, dessen Zahlungen dann letztlich eine angemessene Vergütung des Urhebers sicherstellen sollte.

Diese rechtspolitische Absicht einer Verbesserung der Verhandlungsposition des Urhebers hat der Gesetzgeber jedoch ganz allgemein im Urhebervertragsrecht verwirklicht, namentlich mit § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG, wonach der Urheber von seinem Vertragspartner eine Vertragsänderung verlangen kann, soweit die ursprünglich vereinbarte Vergütung sich als nicht angemessen darstellt. Damit freilich ist Sinn und Zweck des § 20b Abs. 2 UrhG entfallen.

Hält man die Vorschrift nun weiterhin aufrecht, ist die Subvention perfekt: Der Vergütungsanspruch gegen das Kabelunternehmen steht dann nämlich vollends selbständig neben dem Anspruch des Urhebers gegen das Sendeunternehmen. So kann der Urheber vom Sendeunternehmen eine volle angemessene Vergütung nach § 32 UrhG verlangen, während er gleichzeitig den Kabelunternehmer nach § 20b Abs. 2 UrhG zur Kasse bitten kann. Und die Rechnung zahlt in beiden Fällen der Verbraucher. Dadurch, dass der Anspruch aus § 20b Abs. 2 UrhG seine ursprüngliche Funktion verloren hat, gewährt er den Urhebern und Rechteinhabern einen völlig gegenleistungsfreien Bonus. Mit der Folge: die Verbraucher müssen für ein und denselben Werkgenuß doppelt zahlen.

Und ganz nebenbei: Wie lässt sich eigentlich die Angemessenheit einer Vergütung bestimmen, der gar keine Gegenleistung entspricht? Eine unlösbare Aufgabe. Spätestens hier wird deutlich, dass § 20b Abs. 2 UrhG seit der Einführung des neuen Urhebervertragsrechts nicht mehr zu halten ist. Die Vorschrift ist ein beispielloses

urheberrechtliches Kuriosum und **verfassungsrechtlich wie europarechtlich bedenklich** dazu.

Zwar könnte man noch überlegen, der Vorschrift durch eine Ergänzung ihres Wortlauts zu urheberrechtlicher Konsistenz zu verhelfen. Dann müsste klargestellt sein, dass als Kabelunternehmen im Sinne der Bestimmung nur dasjenige Unternehmen gilt, das den Weiterleitungsvorgang initiiert und kontrolliert. Mit dieser Ergänzung wären dann Kabelunternehmen nur vergütungspflichtig, soweit sie selbst als Content-Provider auftreten. So ergänzt, formulierte § 20b Abs. 2 UrhG allerdings nichts als eine Selbstverständlichkeit. Denn das Senderecht des Urhebers folgt ja bereits aus §§ 20 i.V.m. 20b Abs. 1 UrhG. Überzeugen kann daher allein eine **ersatzlose Streichung des § 20b Abs. 2 UrhG**.

Marburg, den 6. November 2006

Prof. Dr. G. Gounalakis