

## **Der 2. Korb und die Transparenzrichtlinie – zur Notifizierungspflicht bei § 53a UrhG-E (Kopienversanddienst) und der Neuregelung der §§ 31 Abs. 4/31a/137I UrhG-E aufgrund der Richtlinie 98/48/EG**

Prof. Dr. Thomas Hoeren / Universität Münster

Angesichts des Entwurfs für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft bestehen zumindest bezüglich der Regelung des § 53a UrhG-E zum Kopienversanddienst und hinsichtlich der Neuregelung der §§ 31 Abs. 4/31a/137I UrhG-E begründete Bedenken im Hinblick auf zwingende europarechtliche Vorgaben zu Gesetzgebungsverfahren im Bereich der Informationsgesellschaft.

Durch die Richtlinie 98/48/EG zur Einführung einer gesetzgeberischen Transparenz für die Dienste der Informationsgesellschaft gilt seit 1999 auch in diesem Bereich das schon zuvor auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften anzuwendende Informationsverfahren bei nationalen Gesetzgebungsvorhaben, um auch hier einen stabilen, transparenten und innerhalb des Binnenmarktes kohärenten Rechtsrahmen zu gewährleisten. Das Verfahren soll eine Koordinierung auf Gemeinschaftsebene sicherstellen und eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit durch Zersplitterung, Überregulierung und rechtliche Inkohärenzen durch innerstaatliche Einzelregelungen verhindern helfen.

Die Mitgliedstaaten müssen deshalb Gesetzgebungsvorhaben auf diesem Gebiet im Entwurfsstadium notifizieren und der Kommission und anderen Mitgliedstaaten Gelegenheit zu Bemerkungen oder ausführlichen Stellungnahmen geben, weshalb ihnen eine Stillhaltepflicht während der Durchführung des Verfahrens auferlegt wird.

Die Notifizierungspflicht der Richtlinie betrifft nicht schlechthin alle nationalen Regelungen, die die Dienste der Informationsgesellschaft in irgendeiner Weise berühren, sondern gilt lediglich für eine bestimmte Kategorie nationaler Maßnahmen, nämlich diejenigen nationalen Vorschriften, die speziell auf die Dienste der Informationsgesellschaft abzielen.

Das zur Richtlinie 98/48/EG erschienene Vademecum der Kommission<sup>1</sup> enthält detaillierte Erläuterungen, die die Voraussetzungen im Einzelnen aufschlüsseln. Angesichts dieser Vorgaben bestehen zumindest hinsichtlich der beabsichtigten Regelungen zum elektronischen Kopienversanddienst und auch hinsichtlich der Neuregelung der §§ 31 Abs. 4/31a/137I UrhG-E erhebliche Bedenken, ob nicht das Notifizierungsverfahren anwendbar ist.

Vorab muss dabei der Hinweis auf Erwägungsgrund Nr. 17 der Richtlinie erfolgen, wonach spezifische Vorschriften für die Betreibung der Dienste der Informationsgesellschaft auch dann mitgeteilt werden sollen, wenn sie Bestandteil einer allgemeineren Regelung sind.<sup>2</sup> Folglich sind nicht nur Regelungstexte betroffen, die sich in ihrer Gesamtheit den Diensten der Informationsgesellschaft widmen, sondern auch Regelungen, die sich nur punktuell auf einen Dienst der Informationsgesellschaft beziehen, möglicherweise nur in einem Paragraphen oder im Extremfall sogar in nur einem Absatz. Erwägungsgrund Nr. 18 verdeutlicht dies erneut, wenn es dort heißt, eine Bestimmung, die ausdrücklich auf die neuen Dienste Bezug nehme, werde als eine Vorschrift betrachtet, die speziell auf die Dienste der Informationsgesellschaft abzielt, selbst wenn sie Teil einer allgemeineren Regelung ist. Selbst

---

<sup>1</sup> Siehe unter [http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index_de.pdf).

<sup>2</sup> Siehe Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 98/48/EG

wenn man also den zweiten Korb der Urheberrechtsreform wegen der Vielzahl der dort getroffenen Regelungen und trotz des Titels („Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“) als insgesamt nur allgemeine Regelung ansieht, schließt dies die Notifizierungspflicht hinsichtlich einzelner speziellerer Regelungen nicht aus.

Um als Einzelregelungen ihrer Art nach in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu fallen, müssten die genannten Einzelaspekte der Reform Vorschriften sein, die speziell Dienste in der Informationsgesellschaft regeln, und sie dürfen nicht in einen von der Richtlinie ausgenommenen Bereich fallen.

Soweit § 53a UrhG-E den Kopienversand in anderer Form als im Wege des Post- oder Faxversandes regelt, nämlich in sonstiger elektronischer Form mittels einer digitalen grafischen Datei, scheinen alle positiv formulierten Kriterien erfüllt zu sein.

Insbesondere hinsichtlich der in § 53a UrhG-E enthaltenen Restriktionen liegt eine allgemeingültige Regelung bezüglich der Erbringung von Online-Diensten vor, da die Vervielfältigung und Verbreitung der Werke „ausschließlich als grafische Datei“ und nur dann zulässig sein soll, „wenn die Beiträge oder kleinen Teile eines Werkes von Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung erworben werden können“, wenn also nicht bereits ein Angebot des Rechteinhabers besteht.

Der durch die Regelung derart eingeschränkte Kopienversanddienst stellt auch eine typische Dienstleistung der Informationsgesellschaft dar, die der Definition in Art. 1 Nummer 2 entspricht, welche jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung umfasst. Speziell dieser interaktive Aspekt ist charakteristisch für die Dienste der Informationsgesellschaft und grenzt sie von anderen Dienstleistungen ab, die nicht auf Anforderung des Empfängers erbracht werden und folglich nicht unter die Richtlinie fallen.

Fernkopierdienste, die mit der Verarbeitung und Speicherung von Daten verbunden sind, werden in Abgrenzung zu den auf herkömmlichem Weg erbrachten Fernkopierdiensten im Vademecum der Kommission ausdrücklich als Beispiel für derartige elektronisch und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung genannt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.<sup>3</sup>

Allenfalls das Negativkriterium in Art. 10 der Richtlinie 98/48/EC könnte ihrer Anwendbarkeit entgegenstehen, wonach die Notifizierungspflicht nicht für Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gilt, durch die die Mitgliedstaaten verbindlichen Gemeinschaftsrechtsakten nachkommen, mit denen Vorschriften betreffend Dienste in Kraft gesetzt werden. Damit sind vor allem die nationalen Maßnahmen zur Umsetzung von EG-Richtlinien gemeint.

Dazu ist anzumerken, dass die spezifische gesetzliche Regelung des Kopienversanddienstes zwar im Kontext des zweiten Korbes erfolgt, in dem der deutsche Gesetzgeber eine Vielzahl von Fragen regelt, die aufgrund der kurzen Umsetzungsfrist der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft in der vorausgegangenen Urheberrechtsnovelle offen geblieben sind.<sup>4</sup> Die Regelung zum Kopienversanddienst basiert jedoch nicht auf einer verbindlich umzusetzenden Vorschrift der Richtlinie, sondern berücksichtigt lediglich im Rahmen des

---

<sup>3</sup> Vademecum, S. 19, [http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/enterprise/tris/vade9848/index_de.pdf).

<sup>4</sup> So die Begründung zum Referentenentwurf des BMJ für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Stand 27.09.2004, S. 18.

Ausgestaltungsspielraums, den die Richtlinie hinsichtlich der nationalen Schranken bietet, die Rechtsprechung des BGH zum Kopienversanddienst. Eine Umsetzung der Richtlinie im technischen Sinn ist darin anders als bei vielen der zwingend vorgegebenen bereits im ersten Korb berücksichtigten Regelungen, beispielsweise hinsichtlich des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung in § 19a UrhG oder des Schutzes technischer Maßnahmen in § 95a UrhG, nicht zu sehen.

Es spricht also vieles dafür, dass der deutsche Gesetzgeber zumindest hinsichtlich der Regelung des § 53a UrhG einer Notifizierungspflicht gemäß der Richtlinie 98/48/EG unterliegt.

Ähnliches ist auch für die Neuregelung zu §§ 31 Abs. 4/31a/1371 UrhG-E zu erwägen. Sie soll in Zukunft die Einräumung von Rechten für noch unbekannte Nutzungsarten ermöglichen, die Übergangsregelung in § 1371 UrhR-E soll dabei auch rückwirkend zu einer Rechteinräumung führen. Eine der zentralen Zielsetzungen dieser Neuregelung ist es, die in zahlreichen Archiven ruhenden Schätze endlich neuen Nutzungsarten problemlos zugänglich machen zu können.<sup>5</sup> Wohl mit die bedeutendste dieser neuen Nutzungsarten ist zum momentanen Zeitpunkt aber gerade die On-Demand-Bereitstellung mit den Mitteln der Informationsgesellschaft, für die das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Voraussetzung ist. Trifft der Gesetzgeber hier Regelungen im Bereich des Urheberrechts, so haben sie unter Umständen massive Auswirkung gerade und speziell auf die Entstehung und die Möglichkeiten von Diensten der Informationsgesellschaft, die beispielsweise in Zukunft bezüglich retrodigitalisierter Bestände von Archiven den entgeltpflichtigen internetgestützten Zugriff auf Abruf des Empfängers anbieten und damit die in der Richtlinie 98/48/EG aufgestellten Positivkriterien klar erfüllen. Gleichzeitig dient die Umgestaltung in den §§ 31 Abs. 4/31a/1371 UrhG-E nicht der Umsetzung verbindlicher Gemeinschaftsrechtsakte, sondern stellt eine rein nationale Regelung dar, so dass die Ausnahmevorschrift des Art. 10 der Richtlinie keine Anwendung findet. Daher scheint auch in Bezug auf diese Neuregelung eine Notifizierungspflicht wahrscheinlich, der die Bundesregierung bislang nicht nachgekommen ist.

Nach einer Notifizierung besteht abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmen eine Stillhaltepflicht von drei Monaten, so dass die Vorschrift auf nationaler Ebene während dieser Frist nicht endgültig verabschiedet werden kann. Gibt die Kommission oder ein Mitgliedstaat innerhalb der Frist eine ausführliche Stellungnahme ab, weil die geplante Maßnahme ihrer Ansicht nach Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit oder den freien Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt schaffen kann, wird die Stillhaltefrist um einen weiteren Monat verlängert.

Kommt ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung nicht nach, eine Vorschrift über Dienste der Informationsgesellschaft im Entwurfsstadium zu notifizieren, so zieht dies nach Maßgabe der Rechtsprechung die Unanwendbarkeit der jeweiligen Vorschrift auf einzelne nach sich.<sup>6</sup> Die Missachtung der Notifizierungspflicht stellt einen groben Formfehler dar, da diese als ein wichtiges Mittel der Kontrolle dem Ziel dient, die Verwirklichung des Schutzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der Dienste in der Informationsgesellschaft zu gewährleisten.

---

<sup>5</sup> Begründung zum Referentenentwurf, S. 39

<sup>6</sup> So entschieden vom Europäischen Gerichtshof in seinem Urteil „CIA Security“ vom 30.4.1996 (C194/94).