

Fragenkatalog für das öffentliche Fachgespräch des Ausschusses Digitale Agenda des Deutschen Bundestages zum Thema „Stand der Urheberrechtsreform auf deutscher und europäischer Ebene und weiteres Vorgehen beim Leistungsschutzrecht für Presseverlage“

Deutscher Bundestag
Ausschuss Digitale Agenda

Ausschussdrucksache
18(24)43

Prof. Dr. Thomas Hoeren

ITM/Universität Münster

Vorab möchte ich herzlich für die ehrenvolle Einladung zu dieser wichtigen Anhörung danken. Gleichzeitig sei vorab betont, dass ich in vier Werktagen leider nicht genügend Zeit hatte, die schwierigen und umfangreichen Fragen angemessen zu beantworten; ich bitte dafür um Entschuldigung. Die folgenden Ausführungen sind daher leider fragmentarisch und verkürzt.

1. *Sehen Sie drängenden Handlungsbedarf im Urheberrecht auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene, und falls ja, wo? Empfiehlt sich eine stärkere europäische Harmonisierung des Urheberrechtes? Wie beurteilen Sie die Vor- und Nachteile der Rechtsformen Verordnung und Richtlinie für eine europäische Urheberrechtsreform? Sehen Sie Handlungsbedarf beim europäischen Schrankenatalog und wie bewerten Sie die Idee einer Generalschranke (ähnlich zu Fair-Use)? Was sind aus Ihrer Sicht die Chancen, was die Risiken?*

a) Sehen Sie drängenden Handlungsbedarf im Urheberrecht auf nationaler, europäischer oder internationaler Ebene, und falls ja, wo?

Es besteht seit langem und gerade aktuell im Urheberrecht ein ganz grundlegend und stetig wachsender Handlungsbedarf sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene. Das Urheberrecht ist vollständig aus den Fugen geraten. Der faire Ausgleich zwischen den Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern, das noch das Urheberrecht des 19. Jahrhunderts geprägt hat, ist im 21. Jahrhundert aufgelöst. Es droht – wie im weiteren an vielen Fällen gezeigt wird – der Kollaps, die Hypertrophie.

Das Urheberrecht ist das Ergebnis eines historischen Prozesses.¹ Dabei darf das Wort „Ergebnis“ nicht so verstanden werden, als ob der historische Prozess kontinuierlich ein stimmiges Bild zusammengestellt hätte. Vielmehr haben sich Strukturen dort, wo sie eventuell noch erkennbar gewesen wären, durch die einzelnen Änderungen in dem Prozess weitgehend aufgelöst. Wenn in den Anfängen noch grundlegende Gedanken hinter dem Urheberrecht standen, so sind diese durch die Anforderungen, die verschiedenste Kreise an ein „modernes“ Urheberrecht stellen, vollkommen überstrapaziert. Der größte Mangel des heutigen – deutschen wie auch internationalen – Urheberrechts ist der Mangel einer übergeordneten Idee, was dieses Urheberrecht überhaupt leisten will und kann. Dabei geht es zwar auch – da sind sich alle Seiten in der aktuellen Debatte einig – um die Modernisierung eines veralteten Rechtsinstituts und um die Anpassung an heutige (technische und gesellschaftliche) Möglichkeiten und Realitäten. Diese Möglichkeiten und Realitäten ändern sich jedoch schneller, als ein Gesetzgeber und vor allem eine Rechtsgemeinschaft reagieren könnte – und wünschenswerter als Reaktion ist in jedem Fall die aktive Gestaltung. Daher geht es noch vor dem Gedanken einer Modernisierung darum, ein klares Ziel des Urheberrechts und einen Platz im Feld der Schutzrechte und in der Rechtsgemeinschaft insgesamt zu definieren. Ist dieses Ziel

¹ Vgl. Hoeren, Was bleibt vom Urheberrecht im Zeitalter von Filesharing und Facebook?, EuZ 2012, 2 ff.

als „Grundgedanke“ und „roter Faden“ klar genug vorangestellt, dann fügen sich einzelne technische und gesellschaftliche Entwicklungen mehr oder weniger von selbst in das Urheberrecht ein.

Die brennendsten Fragen, die nur eine grundlegende Reform beantworten kann, sind folgende:

- Was will das Urheberrecht überhaupt schützen (Gegenstand)?
- Welche Interessen will das Urheberrecht schützen (wirtschaftliche Interessen welcher Art?/persönlichkeitsrechtliche Interessen?)
- Welcher Instrumente kann und sollte sich ein Urheberrecht zum Schutz dieser Interessen bedienen? Ist das Urheberrecht etwa ein geeignetes/ausreichendes/adäquates Mittel, um die wirtschaftliche Existenzgrundlage einzelner Personen sicherzustellen und welche Personen sollen diesem Kreis angehören dürfen (nur die Kreativen selbst oder auch ganze dahinterstehende Wirtschaftszweige)?
- Die vordergründige Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Schutz des Rechteinhabers (Eigentum) und den Interessen der Allgemeinheit ist in Wirklichkeit die Frage nach der Rechtfertigung eines Urheberrechtsschutzes überhaupt („Legitimationskrise“ des Urheberrechts²).

Diese Fragen stellen sich zunächst einmal ganz abstrakt. Denn ohne sie zu beantworten, kann ein in sich stimmiges Urheberrecht nicht entstehen. Ein stimmiges Recht ist aber für alle Beteiligten (Kreative, Verwerter und Verbraucher) wünschenswert. In der momentanen Situation kann kaum jemand aus diesen Kreisen im Alltag mit geistigen Inhalten umgehen, ohne vertiefte Kenntnisse des Rechts zu haben oder einzuholen. Konkreter und inhaltlich sollen diese Fragen in den kommenden Abhandlungen zum Fragenkatalog behandelt werden.

Zu dem Verhältnis national – international sogleich:

b) Empfiehlt sich eine stärkere europäische Harmonisierung des Urheberrechtes?

Natürlich empfiehlt sich bei solch grundsätzlichen gesellschaftlichen Entscheidungen, die zudem grenzübergreifend sind, immer eine internationale Regelung. In der konkretesten Form kann das in einer europäischen Harmonisierung realisiert werden. Da heutige Informationsflüsse immer weniger Grenzen kennen, kann sich das Recht, wenn es Standards durchsetzen will, gegen das Faktische fast nur dann auf lange Sicht durchsetzen, wenn international an einem Strang gezogen wird.

Es ist allerdings kaum realistisch, dass eine Vielzahl der Staaten, die eine eigene Tradition und eigene wirtschaftliche und gesellschaftliche Verhältnisse haben, in den Fragen des Urheberrechts

² Hansen, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, München 2008, S. 1.

wirklich an einem Strang ziehen werden. Die Idee einer Harmonisierung des Rechts reizt, aber sie entbindet nicht von nationalem Umdenken und regeln. Europäisches Recht ist noch vielmehr als nationales der technokratischen Verwässerung durch den Widerstreit der Interessengruppen unterworfen. Daher muss der nationale Gesetzgeber seine substantiellen Vorstellungen und seine Grundgedanken durch eigenes Recht deutlich ausdrücken und nicht versuchen, sich den roten Fäden aus internationalem Recht zu leihen, wo er realistischlicherweise nie entstehen wird.

Zudem wird eine EU-Regelung dieser Tragweite lange Zeit dauern, wie man an der DSGVO sehen kann. Diese Zeit darf der nationale Gesetzgeber nicht verstreichen lassen, wenn er die Entwicklung mitgestalten und sich nicht von der Realität überrollen lassen will.

Hinzu kommt, dass das Urheberrecht, soll es denn gerade nicht einseitig auf die Interessen der internationalen Verwertungsindustrie ausgelegt sein, gerade um eine Gestaltung der nationalen Gesellschaft angehalten ist. Die Belange deutscher Kreativer sowie deutscher Verbraucher sind Verantwortung des deutschen Gesetzgebers. Siehe dazu sogleich.

c) Wie beurteilen Sie die Vor- und Nachteile der Rechtsformen Verordnung und Richtlinie für eine europäische Urheberrechtsreform?

Eine für alle Mitgliedsstaaten direkt verbindliche EU-Verordnung hat immer den Vorteil, dass im europäischen Raum auch in internationalen Rechtsbeziehungen Rechtssicherheit besteht. Die Beteiligten müssen sich nicht in fremde Regelungen einarbeiten und die Harmonisierung der hinter einer Regelung stehenden Wertungen ist am effizientesten gewährleistet, weil kein nationaler Gesetzgeber sie verändern kann.

Genau darin liegen gerade auf dem Gebiet des Urheberrechts aber auch die Nachteile einer Vollharmonisierung. Dem nationalen Gesetzgeber ist es nicht mehr möglich, eigene Wertungen zu transportieren und Regelungen an die Bedürfnisse und den demokratischen Willen seiner nationalen Gesellschaft anzupassen. Ein zu international verstandenes Urheberrecht wird sich der Natur der Sache gemäß zu sehr auf Interessenkonflikte konzentrieren, die grenzübergreifende Beziehungen mit sich führen. Diese Beziehungen sind zum überwiegenden Teil wirtschaftlicher Natur. Um gerade gesellschaftliche Fragen zu regeln, muss das Urheberrecht aber so nahe am Menschen (am Schöpfer, am Nutzer) sein wie möglich. Wenn man das Urheberrecht nicht als gewerbliches Schutzrecht versteht (was auch möglich ist, aber eben Gegenstand einer Grundsatzentscheidung sein muss), dann geht es gerade um die Rechte und Interessen einzelner Menschen. Eine Vollharmonisierung scheint dazu weder nötig zu sein noch – vor dem Hintergrund des größeren Abstandes zwischen EU-Bürger und EU-Gesetzgeber – förderlich.

d) Sehen Sie Handlungsbedarf beim europäischen Schranken katalog und wie bewerten Sie die Idee einer Generalschranke (ähnlich zu Fair-Use)? Was sind aus Ihrer Sicht die Chancen, was die Risiken?

Eine Generalschranke ist, sofern man solche Probleme nicht gleich auf Schutzbereichsebene löst, geradezu wünschenswert. Es muss nämlich auch eine Grundsatzentscheidung über das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Urheberrecht getroffen werden.

Ein Aspekt ist, dass der momentane Trend zu einer mosaikartigen Regelung führt, die unsystematisch und teils unlogisch unzusammenhängende Bereiche einzeln regelt. Das ist sowohl auf Ebene des Schutzgegenstands (immer differenzierterer Werkbegriff für verschiedene Werkarten; Leistungsschutzrechte), des Schutzbereichs (unterschiedliche Schutzanforderungen und Reichweite etwa in der Beziehung Form-Inhalt), als auch der Schranken zu beobachten. Eine zu große Rechtsunsicherheit ist ein Hemmnis für alle denkbaren Schutzgüter eines Urheberrechts: Kreativität muss sich kleinkarierten Strukturen unterordnen um sowohl ihre eigenen Interessen zu verwirklichen als auch um nicht mit fremden Interessen zu kollidieren. Wirtschaftliche Abläufe werden komplizierter, was ein Hindernis für den Wettbewerb darstellt – nur noch etablierte Teilnehmer haben die Erfahrung, den Zugang zu qualifiziertem Rat und die Mitgestaltungsmöglichkeiten, um sich in dem Dschungel zurechtzufinden und nicht mit jedem Handschlag ihre Existenz aufs Spiel zu setzen. Und letztendlich ist der Nutzer der größte Verlierer, der sich entweder unerwartet und unnachvollziehbar einer Inanspruchnahme gegenüber sieht oder aus Angst seine Handlungsfreiheit weit über Gebühr selbst beschneidet. Dabei ist es eine große Herausforderung an den Gesetzgeber eine Regelung zu treffen, die sowohl nachvollziehbar und überschaubar ist („roter Faden“) als auch gerecht.

Ein anderer Aspekt ist, dass die Schutzdichte momentan ein Maximum erreicht. Im letzten Jahrzehnt dominierte im Kampf um das Urheberrecht die Angst vor vollständigem Verlust der Kontrolle im digitalen Bereich. Daher hat sich – zumindest auf dem Papier der Gesetzblätter – ein Interessencluster durchgesetzt, der eigentlich ein normatives Gegengewicht zu der gefühlten „anarchischen“ Realität bilden wollte. Durch die Kanalisierung der Nutzerinteressen (bezahlbare Angebote, die auf die Interessen eingehen) und Verbesserung und Ausweitung der Verfolgung von Verstößen hat sich jüngst die Realität an das normative Gegengewicht angepasst. Dadurch ist das Gegengewicht zu einem Übergewicht geworden. Das Urheberrecht muss entweder überzeugend die Frage beantworten, warum es gerade dem Nutzer so viel abverlangt und warum es die Vermarktung von Information so weit wie möglich erstreckt oder, falls ihm die Beantwortung nicht gelingt, seine Schwerpunktsetzung anpassen.

Das berührt die Frage der oben angesprochenen „Legitimationskrise“. Mit der Zeit hat sich in der Entwicklungsgeschichte des Urheberrechts für die Rechtfertigung des Urheberrechtsschutzes die „monistische Theorie“ durchgesetzt, die das Urheberrecht als untrennbaren Verbund aus Eigentumsschutz und Persönlichkeitsschutz begreift.³ Ausgangspunkt des Eigentumsschutzes ist der Gedanke, dass das Urheberrecht die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Kreativen sicherstellen soll, um deren gesellschaftlich erwünschte Arbeit zu fördern. Die Persönlichkeitsrechtliche Komponente basiert auf dem Gedanken, dass mit der Schöpfung eines Werkes ein Teil der Persönlichkeit des Urhebers an die Allgemeinheit preisgegeben wird, den es mit dem verfassungsrechtlich garantierten Persönlichkeitsrecht zu schützen gilt.⁴ Diese Gedanken resultierten in einem stark auf die Person des Urhebers konzentrierten Urheberrechtsmodell.⁵ Dabei geht die Tendenz der Gesetzgebung und Rechtspraxis schon seit Jahrzehnten dahin, dass die Interessen der Kreativen vielmehr in ihren Verträgen zu den Verwertern verhandelt werden und das Instrumentarium des Urheberrechts zum Großteil nur zwischen Verwertern und Nutzern angewandt wird. Das Urheberrecht entwickelt sich „von einem Kultur- zum Industrierecht“.⁶ Das zieht schwere Konsequenzen für die Legitimation des Urheberrechts überhaupt nach sich. Wenn es immer mehr ein „Industrierecht“ wird, wie können dann noch die im Gegensatz zu gewerblichen Schutzrechten sehr starken Übergriffe⁷ in den privaten Bereich der Nutzer gerechtfertigt werden? Die hehren Ziele, Kreativität zu fördern, können bei diesem Befund jedenfalls nicht mehr gelten. Das Urheberrecht muss die Belange der Nutzer in viel stärkerem Maße mit einbeziehen als bisher, insbesondere muss sich die Ausgestaltung der Schrankenregelungen viel stärker am Nutzer orientieren⁸ – und zwar nicht in einer Feinabstimmung, sondern in ihrer Grobstruktur. Ein wichtiger Gedanke ist daher eine grundlegende Ausweitung der Freiheit im Umgang mit Information bis hin zu dem Ansatz, dass im privaten Bereich nur noch Urheberpersönlichkeitsrechte Anwendung finden und Verwertungsrechte nur gegen kommerzielle Nutzung eines Werkes geltend gemacht werden können. Die nötigen Ansätze müssen dabei noch über die amerikanischen „fair-use“-Prinzipien weit hinausgehen.

Natürlich bergen solche Ansätze Risiken für das derzeitige wirtschaftliche Geflecht um kreative Leistungen. Es ist aber, wie bereits angedeutet, ohnehin mehr als fragwürdig, ob das Urheberrecht der Aufgabe (noch, wenn nicht überhaupt schon einmal) gewachsen ist, künstlerischer, literarischer und wissenschaftlicher Kreativität einen wirtschaftlichen Nährboden quasi aus dem Nichts zu ver-

³ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980, S. 114 f.; Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. München 2010, Einleitung Rn. 20 ff.

⁴ Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage 2014, Vorbemerkung zu § 12 Rn. 1.

⁵ Hansen, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, München 2008, S. 175.

⁶ Hoeren, Editorial: Ein Jahr MMR – Rück-, Zwischen- und Ausblick, MMR 2000, 3.

⁷ Dazu sogleich in den Ausführungen zur 2. Frage.

⁸ Vgl. Hansen, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, München 2008, S. 401 ff.

schaffen. Das derzeitige Modell droht ohnehin in sich zusammenzufallen⁹ und bedarf einer grundlegenden Erneuerung. Dann muss jedoch auch die Entscheidung getroffen werden, wie eventuelle wirtschaftliche Einbußen bei den Kreativen kompensiert werden können. Dazu wird inhaltlich auf die folgenden Ausführungen verwiesen.

⁹ Geller, Die Auflösung des geistigen Eigentums, GRUR Int 2006, 273.

2. *Welche Werke und (Leistungsschutz-) Rechte sollten geschützt werden? Ist der Schutz der kleinen Münze (noch) sinnvoll? Wie wirken sich nach Ihrer Auffassung geänderte Geschäftsmodelle, die auf der Digitalisierung beruhen, auf die Grundkonzeption des Rechtsrahmens für das kreative Schaffen, die Distribution der Werke und den Werkgenuss aus? Wie bewerten Sie in diesem Zusammenhang die Debatte um die Neufassung einer technologieneutralen Regelung des § 20b Urheberrechtsgesetzes zur Kabelweiterleitung?*

Die Frage der Werke und der Schutzhöhe verweist auf das grundlegendste Problem des Urheberrechts in der digitalen Welt. Das Urheberrecht ist traditionell auf den Bereich der schönen Künste zugeschnitten. In diesem Bereich gibt es, wie oben bereits angedeutet, noch den klassischen Typus des allein vor sich hin forschenden, schreibenden oder gestaltenden Künstlers, dessen Originalität einen breit ausgefächerten Schutz bis zu 70 Jahren nach dessen Tod rechtfertigt. Seit einigen Jahren nun lässt sich ein Trend feststellen, technische Produkte und Werke der angewandten Kunst in den Bereich des Urheberrechts aufzunehmen und dies mit der Forderung nach einer Herabsenkung des Originalitätskriteriums zu verbinden. Offensichtlich begreift man das Urheberrecht als sehr kostengünstiges Instrument zum Schutz technischer Leistungen, zumal das Urheberrecht – anders als das Patentrecht – keine Registrierung und keine Gebühren kennt, gleichzeitig aber eine deutlich längere Schutzdauer als im gewerblichen Rechtsschutz vorsieht.

Das klassische Zivilrecht, voran das Bürgerliche Gesetzbuch, ist geprägt vom Primat der Warenproduktion, entsprechend den ökonomischen Vorgaben am Ende des 19. Jahrhunderts. Im Vordergrund steht folglich der Erwerb von Sachen im Sinne des § 90 BGB. Diese Sachen sind eigentumsfähig; sie können verkauft, vermietet, verarbeitet und umgebildet werden. Kaum brauchbar ist das BGB aber für die Zuordnung von Informationen, dem Grundstoff der modernen Informationsgesellschaft.¹⁰ Informationen sind als immaterielle Güter nicht eigentumsfähig.¹¹ Eine Zuordnung von Informationen wird zwar vom *BGH* über das Eigentum am Datenträger vorgenommen.¹² Doch dieser Ansatz erweist sich angesichts der abnehmenden Bedeutung von Datenträgern fragwürdig. Auch die Zuordnung über den Schutz als Betriebsgeheimnis wird immer nebulöser, da in einer Informationsgesellschaft die Grenzen zwischen geheimen und nicht geheimen Wissen immer fließender werden.

¹⁰ Siehe zu diesem hier nur angedeuteten Themenbereich Druey, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zürich/Baden-Baden 1995, insbes. S. 77 sowie Spinner, *Die Wissensordnung*, Opladen 1994.

¹¹ Hoeren/Völkel, *Die Eigentumsfähigkeit von Daten*, in: Hoeren (Herausgeber): *Big Data und Recht*, München 2014, S. 11-37; Hoeren/Völkel: *Daten als Gegenstand des Rechts – Fragmente zur Struktur des Datenverkehrsrechts*, in: Aarnio, Hoeren, Paulson, Schulte, Wyduckel (Herausgeber): *Festschrift für Werner Krawietz zum 80. Geburtstag*, Berlin 2013, S. 603-614; Berberich, *Virtuelles Eigentum*, Berlin 2009, S. 131 ff.

¹² Hoeren/Völkel, *Die Eigentumsfähigkeit von Daten*, S. 18.

Damit findet die Industrie und Verwertungswirtschaft auch neben den gewerblichen Schutzrechten kein passendes Instrumentarium zur rechtlichen Durchsetzung ihrer Interessen und sieht sich gezwungen, sich beim Urheberrecht zu bedienen.

Nachdem zunächst die deutschen Gerichte einer solchen Ausdehnung des Urheberrechts für technische Leistungen widerstanden haben, gelang es der Industrie, über den Weg nach Brüssel, einen solchen Schutz nach Deutschland zu reimportieren. So sahen sich die deutschen Gerichte aufgrund der Umsetzung der Softwareschutzrichtlinie dazu veranlasst, Computerprogramme urheberrechtlich zu schützen, wobei die Anwendung qualitativer Kriterien für die Schutzfähigkeit ausdrücklich verboten war (siehe § 69a Abs. 3 UrhG). Ähnliche Regelungen gelten aufgrund europäischer Vorgaben für Fotografien jedweder Art sowie für Datenbanken. Als Konsequenz dieser Entwicklung fordern immer mehr Industriezweige eine allgemeine Herabsenkung der Schutzhöhe zugunsten technischer Werke. Eine ähnliche Diskussion findet sich in den USA und anderen europäischen Staaten. Allerdings wird dort auch darauf hingewiesen, dass dann das gesamte System des Urheberrechts zur Disposition stehen müsse. In der Tat kann es nicht angehen, dass technische Produkte geschützt werden und gleichzeitig eine 70-Jahre-Schutzdauer post mortem auctoris vorgesehen wird. Insofern fehlt eine längerfristige Diskussion über die Neuordnung des gesamten Urheberrechts, das insbesondere auch die Abgrenzung zwischen Urheberrecht und gewerblichen Schutzrechten zum Inhalt hat.

Da ist zunächst einmal die enorme Ausweitung des Schutzes urheberrechtlicher Art. Wer hätte damit gerechnet, dass wir Programmierzeilen auf eine Stufe stellen mit *Günter Grass* und *Heinrich Böll*?¹³ Bedingt durch europäische Entwicklungen ist nunmehr jedwede Software, egal wie trivial und banal sie ist, geschützt, bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Das ist eine radikale Entscheidung, die auch für fatale Auswirkungen der Softwareindustrie sorgt. Programmierer sind nun Literaten, Schöpfer, Kreative.

Auch Teil jüngerer Entwicklungen ist der Schutz von Datenbanken durch einen eigenen urheberrechtlichen Investitionsschutz.¹⁴ Jede Sammlung von Informationsmaterial ist geschützt, und zwar auch schon dann, wenn sie gar nicht originell ist, sondern wenn ein nicht unerheblicher Aufwand an Zeit, Kosten und Mühen sich dahinter verbirgt. Unter dieser Prämisse schützt das Urheberrecht nun die Sammlung von Zolltarifen, Briefmarkensammelnummern, Music-Charts, die Sammlung von Gedichttitellisten, alles das ist mit einem Monopolrecht versehen.

¹³ Dazu Zscherpe, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, 404.

¹⁴ Ehmann, Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerecht und die Gemeinschaft der Rechteinhaber - Zugleich Besprechung von BGH, Gedichttitelliste I und II, GRUR 2008, 474 ff.

Auch der Bereich des Produktdesigns entwickelt sich mit der Rechtsprechung etwa zur Schutzfähigkeit des „Tripp Trapp Kinderhochstuhls“ weg von dem Geschmacksmusterrecht und hin zum Kernbereich des Urheberrechts.¹⁵ Sie sehen hier die Tendenz, die Schutzhöhe deutlich herabzusetzen. Der BGH sprach Lärmschutzwänden und deren optischer Gestaltung¹⁶ oder röhrenden Hirschen auf Rücken¹⁷ eine Schutzfähigkeit zu. Schon sehr früh war jedwedes Foto geschützt.¹⁸ Vor hundert Jahren wusste der Gesetzgeber nicht, wie er mit dem neu entstandenen Beruf der Fotografen umgehen sollte. Die Frage war, ob man einen Urheberrechtsschutz für die reine Abbildung der Wirklichkeit anerkennen kann. Eine wirkliche Antwort hatte man nicht parat und reflexartig einfach jedes Lichtbild unter einen Schutz gestellt, ohne die Frage nach der Originalität zu stellen. Das vorläufige Ende der Entwicklung zeigt das BGH-Urteil Geburtstagszug¹⁹, in der der BGH die hohen Schutzanforderungen für Gebrauchsdesign aufgegeben hat. Es sei ausreichend, dass Design eine Gestaltungshöhe erreicht, die es nach Auffassung der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise rechtfertigt, von einer "künstlerischen" Leistung zu sprechen. Damit ist selbst für Design ein Schutz der kleinen Münze – bis zu 70 Jahren nach dem Tod des Designers – verpflichtend.

Inzwischen lösen sich auch die Grenzen zwischen Urheberrecht, Markenrecht und Patentrecht auf.²⁰ Bisher hat man geglaubt, dass es überhaupt keine Überschneidung zwischen den drei Gebieten geben kann. Dass das ein Irrtum ist, zeigt sich besonders im Markenrecht. Auch dort bildet sich eine starke Ausweitung der schutzfähigen Zeichen heraus. Als Marke bestätigt wurden etwa: „Nichts reimt sich auf Uschi“²¹, „Vorsprung durch Technik“²², „Fußball-WM“²³, die Goldschleife eines Lindt-Osterhasen²⁴, der nach Heu riechende Tennisball²⁵. Das Markenrecht gilt auf ewig: Solange die Registrierungsgebühren bezahlt werden, gewährt es ein niemals auslaufendes Schutz-

¹⁵ BGH, Urteil vom 14. 5. 2009 - I ZR 98/06, NJW 2009, 3722.

¹⁶ BGH, Urteil vom 12.05.2010 - I ZR 209/07, GRUR 2011, 59.

¹⁷ LG Leipzig, Urteil vom 23. 10. 2001 - 5 O 5288/01, NJW-RR 2002, 619.

¹⁸ Dazu Büchner, Schutz von Computerbildern als Lichtbild(werk), ZUM 2011, 549.

¹⁹ Urteil vom 13. November 2013 - I ZR 143/12 – Geburtstagszug.

²⁰ McGuire, Kumulation und Doppelschutz - Ursachen und Folgen des Schutzes einer Leistung durch mehrere Schutzrechte, GRUR 2011, 767; Ohly: Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law - Report Prepared on Behalf of the German Association for the Protection of Intellectual Property, GRUR Int. 2007, 704.

²¹ Eingetragen beim DPMA am 26.1.2011 als Wortmarke für den Komiker *Mario Barth* Reg.-Nr.: 3020100708204. Dazu Lerach, „... die TOOOR macht weit“ – Relevanz der Benutzungsmodalitäten für die Schutzfähigkeit sprachlicher Zeichen?, GRUR 2011, 872.

²² EuGH, Urteil vom 21.01.2010 – C-398/08 P (EuG).

²³ BGH, Beschl. v. 27. April 2006 – I ZB 96/05, GRUR 2006, 850 – FUSSBALL WM 2006; BGH, Beschl. v. 27. April 2006 – I ZB 97/05 – WM 2006.

²⁴ EuG, Urt. v. 17. 12. 2010 – T-336/08, GRUR 2011, 425 – Goldhase ; Berlit, Schutz und Schutzzumfang von Warenformmarken am Beispiel des Schokoladen-Osterhasen, GRUR 2011, 369.

²⁵ HABM, Duft frischen, geschnittenen Grases, WRP 1999, 681; s. dazu Fezer, Olfaktorische, gustatorische und haptische Marken, Marken-Orchideen als innovative Wirtschaftsgüter, WRP 1999, 575, 579; Sieckmann, Erste Entscheidung zur Eintragung einer Geruchsmarke nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung, WRP 1999, 618; Viefhues, Geruchsmarken als neue Markenform, MarkenR 1999, 249; Bender, Die absoluten Schutzversagungsgründe für die Gemeinschaftsmarke, MarkenR 2000, 118, 119.

recht. Damit sind auf einmal Dinge geschützt, die schon längst aus dem Urheberrecht herausgefallen sind. So hatte der *BGH* einmal zu tun mit dem Begriff „Winnetous Rückkehr“.²⁶ Die urheberrechtlichen Schutzrechte waren abgelaufen. Trotzdem können dem Gericht zufolge natürlich Markenrechte weiterbestehen.

Damit aber nicht genug. Die Schutzfristen im Urheberrecht wurden enorm verlängert. Queen Anne, die Begründerin des modernen Urheberrechts, hatte eine Schutzdauer vorgesehen von 14 Jahren ab Veröffentlichung – aus guten Gründen. Die US-Verfassung beschränkt das Urheberrecht auf „only for a limited time“; das Urheberrecht sollte aus sozialen Gründen beschränkt sein. In Deutschland sollte der Schutz ursprünglich bis 10 Jahre nach dem Tod der Autoren gehen, was 1870 auf 30 Jahre nach dem Tod der Autoren, 1934 auf 50 Jahre nach dem Tod der Autoren und 1965 dann auf 70 Jahre nach dem Tod der Autoren verlängert wurde.²⁷ Das ist sehr lang und führt jetzt dazu, dass theoretisch das Absingen von „Happy birthday to you“ im öffentlichen Raum zu Konflikten mit Verwertungsgesellschaften führen kann, denn das Lied ist noch urheberrechtlich geschützt.²⁸ Es ist nicht so, dass das Problem der Schutzfristen in den letzten Jahrhunderten nicht gesehen worden wäre. 1774 gab es eine berühmte Klage im britischen House of Lords gegen die Verlängerung von Schutzfristen, die nur deshalb gescheitert ist, weil die Richter des House of Lords feststellten, überhaupt gar keine Meta-Regel zu Schutzfristen zu haben. „Wie sollen wir denn entscheiden, ob 50 Jahre, 70 Jahre, was auch immer, fair oder nicht fair ist“.²⁹ Das Ganze kam 200 Jahre später dann noch einmal in den USA mit dem legendären Sonny Bono Extension Act auf.³⁰ Dort ging es um das Problem, dass die Schutzrechte für Mickey Mouse auszulaufen drohten. Durch geschicktes und aggressives Lobbying des Disney Konzerns wurde die Schutzdauer von 28 Jahren einfach auf 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers verlängert. Und auf den heftigen Protest vieler US-Bürger konnte Richterin Ginsburg vom US Supreme Court nur eines sagen: „Wir haben keine Meta-Regeln, die uns sagen, was eine gute Schutzdauer ist und deshalb müssen wir dem Gesetzgeber diese lange Frist geben“.³¹ Und Brüssel hat die Schutzdauer noch einmal verlängert, nämlich vor allem zugunsten der Tonträgerhersteller, von 50 Jahren auf 70 Jahre.³²

²⁶ BGH, Urteil vom 23. 1. 2003 - I ZR 171/00, NJW 2003, 1869. Dazu Schmidt-Hern, Der Titel, der Urheber, das Werk und seine Schutzfrist, ZUM 2003, 462.

²⁷ Sattler, Das Urheberrecht nach dem Tode des Urhebers in Deutschland und Frankreich, Göttingen 2010.

²⁸ Dazu Hoeren, Happy Birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: Berger u. a. (Hg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 357-372.

²⁹ [1774] 4 Burr 2408.

³⁰ 17 U.S.C. A. § 302(a). Dazu Haggerty, The Constitutionality of the Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998, 70 U.C in L. Rev. 651, 692 (2002); Martin, The Mythology of the Public Domain: Exploring the Myths Behind Attacks on the Duration of Copyright Protection, 36 Loy. L.A. L. Rev. 253, 272 - 275 (2002).

³¹ Supreme Court *Eldred v. Ashcroft*, 537 US 186, 208 (2003); vgl. Kur: USA - Supreme Court verwirft Klage wegen Verfassungswidrigkeit des Sonny Bono Copyright Term Extension Acts, GRUR Int. 2003, 190.

³² Dazu u.a. Kreile, Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller aus Sicht der Filmhersteller, ZUM 2009, 113.

3. *Wie können die Chancen der Digitalisierung genutzt und zugleich die angemessene Vergütung der Kreativen sowie Erlöse der Verwerter sichergestellt werden? Welche gesetzgeberischen Maßnahmen im Urheberrecht sind geboten, um die Balance der einerseits widerstrebenden und andererseits fluiden Interessen zwischen Kreativen, Verwertern und Nutzern aufrechtzuerhalten? Wo muss das Verhältnis von Kreativen, Verwertern und Nutzern gegebenenfalls neu austariert werden? Welche Rolle sollte die Einwilligung im Urheberrecht in Zukunft spielen und welche Anforderungen sollten ggf. an sie gestellt werden? Welcher Handlungsbedarf ergibt sich aus der verstärkten transformativen Nutzung (z.B. Mashups oder Remixes)?*

Was fehlt, ist ein klares System: Die Vorschriften zum Schutz des Urhebers sind zurzeit nur rudimentär und das führt im digitalen Zeitalter zu einer Verschiebung des eigentlich den Kreativen dienenden Urheberrechts hin zu einem Technologie- bzw. Investitionsschutz.³³ Mangels spezifischer Schutzbestimmungen zu seinen Gunsten tritt der Urheber seine wirtschaftlichen Befugnisse meist vollständig an die großen Verwerter ab. Ein solcher Rechte-Buy-Out wird durch die schon im 19. Jahrhundert brüchige Doktrin der Privatautonomie legitimiert. Auch die Bestimmungen des BGB zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützen den Urheber nicht davor, seine Verwertungsrechte pauschal dem Verwerter zur Nutzung zu überlassen, weil es hierfür eines dem Urheberrecht eigenen Leitbildes bedürfte, das den Maßstab für eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB bilden könnte.³⁴ Unverständlich ist, warum nicht die bestehenden staatlichen Instrumente zum Schutz von Kreativen verstärkt werden. So bleibt der in § 32 UrhG gesetzlich festgeschriebene Grundsatz der angemessenen Vergütung im Ergebnis wirkungslos, insbesondere auch, weil es juristisch kaum möglich ist einen gerechten Preis festzulegen.³⁵ Die Schutzvoraussetzungen sind über die letzten Jahrzehnte hinweg ständig herabgesenkt worden und beziehen sich heutzutage auch auf industriell geprägte Objekte, obwohl bei diesen gerade nicht der Kreativitätsschutz, sondern der Investitionsschutz zentral ist.³⁶ Es bedarf daher einer fundamentalen Revision der geltenden Strukturen des Urheberrechts.

Nach Jahren des Schweigens und der Resignation hat sich daher nunmehr das *Bundesjustizministerium* dieser Thematik angenommen; geplant ist die Einsetzung einer eigenen Expertenkommission zur Vorbereitung einer entsprechenden Novellierung des UrhG. Fraglich ist allerdings, wie diese Kommission besetzt sein wird. Wenn dort wieder nur “die alte Sippschaft” sitzt, werden innovative Impulse ein weiteres Mal verdrängt: Dann bleibt im Wesentlichen alles so wie es war – zur Freude

³³ Hansen, Warum Urheberrecht? München 2008, S. 67.

³⁴ Castendyk, Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, 169.

³⁵ Hoeren, Auf der Suche nach dem „iustum pretium“: Der gesetzliche Vergütungsanspruch im Urhebervertragsrecht, MMR 2000, 449; Jacobs, Die Karlsruher Übersetzer tarife, GRUR 2011, 306; vgl. dazu auch unten Frage 11.

³⁶ Vgl. Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 79.

derjenigen, die bislang auch schon den Ton angegeben und jede Veränderung des UrhG verhindert haben. Sollte also nicht mit aller Vehemenz der Schutz der Rechteinhaber vor einem vertraglichen Buy-Out vorangetrieben werden, ist das Geschrei derjenigen, die sich den Schutz der Urheber auf die Brust geschrieben haben, nur Heuchelei. Diejenigen, die vollmundig auf den Schutz der Kreativität verweisen, sind nämlich meist nicht die Kreativen.³⁷ Die Urheber selbst spielen in der Diskussion um das Urheberrecht in ganz Europa kaum eine Rolle.

Noch ärmer stehen die Nutzer dar. Die Öffentlichkeit und ihr Interesse am freien Zugang zu Informationen ist nicht lobbyistisch vertreten. Erst in jüngster Zeit werden Bibliotheken und Archive wach und formieren ihren Widerstand gegen die Verwerterinteressen. Die Verbraucherschutzverbände haben die Thematik noch nicht als eigene erkannt; sie schlagen sich vielmehr lieber mit Einkaufsvorschlägen für Tiefkühlgeräte herum. Wenn überhaupt jemand die Endnutzer vertritt, ist das eher auf einen Zufall oder eine Ironie des Schicksals zurückzuführen. Letzterem Umstand ist es z.B. zuzuschreiben, dass die Medienunternehmen eines Tages merkten, dass sie nicht nur Verwerter, sondern auch Nutzer von Informationen sind. Den bis heute ungeklärten Streit um die Nutzung von Pressearchiven³⁸ führen die betroffenen Unternehmen in Selbsterfleischung an beiden Seiten der Front. Der Kampf um die Schranken wäre also ein Kampf Davids gegen Goliath, wäre David nicht kopf- und armlos und Goliath nicht eine übermächtige Hydra mit den Köpfen der mächtigen Medienindustrie.

Den Interessen des aktiven Nutzers muss dadurch Rechnung getragen werden, dass möglichst viele Formen der Nutzung von Werken einwilligungsfrei möglich sind, ohne dass damit eine Vergütungspflicht etwa über Verwertungsgesellschaften ausgeschlossen wird. Dabei sind auch die Besonderheiten des Internet etwa im Hinblick auf transformative Nutzung von Materialien (Sampling/Remixing) zu berücksichtigen.³⁹

Gleichzeitig ist das System der Leistungsschutzberechtigten deutlich herabzusenken. Leistungsschutzberechtigte sind nur Hilfspersonal und wurden wegen ihrer sekundären Hilfsfunktion bei der Entwicklung und beim Vertrieb von Kreativität mit Nebenrechten bedacht. Bedingt durch die Rechtsprechung (so z. B. der BGH im Fall „Metall auf Metall“⁴⁰) oder eine falsche Gesetzgebung (Leistungsschutzrecht für Presseverleger, § 87f UrhG) haben die Leistungsschutzberechtigten heu-

³⁷ In gleichem Umfang werden diejenigen, die einen faireren Interessenausgleich gerade auch zugunsten der Urheber fordern, als eigentumsfeindlich diskreditiert; siehe etwa den offenen Brief des mediamusik e.V. an den hiesigen Ausschuss „Digitale Agenda“ vom 27.11.2014

https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=867317473320614&id=169504369768598.

Solche Texte sind letztendlich nur trauriger Ausdruck der Unfähigkeit mancher Verwerterbranchen, einen offenen Dialog mit rechtswissenschaftlicher Forschung zu führen.

³⁸ Vgl. nur BGH, Urteil vom 10.12.1998 – I ZR 100/96, MMR 1999, 409 m. Anm. Hoeren.

³⁹ Vgl. dazu Peukert, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, 77, 86.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403.

te mehr Rechte als die Urheber. Man ahnt, dass diese Situation nur dadurch entstehen konnte, dass die sogenannten Leistungsschutzberechtigten heute Verwerter sind, die massiv über ihre lobbyistischen Kanäle Sonderrechte zur Sicherung ihrer Investition in das Urheberrechtsgesetz haben transponieren lassen. Der Gesetzgeber ist dem willfährig nachgekommen, zumal bestimmte Leistungsschutzberechtigte (z.B. Presseverleger) über einen nicht unbeachtlichen Einfluss auf die Politik verfügen, insbesondere was die öffentliche Darstellung von Politikern angeht.

Im Ergebnis sollte ein zweigeteiltes Urheberrecht bestehen. Die wahren Kreativen im Sinne der alten Kategorien der schönen Künste sollten einen möglichst umfassenden Schutz ihrer Kreativität behalten, sowohl gegen die Verwerter als auch gegen die Nutzer. In der zweiten Kategorie stehen die Ersteller von Gebrauchskunst einschließlich Software und Datenbanken.⁴¹ Diese brauchen keinen eigenen Schutz, vergleichbar dem des Urhebers (70 Jahre nach seinem Tod). Hier reicht ein kurzer Investitionsschutz in Anlehnung an § 4 Nr. 9 UWG vollständig aus, der sich dann auch auf den Bereich Business to Business beschränken könnte.

⁴¹ Zum Quasi-Investitionsschutz der Software Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 68.

4. Welchen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sehen Sie

- a. im Bereich der Schrankenregelungen (inklusive der Privatkopie und der Pauschalvergütung durch Gerätehersteller und -importeure),

Die derzeitigen Schrankenregelungen in §§ 45 ff. UrhG sind ein Fossil der Nachkriegszeit, das weder der internationalen Entwicklung noch den veränderten Rahmenbedingungen der Postmoderne Rechnung trägt.

Zum einen sind die Schranken insgesamt in rechtsvergleichender Perspektive harmonisierungsbedürftig. Es kann einfach nicht richtig sein, dass z.B. die Nutzung digitaler Rundfunkarchive in einigen Ländern frei, in anderen wiederum nur gegen Vergütung oder sogar nur mit Zustimmung der Rechteinhaber zulässig ist. Gerade im Interesse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes ist eine transnationale Angleichung der Schranken geboten. Mangels kurzfristiger Ansätze zu einer völkerrechtlichen Lösung dürfte eine Harmonisierung auf EU-Ebene der erste Schritt sein. Allerdings sind Schranken rechtspolitisch vermintes Gebiet. Eine Fülle unterschiedlichster Interessen prallen in der Schrankendiskussion aufeinander. Zahlreiche Lobbyistenverbände ziehen und zerren an den Ausnahmebestimmungen.⁴² Man konnte sich dabei bislang auf den “implied consent” der klassischen Urheberrechtskreise verlassen, die einander über Jahrzehnte hinweg kannten, sich in den stets gleichen Zirkeln trafen und rechtspolitische Entscheidungen vorab im kleinen Kreis der “Familie” trafen. Dieser “closed shop” hat seine identitätsstiftende Wirkung ab Beginn der siebziger Jahre verloren.⁴³ Dies hing vor allem damit zusammen, dass zunehmend Werke über das Urheberrecht geschützt wurden, die nicht dem Kreis der schönen Künste zuzuordnen waren. In dem Maße, wie z.B. Software mit Kunst und Literatur auf eine Stufe gestellt wurde, tauchten zur gruppenpsychologischen Verblüffung der Traditionalisten neue Gesichter in der Urheberrechtsdiskussion auf und reklamierten ihre Rechte. Mit der Digitalisierung haben die überkommenen Zirkel gänzlich ihre Existenzberechtigung verloren; die Grenzen zwischen Verwertern und Nutzern verwischen seitdem ebenso wie die Aufteilung der Lobbyisten in Sendeanstalten, Verleger oder Musikproduzenten. Hinzu kommt die Deterritorialisierung des Urheberrechts, das im digitalen Kontext seine territorialen Wurzeln abzustreifen hat. Dementsprechend ist die Schrankenproblematik nicht mehr national, sondern nur noch im Kontext einer internationalen Harmonisierung zu lösen, was die Zahl der beteiligten Akteure ins Unermessliche vervielfacht.

Die Schrankenregelungen machen auch deutlich, dass die gängige Technik der Schrankenbestimmung in sich fragwürdig geworden ist. Schranken sind statisch. Sie fixieren einen historischen Moment in einem Gesetzgebungsverfahren, in dem sich bestimmte gesellschaftliche Gruppierungen

⁴² Hansen, Warum Urheberrecht?, München 2008, S. 405.

⁴³ Hoeren, Urheberrecht 2000 - Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 3, 4.

gen mehr oder weniger mit ihrem Wunsch nach einem Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken durchgesetzt haben. Der einmal erzielte Kompromiss wird gesetzlich für alle Zeiten fixiert. §§ 45 ff. UrhG sind folglich Ausdruck einer statischen, wertkonservativen Gesellschaft, wie sie bis in die sechziger Jahre hinein in Deutschland bestand. Gesellschaftliche Konflikte im Kampf um den Zugang zu Informationen werden in einer solchen Gesellschaft durch eine einmalige Entscheidung für alle Zeit gelöst. Die Regelungen der §§ 45 ff. UrhG symbolisieren insoweit den Konsens der sechziger Jahre über die Wertigkeit einzelner gesellschaftlicher Interessen. Die Vorschriften wurden im Laufe der Jahre nur wenig verändert. Neue Technologien – wie Software oder Datenbanken – wurden auf europäischen Druck hin in das UrhG aufgenommen. Für diese Fremdkörper schuf man dann aber separate Schrankenbestimmungen. Dies führt zu einem Mosaik aus unterschiedlichen Regelungen, die den technologischen Fortschritt missachten.⁴⁴ An eine grundlegendere Diskussion über eine Reform der §§ 45 ff. UrhG wagte man sich nicht. Dazu kam eine herrschende Lehre, die im Urheberrecht bedingt durch persönliche Konstellationen fast durchweg verwerterfreundlich gesonnen war. Diese verbot jedwede erweiternde Auslegung, jede analoge Anwendung, jede teleologische Betrachtung der Schranken.⁴⁵

Zum anderen stellt sich angesichts der genannten Bedenken die Frage, ob nicht eine neue Schrankensystematik an die Stelle enumerativer “Ausnahme”-Kataloge treten soll. Was benötigt wird, ist eine Megaschranke, die dynamisch genug ist, um auch künftige technische oder wirtschaftliche Entwicklungen aufzufangen.⁴⁶ Die USA behelfen sich hier mit der Schranke des “Fair-Use”. Fair-Use wird danach bestimmt, welchem Zweck die Nutzung dient (insbesondere ob sie kommerzieller Natur ist oder nicht), welcher Art das geschützte Werk ist, wieviel von dem geschützten Werk genutzt wird und welche ökonomischen Wirkungen die Nutzung hat. Auch die EU-Kommission ist mit ihrer Datenbankrichtlinie (ungewollt) in eine ähnliche Richtung gegangen. Der Richtlinie verdanken wir § 87e UrhG. Hiernach sind Vereinbarungen über den Ausschluss der Nutzung nach Art oder Umfang unwesentlicher Teile einer Datenbank unwirksam, soweit die beschränkten Handlungen weder einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen noch die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen. Ähnlich erlaubt §§ 87b UrhG die freie Nutzung unwesentlicher Teile einer Datenbank, sofern die Nutzung weder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung der

⁴⁴ De la Durantaye, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 1: <http://durantaye.rewi.hu/doc/Wissenschaftsschranke.pdf>; Deutscher Bibliotheksverband e.V.; http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/2014_06_25__dbv-Stellungnahme_Wissenschaftsschranke.pdf.

⁴⁵ St. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 30.6.1994 – I ZR 32/92, GRUR 1994, 800, 802; Urteil vom 8.7.1993 – I ZR 124/91, GRUR 1994, 45, 47; vgl. EuGH, Urteil vom 16.7.2009 – C-5/08, GRUR 2009, 1041; Urteil vom 4.10.2011 – C-403/08, EuZW 2012, 466; Beschluss vom 17.1.2012 – C-302/10, ZUM 2012, 398; anders aber Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 390 ff. m.w.N.

⁴⁶ Spindler, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550, 2552.

Datenbank zuwiderläuft. Insofern ist hier eine Bestimmung aus einem völkerrechtlichen Vertrag – nämlich Art. 9 Abs. 2 RBÜ – unmittelbar in das nationale Recht implementiert worden. Damit könnte sich der Weg öffnen, um – über das Datenbankrecht hinaus – im Einzelfall eine Megaschranke zuzulassen. Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werks zuwiderläuft. Diese Bestimmung sichert das Partizipationsinteresse des Urhebers ebenso wie das Zugangsinteresse der Allgemeinheit. Die Formulierung ist dynamisch und offen für eine einzelfallbezogene Entscheidung durch die Justiz, die insofern unabhängig die Interessen aller Betroffenen gegeneinander abwägen kann. Die Justiz ist im Übrigen einer solchen Einzelfalljurisprudenz nicht abgeneigt. Wie der BGH in der Entscheidung zu Zoll- und Finanzschulen⁴⁷ ausführt, können im Einzelfall “Gründe des Gemeinwohls” eine außer-gesetzliche Schranke rechtfertigen, wenn diesen Gründen “bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor den urheberrechtlichen Interessen gebührt”. Im damaligen Fall habe das Berufungsgericht allerdings “keine Umstände festgestellt, die einen starken sozialen Bezug haben, dass sie Vorrang vor den Urheberinteressen beanspruchen können”. Der BGH öffnet damit ein Einfallstor für eine einzelfallorientierte Interessenabwägung, die bei den statischen Schranken der §§ 45 ff. UrhG nicht haltmacht.

Allerdings gilt es auch zu beachten, dass eine allgemeine Schranke im Hinblick auf Fair-Use problematisch ist. Denn die unreflektierte Übernahme eines zentralen Elements des US-amerikanischen Urheberrechts ist so einfach nicht möglich. In den USA führte die Fair-Use Schranke zu einer sehr komplizierten und kaum überschaubaren Rechtsprechung, die mühevoll versucht hat, einzelne Schranken aus dem Fair-Use zu definieren.⁴⁸ Auch gilt die Fair-Use Schranke als dispositiv. Insofern bringt es nichts, alle Schranken durch einen Fair-Use Gedanken zu ersetzen. Die dadurch möglicherweise entstehende Rechtsunsicherheit könnte dadurch gelöst werden, dass die Schranke als Auffangtatbestand für solche Nutzungshandlungen ausgestaltet wird, die nicht von den speziellen Schrankenregelungen erfasst werden, diesen aber wirtschaftlich gleichkommen.⁴⁹ Vielmehr sollte man für größere Segmente wie etwa den Bereich von Unterricht und Forschung allgemeine Wissenschaftsschranken einführen, da die derzeitigen Regelungen in diesem Bereich nicht zufrieden stellen.⁵⁰

⁴⁷ BGH, Urteil vom 17.3.1983 – I ZR 186/80, NJW 1984, 1108, 1109.

⁴⁸ Vgl. zu diesem Aspekt in Deutschland Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 402.

⁴⁹ Spindler, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550, 2552; vgl. Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 407.

⁵⁰ Dazu sei auf die Ausführungen unten verwiesen.

§ 53 UrhG – Privatkopierfreiheit

Die „Magna charta“ der gesetzlichen Lizenzen findet sich in § 53 UrhG, der weitgehend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch auch ohne Zustimmung der Rechteinhaber zulässt. Kompensatorisch erhält der Urheber für den mit § 53 UrhG verbundenen Rechtsverlust einen Anspruch auf Vergütung (§§ 54, 54a, 54b, 54c UrhG), der seit 1985 hauptsächlich auf einen Anteil an der sog. Geräte- und Leerkassettenabgabe gerichtet ist.

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ist es zulässig, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen oder herstellen zu lassen. Bei der Übertragung von Werken auf Bild- und Tonträger sowie bei der Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste ist die Herstellung durch andere aber nur zulässig, wenn sie unentgeltlich erfolgt (§ 53 Abs. 1 S. 2 UrhG). Tendenziell kann sich jedermann via File Transfer Protocol (FTP) und unter Berufung auf privaten Gebrauch fremdes Material laden und kopieren. Er kann sich auch von Bibliotheken und Dokumentationsstellen Material kopieren und via Internet zusenden lassen, vorausgesetzt, dass diese Herstellung von Kopien durch andere unentgeltlich geschieht. Anderes gilt jedoch für die Verwendung von Datenbankwerken und Datenbanken, da deren Vervielfältigung – selbst zum Laden in den Arbeitsspeicher und auch zum Privatgebrauch – erlaubnispflichtig ist, § 53 Abs. 5 UrhG. Im Übrigen findet eine Differenzierung nach der verwendeten Technik (analog oder digital) nicht statt; die Privatkopierfreiheit umfasst auch digitale Kopien.

Nicht umfasst ist von § 53 Abs. 1 UrhG die Erstellung von Kopien zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken. Auch können nach herrschender Auffassung nur natürliche Personen in den Genuss der Regelung kommen; damit scheidet eine Berufung auf diese Vorschrift für betriebsinterne Zwecke eines Unternehmens aus.

Die zunächst positiv erscheinende Reichweite von § 53 Abs. 1 UrhG wird aber durch die Einfügung des § 95b konterkariert. Sofern der Rechteinhaber technische Schutzmaßnahmen verwendet, sind öffentliche Multiplikatoren (wie z.B. Schulen oder Universitäten) geschützt, private Nutzer aber nicht. Aus dem Fehlen von § 53 Abs. 1 in § 95b Abs. 1 lässt sich also schließen, dass der Rechteinhaber nur technische Sperrmechanismen einsetzen muss, um § 53 Abs. 1 UrhG zu umgehen. Dieser „Trick“ ist unerträglich. Die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG wird zu einem zahnlosen Tiger. Dass das BMJ einer solchen Strategie rechtlichen Schutz gewähren will, ist ein Hofknicks vor der Musikindustrie, der ein gesetzgebungstechnisches Feigenblatt mit Halbherzigkeit kombiniert. Das BMJ rechtfertigt auch nicht, warum sie den in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie mühevoll erungenen Kompromiss zugunsten privater Nutzer, der unbedingt einer Umsetzung, nicht voll ausschöpft. Hier soll offensichtlich unter der Hand ein Geschenk für die Musikindustrie eingefügt

werden, das aber an den verfassungsrechtlichen Vorgaben (Unverletzlichkeit der Wohnung, Informationsfreiheit) vorbei geht. Dem können nicht die Vorbehalte der Musikindustrie gegen die Gefahr des Hacking und unkontrollierten CD-Brennens entgegengehalten werden. Es bleiben hinreichende technische Möglichkeiten, die Zahl der Privatkopien technisch zu beschränken; im Übrigen erhält die Musikindustrie über die Geräte- und Leerkassettenabgabe eine nicht unbeträchtliche Kompensation für ihre Ausfälle. Man könnte allenfalls darüber nachdenken, diese Kompensation noch zu erhöhen.

Die soeben genannte Schutzlücke kann auch nicht dadurch kompensiert werden, dass das Umgehen technischer Maßnahmen zum eigenen privaten Gebrauch strafrechtlich freigestellt wird (§ 108b Abs. 1 UrhG). Denn zivilrechtliche Sanktionen bleiben bestehen und können für den Betroffenen unter Umständen sehr hart sein. Auch entsteht in der Öffentlichkeit der Eindruck, dass das Umgehen von Schutzmechanismen zur Erstellung privater Kopien strikt verboten sei, was aber angesichts der Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht stimmt.⁵¹ Man fragt sich, worin eigentlich der Unrechtsgehalt des Umgehens zu privaten Zwecken besteht. Denn das Einfügen technischer Sperren ist in diesem Bereich das eigentliche Unrecht.

b. im Bereich von Bildung, Wissenschaft und Forschung?

§ 52a UrhG – Seminarapparate

Eine Schrankenregelung zugunsten von Unterricht, Wissenschaft und Forschung sieht der 2003 eingeführte § 52a UrhG vor. Durch diese sprachlich verunglückte⁵² und für Interpretationen sehr offene⁵³ Regelung soll die Nutzung von Werken im Rahmen kleiner Forschungs- und Lehrintranets verbotsfrei und gegen eine Pauschalvergütung zulässig sein.

Diese Vorschrift erlaubt das zustimmungsfreie öffentliche Zugänglichmachen veröffentlichter kleiner Teile eines Werks, Werke geringen Umfangs sowie einzelner Zeitungs- und Zeitschriftenbeiträge zur Veranschaulichung im Schul- und Hochschulunterricht für den bestimmt abgegrenzten Kreis der Unterrichtsteilnehmer (Abs. 1 Nr. 1) sowie für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung (Abs. 1 Nr. 2).

Dabei muss die Zugänglichmachung zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Nach § 52a Abs. 2 S. 2 fallen Filmwerke erst zwei Jahre nach Beginn der üblichen regulären Auswertung in Filmtheatern unter die Schranke. Nach § 52a

⁵¹ Hansen, Warum Urheberrecht? München 2008 S. 402; vgl. auch White Paper der Europäischen Kommission, S. 14, <https://www.dropbox.com/s/0xcflgrav01tqlb/White%20Paper%20%28internal%20draft%29%20%281%29.PDF>.

⁵² Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 401.

⁵³ Hoeren, Kleine Werke - Zur Reichweite von § 52a UrhG, ZUM 2011, 369; Hoeren, Zur Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Hochschulen und Bibliotheken, ZUM 2012, 636.

Abs. 3 sind auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen (z.B. Drucken, Speichern) von der Regelung umfasst. Für das öffentliche Zugänglichmachen und Vervielfältigen ist eine Vergütung an die jeweiligen Verwertungsgesellschaften zu entrichten (Abs. 4).

Die erste Problematik begegnet dem Anwender dieser Schranke jedoch bereits bei dem Merkmal der „kleinen Teile“.⁵⁴ So hat der BGH in seinem Urteil „Meilensteine der Psychologie“⁵⁵ für den Begriff der kleinen Teile eines Werkes auf eine Grenze von 12 % des Gesamtwerkes abgestellt und damit 63 Seiten eines Werkes zur Psychologie für eine Lernplattform akzeptiert. Wie die Richter auf die Grenze von 12 % gekommen sind, bleibt uns allerdings verborgen. Dieser Wert wirkt absolut willkürlich und wird zudem den Bedürfnissen der Wissenschaft nicht gerecht. Es wird bspw. auch vorgeschlagen, die Zugänglichmachung von Beiträgen maximal bis zu einer Nutzung von 40 Prozent der gesamten Zeitung oder Zeitschrift zu gestatten.⁵⁶ Was außerdem von „einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“ umfasst ist, ist weiterhin nicht geklärt.⁵⁷ Im Übrigen will der BGH darauf abstellen, dass ein Zugänglichmachen nicht geboten i.S.d. § 52a Abs. 1 a.E. ist, wenn der Rechtsinhaber der Hochschule eine angemessene Lizenz für die Nutzung angeboten hat.⁵⁸ Wie in § 32, 32 a UrhG, ist der Wortlaut „angemessene Lizenz“ oder „angemessene Vergütung“ so unkonturiert, dass er nur für weitere Verwicklungen Unklarheiten sorgt, auch wenn der BGH Gesamtverträge, die zwischen den Parteien für Schulen sowie zwischen beklagten Bundesländern und anderen Verwertungsgesellschaften getroffen wurden, als Anhaltspunkt heranziehen will.⁵⁹ Letztendlich wird der § 52a UrhG in einer Weise ausgelegt, der für die Hochschulen eine weitere sinnvolle Planung mit der Schranke kaum möglich erscheinen lässt.

Ferner fragt sich, was unter einem „bestimmt abgegrenzten Personenkreis“ beim Zugänglichmachen für Forschungszwecke zu verstehen ist, während beim öffentlichen Zugänglichmachen zu Unterrichtszwecken der abgegrenzte Personenkreis durch die Unterrichtsteilnehmer hinreichend bestimmt ist. Zugunsten des Personenkreises erlaubt die Vorschrift z.B. das Einstellen von urheberrechtlich geschützten Materialien in ein Newsboard oder eine Mailingliste. Dabei sind immer Quelle und Name des Urhebers anzugeben (§ 63 Abs. 2 S. 2 UrhG). Vorsicht geboten ist allerdings beim Einstellen ganzer oder wesentlicher Teile einer Datenbanken i.S.d. §§ 87a ff. UrhG oder von Computerprogrammen (§§ 69a ff. UrhG). Diese Schutzgegenstände unterliegen eigenen, sehr engen Schrankenregelungen. § 52a UrhG findet auf sie keine Anwendung. Eine offene Forscher-

⁵⁴ Vgl. zu dem Komplex auch die Frage nach den „kleinsten Teilen“ i.S.d. § 87f UrhG, unten Frage 12.

⁵⁵ Urteil vom 28.11.2013 – I ZR 76/12, MMR 2014, 616.

⁵⁶ Dreyer, in: HK-Urheberrecht, § 52a UrhG, Rn. 10.

⁵⁷ Hinrichsen, Ende gut, alles gut? - Die unendliche Geschichte des § 52a UrhG, DFN Infobrief 2/2014, S. 4.

⁵⁸ Urteil vom 28.11.2013 – I ZR 76/12, MMR 2014, 616, 621.

⁵⁹ Vgl. zur Problematik der angemessenen Vergütung auch unten Frage 11.

gruppe mit häufig wechselnden Mitgliedern wird sicherlich nicht hierunter fallen. Die Mitglieder müssen sich dem Personenkreis vielmehr eindeutig zuordnen lassen, z.B. die Mitarbeiter eines Forschungsinstituts oder Mitglieder verschiedenster Einrichtungen, die in einem geschlossenen Forschungsteam zusammenarbeiten.

Weitere Probleme macht die Filmauswertung im Rahmen von Intranets. Zu Unterrichts- und Forschungszwecken wird meist weniger auf Spielfilme als auf Dokumentarfilme zurückgegriffen. Bei diesem Filmgenre fehlt es aber meist an der in § 52a Abs. 2 vorausgesetzten „üblichen regulären Auswertung im Filmtheatern“. Das Gesetz ist insofern einseitig auf den Spielfilm bezogen. Insofern käme eigentlich mangels Kinoauswertung eine Verwendung von Dokumentarfilmen im Rahmen von § 52a überhaupt nicht in Betracht. Denkbar ist hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 52a Abs. 2 S. 2 auf die Fernsehauswertung oder die übliche Nutzung bei Filmfestivals; doch diese Auslegung geht über den (insoweit eng auszulegenden) Wortlaut der Vorschrift hinaus. Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber die Besonderheiten des Dokumentarfilmmarktes nicht unbekannt waren, so dass es sich hierbei auch um eine bewusste Entscheidung zugunsten des Dokumentarfilms und gegen dessen Intranetverwendung handeln kann.

Die Gefahr für weitere Probleme hat ursprünglich auch die traurige Botschaft gesorgt, dass die Regelung ursprünglich bis Ende 2006 befristet gelten sollte und jetzt zum 31. Dezember 2014 ausläuft, vgl. § 137k UrhG. Eine solche Vorschrift mit Verfallsdatum war ein gesetzgebungstechnisches Novum und diente dazu, den Befürchtungen der wissenschaftlichen Verleger vor unzumutbaren Beeinträchtigungen durch die neue Regelung Rechnung zu tragen. Für Medienzentren an den Universitäten ist es nunmehr schwierig, die Schranke wirklich zu nutzen; denn der Aufbau einer entsprechenden Intranetstruktur zieht sich doch naturgemäß über einige Jahre hin.⁶⁰ Insofern könnte das „Geschenk an die Forschung und Lehre“ gerade dann obsolet werden, wenn es am dringendsten benötigt. Hier ist unbedingt und schnell zu regeln, dass die Befristung des § 52a aufgehoben und § 137k gestrichen wird.⁶¹ Entsprechende Entwürfe sind im Bundestag in Diskussion (siehe unten).⁶²

Durch die genannten unbestimmten Rechtsbegriffe ist die Reichweite des § 52a weitgehend ungeklärt. Die daraus entstehende Unklarheit führt in der Praxis zu Behinderungen der Lehrkräfte beim Einsatz neuer Medien, wenn diese Kompromisse zwischen medienpädagogischen Erfordernissen und dem Haftungsrisiko für etwaige Urheberrechtsverletzungen eingehen müssen. Diese Rechtsunsicherheit darf allerdings nicht dadurch beseitigt werden, dass die Schrankenregelung des § 52a

⁶⁰ Vgl. auch BT-Drucks. 18/2602, S. 9, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/026/1802602.pdf>.

⁶¹ So auch ein Papier des BMJV von Juni 2014

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/20140730_Bericht%C2%A752aUrhG_IIB3.pdf?__blob=publicationFile

⁶² BT-DrS 18/2602.

UrhG abgeschafft (bzw. nicht verlängert wird), wie es der Börsenverein des Deutschen Buchhandels fordert. Dieser hatte die Forderung nach einer Abschaffung des § 52a UrhG damit begründet, dass durch die bestehende Regelung Professoren und Dozenten zu Urheberrechtsverletzungen verleitet würden, anstatt eine Lizenzlösung mit den Autoren, Verlagen und Verwertungsgesellschaften herbeizuführen. Würde aber § 52a UrhG entfallen, so würde eine Lücke entstehen welche die Verlage nicht vollständig durch eigene Angebote schließen könnten, da sie beispielsweise nicht für alle älteren Werke die erforderlichen Rechte besitzen oder aus ökonomischen Gründen die Angebote nicht erstellen wollen oder können. Selbst dort, wo Angebote der Verlage erstellt würden oder schon bestehen, wäre die Nutzungsmöglichkeit durch die finanziellen Belastungen für die Universitäten stark eingeschränkt, was die Durchführung moderner Lernmethoden an Hochschulen erschweren würde. Darüber hinaus würde die digitale Hochschullehre nicht mehr von der Wissenschaft selbst erstellt, sondern von den Verlagen und somit außerhalb des Wissenschaftsbetriebes. Vor allem im direkten Vergleich mit den USA, wo mit dem TEACH Act eine dem § 52a UrhG in vielen Bereichen ähnelnde Regelung besteht, würde eine Abschaffung des § 52a UrhG die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Bildung und Forschung stark einschränken.

Nunmehr, nach mehreren der Evaluation der Vorschrift dienenden Verlängerungen der Vorschrift existiert aber ein Gesetzesentwurf von CDU/CSU/SPD, nach dem § 52a UrhG entfristet werden soll.⁶³ Dies wurde vor dem Hintergrund beschlossen, dass durch das besagte BGH-Urteil die Vorschrift für die Praxis handhabbar sei.⁶⁴ Dies ist vor den Ausführungen in diesem Papier aber fraglich. Daher ist der Gedanke, dass die Perpetuierung des § 52a UrhG keine Einführung einer einheitlichen Bildungs- und Wissenschaftsschranke präjudiziere,⁶⁵ im Bewusstsein zu behalten

§ 52b UrhG – Elektronische Leseplätze

Noch unverständlicher ist die Auslegung von § 52b UrhG. Es geht um einen geringfügigen Eingriff in Rechte vor allem der Verwerter, nämlich die Nutzung an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken. Den Verlegern ist es hier gelungen, die Vorschrift so eng zu gestalten, dass eine sinnvolle Nutzung im digitalen Zeitalter überhaupt nicht möglich ist. Denn danach ist es zulässig, veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen. Dieses Recht ist aber dispositiv, wie sich aus § 52b S. 1 a.E. ergibt („soweit dem keine vertraglichen Regelungen

⁶³ BT-Drucks. 18/2602.

⁶⁴ BT-Drucks. 18/2602, S. 2.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/260, S. 2.

entgegenstehen“). Insofern könnte die Vorschrift Verlage die die Lage versetzen, die Vorschrift schlichtweg abzubedingen.

Darüber hinaus dürfen aber grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst. Wie bei § 52a UrhG ist für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen.

Beachtenswert ist das Urteil des EuGH vom 11.9.2014⁶⁶ in einem Vorabentscheidungsverfahren, das der BGH für einen Musterprozess zwischen Eugen Ulmer Verlag und der TU Darmstadt angestrebt hat. Dabei ging es um die Auslegung der InfoSoc-Richtlinie, welche die europäische Grundlage für den § 52b UrhG darstellt. Es ging also darum, ob das deutsche Verständnis der Norm im Einklang mit den europäischen Vorgaben steht.

So stellte der EuGH zunächst fest, dass das bloße Lizenzangebot eines Verlages nicht die Ausnahmevorschrift des § 52b S. 1 a.E. erfüllt.⁶⁷ Damit wurde festgestellt, dass Verlage durch einseitige Handlungen die Vorschrift nicht außer Kraft setzen können. Dem Interesse der Verleger werde durch andere Mechanismen Rechnung getragen. Als zweites bejahte der EuGH auch die Zulässigkeit von vorgehenden Digitalisierungen der Werke. Dies sei notwendig, damit die Schranke nicht zu einer inhaltsleeren Hülse verkomme.⁶⁸ Allerdings hat der EuGH vor diesem Hintergrund die Zulässigkeit des Ausdrucks oder Speicherns der Werke auf USB-Sticks abgelehnt. Dies sei nicht für den Betrieb der elektronischen Leseplätze erforderlich. Allerdings ließen sich der Ausdruck und die Speicherung unter Umständen durch nationale Vorschriften rechtfertigen.⁶⁹

Dieses Machtwort des EuGH zu einer der Schwächen des § 52b UrhG⁷⁰ ist zwar einerseits zu begrüßen. Allerdings ist zu beachten, dass dies nur das Vorabentscheidungsverfahren war und nun der BGH zu entscheiden hat, ob hinsichtlich der Druck- und Kopieroption eine angemessene Vergütung gesichert ist.⁷¹

§ 53a UrhG – Kopienversand

Im Jahr 1999 entwickelte der BGH in seiner Kopiersendentscheidung⁷² im Wege einer Gesamtanalogie zu einer Reihe von völkerrechtlichen Bestimmungen eine eigene Schranke für die Ver-

⁶⁶ C-117/13, GRUR 2014, 1078.

⁶⁷ EuGH, Urteil vom 11.9.2014 – C-117/13, GRUR 2014, 1078, 1079 f.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 11.9.2014 – C-117/13, GRUR 2014, 1078, 1080.

⁶⁹ EuGH, Urteil vom 11.9.2014 – C-117/13, GRUR 2014, 1078, 1080 f.

⁷⁰ Vgl. Hoeren/Neubauer, Zur Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Hochschulen und Bibliotheken, ZUM 2012, 636, 643.

⁷¹ Hansen, Bibliotheken dürfen Bücher ohne Zustimmung der Rechteinhaber digitalisieren, GRUR-Prax 2014, 461.

⁷² BGH, Urteil vom 25.2.1999 – I ZR 118/96, MMR 1999, 665 m. Anm. Hoeren.

sendung analoger Kopien im Hochschulbereich. Diese bezog sich jedoch nur auf den Versand von Papierkopien per Brief oder Fax. Infolgedessen hatte das OLG München den elektronischen Kopierversand für rechtlich unzulässig erklärt.⁷³ In Abweichung dieser Entscheidungen wurde dann im Rahmen des „Zweiten Korbes“ § 53a UrhG in das Gesetz eingefügt, der die Vervielfältigung von Zeitungs- oder Zeitschriftenbeiträgen sowie kleiner Teile eines erschienenen Werks durch öffentliche Bibliotheken und deren Übermittlung im Wege des Post- oder Faxversands unter der Voraussetzung erlaubt, dass der Besteller sich für dessen Nutzung auf § 53 UrhG berufen kann. Die Vervielfältigung und Übermittlung in elektronischer Form ist unter den Voraussetzungen möglich, dass dies als grafische Datei und zur Veranschaulichung des Unterrichts oder für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung, ohne die Verfolgung gewerblicher Zwecke geschieht und der Zugang zu dem Beitrag den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen möglich ist (vgl. § 19a UrhG).

§ 53a Abs. 1 S. 1 UrhG lässt eine analoge Vervielfältigung und Übermittlung nur dann zu, sofern sich der Besteller auf die Schranke der Vervielfältigung zum privaten oder sonstigen eigenen Gebrauch in § 53 UrhG berufen kann. Dies würde für den Versender, welcher sich auf die Angaben des Bestellers verlassen muss und nicht sicher sein kann, ob die Voraussetzungen dieser Schranke tatsächlich in der Person des Bestellers vorliegen, Prüfungspflichten nach sich ziehen, da er sonst selbst Urheberrechte verletzen würde. Dies dürfte jedoch in der Praxis nicht oder nur schwer möglich sein. Diesen Unklarheiten kann nur mit der Vermeidung überhöhter Anforderungen an die Prüfungspflichten der Versender begegnet werden. Wie diese zu gestalten sind, ist unklar. Jedenfalls muss es sich um zumutbare Vorkehrungen handeln. Diese können beispielsweise in Hinweispflichten an die Besteller zur Beachtung des Urheberrechts zu sehen sein.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des elektronischen Versands sind in § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG normiert. Dabei ist die Wendung „ferner“ in Satz 3 der Vorschrift so zu verstehen, dass die genannten Voraussetzungen kumulativ zu denen aus Satz 2 vorliegen müssen. Somit ist die Vervielfältigung und Übermittlung entgegen dem widersprüchlichen Wortlaut zu anderen als zu den in Satz 2 genannten Zwecken unzulässig. Diese weitgehende Beschränkung der Kopierverstandfreiheit dürfte sich an der Grenze des verfassungsmäßig Zulässigen bewegen.

Eine systematische Unstimmigkeit findet sich jedoch in der Begründung dieser Auslegung der Vorschrift. Diese soll nämlich dem Art. 5 III lit. a InfoSoc-RL folgen. Da diese Regelung jedoch nicht die Vervielfältigung, sondern vielmehr das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen betrifft,

⁷³ OLG München, Urteil vom 10.5.2007, MMR 2007, 525 m. Anm. Gausling.

würde das den elektronischen Kopienversand in § 53a Abs. 1 S. 2, 3 UrhG zu einem Unterfall des öffentlichen Zugänglichmachens machen.

§ 53a Abs. 1 S. 2a.E. normiert, dass der elektronische Kopienversand dann unzulässig ist, wenn dies zwar der wissenschaftlichen Forschung dient, jedoch auch „gewerbliche Zwecke“ verfolgt werden. Dies zieht Probleme für solche Institutionen nach sich, die im Bereich der Auftrags- bzw. Drittmittelforschung tätig sind. Diese Tätigkeit hat zumindest mittelbar einen wirtschaftlichen Charakter. Demnach sind Institutionen aus diesem Bereich vom Kopienversandprivileg ausgeschlossen.

Gemäß § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG greift das Kopiersendprivileg dann nicht, wenn der Beitrag aufgrund vertraglicher Bestimmungen öffentlich zu angemessenen Bedingungen abrufbar ist. Diese Bestimmung soll die Interessen der Verleger wahren, welche ein eigenes Datenbankangebot bereitstellen können. Dieses muss offensichtlich sein. Dieses Erfordernis soll den Bibliotheken das Risiko nehmen, trotz eines versteckten, öffentlichen Verlagsangebots bei ihrer Recherche keine Verlagsangebote zu finden, was somit ihren Rechercheaufwand und das Risiko mindern soll. Laut einer Absprache zwischen dem Deutschen Bibliotheksverband und dem Börsenverein des Deutschen Buchhandels ist die Offensichtlichkeit gegeben, wenn das Onlineangebot bei der Elektronischen Zeitschriftenbibliothek (EZB) der Universitätsbibliothek Regensburg registriert ist.⁷⁴ Es bestehen folglich keine aufwendigen Rechercheobligationen für die Bibliotheken.

Problematisch ist ferner, wann das Kriterium der angemessenen Bedingungen erfüllt ist.⁷⁵ Hinsichtlich dieser Frage besteht erhebliche Rechtsunsicherheit. Es ist etwa fraglich, ob 30 bis 35 Euro pro Aufsatz dieses Kriterium noch einzuhalten vermögen. Neben der Kostendeckung soll jedoch der erhobene Preis stets auch eine angemessene Vergütung enthalten. Da es sich vorliegend um ein Verlagsprodukt handelt, muss zudem im Rahmen der Angemessenheit auch die unternehmerische Leistung des Unternehmers gewürdigt werden. Darüber hinaus ist die Freiheit des Unternehmers bei der Zusammenstellung seines Produktes und der Preisbildung grundsätzlich zu beachten. Zu den angemessenen Bedingungen gehört ebenso, dass ein dauerhafter und zuverlässiger Werkzugang gewährleistet wird. Der Nutzer muss die Möglichkeit haben, das von ihm angeforderte Werk ohne Eingehung eines Abonnements oder mit weiteren nicht gewünschten Werken im Paket zu erhalten. Kritisiert wird jedoch, dass es nicht mit den Grundsätzen des Urheberrechts zu vereinbaren sei, dass sich die Vorschrift auf diejenigen Produkte beschränkt, die zu angemessenen Bedingungen erhältlich sind. Daher ist nicht eindeutig, wie die Angemessenheit tatsächlich ermittelt werden soll.

⁷⁴ Stellungnahme, S. 8, http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/positionen/090515-Stellungnahme_Fragenkatalog_BMJ_2009.pdf.

⁷⁵ Vgl. zur Angemessenheit auch unten Frage 11.

Sofern sich kartellrechtliche Fragestellungen aufgrund einer marktdominierenden Stellung eines Verlages ergeben, sind diese allein nach den kartellrechtlichen Vorschriften zu bewerten. Das Urheberrecht dient nicht kartellrechtlichen Zielen, sodass es eine mögliche Marktmacht nicht zu beschränken vermag.⁷⁶ Demgemäß wird letztlich kein systemwidriges kartellrechtliches Instrument durch § 53a UrhG in das Urheberrecht eingefügt.

Der Wortlaut der Vorschrift wird insofern als missglückt betitelt, als sich § 53a Abs. 1 S. 2 UrhG auf grafische Dateien beschränkt; § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG enthält diese Beschränkung allerdings nicht. Die Volltextrecherche ist dabei das einschlägige Kriterium zur Abgrenzung grafischer Dateien von sonstigen Dateien. Jedoch macht der technische Fortschritt in diesem Bereich diese Abgrenzung stetig schwieriger.

Problematisch ist zuletzt die aufgrund der Systematik des § 53a Abs. 1 UrhG zwingend folgende Unterscheidung zwischen dem Faxversand und dem elektronischen Versand, der nur für Forschung und Unterricht möglich ist.

Schlussfolgerungen

Die Schranken des §§ 52a, 52b und 53a sind so eng gefasst, dass sie sinnvoll nicht für Unterricht und Wissenschaft genutzt werden können. Eine sinnvolle Nutzung von Werken im Interesse der Wissenschaftsfreiheit ist insofern kaum möglich. Insofern bedarf es einer Generalschranke zu Gunsten von Wissenschaft und Forschung (hier ähnlich wie im Bereich Fair Use).

⁷⁶ A.A. Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 341.

5. *Wie kann ein bildungs-, forschungs- und wissenschaftsfreundliches Urheber-recht ausgestaltet und ein ausgewogener Interessenausgleich zwischen Rechteinhabern und nutzenden Institutionen ermöglicht werden? Wie sollte eine Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht ausgestaltet sein?*

An dieser Stelle kann auf die Ausführungen zu Frage 4 verwiesen werden.

6. *Sehen Sie weiteren Handlungsbedarf bei verwaisten Werken? Halten Sie die Regelungen der EU-Richtlinie zu „orphans works“ bzw. zu vergriffenen Werken im UrhWahrnG für ausreichend?*

Problematisch an der EU Richtlinie zu Orphan Works (2012/28/EU) erscheint vor allem, dass ein recht einfacher Mechanismus verwendet wird, um den Zugriff auf verwaiste Werke zu ermöglichen. Somit wird das umgesetzt, was im Zuge des „Google Buchprojekts“ in den USA 2004 kritisiert wurde.⁷⁷ Zwar wird ein Werk erst als verwaist anerkannt, wenn eine „sorgfältige Suche“ im Sinne des § 61 i.V.m § 61a UrhG nach dem Rechteinhaber durchgeführt wurde, eine Suche kann allerdings auch erfolglos verlaufen, obwohl es einen Rechteinhaber gibt. Zudem gestaltet sich im Normalfall die Suche nach dem Rechteinhaber für die Gedächtnisinstitutionen kostenintensiv und aufwendig.⁷⁸ Um der Pflicht zur Suche zu entgehen, bietet es sich bezüglich Printmedien an, nicht die Regelungen über verwaiste, sondern die über vergriffene Bücher anzuwenden. Dies ist möglich, wenn Bücher nicht nur möglicherweise verwaist, sondern auch vergriffen sind, was erfahrungsgemäß häufig der Fall ist.⁷⁹

Bezüglich vergriffener Werke müssen andere Voraussetzungen an die digitale Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit vorliegen. Gem. § 13d Abs. 1 Nr. 5 UrhWahrnG hat der Rechteinhaber eine Widerspruchsfrist von 6 Wochen nach der Eintragung seines Werkes in ein bestimmtes Register. Widerspricht er nicht innerhalb dieser Frist, steht der Digitalisierung des Werkes nichts mehr im Wege. Zunächst ist festzustellen, dass eine Frist von 6 Wochen relativ knapp bemessen ist.⁸⁰ Zudem muss beachtet werden, dass das Urheberrecht nicht nur aus Verwertungsrechten besteht, sondern auch aus Urheberpersönlichkeitsrechten. Wenn nun also ein Urheber sich dafür entscheidet, sich nicht mehr zu dem Werk bekennen zu wollen (es also freiwillig „verwaisten“ zu lassen) und es in Vergessenheit geraten zu lassen (also das Werk vergriffen werden zu lassen), dann hat er aufgrund seiner Beziehung zu dem Werk durchaus ein Recht dazu.⁸¹ Dieses Recht wird verletzt, wenn ein Werk veröffentlicht wird, lediglich weil 6 Wochen lang niemand dagegen Widerspruch eingelegt hat oder nach einem Rechteinhaber, der vielleicht nicht gefunden werden will oder kann, erfolglos gesucht wurde.

⁷⁷ Müller in: Hoeren/Sieber/Holzengel, *Multimediarrecht*, 39. EL 2014, Teil 7.5 Rn. 72f.; Adolfsen/Mutz, *Das Google Book Settlement*, GRUR-Int. 2009, 789; Staats, *Regelungen für verwaiste und vergriffene Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung*, ZUM 2013, 446, 453f.; Katzenberger, *Zwangssdigitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke in den USA und in Deutschland: das Projekt Google Book Search und § 137 I UrhG*.

⁷⁸ De la Durantaye, *Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung*, ZUM 2013, 437, 439.

⁷⁹ Staats in Wandtke/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 1 UrhG, § 13d UrhWahrnG Rn. 2.

⁸⁰ Staats in Wandtke/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, § 61 Rn. 1 UrhG, § 13d UrhWahrnG Rn. 16.

⁸¹ Wandtke/Bullinger, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2014, Vor §§ 12ff. Rn. 1, 3; siehe auch Dreier/Schulze, *Urheberrecht*, 4. Auflage 2013, § 12 Rn. 1.

Diese Möglichkeit der digitalen Zugänglichmachung von verwaisten und vergriffenen Werken durch eine EU-Richtlinie ist ein erneutes Beispiel für die Instrumentalisierung der EU.

Weitere Probleme, die sich im Zusammenhang mit den Regeln ergeben könnten, sind, dass der Begriff „vergriffene Werke“ im Gesetz nicht definiert wird und dass nur Printmedien als vergriffen gelten können, was unter Umständen aber auch auf audiovisuelle Medien zutreffen kann.⁸²

⁸² Spindler, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung?, ZUM 2013, 349, 356; Klaas, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR-Int. 2013, 881, 893.

7. *Welche Maßnahmen sind notwendig, um Open Access sowie die Nutzung von offenen Lehrmaterialien im Bereich von Bildung, Wissenschaft und Forschung zu fördern? Welche funktionalen Aufgaben hat das Urheberrecht in diesem Kontext zu leisten, und inwieweit bedarf es weiterer Maßnahmen, z.B. bei der Forschungsförderung?*

Die Idee, die hinter Open Access steht, stellt in jedem Fall einem Gewinn für Bildung, Wissenschaft und gerade auch Forschung dar und ist sehr wichtig.⁸³ Verschiedenste Bemühungen seitens der Hochschulen zeigen, dass dort der Gedanke von Open Access ernst genommen und umgesetzt werden soll. Wie auch in anderen Stellungnahmen auf diesem Dokument anklingt, ist der freie Zugang zu Information gesellschaftlich geradezu geboten. Dass insbesondere die Wissenschaft sehr profitieren kann, ist evident. Allerdings ist auch Vorsicht geboten, gerade was den einzuschlagenden Weg zu diesem Ziel angeht.⁸⁴ Es gibt – insbesondere in den USA – viele Vorreiter, die auf dem Gebiet verschiedene Wege aufgezeigt haben.⁸⁵ In Deutschland stecken groß angelegte, übergreifende Projekte noch in den Kinderschuhen. Finanziell wird Open Access an den Hochschulen zwar stark gefördert, große Projekte können allerdings, wenn Sie scheitern enorme Steuergelder verschlingen. Die praktischen Probleme liegen insbesondere in der Akzeptanz von Open Access und in der Strukturierung und Transparenz solcher Angebote.

So werden bei der Berufung von Hochschullehrern vor allem im geisteswissenschaftlichen Bereich Open Access-Publikationen auf einen niedrigeren Rang gesetzt und zum Teil auch abgelehnt. Der Gedankengang dahinter ist offensichtlich: Es wird unterstellt, dass eine Publikation, die bei einem gewerblichen Verlag veröffentlicht wird, wegen eines vermutet höheren Aufwandes und eventueller Kosten wirksameren Kontrollinstrumenten (Lektorat, wirtschaftliches Risiko) unterliegt.⁸⁶ Bemühungen um Open Access müssen diese Vorurteile durch eigene Standards ausräumen. Es bedarf hier also weiterer Maßnahmen insbesondere der Forschungsförderung, um die Akzeptanz von Open Access zu erhöhen und Open Access-Produkte auch deutlicher zugänglich zu machen. Das können letztlich einheitliche Fach- und Einrichtungsübergreifende Plattformen wohl am besten gewährleisten.

Bezogen auf das Urheberrecht stellt sich die Frage, in welcher Weise überhaupt Instrumente des Rechts dazu in der Lage sind, Open Access zu fördern. Im Hinblick auf das erläuterte Akzeptanzproblem muss das vorrangige Ziel die Motivation für Open Access-Publikation sein.⁸⁷ Das Urheber-

⁸³ Vgl. Knauer, Neue juristische Publikationsformate im Internet – Stand, Perspektiven und Auswirkungen von Open Access, Wikis, Blogs, Twittern und Podcasts, NJOZ 2009, 3004.

⁸⁴ Vgl. Jaeger/Metzger, Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431, 433.

⁸⁵ Z.B. die Public Library of Science, <http://www.plos.org/>.

⁸⁶ Vgl. Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436 f.

⁸⁷ Zu Motivationsgedanken im Urheberrecht Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 14 ff.

berrecht sollte hier nicht – wie etwa in Baden-Württemberg⁸⁸ – mit Zwangsmaßnahmen gegenüber Hochschullehrern reagieren und entsprechende Andienungspflichten des Hochschullehrers in Landesgesetzen etablieren. Open Access ist eine Frage von moralischer Überzeugung, nicht von Zwang. Durch solche Bemühungen wird die Akzeptanz gerade nicht erhöht. Als fataler erweist sich allerdings das Verhalten der hiesigen Verleger. Die Etablierung von Open Access-Plattformen wird mit einer Mischung aus scharfer Kritik und offenem Hohen begleitet. Auch greifen die Verleger zu jeder Möglichkeit, solche Plattformen zu unterminieren. Man denke hier vor allem an § 52a UrhG und die von den Verlegern aggressiv betriebene Politik der Klage gegen Universitäten und Hochschuleinrichtungen.⁸⁹

Das Recht kann hier vor allem dadurch eingreifen, dass es auf der einen Seite Forschungseinrichtungen freieren Zugang auch zu konventionellen Veröffentlichungen sowie größere Rechtssicherheit gewährt und auf der anderen Seite Anreize zu Open-Access-Publikationen bietet, die die oben genannten Nachteile neutralisieren. Das kann etwa in einer Ausweitung eines Zweitveröffentlichungsrechts geschehen.⁹⁰ Die Scheu davor, eigene Forschungsbeiträge als zu Printpublikationen „minderwertigere“ Open-Access-Publikationen zu veröffentlichen wird dadurch sinken, dass der Beitrag eben auch in einem konventionellen Medium erscheint. Auch kann das Verlagsrecht hybrides Publizieren fördern. In diesen Fällen könnten sich Universitäten und Forschungseinrichtungen eigene Routinen der Open-Access-Veröffentlichung schaffen, sodass das Angebot nicht nur punktuell, sondern flächendeckend entsteht.

Open Access muss sich vor allem politisch und gesellschaftlich (gerade in der Wissenschaftswelt) durchsetzen, das Urheberrecht kann dazu aber beitragen oder zumindest Hemmnisse beseitigen.⁹¹

⁸⁸ Dazu Thomas Wagner, Open Access Pflicht stößt auf Widerstand, http://www.deutschlandfunk.de/tag-des-urheberrechts-open-access-pflicht-stoesst-auf.680.de.html?dram:article_id=283474

⁸⁹ Vgl. nur BGH, Urteil vom 28.11.2013 – I ZR 76/12, GRUR 2014, 549; siehe dazu auch oben Fragen 4/5.

⁹⁰ Für die Implikationen des Zweitveröffentlichungsrechts i.V.m. Open Access Hansen, Für ein Zweitveröffentlichungsrecht für Wissenschaftler – zugleich Besprechung von Marcus Hirschfelder: Anforderungen an eine rechtliche Verankerung des Open Access Prinzips, GRUR Int 2009, 799.

⁹¹ Vgl. Pflüger/Ertmann, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 442 f.

8. *Wie bewerten Sie die bestehenden Ansprüche und Verfahren zur Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt? Welche Maßnahmen sind notwendig, um die Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt zu verbessern? Welche Maßnahmen sind notwendig, um effektiver gegen illegale Plattformen, deren Geschäftsmodelle mit Gewinnabsichten auf massenhaften Urheberrechtsverletzungen aufbauen, vorzugehen? Wie kann sichergestellt werden, dass die Rechtsdurchsetzung möglichst effizient auf die Quelle von Rechtsverletzungen zielt?*

Die Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt wirft eine Reihe von Problemen auf, die das bestehende Urheberrecht bisher nicht hinreichend lösen konnte. Der ständig wachsenden Zahl an Angeboten in immer kürzeren zeitlichen Abständen vermag das bestehende Urheberrecht nicht gerecht zu werden. Das Strafrecht und die materiell-rechtlich bestehenden Ansprüche des Urheberrechts gewähren dem Rechteinhaber zwar Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz. Die grenzenlose und staatenübergreifende Abrufbarkeit der Inhalte sowie die weitgehende Anonymität des Internets erschweren aber die Geltendmachung von Ansprüchen der Urheber oder machen diese oftmals sogar unmöglich.⁹² Ohne ein effektives System zur Rechtedurchsetzung bleiben diese Ansprüche für den Rechteinhaber aber wertlos.

Trotz aller Harmonisierungsmaßnahmen des Rechts des geistigen Eigentums auf europäischer und globaler Ebene weisen nationale Regelungen weiterhin beträchtliche Unterschiede auf.⁹³ Damit kommt der Frage des anwendbaren Rechts in der Praxis entscheidende Bedeutung zu. Angesichts der Ubiquität des Internets, die eine Verortung der Werke und der damit verbundenen Frage des Verletzungsortes schier unmöglich macht, wird die Praxis vor große Anwendungsprobleme gestellt. Diese können nur durch allgemein gültige Strukturelemente und mehrseitige internationale oder zweiseitige internationale Vereinbarungen gelöst werden.⁹⁴ Im Bereich der EU sollte die Schaffung einer gemeinsamen Verordnung zum Urheberrecht sowie einer eigenen Urheberrechtskammer am *EuGH* angestrebt werden,⁹⁵ um einen einheitlichen Schutz des Urheberrechts und dessen effektive Durchsetzung zu gewährleisten. Dazu gehören auch die Vereinbarung gemeinsamer Prüf- und Kontrollpflichten. Hierbei ergeben sich v.a. Schwierigkeiten bei der Formulierung des Wortlautes der gesetzlichen Regelungen. Während sie einerseits dem Bestimmtheitsgebot genügen müssen, sollten sie gleichzeitig derart weit gefasst sein, dass zukünftige technische Entwicklungen abgedeckt werden.⁹⁶

⁹² EU Commission, Internal Draft, White Paper, A Copyright Policy and Innovation in the European Union, S. 17.

⁹³ So auch Stollwerck, in Beck'scher Online Kommentar zum UrhG, Internationales Urheberrecht, Rn. 1.

⁹⁴ So auch Stollwerck, in Beck'scher Online Kommentar zum UrhG, Internationales Urheberrecht, Rn. 1.

⁹⁵ So auch 70. deutscher Juristentag 2014, Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Ansgar Ohly, S. 61,

http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Thesen_Urheberrecht_140804.pdf.

⁹⁶ Vgl. 70. deutscher Juristentag 2014, Thesen zum Referat von Prof. Dietmar Harhoff, S. 66, These 6,

http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Thesen_Urheberrecht_140804.pdf.

Die Rechtsdurchsetzung in Deutschland ist bisher ein System, das auf verschiedenen Säulen fußt. Es reicht von Abgaben über technische Schutzmaßnahmen bis hin zur Inanspruchnahme von Internetintermediären als Störer. Insbesondere hinsichtlich der Inanspruchnahme von Internetintermediären als Störer hat sich in der Rechtsprechung eine breite Judikatur entwickelt, von der Verantwortlichkeit für eigene Internetanschlüsse über Verkaufsplattformen bis hin zu Suchmaschinen und Access Providern. Dabei sind die Voraussetzungen nicht immer stringent und lassen regelmäßig eine Systematisierung vermissen.

Insoweit besteht weiterer Handlungsbedarf bei den Auskunftsansprüchen der Rechteinhaber gegen Internetprovider. Hier kommt insbesondere eine Erweiterung der bestehenden Auskunftsansprüche aus § 101 Abs. 2, 9 UrhG in Betracht. Dabei dürfen die Rechte des Access Providers sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Kunden aber nicht unberücksichtigt bleiben. Aufgrund der Rechtsprechung des *BVerfG*⁹⁷ zur Vorratsdatenspeicherung sowie mangels einer gesetzlichen Grundlage, die zu einer solchen berechtigt oder verpflichtet, dürfen die Pflichten des Internetproviders nicht unter dem Deckmantel des Urheberschutzes uferlos ausgeweitet werden.

Quelle von Urheberrechtsverletzungen sind aber nicht allein die Nutzer von Plattformen selbst, sondern auch die Unternehmen, die die Plattformen zum Upload überhaupt erst bereitstellen. Problematisch für Rechteinhaber ist der Nachweis, dass diese Plattformen gerade auf urheberrechtswidrige Uploads und Rechtsverletzungen abzielen, da auch viele User solcher Plattformen selbst Urheber sind und ihre Werke freiwillig dort zur Verfügung stellen. Insoweit könnten Beweiserleichterungen geschaffen werden.

Die Plattformbetreiber treffen bereits Prüfungs- und ggf. Löschungspflichten zu den auf ihren Servern hochgeladenen Inhalten (§ 7 TMG), sobald sie auf urheberrechtswidrige Inhalte hingewiesen werden. Diese können zu Gunsten eines effektiven Rechtsschutzes im Urheberrecht weiter ausgeweitet werden, ohne die Idee der Plattformen – den Austausch von Informationen – zu unterlaufen.

Ein Vorschlag der SPD sieht die Entwicklung einer Anspruchsgrundlage der Urheber gegen die Betreiber von Plattformen, die lediglich auf Rechtsverletzungen abzielen, vor.⁹⁸ Unter Berufung auf diese Anspruchsgrundlage soll der Urheber das Verbot des „von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodells“ erwirken können, sobald die Missbilligung durch ein Gericht festgestellt wurde. So ehrenhaft der Vorschlag scheinen mag, so wenig ist er für die Praxis geeignet. Abermals stellt sich das Problem der grenzübergreifenden Tätigkeit von Online-Plattformen. Ein etwaiger Anspruchsgegner wird sich gerade nicht in den Anwendungsbereich des deutschen Urhebergesetz-

⁹⁷ BVerfGE, Urteil vom 2.3.2010 – 1 BvR 256/08.

⁹⁸ Urheberrechtspetitionspapier, S. 4, Link: http://blogs.spdfraktion.de/netzpolitik/files/2013/05/UrhR-Positionspapier_final.pdf.

zes begeben und Entscheidungen deutscher Gerichte somit nicht beachten. Eine solche Anspruchsgrundlage liefe also ins Leere, sofern sie nicht zumindest europaweit normiert wird. Daneben bleibt im Dunkeln, welche Maßstäbe für das Kriterium der „Missbilligung durch die Rechtsordnung“ heranzuziehen sind. Die SPD schlägt sowohl quantitative als auch qualitative Kriterien vor. Sie will darauf abstellen, ob die Plattform erstens überwiegend zur Bereitstellung urheberrechtsverletzender Inhalte genutzt und zweitens gerade mit Urheberrechtsverletzungen beworben wird.⁹⁹ Diese pauschalen Maßstäbe genügen allerdings nicht, um eine klare Grenzziehung zu gewährleisten, die die verschiedenen Interessen zusammen bringt. Stattdessen bewirken derart unbestimmte Rechtsbegriffe Rechtsunsicherheit für die Plattformbetreiber und die Gefahr der Entwicklung eines unberechenbaren Case-Law-Systems.

Ähnlichen Inhalts ist der Vorschlag des 70. deutschen Juristentages 2014, welcher die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für richterliche Verfügungen zur Sperrung von urheberrechtswidrigen Websites durch die Access Provider vorsieht, sofern dies verhältnismäßig ist.¹⁰⁰ Auch hier ergeben sich o.g. Probleme, insbesondere im Hinblick auf den Sitz des Unternehmens, welche die Website betreibt. Eine effektive Rechtsdurchsetzung kann im Ansatz nur erreicht werden, wenn dies zumindest europaweit einheitlich geregelt wird. Die Sperrung einer Website sollte jedoch wegen der Rechte des Betreibers aus Art. 12 GG nur *ultima ratio* sein, da sie einen tiefen Eingriff in dieses Recht darstellt.

Daneben sollte das System sanktionierender Warnhinweise diskutiert werden, bei denen private Nutzer, die urheberrechtswidrige Inhalte abrufen, zunächst gewarnt und beim nächsten Verstoß sanktioniert werden.¹⁰¹ Auch wenn hier nicht an der Quelle (Plattform mit urheberrechtswidrigen Inhalten) angesetzt wird, sondern bei den Nutzern, vermag der Vorschlag die effektive Rechtsdurchsetzung zu stärken.

⁹⁹ Urheberrechtspetitionspapier, S. 5, http://blogs.spdfraktion.de/netzpolitik/files/2013/05/UrhR-Positionspapier_final.pdf.

¹⁰⁰ 70. deutscher Juristentag 2014, Thesen zum Gutachten von Prof. Dr. Ansgar Ohly, S. 63, http://www.djt.de/fileadmin/downloads/70/djt_70_Thesen_Urheberrecht_140804.pdf.

¹⁰¹ Ablehnend z.B. BITKOM, Whitepaper, Urheberrecht, S. 21, http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Whitepaper_Urheberrecht.pdf; Für eine Aufnahme in die Reform zum Urheberrecht *Spindler*, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2250, 2254.

9. *Inwieweit haben sich aus Ihrer Sicht die im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken etablierten Regelungen mit dem Ziel der Eindämmung massenhafter Abmahnungen gegenüber Privaten bei Urheberrechtsverletzungen bewährt, insbesondere hinsichtlich der Streitwertbegrenzung oder des fliegenden Gerichtsstands?*

Mit dem neuen Gesetz wollte die Bundesregierung missbräuchliche Abmahnungen wegen Urheberrechtsverstößen bekämpfen. Schon vor Jahren hatte der Gesetzgeber die Geduld mit Rasch & Co. verloren und § 97a neu ins Urheberrechtsgesetz (UrhG) eingefügt. 100,00 Euro sollte eine Abmahnung kosten, allerdings nur bei einfach gelagerten Fällen ohne besondere Bedeutung.

Damit hatte der Gesetzgeber allerdings die Rechnung ohne den Wirt gemacht. Denn willfährige Gerichte wie die Landgerichte (LG) in Köln und München legten die Vorschrift so eng aus, dass sie kaum einmal zur Anwendung kam. Der fliegende Gerichtsstand, der mit Internetfällen typischerweise verbunden schien, tat seinesgleichen, um Verfahren immer wieder an die Sonnenplätze der Abmahnindustrie zu treiben. Und so wurden die Textbausteine der Walldorfs gespickt mit Hinweisen auf die angeblich einschlägige Streitwertpraxis des LG Köln.

Seit Oktober 2013 wurde daher ein neuer Anlauf unternommen durch § 97a Abs. 3 UrhG, die Anwaltsgebühren, die Abmahnungsanwälte bei der Abmahnung von Urheberrechtsverletzungen verlangen können, einzudämmen.

Danach wird der Ersatz der „erforderlichen Aufwendungen“ für die Einschaltung eines Rechtsanwalts, der den Verletzten vertritt, höhenmäßig beschränkt auf gesetzliche Gebühren nach einem Gegenstandswert für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch in Höhe von 1.000,00 Euro. Dies entspricht Kosten von 147,56 Euro (inkl. Mehrwertsteuer) bzw. von 155,30 Euro, wenn dem abmahnenen Rechtsanwalt der Auftrag für die Verfolgung der Rechtsverletzung vor dem 01. August 2013 erteilt worden ist.

Die kostenmäßige Beschränkung greift allerdings nur dann ein, wenn der Abgemahnte eine natürliche Person ist, die nach dem UrhG geschützte Werke oder andere nach dem UrhG geschützte Schutzgegenstände nicht für ihre gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit verwendet (Nr. 1) und nicht bereits wegen eines Anspruchs des Abmahnenen aus Vertrag, aufgrund einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung oder einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung verpflichtet ist (Nr. 2).

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift wird allerdings nicht der Streitwert für Unterlassungs- und Beseitigungsklagen gedeckelt. Die im ursprünglichen Gesetzesentwurf vorgesehene Festsetzung urheberrechtlicher Streitwerte in § 49 GKG-E wurde im Gesetzgebungsverfahren wie-

der aufgegeben.¹⁰² Streitwerte werden daher wie bisher gem. § 3 ZPO anhand des Interesses des Klägers vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt.¹⁰³

Auch hat die Deckelung der Höhe des Erstattungsanspruchs keinerlei Auswirkung auf die Gebühren, die der den Abmahnenden vertretende Rechtsanwalt diesem in Rechnung stellt. Ein Eingriff in den Gegenstandswert hat durch die Regelung in § 97a Abs. 3 S. 2 UrhG nicht stattgefunden, sondern nur eine Begrenzung der erstattungsfähigen Kosten.¹⁰⁴ § 97a Abs. 3 S. 3 UrhG sieht vor, dass die Begrenzung gilt, wenn Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nebeneinander geltend gemacht werden. Unberührt bleibt allerdings eine Addition des Gegenstandswertes mittels Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Die Kanzleien können somit weiter Druck ausüben, etwa indem sie – wie bislang auch – Gesamtlösungen vorschlagen, nach denen der User einen pauschalen Betrag zahlt, um damit Schadensersatz und Abmahnkosten zu begleichen. Ziehen sie dafür die teilweise unerträglich hohen Schadensschätzungen mancher Landgerichte heran, kann hieraus schnell eine regelrechte Drohkulisse erwachsen. Diesem Zweck dienen dann auch so genannte Lizenztabellen, die angeblich im Wege der Lizenzanalogie entwickelt und dem Verletzter vorgehalten werden.

Daneben enthält § 97a Abs. 3 S. 4 UrhG eine Ausnahme, die in der Praxis für Unsicherheit sorgt. Danach soll der Gegenstandswert von 1.000 Euro nicht maßgeblich sein, wenn dieser Wert „nach den besonderen Umständen des Einzelfalles unbillig ist“. Offen bleibt aber, wann diese besonderen Umstände vorliegen sollen. Auch wenn mehrheitlich angenommen wird, dass eine Beschränkung des Erstattungsanspruchs zumindest dann gerechtfertigt sei, wenn es sich um Rechtsverletzungen in Bezug auf aktuelle Werke, besonders umfangreiche Dateizusammenstellungen sowie besonders hochwertige Inhalte handelt,¹⁰⁵ hat der Gesetzgeber eine dahingehende Konkretisierung bedauerlicherweise nicht vorgenommen.

Damit öffnet das Gesetz trotz seiner unverkennbaren Absicht einer wenn auch angepassten, so doch sehr fühlbaren Wertbegrenzung ein Aufweichen nach oben und ermuntert die Praxis dazu, höhere Beträge mit fadenscheinigen Begründungen zu verlangen.¹⁰⁶ Genau solche Tendenzen sollte § 97a UrhG eigentlich bekämpfen und Rechtsunsicherheiten, die § 97a UrhG a.F. durch Verwen-

¹⁰² BT-Drucks. 17/14192, S. 4.

¹⁰³ BT-Drucks. 17/14216, S. 7.

¹⁰⁴ So auch: Weber/Bockslaff, Änderungen des Urheberrechtsgesetzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, IPRB 2014, 20, 22; Reber, in: Beck'scher Online Kommentar zum UrhG, § 97a UrhG, Rdnr. 27.

¹⁰⁵ Gutachten der Verbraucherzentrale Bundesverband vom 14.5.2013 zum Regierungsentwurf gegen unseriöse Geschäftspraktiken, S. 8 f.; Weber/Bockslaff, Änderungen des Urheberrechtsgesetzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, IPRB 2014, 20, 22.

¹⁰⁶ So auch Hartmann, Neue Regeln gegen Abmahnungsmissbrauch im UrhG, GRUR-RR 2014, 97, 99.

dung unbestimmter Rechtsbegriffe wie „einfach gelagerter Fall“ oder „unerhebliche Rechtsverletzung“ hinterlassen hatte, beseitigen.¹⁰⁷

Die neue Regelung begegnet allerdings auch verfassungs- und europarechtlichen Bedenken, da sie die Beschränkung des Erstattungsanspruchs als Regelfall einführt, von dem nur im Einzelfall abgewichen werden kann. Während bereits die Vorgängerregelung auf Bedenken stieß,¹⁰⁸ obwohl sie ein Ausnahmeregelung darstellte, die als solche eng auszulegen war und nur in „einfach gelagerten“ Fällen mit „nur erheblicher Rechtsverletzung“ zur Anwendung kam, wiegen die Bedenken in Bezug auf die neue Regelung, die die Ausnahme zu Regel macht, umso schwerer.¹⁰⁹

§ 104a Abs. 1 UrhG, welcher durch das Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken im Oktober 2013 eingeführt wurde, regelt den Gerichtsstand für Urheberrechtsstreitigkeiten, an denen natürliche Personen, welche geschützte Werke nicht für ihre gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit verwenden, beteiligt sind. Mit der Regelung sollte vor allem der fliegende Gerichtsstand bei der Nutzung von Werken und anderen Schutzgegenständen im Bereich der privaten Internetpiraterie aufgehoben werden. § 104a UrhG begründet einen ausschließlichen Gerichtsstand und bildet nunmehr eine Ausnahme zu § 32 ZPO.¹¹⁰ Grundgedanke des § 104a Abs. 1 UrhG ist das Bestreben, den in denselben Geltungsbereich wie bei § 97a UrhG fallenden Beklagten nicht auch noch in einem „fliegenden“ Gerichtsstand vor ein auswärtiges und deshalb zeitraubendes und teures Gericht zu zwingen, weil er kein Versäumnisurteil riskieren will.¹¹¹

Die neue Regelung hat für Privatpersonen ein höheres Maß an Rechtssicherheit gebracht und wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben an den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG gerecht. Für Privatpersonen hat der neue § 104a UrhG ferner den Vorteil, sich angemessen gegen eine Klage verteidigen zu können, da z.B. kein ortsfremder Rechtsanwalt beauftragt werden muss oder der Beklagte nicht allein deswegen auf eine Verteidigung gegen die Klage verzichtet, weil er die Reisekosten scheut. Gleichwohl bleibt zweifelhaft, ob diese neue Regelung auch zu einem Rückgang massenhafter vorgerichtlicher Abmahnungen führt. Diese lassen sich auch weiterhin unabhängig vom Gerichtsstand per einfachen Brief an Privatleute schicken, von denen ggf. eine Vielzahl auch unberechtigten Zahlungsaufforderungen nachkommt, um gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 17/13057, S. 11.

¹⁰⁸ Vgl. insoweit Nachweise bei Weber/Bockslaff, Änderungen des Urheberrechtsgesetzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, IPRB 2014, 20, 23.

¹⁰⁹ Weber/Bockslaff, Änderungen des Urheberrechtsgesetzes durch das „Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“, IPRB 2014, 20, 23.

¹¹⁰ Kefferpütz in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 104a UrhG, Rdnr. 2.

¹¹¹ Hartmann, Neue Regeln gegen Abmahnungsmissbrauch im UrhG, GRUR-RR 2014, 97, 99.

§ 104a UrhG findet lediglich auf Privatpersonen als Beklagte Anwendung. Dies dürfte dazu führen, dass Abmahnanwälte immer häufiger versuchen werden, § 104a UrhG dadurch zu umgehen, dass sie Indizien glaubhaft darzulegen versuchen, die für eine gewerbliche Tätigkeit der Beklagten sprechen. Für diese sieht § 104a Abs. 1 S. 1 UrhG eine Ausnahme vom gesetzlichen Regelfall des ausschließlichen Gerichtsstands vor. Hierfür hat das *OLG Hamburg* in einem Beschluss vom 14.11.2013 (Az.: 5 W 121/12) allerdings bereits hohe Grenzen aufgezeigt. So soll hierfür nicht ausreichen, dass der Kläger darlegt, es liege ein gewerbliches Ausmaß im Sinne des § 101 Abs. 2 UrhG oder eine Überschreitung der Schranke des § 53 UrhG vor. Ferner weist das Gericht eine Pflicht des Beklagten zur „Exkulpation“ zurück. Ob sich andere Gerichte der Ansicht des *OLG Hamburg* anschließen oder lediglich auf die Zweckbestimmung der Verwendung der Werke durch den Beklagten abstellen, bleibt abzuwarten, so dass insofern Rechtsunsicherheit herrscht.

Für NRW sowie einige andere Bundesländer ergibt sich ferner die Schwierigkeit der sog. Konzentration. So ergibt sich für NRW gem. § 104a Abs. 2 UrhG i.V.m. § 105 UrhG i.V.m. § 2 der Konzentrationsverordnung für das Geschmacks-, Urheber und Markenrecht eine Spezialzuständigkeit der Amtsgerichte Düsseldorf, Bielefeld, Bochum und Köln. Die Spezialkenntnis mag zwar helfen, widerspricht aber dem Bestreben, mit der neuen Regelung die Zeit- und Kostenproblematik zu lösen. Das ist wenig prozesswirtschaftlich und passt nicht zum Ausschließlichkeitsprinzip in § 104a Abs. 1 UrhG.¹¹²

¹¹² So auch Hartmann, Neue Regeln gegen Abmahnungsmissbrauch im UrhG, GRUR-RR 2014, 97, 99.

10. *Wie bewerten Sie das Instrument einer „Kulturflatrate“ als Alternative zur derzeitigen Rechtssystematik? Wie könnte eine Haftung von Internetintermediären ausgestaltet sein?*

Die „Kulturflatrate“, eine Pauschalabgabe aller Internetanschlüsse an die Kreativen, wird teilweise als Lösungskonzept gehandelt, um das deutsche Urheberrecht zu modernisieren und um auf die Möglichkeiten, die das Internet Nutzern bezüglich Tausch und Weitergabe urheberrechtlich geschützter Werke bietet, zeitgemäß und effektiv zu reagieren.¹¹³

Allerdings fallen bei einem derart simplifizierenden Lösungsvorschlag sofort einige Probleme auf, die sich kaum überwinden lassen werden. Zunächst gibt es kaum Anwendungsbeispiele, insbesondere nicht in Deutschland. Ein entfernt ähnlich anmutendes Konzept steckt hinter den Rundfunkgebühren und auch diese müssen immer wieder gerechtfertigt werden – eine Übertragung auf Internetnutzer scheint kaum möglich. Die Einführung einer Kulturflatrate wurde 2006 im französischen Parlament diskutiert und 2009 für die Isle of Man vorgeschlagen¹¹⁴, bis heute wurden jedoch keine Maßnahmen getroffen.

Die Hauptfrage, die sich stellt, ist, wie berechnet werden soll, welcher Internetnutzer wieviel zahlen muss. Würde man versuchen, die Beitragshöhe an die tatsächlichen Internetaktivitäten anzupassen, so würde dies zu einer datenschutzrechtlich nicht zu rechtfertigenden Überwachung und Kontrolle der Bürger führen. Auch bestehen Zweifel an der technischen Umsetzbarkeit. Wollte man dagegen einen Pauschalbeitrag für jeden Internetnutzer einführen, so stellt sich die Frage, wie festgestellt werden soll, wer nun tatsächlich Internetnutzer ist, wer also ein internetfähiges Gerät besitzt und auch benutzt. Offensichtlich würde eine solche pauschale Berechnung dazu führen, dass Menschen, die das Internet kaum nutzen, die Menschen, die tatsächlich urheberrechtlich geschützte Werke vervielfältigen/austauschen/weiterleiten, quersubventionieren würden. Zudem ist fraglich, in welcher Höhe eine Kulturflatrate anzusetzen wäre. Es fehlt außerdem an einem dafür passenden Urhebervertragsrecht, welches vor allem die individuellen Interessen der Künstler im Blick hat.

Aufgrund dieser Überlegungen scheint die Einführung einer Kulturflatrate als Gesamtlösung für alle Internetnutzer nicht durchführbar. Allerdings könnte das Modell einer Flatrate für bestimmte Marktsegmente sinnvoll sein, so ist zum Beispiel an die Möglichkeit einer Wissenschaftsflatrate für Studenten zu denken, wie sie in den Niederlanden bereits verwendet wird.

¹¹³ Grassmuck, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, 104, 107 ff.; Roßnagel/Jandt/Schnabel, Kulturflatrate - Ein verfassungsrechtlich zulässiges alternatives Modell zur Künstlervergütung?, MMR 2010, 8.

¹¹⁴ http://www.nytimes.com/2009/01/19/business/worldbusiness/19digital.html?_r=2&;
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Isle-of-Man-will-Kulturflatrate-erproben-199327.html>.

Wie schon unter Fragen 4 und 5 erläutert, stellt das gegenwärtige Urheberrecht eine große Belastung für die Wissenschaft und Forschung dar. Durch die Einführung einer Wissenschaftsflatrate könnten die Probleme gelöst werden, indem einmalig gezahlt wird, um dafür die urheberrechtlich geschützten Werke z.B. für das Studium nutzen zu dürfen.

Besonderes Augenmerk muss zu diesen Zeiten auch der Haftung von Anschlussinhabern für Verletzungen über diesen Anschluss entgegengebracht werden, insbesondere für den Fall der Bereitstellung eines W-LAN-Zugangs. So formuliert der Koalitionsvertrag 2013 zurecht, dass „in deutschen Städten mobiles Internet über WLAN für jeden verfügbar“ sein soll.¹¹⁵ Ein entsprechender Gesetzesentwurf, der eine Änderung des Telemediengesetzes durch Ergänzung des § 8 TMG um Absätze 3 und 4 vorschlägt, wurde bereits vorgelegt und debattiert.¹¹⁶ Danach sollen gewerbliche und nichtgewerbliche Betreiber von Funknetzwerken von einer Haftung (auch nur auf Unterlassen) befreit werden. Dies ist angesichts der uneinheitlichen und problematischen Auslegung des § 8 TMG¹¹⁷ eine dringend gebotene Klarstellung.¹¹⁸ Insbesondere die Erstreckung auf Private ist hier essentiell, was betont werden muss, nachdem es Anzeichen dafür gibt, dass die Koalition entgegen dem Vorschlag der Opposition die Haftungsfreistellung nur auf gewerbliche Anbieter anwenden will.

In diesem Zusammenhang müsste auch das Dogma überdacht werden, dass Unterlassungsansprüche von der Haftungsfreistellung aus §§ 8-10 TMG nicht erfasst sind, was von der ständigen Rechtsprechung aus § 7 Abs. 2 S. 2 TMG hergeleitet wird.¹¹⁹ Dies scheinen auch Ausführungen des BGH an anderer Stelle durchblicken zu lassen, wenngleich er dann über andere Wege eine Anwendbarkeit verneint hat.¹²⁰

¹¹⁵ <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, S. 35.

¹¹⁶ BT-Druchs. 18/3047.

¹¹⁷ Vgl. dazu nur den Vorlagebeschluss des LG München I vom 18.9.2014 – 7 O 14719/12, MMR 2014, 772 (Ls.).

¹¹⁸ Hoeren/Jakopp, WLAN-Haftung – A never ending story, ZRP 2014, 72, 75.

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 11.3.2004 – I ZR 304/01, MMR 2004, 668. m. Anm. Hoeren, K&R 2004, 486 m. Anm. Neubauer; BGH, Urteil vom 19. 4. 2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636; BGH, BGH, Urteil vom 30.4.2008 – I ZR 73/05, GRUR 2008,; BGH, Urteil vom 22.7.2010 – I ZR 139/08, GRUR 2011, 152.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 16.5.2013 – I ZR 216/11, MMR 2014, 55.

11. Sind Änderungen im Urhebervertragsrecht notwendig, um das Ziel – Stärkung des Prinzips der angemessenen Vergütung – besser erreichen zu können (bspw. hinsichtlich europäischer Vereinheitlichung und zwingenden Schlichtungsstellen)?

Wir haben öfters die Situation, dass sich die großen Verwerter, also sowohl Verleger wie auch andere Verwerter, hinter den Kreativen verstecken. Es wird in der Presse und der Politik von Kreativwirtschaft gesprochen und von den Belangen der Kreativen. In Wahrheit geht es in diesen Diskussionen nicht um die Kreativen. Denn diese treten regelmäßig ihre Rechte in Rechte-Buy-Out-Verträgen an die Verwerter ab. Das jetzige Urheberrecht ist eindeutig von einem Kulturrecht zu einem Wirtschaftsrecht mutiert. Im Vordergrund steht nicht mehr der Schutz der Kreativen, sondern sehr stark der Schutz der Verwerter. Das führt dazu, um ein Beispiel zu geben, dass ein Medizinprofessor für die Veröffentlichung eines 15-Seiten-Beitrag 80.000,00 US\$ bezahlen muss. Um den Text aber lesen zu können, muss der Professor die Zeitschrift kaufen, die kostet sinnigerweise pro Jahr 50.000,-- US\$. Der Autor gibt seine Rechte komplett ab und muss sie selbst sozusagen wiederkaufen für teure Staatsgelder und Staatsfinanzen – Rechte-Buy-Out. Ähnliches findet sich in der Filmindustrie. In der Dokumentarfilmszene fahren viele Regisseure Taxi, um ihr Leben zu finanzieren. Nicht dass deren Filme schlecht sind, sie werden bei ZDF und Arte ausgestrahlt – aber man hat ihnen im Kleingedruckten des Vertrages mit einem Federstrich alle Rechte entzogen.

Sowohl die Kreativen als auch die Nutzer sind bei den letzten Reformen des Urhebersystems aus dem Blick geraten.¹²¹ Seit einigen Jahren steht zum Schutz der ohnmächtigen Urheber zwar der Grundsatz der angemessenen Vergütung im Gesetz, flankiert von den Grundtatbeständen der §§ 32, 32a UrhG.¹²² Das aber war ein Bumerang, der nach hinten losging. Es steht zwar jetzt im Gesetz, jeder Kreative habe einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Aber Thomas von Aquin hat schon davor gewarnt, juristisch einen *iustum pretium*, einen gerechten Preis festlegen zu wollen. Wir als Rechtsanwender können es jedenfalls nicht.¹²³ Es gilt der Vorrang der Privatautonomie sowie des Marktpreises.¹²⁴

Der Anspruch des Urhebers auf eine Beteiligung an der Verwertung seines Werkes nach § 32 Abs. 1 UrhG ist von dem unbestimmten Begriff der angemessenen Vergütung geprägt. Es ist weder der Rechtsprechung, noch der Literatur bisher hinreichend gelungen, diesen mit konkretem Inhalt zu-

¹²¹ Dies ist auch gerade die maßgebliche Kritik an der Politik des Verwerterverbände, was diese leider verkennen (wollen), vgl. den offenen Brief des mediamusik e.V. an den hiesigen Ausschuss „Digitale Agenda“ vom 27.11.2014, https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=867317473320614&id=169504369768598.

¹²² Vgl. zur Verfassungsmäßigkeit im Verhältnis zur Berufsfreiheit BVerfG, Beschluss vom 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, ZUM 2014, 130.

¹²³ Thomas v. Aquin, Summa theologica, lib. 2, pars 2, quaestio 77, art. 1.

¹²⁴ Hoeren, Was bleibt vom Urheberrecht im Zeitalter von Filesharing und Facebook? EuZ 2012, 2, 5; ders., Auf der Suche nach dem „iustum pretium“: Der gesetzliche Vergütungsanspruch im Urhebervertragsrecht, MMR 2000, 449.

füllen.¹²⁵ Der Urheber benötigt aber anwendbare Kriterien zur Ermittlung seines Vergütungsanspruchs, um diesen bei Vertragsverhandlungen oder vor Gericht geltend zu machen. Eine Möglichkeit hierzu bietet das System der proportionalen Beteiligung des Urhebers an dem Nettoerlös der Verwertung.

Die umfassende Einräumung von Nutzungsrechten ist nach derzeit geltendem Recht auch gegen eine Pauschalvergütung zulässig, sofern diese unter Berücksichtigung der gesamten Schutzdauer angemessen ist.¹²⁶ Die Ermittlung der angemessenen Vergütung ist hier besonders unsicher. Der Anspruch auf weitere Beteiligung nach § 32a UrhG kann sich in der praktischen Durchführung als unzureichend erweisen. Es sollte daher die Möglichkeit eines einseitigen Kündigungsrechts für den Urheber in Betracht gezogen werden.

Die Möglichkeit gemeinsamer Vergütungsregeln nach § 36 UrhG wird bislang nicht ausreichend genutzt. Das Vertrauen des Gesetzgebers in eine funktionierende Selbstregulierung unter Verzicht ohne ein verbindliches Schiedsverfahren wurde enttäuscht. Daher sollte entweder das ursprünglich geplante Schiedsverfahren eingeführt oder die Verbindlichkeit des Schlichtungsverfahrens gem. § 36 Abs. 3, 4 UrhG gesteigert werden.¹²⁷ Dazu könnte der Kreis zulässiger Parteien ausgeweitet werden. Eine verbindliche Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen durch das *OLG* wäre hilfreich. Weiter darf eine Partei das Schlichtungsverfahren nicht durch eine Annahmeverweigerung beliebig wirkungslos werden lassen können.

Nach alledem ist der einzelne Urheber bei der Geltendmachung seiner Rechte stets der Gefahr wirtschaftlicher Nachteile bei zukünftigen Vertragsabschlüssen ausgesetzt. Ein stärkerer Schutz der Kreativen kann nicht auf der Vergütungsseite ansetzen, sondern muss sich mit der Hauptleistungspflicht der Rechte beschäftigen. Die Einrichtung eines Verbandsklageverfahrens nach dem Vorbild des bereits im Rahmen der AGB-Kontrolle praktizierten Modells könnte zur Durchsetzung der Vergütungsansprüche beitragen. Darüber hinaus sind konkret klare Maßstäbe für eine AGB Kontrolle zu fordern. Hier rächt sich das BGH Urteil zum Rechte-Buy-Out, indem der *BGH* fälschlicherweise im Kern eine Inhaltskontrolle von R Rechte-Buy-Out -Verträgen abgelehnt hat.¹²⁸ Die oberinstanzliche Rechtsprechung hat dies stets anders gesehen, auch nach dem BGH-Urteil selbst.¹²⁹ Abgesehen von der Inhaltskontrolle versuchen außerdem immer wieder Gerichte, für den

¹²⁵ Vgl. nur die Ausführungen von Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 32 Rn. 24 ff.

¹²⁶ BGH, Urteil vom 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, 1036 f.

¹²⁷ Vgl. dazu OLG München, Beschluss vom 15.7.2010 – SchH14/09, NJOZ 2010, 2405.

¹²⁸ BGH, Urteil vom 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45; jüngst auch BGH, Urteil vom 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031, 1036 f.

¹²⁹ Vgl. nur OLG Hamburg, Urteil vom 1.6.2011 – 5 U 113/09, GRUR-RR 2011, 293, 296; OLG München, Urteil vom 21.4.2011 – 6 U 4127/10, GRUR-RR 2011, 401, 404; OLG Rostock, Urteil vom 9.5.2012 – 2 U 18/11, ZUM 2012, 706.

Urheber verträglichere Lösungen zu finden.¹³⁰ Auch die Implementierung von mehr Schutzmechanismen, die eigentlich aus dem klassischen Zivilrecht stammen (§ 138 BGB, c.i.c. sowie Übertretungsschutz) wäre möglich.¹³¹

Unverständlich ist außerdem, warum nicht die bestehenden staatlichen Instrumente zum Schutz von Kreativen verstärkt werden. Ein Beispiel sei herausgegriffen: So könnte man problemlos mit einer Filmförderung die Bedingung aufstellen, dass die Urheber und Leistungsschutzberechtigten angemessen bezahlt werden. Viele Jahre habe ich mich nunmehr für die Belange des deutschen Dokumentarfilms eingesetzt, einer Szene, der es finanziell extrem schlecht geht. Anders als die Spielfilmer werden die Dokumentarfilmer systematisch von den öffentlich rechtlichen Senderanstalten ausgeblutet und auch bei der Verteilung von Geldern bei Verwertungsgesellschaften hinten angestellt. Der lange Kampf zeigt mir, dass der Grundsatz der angemessenen Vergütung hier nicht zum Tragen kommt. Oft habe ich erlebt, dass bei ZDF-Verhandlungen der dortige Justiziar bei der Frage der angemessenen Vergütung nur darauf verwies, dass man ein solches Salär nicht bezahlen könne. Die Zahlung einer höheren Vergütung heiße dann eben auch, dass weniger Dokumentarfilme im Fernsehen gezeigt würden. Über das Filmförderrecht könnte man erreichen, dass Senderanstalten und größere Filmproduzenten Fördergelder nur erhalten, sofern sie ihrerseits in der Rechtekette angemessene Vergütungen ausweisen.

Ebenfalls könnte man den Einfluss der eigentlich nur bei der Wahrnehmung von Sekundärrechten tätigen und deshalb unbeteiligten Verwertungsgesellschaften erhöhen, die wesentliche Motoren und Instrumente zum Schutz der Kreativen sind, indem ihnen Mittel an die Hand gegeben werden, Vertragsmuster und Rechte-Buy-Out -Klauseln zu beeinflussen, damit nicht nur die Verbände mit der Aushandlung von Bedingungen betraut sind. Die Einrichtung einer Schlichtungsstelle dort ist zumindest eine Idee.

Die Frage nach einem adäquaten vertragsrechtlichen Schutz der Kreativen gegen die Übermacht der Verwerter wird in jedem Fall in den nächsten Jahren geklärt werden müssen. Die soziale Akzeptanz des Schutzes eines „geistigen Eigentums“ korreliert mit der Erwartung, dass Kreative angemessen für ihre Leistungen bezahlt und vor unangemessenen Benachteiligungen vertraglicher Art effizient geschützt werden. Diese Erwartung ist aber keinesfalls lediglich eine nationale, sondern betrifft auch den gesamten europäischen, wenn nicht sogar internationalen Rechtsraum. Die Fragestellung gehört also auf das völker- und europarechtliche Parkett.

Man könnte auch an verschiedene Denkmodelle aus der Vergangenheit denken und diese auf ihre heutige Praktikabilität untersuchen. Erinnerung sei daran, dass *Eugen Ulmer* schon vor Jahren Grund-

¹³⁰ Vgl. LG Leipzig, Urteil vom 8.8.2012 – 5 O 3921/09, ZUM-RD 2012, 550.

¹³¹ Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.10.1993 – 1 BVR 567/89, NJW 1994, 36.

züge einer Reform des Urhebervertragsrechts im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz geprüft hat.¹³² Solche Ansätze wurden aber ebenso wenig aufgegriffen, wie das in einigen Teilen sogar urheberfreundlichere Urhebervertragsrecht der USA (mit z. B. Maximallaufzeiten für urheberrechtliche Nutzungsrechte und entsprechende Rückrufmöglichkeiten).¹³³

¹³² Bonn 1977.

¹³³ Siehe dazu allerdings den jüngst vorgestellten Entwurf eines Kölner Modells zum Urhebervertragsrecht http://www.koelner-forum-medienrecht.de/sites/all/files/kfm/veranstaltungen/download/koelner_entwurf_urhebervertragsrecht_20141107_1.pdf

12. Wie bewerten Sie das Leistungsschutzrecht für Presseverlage und dessen derzeitige Durchsetzungspraxis? Welches Vorgehen empfehlen Sie – auch mit Blick auf die laufenden Verfahren (auch hinsichtlich Abgrenzungsfragen)? Inwieweit kann das Urheberrecht einen Beitrag zur Erreichung des Ziels, Qualitätsjournalismus zu erhalten, leisten?

Wie einleitend betont, erleben wir zur Zeit den Beginn eines Kollapses des Urheberrechts, eine Art Hypertrophie. Das ganze System bricht in sich zusammen.¹³⁴ Der Zusammenbruch ist vor allem auch bedingt durch die Ausdehnung der Leistungsschutzrechte.¹³⁵ Die Leistungsschutzrechte waren für Hilfspersonal, Menschen, die nicht kreativ sind, aber zum Gelingen von Kreativität wirtschaftlich-technisch beitragen, erfunden worden.

Doch das Hilfspersonal zieht heutzutage nicht nur alle wirtschaftlichen Rechte durch Buy-Out-Verträge an sich. Es will auch eigene Leistungsschutzrechte ausdehnen. Das hat zum Beispiel die Rapperin Sabrina Setlur spüren müssen. Als sie auf die Idee kam, von der Gruppe Kraftwerk eine ganz kleine Musiksequenz zu verwenden, wurde sie wegen dieses Sound Sampling verklagt. Verklagt wurde sie nicht von den Urhebern, denn kleine Mikrosekunden von Musik sind urheberrechtlich nicht schutzfähig, sondern von den Tonträgerherstellern. Die Frage war, wieso soll ein Tonträgerhersteller mehr Rechte haben als der Urheber. Wenn etwas urheberrechtlich nicht geschützt ist, müsste es eigentlich frei nutzbar sein. Doch der *BGH* hat entschieden, dass Tonträgerhersteller selbst bei der Übernahme kleinster Musikfetzen klagen können.¹³⁶

Ähnlich problematisch ist das Leistungsschutzrecht für Verleger.¹³⁷ Verleger hatten lange Zeit ein Problem: Alle möglichen Varianten von Hilfspersonal haben Leistungsschutzrechte, Tonträgerhersteller, Filmproduzenten, Sendeanstalten – nur Verleger nicht. *Tucholsky* hat mal gesagt, Verleger sind Schmeißfliegen, wahrscheinlich hatte es der Gesetzgeber bis dahin auch so gesehen. Aber dann wurde der § 87f UrhG geschaffen. Danach haben Presseverleger das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte. Gem. § 87g Abs. 2 UrhG erlischt dieses Recht ein Jahr nach Veröffentlichung des Presseerzeugnisses. Es geht hier vordringlich um Internet-Inhalte, an denen Verleger, nur weil sie eine redaktionelle Gestaltung vornehmen ein Monopolrecht haben. Mit diesem Leistungsschutzrecht hat sich das Urheberrecht fundamental geändert. Es war einmal ein Kulturrecht für Kreative. Es ist nun ein reines Wirtschaftsrecht für Verwerter.

¹³⁴ Geller, Die Auflösung des Geistigen Eigentums, GRUR Int. 2006, 273.

¹³⁵ Krause, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, 21.

¹³⁶ BGH, Urteil vom 20.11.2008 - I ZR 112/06, GRUR 2009, 403.

¹³⁷ Dazu u.v.a. Michael Kauert, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, Berlin 2008; Frey, Leistungsschutzrecht für Presseverleger - Überlegungen zur Struktur und zu den Auswirkungen auf die Kommunikation im Internet, MMR 2010, 291; Schweizer, Schutz der Leistungen von Presse und Journalisten, ZUM 2010, 7.

Damit wurden zunächst Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschworen. Die Frage, wann ein Teil nur klein oder sogar „kleinst“ ist, lässt sich mangels Legaldefinition nur mit erheblichen Problemen beantworten. Einerseits soll eine Anlehnung an die Rechtsprechung des *BGH* zum Schutz kleinster Teile durch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers¹³⁸ ausdrücklich nicht stattfinden.¹³⁹ Andererseits soll aber gerade keine starre Grenze vorherrschen.¹⁴⁰ Dies öffnet Tür und Tor für eine kleinteilige Kasuistik, deren Entwicklung niemand voraussehen kann.¹⁴¹

Die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger hat neben den Problemen in der Anwendung zu der rechtspolitisch bedenkenswerten Situation geführt, dass der Schutz des Urhebers nach Art. 14 GG sowie nach Art. 2 Abs. 1 GG geringer wiegt als das Investitionsinteresse der Presseverlage. Veröffentlicht nämlich der Journalist als Urheber Inhalte im Internet, stehen ihm gegenüber den entsprechenden Diensten keine Ansprüche zu. Die von Suchmaschinen und ähnlichen Diensten angegebenen Textabschnitte weisen nach einhelliger Rechtsprechung keine ausreichende Gestaltungshöhe auf.¹⁴² Dieselben Inhalte sind nach § 87f Abs. 1 UrhG jedoch geschützt, sofern sie von einem Presseverlag entsprechend veröffentlicht würden.¹⁴³ Dies gilt, wie erwähnt, auch schon dann wenn es sich um wenige Wörter handelt. *Frey geht sogar soweit, von einer „Monopolisierung der Sprache“ zu reden.*¹⁴⁴

Auch wird die Möglichkeit der deutschen Internetnutzer, sich aus öffentlich zugänglichen Quellen zu informieren, massiv beeinträchtigt, da das Auffinden dieser Quellen sich wesentlich schwerer gestaltet, was im Hinblick auf die Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG von besonderer Bedeutung ist. Bei einer derartigen Fülle von Informationen sind kurze Ausschnitte aus dem Inhalt nahezu zwingend notwendig zum Auffinden der gewünschten Inhalte.

Neben allgemeinen Bedenken gegen die Erschwerung der freien Kommunikation und Informationsbeschaffung durch ein Leistungsschutzrecht, ergeben sich auch konkrete ökonomische sowie praktische Probleme:

Zunächst bestehen erhebliche praktische Probleme. Aufgrund des Schutzlandprinzips gilt das ausschließliche Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung nur in Bezug auf Nutzer aus Deutschland.

¹³⁸ BGH, Urteil vom 20.11.2008 - I ZR 112/06, GRUR 2009, 403.

¹³⁹ BT-Drucks. 17/12534, S. 6.

¹⁴⁰ Vgl. Jani, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 87f Rn. 15.

¹⁴¹ Zu den Schwierigkeiten bei der Auslegung vgl. außerdem Heine/Stang, Das neue Leistungsschutzrecht für Presseverleger, AfP 2013, 177, 178; Hossenfelder, Die Nachrichtendarstellung in Suchmaschinen nach der Einführung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger, ZUM 2013, 374, 376; Spindler, Das neue Leistungsschutzrecht für Presseverlage, WRP 2013, 967, 970.

¹⁴² Vgl. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, S. 1 (http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme_zum_Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf).

¹⁴³ Spindler, in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes BT-Drs.17/11470 vom 16.01.2013, a.a.O., S. 3.

¹⁴⁴ Frey, Leistungsschutzrecht für Presseverleger - Überlegungen zur Struktur und zu den Auswirkungen auf die Kommunikation im Internet, MMR 2010, 291.

Suchmaschinen können diese Inhalte gegenüber Nutzern aus dem Ausland aber weiterhin anzeigen und tun dies wohl auch. Gegenüber deutschen Nutzern sind dann technische Sperren nötig, die allerdings, wie die Beispiele Youtube und Grooveshark zeigen, leicht zu umgehen sind. Insofern läuft das Leistungsschutzrecht leer, da inländische Nutzer trotzdem auf die Dienste der Suchmaschinen zugreifen können, ohne dass Letztere sich ein Nutzungsrecht haben einräumen lassen.

Ferner überschätzen Verleger ihre Marktmacht gegenüber Suchmaschinenbetreibern, die ihre Inhalte lizenzieren sollen. Weigert sich insbesondere ein Global Player wie Google, Nutzungsrechte zu erwerben und verzichtet dafür lieber auf die Verlinkung der Inhalte, hat das drastische Auswirkungen auf die Einnahmen der Verleger. Denn sie sind insbesondere auf Einnahmen aus der auf der eigenen Homepage geschalteten Werbung angewiesen.¹⁴⁵ Wird von Seiten der Suchmaschinenbetreiber ganz von der Verlinkung der Inhalte eines Verlegers abgesehen, sinken deren Einnahmen, weil die von ihnen bereitgestellten Informationen über die Suchmaschinen schwerer zu finden sind sowie Nutzer nicht mehr über Social Media auf ihre Inhalte aufmerksam gemacht werden. Daher sind die Verlage gezwungen, Gratislizenzen zu erteilen, wie es jüngst durch die VG Media geschehen ist.¹⁴⁶ Damit läuft einerseits die gesamte Regelung leer und andererseits verdeutlicht diese Pauschalkapitulation der Begünstigten der Regelung, dass die Idee des Leistungsschutzrechts für Presseverleger selbst endgültig gescheitert ist, was seine zusätzliche Bestätigung darin findet, dass bewusst kein anderer europäischer Staat sie bisher übernommen hat. Wie die spanische Gesetzgebung, die jetzt wohl ein Leistungsschutzrecht vorsehen will, in der Praxis umzusetzen ist, ist nach Aussage spanischer Kollegen sehr zweifelhaft, die insofern von einer für Spanien typischen symbolischen Gesetzgebung sprechen.

Nach der Presseerklärung der VG Media wird es Zeit, dieses bizarre Theater zu beenden und § 87f UrhG daher ersatzlos zu streichen. Und es wird Zeit, aus diesem Fall Lehren zu ziehen, über die deutsche Digitalpolitik, die die Strukturen des Internets nicht verstehen will - und manche Verleger, die alte Zöpfe retten wollen – statt innovative Pressearbeit zu betreiben. Glücklicherweise hat sich mit den Grünen auch schon ein politischer Akteur gefunden, der diese Aufhebung mit einem Gesetzesentwurf vorantreibt.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Vgl. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, S. 2 (http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme_zum_Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf).

¹⁴⁶ https://www.vg-media.de/images/stories/pdfs/presse/2014/141022_pm_vgmedia_gratiseinwilligung-google.pdf.

¹⁴⁷ <http://blog.wawzyniak.de/wp-content/uploads/2014/11/GE-Aufhebung-Leistungsschutzrecht-Linke-Gr%C3%BCne-.pdf>.

13. Wie soll Ihrer Meinung nach das deutsche Recht der Verwertungsgesellschaften bei der Umsetzung der Mindestharmonisierungsstandards der „Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt“ gegebenenfalls angepasst werden, damit auch weiterhin eine faire und funktionierende kollektive Rechtewahrnehmung erfolgt?

Bei der Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt sind verschiedene Bereiche zu beachten.

Zu nennen sind etwa die Transparenz- und Berichtspflichten in den Art. 18 ff. der Richtlinie. Derart umfassende Transparenzpflichten sind derzeit im Urheberwahrnehmungsgesetz nicht verankert. In das deutsche Recht ist daher ein umfassender Abschnitt zu Transparenzpflichten einzufügen. Die Richtlinie stellt zum Beispiel einen genauen Katalog derjenigen Informationen auf, die den Rechteinhabern zur Verfügung zu stellen sind (Art. 18 RL). Im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie ins deutsche Recht verbleibt an dieser Stelle wenig Spielraum, sodass wohl eine richtlinien-nahe Umsetzung geboten ist. Art. 8 der Richtlinie bestimmt, nach welchen Maßgaben die Mitgliederversammlungen der Organisationen für die kollektive Rechtewahrnehmung stattzufinden haben. Es bedarf auch an dieser Stelle einer Umsetzung ins deutsche Recht, auch wenn dem deutschen Gesetzgeber Regelungsoptionen eingeräumt werden.

Um letztlich aber eine faire und funktionierende kollektive Rechtewahrnehmung bei Umsetzung der Richtlinie zu gewährleisten, schlage ich insbesondere eine Neustrukturierung des Aufsichtsrechts vor. Auf diese Weise kann die Einhaltung der verschiedenen gesetzlichen Schutzinstrumentarien zugunsten einer fairen Rechtewahrnehmung erst wirksam kontrolliert werden. Die Verwertungsgesellschaften sind, wie bereits hervorgehoben, wesentliche Motoren und Instrumente zum Schutz der Kreativen. Insofern brauchen ihre Aktivitäten eine gesetzgeberische Rückendeckung, die es ihnen auch ermöglicht, in Europa möglichst effektiv tätig zu sein. Doch als Korrektiv darf es gleichzeitig auch einer deutlich verstärkten staatlichen Aufsicht.

Je wichtiger die Verwertungsgesellschaften im digitalen Umfeld sind, desto stärker sollte der Staat darauf achten, dass eine unabhängige Kontrolle über Verwertungsgesellschaften einschließlich ihrer internen Verteilungsschlüssel und ihres Geschäftsgebarens vorgenommen wird. Verfahren wie

dasjenige von Martin Vogel gegen die VG Wort¹⁴⁸ zeigen, dass hier noch eine Reihe wichtiger Missstände zu beseitigen sind. Ähnliches zeigen auch die Erfahrungen aus dem Verfahren gegen die VFF vor dem OLG Dresden¹⁴⁹. Nicht zuletzt sei daran erinnert, dass derzeit auch gegen die GEMA entsprechende Klagen in Berlin laufen.

Die angegriffenen Missstände waren nie Gegenstand einer aufsichtsbehördlichen Ahndung; vielmehr hat das deutsche Patent- und Markenamt die entsprechenden Verteilungspraktiken als unbedenklich eingestuft. Umso erstaunlicher ist es, dass genau diese Verteilungspraktiken dann nachträglich von der Justiz als rechtswidrig eingestuft werden. Auch durch die Aufstockung von Personal im Deutschen Patent- und Markenamt wird eine defizitäre Aufsicht nicht wettgemacht. Vielmehr bedarf es einer Änderung der Mentalität und des Selbstverständnisses. Es ist auch an das Bundeskartellamt zu denken, das neben dem DPMA eigentlich auch für eine Aufsicht über bestimmte Praktiken bei den Verwertungsgesellschaften zuständig sein könnte.

Im Folgenden finden Sie einen konkreten Vorschlag über die Neustrukturierung des Aufsichtsrechts, betreffend die §§ 18 bis 20 des Urheberwahrnehmungsgesetzes.¹⁵⁰

Bisherige Regelung:

Vorschlag

Dritter Abschnitt

Aufsicht über die Verwertungsgesellschaft

§ 18 Aufsichtsbehörde

(1) Aufsichtsbehörde ist das Patentamt.

(1) Aufsichtsbehörde ist die **Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften mit Sitz in Berlin.**

¹⁴⁸ OLG München, Urteil vom 17.10.201– 6 U 2492/12, GRUR 2014, 272.

¹⁴⁹ OLG Dresden, Urteil vom 12.3.2013 – 11 U 1493/12, GRUR-PRAX 2013, 230.

¹⁵⁰ Der Vorschlag wurde veröffentlicht in: Anke Schierholzu.a. (Hg.), Kunst, Recht und Geld: Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, München 2011.

(1a) Die Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften wird grundsätzlich im Interesse der Allgemeinheit tätig. Einzelne haben einen Anspruch auf Tätigwerden der Aufsichtsbehörde, wenn das individuelle Interesse dieser Person betroffen ist.

(2) Soweit auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften eine Aufsicht über die Verwertungsgesellschaft ausgeübt wird, ist sie im Benehmen mit dem Patentamt auszuüben.

(3) Über Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb (§ 2) und über den Widerruf der Erlaubnis (§ 4) entscheidet das Patentamt im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt. Gelingt es nicht, das Einvernehmen herzustellen, so legt das Patentamt die Sache dem Bundesministerium der Justiz vor; dessen Weisungen, die im Benehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erteilt werden, ersetzen das Einvernehmen.

(2) Soweit auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften eine Aufsicht über die Verwertungsgesellschaft ausgeübt wird, ist sie im Benehmen mit der **Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften** auszuüben.

(3) Über Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb (§ 2) und über den Widerruf der Erlaubnis (§ 4) entscheidet die **Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften** im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt. Gelingt es nicht, das Einvernehmen herzustellen, so legt die **Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften** die Sache dem Bundesministerium der Justiz vor. **Die Weisungen des Bundesministeriums der Justiz, die im Benehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie** erteilt werden, ersetzen das Einvernehmen.

§ 19 Inhalt der Aufsichtsbehörde

(1) Die Verwertungsgesellschaft untersteht der Rechts- und Fachaufsicht der Aufsichtsbehörde.

(1) Die Aufsichtsbehörde hat darauf zu achten, dass die Verwertungsgesellschaft den ihr nach diesem Gesetz obliegenden Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt. (2) unverändert

(2) Wird eine Verwertungsgesellschaft ohne eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 tätig, kann die Aufsichtsbehörde die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs untersagen. Die Aufsichtsbehörde kann alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Verwertungsgesellschaft die sonstigen ihr obliegenden Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt. (3) unverändert

(3) Die Aufsichtsbehörde kann von der Verwertungsgesellschaft jederzeit Auskunft über alle die Geschäftsführung betreffenden Angelegenheiten sowie Vorlage der Geschäftsbücher und anderen geschäftlichen Unterlagen verlangen. (4) unverändert

(4) Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, an der Mitgliederversammlung und, wenn ein Aufsichtsrat oder Beirat besteht, auch an dessen Sitzungen durch einen Beauftragten teilzunehmen. (5) unverändert

(5) Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass ein nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung der Verwertungsgesellschaft Berechtigter die für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, so setzt die Aufsichtsbehörde der Verwertungs- (6) Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass ein nach Gesetz oder den **Organisationsvorschriften der Verwertungsgesellschaft** zur Vertretung der Verwertungsgesellschaft Berechtigter die für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche

gesellschaft zur Vermeidung des Widerrufs der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 eine Frist zu seiner Abberufung. Die Aufsichtsbehörde kann ihm bis zum Ablauf dieser Frist die weitere Ausübung seiner Tätigkeit untersagen, wenn dies zur Abwendung schwerer Nachteile erforderlich ist.

Zuverlässigkeit nicht besitzt, so setzt die Aufsichtsbehörde der Verwertungsgesellschaft zur Vermeidung des Widerrufs der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 eine Frist zu seiner Abberufung. Die Aufsichtsbehörde kann ihm bis zum Ablauf dieser Frist die weitere Ausübung seiner Tätigkeit untersagen, wenn dies zur Abwendung schwerer Nachteile erforderlich ist.

§ 19a Unterrichtsrecht

(1) Die Aufsichtsbehörde kann sich jederzeit, auch durch Beauftragte über alle Angelegenheiten der Verwertungsgesellschaft unterrichten. Sie kann mündliche und schriftliche Berichte anfordern, Akten und andere Unterlagen einfordern sowie an Ort und Stelle prüfen und besichtigen.

(2) Zu den Sitzungen der Mitglieder und Delegierten sowie des Vorstandes ist die Vertreterin oder der Vertreter der Aufsichtsbehörde entsprechend einzuladen. Ihr oder ihm ist auf Verlangen das Wort zu erteilen.

§ 19b Aufhebungsrecht

Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, Beschlüsse und Anordnungen der Organe der Verwertungsgesellschaft, die das Gesetz oder die Organisationsvorschriften der Verwertungsgesellschaft verletzen o-

der den Aufgaben der Verwertungsgesellschaft zuwiderlaufen, innerhalb von sechs Monaten aufzuheben und zu verlangen, dass Maßnahmen, die aufgrund solcher Beschlüsse oder Anordnungen getroffen worden sind, rückgängig gemacht werden.

§ 19c Anordnungsrecht und Ersatzvornahme

(1) Wenn die Organe der Verwertungsgesellschaft Beschlüsse, Erklärungen, Anordnungen, Verfügungen oder sonstige Handlungen unterlassen, die zur Erfüllung der der Verwertungsgesellschaft obliegenden Pflichten erforderlich sind, kann die Aufsichtsbehörde anordnen, dass sie in einer bestimmten Frist das Erforderliche tun. Die Aufsichtsbehörde hat die geforderte Handlung im Einzelnen zu bezeichnen.

(2) Die Aufsichtsbehörde kann ihre Anordnung, wenn sie nicht befolgt worden ist, anstelle und auf Kosten der Verwertungsgesellschaft selbst durchführen oder von einem anderen durchführen lassen. Die Verwertungsgesellschaft ist über die getroffene Maßnahme unverzüglich zu unterrichten.

§ 19d Bestellung eines Beauftragten

Wenn die Befugnisse der Aufsichtsbehörde nach den §§ 19 bis 19c nicht ausreichen, um eine ordnungsgemäße Führung der Geschäfte zu sichern, kann die Auf-

sichtsbehörde einen Beauftragten bestellen, der anstelle aller oder einzelner Verbandsorgane alle oder einzelne Geschäfte auf Kosten der Verwertungsgesellschaft führt.

§ 19e Verfahren vor der Aufsichtsbehörde

Für das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde gelten das Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung vom 23.01.2003 (Bundesgesetzbl. I S. 102) und die Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung vom 19. März 1991 (Bundesgesetzbl. I S. 686).

§ 20 Unterrichtungspflicht

Die Verwertungsgesellschaft hat der Aufsichtsbehörde jeden Wechsel der nach Gesetz oder Satzung zu ihrer Vertretung berechtigten Personen anzuzeigen. Sie hat der Aufsichtsbehörde unverzüglich abschriftlich zu übermitteln

1. jede Satzungsänderung,
2. die Tarife und jede Tarifänderung,
3. die Gesamtverträge,
4. die Vereinbarungen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften,
5. die Beschlüsse der Mitgliederversammlung, eines Aufsichtsrats oder Beirats und aller

Die Verwertungsgesellschaft hat der Aufsichtsbehörde jeden Wechsel der nach Gesetz oder Satzung zu ihrer Vertretung berechtigten Personen anzuzeigen. Sie hat der Aufsichtsbehörde unverzüglich abschriftlich zu übermitteln

- 1. jede Änderung der Organisationsvorschriften, insbesondere des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung,**
2. die Tarife und jede Tarifänderung,
- 3. die Verteilungspläne und deren Änderung,**
4. die Gesamtverträge,

Ausschüsse,

6.

den Jahresabschluß, den Lagebericht und den Prüfungsbericht,

7.

die Entscheidungen in gerichtlichen oder behördlichen Verfahren, in denen sie Partei ist, soweit die Aufsichtsbehörde dies verlangt.

5. die Regeln für die Zuwendungen aus den sozialen und kulturellen Einrichtungen,

6. die jährlichen Berichte über die den sozialen und kulturellen Einrichtungen zugeführten Einnahmen und deren Verwendung,

7. die Vereinbarungen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften,

8. die Beschlüsse der Mitgliederversammlung, eines Aufsichtsrates oder Beirats und aller Ausschüsse,

10. den Jahresabschluss, den Lagebericht und den Prüfungsbericht,

11. die Entscheidungen in gerichtlichen und behördlichen Verfahren, in denen sie Partei ist, soweit die Aufsichtsbehörde dies verlangt.

Begründungen

Zu § 18 - Aufsicht

Es soll eine unabhängige Bundesaufsichtsbehörde eingerichtet werden. Die Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften soll ihren Sitz in Berlin haben, um eine größtmögliche Unabhängigkeit zu gewährleisten. Von dort kann die Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften die Mittel zur Durchsetzung derjenigen Verpflichtungen, die dieses Gesetz den Verwertungsgesellschaften auferlegt, wirksam ausüben. Die Aufsichtsbehörde soll dem Bundesministerium der Justiz angegliedert sein.

Die kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften erfolgt im Interesse der Allgemeinheit. Sie ist ein wesentliches Element zur Sicherung der kulturellen Vielfalt. Dennoch kön-

nen im Rahmen dieses Systems auch Individualinteressen betroffen sein. Wenn dies der Fall ist, hat der Betroffene einen Anspruch auf Tätigwerden der Bundesaufsichtsbehörde für Verwertungsgesellschaften. Damit soll die Durchsetzung der normierten Pflichten gefördert werden. Ein Individualinteresse besteht dabei insbesondere bei der Verletzung der §§ 3 Abs. 1 Ziff. 2 i. V. m. 19 Abs. 4, 6, 7 und 11 dieses Gesetzes.

Zu § 19 - Inhalt der Aufsicht

Die Aufsichtsbehörde überprüft im Rahmen der Rechtsaufsicht die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts durch die Verwertungsgesellschaft. Darüber hinaus sollen die Verwertungsgesellschaften auch der Fachaufsicht durch die Aufsichtsbehörde unterliegen, sodass bei Pflichtaufgaben eine Zweckmäßigkeitprüfung durchzuführen ist. Die Fachaufsicht ermöglicht es der Aufsichtsbehörde, den Verwertungsgesellschaften von vornherein mit Weisungen eine bestimmte Richtung vorzugeben.

Zu § 19a - Unterrichtsrecht

Die Aufsichtsbehörde kann sich im Rahmen der ihr obliegenden allgemeinen Aufsicht über die Angelegenheiten der Verwertungsgesellschaft informieren, soweit es zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.

Der Entwurf versteht das Unterrichtsrecht weit. Neben den in Abs. 1 S. 2 aufgeführten Unterrichtsmitteln soll ein Vertreter der Aufsichtsbehörde an den internen Mitgliederversammlungen der Verwertungsgesellschaften teilnehmen. Dabei verbleibt es nicht bei einer passiven Teilnahme; durch die Worterteilung wird der Vertreterin oder dem Vertreter die Möglichkeit der Einflussnahme eröffnet. An dieser Stelle hat die Aufsichtsbehörde insbesondere darauf zu achten, dass alle Berechtigten Einfluss auf die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften nehmen können (§ 6a).

Zu § 19b - Aufhebungsrecht

Durch das Aufhebungsrecht kann die Aufsicht gegen Handlungen der Verwertungsgesellschaft vorgehen, die den Gesetzen oder den Organisationsvorschriften der Verwertungsgesellschaft selbst zuwiderlaufen. § 19b ermöglicht es der Aufsichtsbehörde die Folgen eines solchen rechtswidrigen Vorgehens der Verwertungsgesellschaft zu beseitigen. Die Frist von sechs Monaten soll das Verfahren beschleunigen und die notwendige Rechtssicherheit gewährleisten.

Zu § 19c - Anordnungsrecht und Ersatzvornahme

Der Aufsichtsbehörde steht ein Anordnungsrecht zu, wenn eine Verwertungsgesellschaft die in diesem Gesetz normierten Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt. Die Aufsichtsbehörde kann der Verwertungsgesellschaft eine Frist setzen. Um dem Grundsatz der Bestimmtheit Rechnung zu tragen, hat die Aufsichtsbehörde die notwendige Handlung näher zu bezeichnen.

Wird die in Abs. 1 geforderte Handlung auch nach Fristablauf nicht vorgenommen, besteht ein Selbsteintrittsrecht der Aufsichtsbehörde. Die Aufsichtsbehörde kann dann anstelle der Verwertungsgesellschaft handeln, indem sie beispielsweise Tarife aufstellt oder abändert. Die Aufsichtsbehörde kann die Durchführung auch einem anderen übertragen. Die Kosten sind von der Verwertungsgesellschaft zu tragen. Die Verwertungsgesellschaft ist über diese Maßnahme unverzüglich zu unterrichten, um Transparenz von Seiten der Aufsichtsbehörde zu gewährleisten.

Zu § 19d - Bestellung eines Beauftragten

Die Bestellung eines Beauftragten ist das letzte Mittel der Aufsichtsbehörde. Sie darf nur erfolgen, wenn die anderen in diesem Gesetz vorgesehenen Mittel nicht greifen. Der Beauftragte führt sodann die notwendigen Maßnahmen durch, wobei sich die Verwertungsgesellschaft diese Handlungen zurechnen lassen muss und daher auch jegliche Kosten zu übernehmen hat.

Zu § 19e - Verfahren vor der Aufsichtsbehörde

Es wird das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz sowie die Verwaltungsgerichtsordnung für anwendbar erklärt, um das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde zu strukturieren. Es widerspräche der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, wenn ein undurchsichtiges, paralleles Verfahren für dieses Gesetz zur Anwendung käme.

Zu § 20 - Unterrichtungspflicht

Nr. 1 sieht vor, dass die Aufsichtsbehörde über Änderungen der Organisationsvorschriften informiert werden muss. Als Organisationsvorschriften gelten bspw. Satzungen und Gesellschaftsverträge. Darüber hinaus erweitert der Entwurf den Katalog der Mitteilungspflichten. Die Unterrichtungspflicht soll auch für Verteilungspläne und deren Änderung, für die Regeln für die Zuwendungen aus sozialen und kulturellen Einrichtungen und für die jährlichen Berichte über die den sozialen und kulturellen Einrichtungen zugeführten Einnahmen und deren Verwendung gelten. Dadurch soll die Aufsichtsbehörde umfassender informiert und so die Aufsicht insgesamt gestärkt werden.