

Teil 5: Ausgestaltung eines Pauschalvergütungsmodells

Im Anschluss an die Identifizierung der im digitalen Kontext als Dilemma beschriebenen Sachverhalte als Symptome von Fehlstellungen bzw. Funktionsstörungen im geltenden Urheberrecht wurden im vorangegangenen Kapitel die unterschiedlichen Ansätze zur Lösung des digitalen Dilemmas gegeneinander abgewogen. Damit wurden gleichzeitig die Perspektiven des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft skizziert. Ein hohes Schutzniveau als Prinzip künftiger Urheberrechtspolitik wurde abgelehnt. Einem funktionalen Ansatz folgend wurden Pauschalvergütungsmodelle als systemimmanente Abhilfemöglichkeiten herausgearbeitet. Nachfolgend sollen die wesentlichen Ausgestaltungsmerkmale und damit gleichzeitig die Funktionsweise der diversen Pauschalvergütungsmodelle aufgezeigt werden (A). Daran anknüpfend sind die Gestaltungsgrenzen, die der Gesetzgeber im Falle der Einführung eines Pauschalvergütungsmodells zu beachten hätte, zu ermitteln (B).

A. Ausgestaltung und Funktionsweise

Ein Grund für die Angreifbarkeit dieses Ansatzes liegt sicherlich darin, dass der Begriff der Kulturflatrate nicht klar definiert ist, da es sich hierbei mehr um eine – unterschiedlich verstandene – Idee handelt als um ein bestimmtes Regelungskonzept. Fraglich ist etwa, welche Arten von Inhalten hierunter fallen sollen, ob sich eine Regelung nur auf die Nutzung in Tauschbörsen (die aufgrund technischer Entwicklung früher oder später anderen Systemen weichen werden) oder auf jede Art von Onlinenutzung beziehen soll, wie und von wem die Vergütungen berechnet, erhoben und eingezogen werden sollen, wie die Nutzungsintensität zwecks gerechter Verteilung gemessen oder und ob eine Kulturflatrate national oder supranational geregelt werden sollte. In Bezug auf die Vergütungshöhe scheint schon im Grundsatz Uneinigkeit darüber zu bestehen, ob die Kulturflatrate eine Vollkompensation für die (wie auch immer zu berechnenden) Verluste der Rechteinhaber und Urheber durch Tauschbörsennutzungen gewährleisten oder ob es sich nur um einen ökonomischen Baustein einer Gesamtverwertungsstrategie handeln soll.⁷²⁰

Bei dem Phänomen „Pauschalvergütungsmodell“ handelt es sich nicht um ein bestimmtes, homogenes Konzept. Die Diversität der diskutierten

Ansätze wurde bereits durch die oben erfolgte Kategorisierung verdeutlicht.⁷²¹ Die vielfach vorhandenen Unterschiede machen es aussichtslos, die prägenden Merkmale sowie die Funktionsweise für alle diskutierten Modelle einheitlich bestimmen zu wollen. Aber um die Umsetzungschancen eines Pauschalvergütungsmodells beurteilen zu können, müssen vorab seine wesentlichen Charakteristika ermittelt werden, zumal es über Pauschalvergütungsmodelle heißt, sie seien etwas Diffuses und noch nicht hinreichend definiert. Bei der deshalb erforderlichen Definition ist es hilfreich, dass die diskutierten Modelle trotz aller Unterschiede eine Reihe grundlegender Gemeinsamkeiten aufweisen. Zunächst sei unterstrichen, dass alle Modelle auf Kompensation statt Kontrolle als Grundprinzip basieren. Entsprechend streben sie statt der Bekämpfung typischer Kulturtechniken im digitalen Kontext deren Legalisierung an und wollen über ein pauschales Vergütungskonzept die ökonomische Partizipation der Rechteinhaber gewährleisten.⁷²² Angesichts der Tatsache, dass sämtliche Pauschalvergütungsmodelle auf die Lösung desselben Problems gerichtet sind, müssen sie weitgehend dieselben Fragen beantworten. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Fragen, die auch im obigen Zitat aufgeworfen sind, wenn auch die angebotenen Antworten in der Sache unterschiedlich ausfallen mögen. Aber schon die der Natur der Sache geschuldete Gleichartigkeit der zu klärenden Fragen erweist sich als hilfreich für die folgende Systematisierung. In der Tat ist es zur Bewertung eines zu etablierenden Vergütungssystems unumgänglich, einen sachlichen (I), persönlichen (II) sowie räumlichen (III) Anwendungsbereich zu definieren. Ferner ist zur administrativen Ausgestaltung (IV), insbesondere bezüglich der Rechtswahrnehmung sowie der Erhebung und Verteilung der zu generierenden Einnahmen, Stellung zu beziehen.

I. Sachlicher Anwendungsbereich

Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs sind mit Blick auf die diversen Konzepte zu Pauschalvergütungsmodellen die verschiedenen Antworten auf zentrale Fragen darzustellen: Welche Werkkategorien sollen von einem Pauschalvergütungsmodell umfasst sein und soll und es sich um ein allgemeines und übergreifendes Pauschalvergütungsmodell oder lediglich um eine branchenspezifische Lösung handeln? (1) Welche Medien und

721 Vgl. dazu Teil 4.

722 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 95.

Nutzungshandlungen und folglich welche Ausschließlichkeitsrechte sollen erfasst sein? (2) Soll die Privilegierung zweckgebunden und entsprechend nur auf nicht kommerzielle Werkverwendungen begrenzt sein? (3)

1. Erfasste Werke

Ein essentieller Gesichtspunkt im Rahmen der Klärung des sachlichen Anwendungsbereichs eines Pauschalvergütungsmodells ist die Frage nach den erfassten Werkarten. Darauf weist *Peukert* hin, der diesen Aspekt im Rahmen des eigenen Lösungsansatzes ausdrücklich offen lässt und diesbezüglich weitergehende Forschung anregt.⁷²³ Nachfolgend wird die hierzu geführte Diskussion skizziert (a), um darauf basierend zu ergründen, welche digitalen Kreativgüter idealerweise in ein Pauschalvergütungsmodell einzubeziehen sind (b).

a) Diskussionsstand

Die Auseinandersetzung um Vergütung, Zugang und Rechtsdurchsetzung entzündete sich an der Musik auf Filesharingplattformen. Bezeichnend für den seither schwelenden Konflikt ist der Aufstieg und Fall der Plattform *Napster*.⁷²⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequent, dass die ersten zur Diskussion gestellten Pauschalvergütungskonzepte zunächst auf Musikwerke beschränkt waren. So ist das auf *Stallman* zurückgehende Schrankenmodell lediglich darauf gerichtet, das Beziehen und die Distribution von Musik über Peer-to-Peer-Filesharing zu regeln. Entsprechend umfasst es nur Musik.⁷²⁵ Dasselbe trifft auf das von *Lincoff* 2002 präsentierte Zwangslizenzmodell zu.⁷²⁶ Darauf folgende Vorschläge sind

723 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 50.

724 Vgl. U. S. District Court for the Northern District of California 05.05.2000 Nr. 154 - "Napster", GRUR Int 2000, S. 1066 ff.; vgl. dazu auch AHRENS, Napster, Gnutella, FreeNet & Co., ZUM 2000, S. 1029 ff.; Eingehend BERSCHADSKY, RIAA v. Napster, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 2000, Volume XVIII, Number 3, S. 755 ff.

725 Vgl. STALLMANN, The Right Way to Tax DAT, Wired Magazine 1992.

726 Vgl. LINCOFF, A Full And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing, S. 3.

hinsichtlich der Frage der erfassten Werke extensiver. So berücksichtigt das Schrankenmodell von *Fisher* von 2004 neben Musik auch Filmwerke.⁷²⁷

Netanel's Schrankenmodell hat nicht nur die Nutzung musikalischer Inhalte im Blick, er will sämtliche Werkarten außer Software von seinem Vorschlag umfasst sehen. Überwiegend verfolgen die Schrankenmodelle heute einen extensiven Ansatz und nehmen keine Differenzierung zwischen den Werkarten vor. So spricht der Vorschlag der Initiative *privatkopie.net* umfassend von urheberrechtlich geschützten Werken, auf die sich die vorzusehende Schrankenbestimmung zu beziehen habe.⁷²⁸ Auf eine entsprechende Frage aus einem Fragenkatalog zur Kulturfltrate, den Vertreter von Schriftstellern, Literaturübersetzern und Verlegern im Vorfeld der Bundestagswahl 2009 der SPD und dem Bündnis 90/Die Grünen vorgelegt hatten, antworteten die Grünen dahingehend, dass sie bislang über eine „branchenübergreifende Lösung“ diskutierten.⁷²⁹

Eine umfassende Lösung haben auch Vertreter der Kollektivverwertungsmodelle im Sinn.⁷³⁰ *Roséns* Vorschlag sieht neben der Einführung einer Reihe bereichsspezifischer Tatbestände der erweiterten kollektiven Rechteinhaberschaft einen generellen Auffangtatbestand vor. Danach sollen sich bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen bestimmte, zwischen Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften bestehende kollektive Verträge auch auf bisher nicht von kollektiver Rechteinhaberschaft umfasste Werkarten und von der jeweiligen Verwertungsgesellschaft nicht vertretene Rechteinhaber ausdehnen können.⁷³¹

Zusammenfassend ist festzustellen, dass bis auf wenige Ausnahmen sämtliche Pauschalvergütungsmodelle die Tendenz aufweisen, außer Computerprogrammen und Datenbankwerken alle Werkkategorien zu umfassen.⁷³² Von der zu beobachtenden Tendenz in Richtung umfassender Vergütungsmodelle weicht allerdings die im Auftrag des Europäischen Parlaments entstandene Studie zur Realisierbarkeit einer Kulturfltrate ab. Daher ist sie hier gesondert zu erwähnen. Diese Untersuchung favorisiert

727 Vgl. FISHER, *Promises to Keep*, S. 247.

728 Vgl. PRIVATKOPIE.NET / u.a. (Hrsg.), *Kompensation ohne Kontrolle*, S. 8.

729 Vgl. BÖRSENVEREINS DES DEUTSCHEN BUCHHANDELS / u. a., *Fragenkatalog zur Kulturfltrate*, Frage 4; BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN, *Antworten auf die Wahlprüfsteine des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels*, S. 1.

730 Vgl. BERNAULT/LEBOIS, *A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet*, S. 15, 44 ff.

731 Vgl. ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), *National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law*, S. 155 (177).

732 Vgl. dazu auch ZWENGEL, *Kulturflrates*, S. 96.

eine begrenzte sowie bereichsspezifische Lösung, die sich auf musikalische und audiovisuelle Werke beschränkt, die über Peer-to-Peer-Tauschbörsen genutzt werden.⁷³³ Ein allgemeines Modell, das die internetbasierte Verwendung aller Werkarten gänzlich abdeckte, bürge der Studie zufolge erhebliche Risiken. So wäre ein weitreichendes Flatratekonzept geeignet, die durch den Markt vermittelten Angebote zu verdrängen sowie das Entstehen neuer marktvermittelter Dienste zu behindern.⁷³⁴ Auch *Grassmuck* tritt dafür ein, im Rahmen eines Pilotprojekts zunächst nur ein Pauschalvergütungsmodell für Musikwerke zu erproben und basierend auf den dort gewonnenen Erfahrungen im weiteren Verlauf andere Werkkategorien einzubeziehen.⁷³⁵

b) Idealausgestaltung

Ein Pauschalvergütungskonzept, das die im Internet massenweise verfügbaren urheberrechtlichen Schutzgüter umfassen will, muss idealerweise, den zuvor definierten Arbeitsbegriff der digitalen Kreativgüter zugrundeliegend und vorbehaltlich entgegenstehender ökonomischer und sonstiger Implikationen, alle immateriellen Güter umfassen, die als Werk Urheberrechtsschutz im engeren Sinne oder als verwandtes Schutzrecht urheberrechtlichen Leistungsschutz genießen und in maschinenlesbaren Formaten, insbesondere digitalisiert, vorliegen sowie unabhängig von ihrem stofflichen Träger netzwerkbasiert konsumierbar und verkehrsfähig sind.⁷³⁶ Kritisch ist es, hinsichtlich der zu erfassenden Werke eine Differenzierung nach ihrer künstlerischen oder gesellschaftlichen Werthaltigkeit vornehmen zu wollen. Ein insoweit differenzierendes Modell ist aber offenbar die Prämisse einer der Fragen aus dem an SPD und Bündnis 90/Die Grünen im Vorfeld der Bundestagswahl 2009 gerichteten Fragenkatalog. Sie lautet:

733 Zwar erwägt die Studie abstellend auf unterschiedliche Verbraucherverhalten sowie unterschiedliche Wertschöpfungsketten verschiedene Content-Flatrate-Systeme für Musik und audiovisuelle Werke. Aber im Ergebnis spricht sie sich aufgrund der Komplexität der entsprechenden Verwaltungsprozesse für ein einheitliches System aus, das gleichermaßen auf Musik und audiovisuelle Inhalte Anwendung finden soll. Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 12, insoweit aber relativierend S. 16.

734 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 14.

735 Vgl. GRASSMUCK, zitiert nach ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 96.

736 Vgl. Teil 1, A, II

Sollen Korrekturen erfolgen, wenn eine Verteilung der Kulturflatrate anhand der Anzahl der Downloads dazu führen würde, dass ein Großteil der eingenommenen Gelder in gesellschaftlich weniger erwünschte Medienbereiche (z. B. Pornoprodukte) fließt? Wenn ja: Wer würde über Ob und Wie einer Umverteilung entscheiden?⁷³⁷

Die Schutzwürdigkeit eines Geistesguts nach dem Urheberrecht ist unabhängig von seinem künstlerischen oder ästhetischen Wert. Bei der Frage der Schutzfähigkeit wird nicht auf die Werthaltigkeit, insbesondere die ästhetische, künstlerische, gesellschaftliche oder sonstige Relevanz des betreffenden Gutes abgestellt. Es wird lediglich danach gefragt, ob eine persönliche geistige Schöpfung vorliegt.⁷³⁸

Werte sind kein Gegenstand der Tatsachenwelt des geistigen Seins, sondern bloße Illusion. Kulturell wertvoll, gut oder schön zu sein sind keine realen Eigenschaften bestimmter Gegenstände, sondern nur subjektiv beigemessene Prädikate aufgrund eines positiven Gefühlsverhältnisses des Wertenden zum Wertgegenstand. Da man nicht wissen will, was dem Richter gefällt, sondern da man von ihm wissen will, wer Recht hat: der Schöpfer, der Werkherrschaft über sein Geisteserzeugnis beansprucht, oder der Nutzer, der auf dieses Geisteserzeugnis als Gemeingut zugreifen will, verlangt man vom Richter kein Urteil über die Werthaltigkeit dieses Geisteserzeugnisses (sein „Gefallen“ ist ja Privatsache, da die Geschmäcker verschieden sind und sein sollen), sondern nur sein Urteil über die Individualität zwecks Lösung des Zuordnungsproblems und des Problems des Schutzzumfangs.⁷³⁹

Die Wertfreiheit des urheberrechtlichen Werkbegriffs ist auch bei der Frage der von einem Pauschalvergütungskonzept zu umfassenden Güter zugrundezulegen. Jede andere Lösung würde Zensur und Diskriminierung Tür und Tor öffnen. Wollte man nur „gesellschaftlich erwünschte“ Inhalte zulassen, wäre die erste, kaum befriedigend zu klärende Frage die nach der Person oder der Institution, die berechtigt sein sollte, über den kulturellen Wertgehalt eines Kreativguts zu entscheiden, und welche Maßstäbe dabei zur Anwendung zu bringen wären. Es ist auch nicht einzusehen, warum etwa der Rechteinhaber eines pornographischen Inhalts, sofern dieser unter dem urheberrechtlichen Werkbegriff zu fassen ist oder den Voraussetzungen des urheberrechtlichen Leistungsschutzes genügt, nicht an einem Pauschalvergütungsmodell partizipieren sollte.

737 BÖRSENVEREINS DES DEUTSCHEN BUCHHANDELS / u.a., Fragenkatalog zur Kulturflatrate, Frage 12.

738 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, UrhG, § 2 Rn. 6, REHBINDER, Urheberrecht, REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 148.

739 REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 55.

Folglich sind digitale Kreativgüter jeder Art im Grundsatz als Gegenstände eines Pauschalvergütungsmodells gleichermaßen geeignet. Tatsächlich können also Texte jeglicher Art (§ 2 Abs. 1 Nr. 1), Computerprogramme (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a), Musik (§ 2 Abs. 1 Nr. 2), Fotografien (§ 2 Abs. 1 Nr. 5), virtuelle Figuren (§ 2 Abs. 1 Nr. 4), Filme (§ 2 Abs. 1 Nr. 6), Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, insbesondere Grafiken und Modelle (§ 2 Abs. 1 Nr. 7), Sammelwerke und Datenbankwerke (§ 4) sowie Datenbanken (§ 87a) von einem Pauschalvergütungskonzept umfasst sein, zumal der stetige Ausbau von Hochgeschwindigkeitsnetzen und die dadurch bewirkte Erhöhung der Datenübertragungsraten zunehmend die Zirkulation von großen Datenvolumina auf einfache Weise ermöglichen.⁷⁴⁰ Ohnehin ist die internetbasierte Verbreitung kreativer Güter längst nicht mehr auf Musik durch Peer-to-Peer-Filesharing begrenzt.⁷⁴¹ Vielmehr geht es um Schutzgüter aller Art, etwa Filme, Bilder sowie Sprachwerke⁷⁴² und sogar Sportereignisse,⁷⁴³ die nicht nur über Peer-to-Peer-Technologien, sondern über Sharehoster, Streamingplattformen, Usenets sowie Ausprägungen des Cloudcomputing⁷⁴⁴ distribuiert werden.⁷⁴⁵ Daher würde eine bereichsspezifische, beispielsweise nur auf Musik bezogene Lösung zu kurz greifen und allenfalls einen Teil des Problems lösen. Nachvollziehbar ist es hingegen, Software und Datenbanken aus dem Pauschalvergütungsmodell herauszuhalten, wie dies alle Vorschläge vorsehen. Dies beruht auf der Erwägung, dass Computerprogramme, aber auch Datenbanken in erster Linie als Werkzeuge anzusehen

-
- 740 Zum Stand und Perspektiven der Breitbandstrategie in Deutschland und Europa vgl. BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE, Breitband ausbauen – Synergien nutzen, Effizienz steigern, S. 1 ff.
- 741 Zur technischen Grundlage und Bedeutung vgl. umfassend BRINKEL, Filesharing, S. 13 ff.; für einen kurzen Überblick über die verschiedenen Generationen von Filesharing-Systemen vgl. SAKTHIVEL, 4G Peer-to-Peer Technology, *Journal of Intellectual Property Rights*, 2011, Vol 16, S. 309 ff.
- 742 Vgl. dazu SCHULZE, Rechtsfragen von Printmedien im Internet, ZUM 2000, S. 432 ff.; RÖSLER „The Future of Books“, GRUR Int 2008, S. 489 ff.; HERMANN, Man muss einen Dieb einen Dieb nennen, SZ vom 14.09.2009, S. 1.
- 743 Vgl. dazu eingehend OECD, Piracy of Digital Content, S. 87 ff; vgl. auch PEIFER, „Hartplatzhelden.de“, GRUR-Prax 2011, S. 181 ff.; SAKTHIVEL, 4G Peer-to-Peer Technology, *Journal of Intellectual Property Rights*, 2011, Vol 16, S. 309 (310).
- 744 Zu urheberrechtlichen Nutzungsrechten in der Cloud vgl. BUSCHE/SCHELINSKI, in LEUPOLD/GLOSSNER (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, Rn. 353 ff.
- 745 Vgl. dazu DACH-Branchenforum 2009, S. 1.

seien und ihnen insoweit ein kommunikativer Charakter fehle. Daher sei es nicht sachgerecht, sie in ein Vergütungssystem einzubeziehen, das darauf gerichtet sei, nicht kommerzielle kommunikative Ausdrucksformen zu privilegieren. Hinzu komme, dass die Schaffung, Vermarktung sowie Nutzung anderen ökonomischen Regeln folgten, als das bei den übrigen digitalen Kreativgütern der Fall sei.⁷⁴⁶

Vor dem Hintergrund des strengen rechtlichen Schutzes technischer Schutzmaßnahmen, der in weitgehend wörtlicher Umsetzung von Art. 6 Abs. 1-3 der Info-RL und in Übereinstimmung mit den konventionsrechtlichen Vorgaben des Art. 11 WCT sowie Art. 18 WPPT in § 95a normiert ist, empfiehlt es sich, Schutzgegenstände, welche mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind, nicht in ein Pauschalvergütungsmodell aufzunehmen. Für die Beschränkung eines Pauschalvergütungskonzepts auf digitale Kreativgüter, die nicht mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind, spricht auch die Tatsache, dass DRM-geschützte Schutzgüter sich in ihrer Nutzbarkeit sowohl von anderen DRM-geschützten Gütern als auch von nicht DRM-geschützten Gütern stark unterscheiden. Damit ginge die Notwendigkeit einer weiteren Differenzierung bei der Verteilung der Vergütung an die jeweiligen Rechteinhaber einher. Das würde die ohnehin diffizile Frage der Verteilung des Vergütungsaufkommens zusätzlich verkomplizieren.⁷⁴⁷

2. Erfasste Nutzungshandlungen und betroffene Verwertungsrechte

Nach der Ermittlung der von einem Pauschalvergütungsmodell idealerweise zu erfassenden Schutzgüter muss jedes Verwertungskonzept die Frage beantworten, welche Ausschließlichkeitsrechte es erfassen will. Die insoweit erforderliche Klärung hängt maßgeblich von zwei Faktoren ab: Erstens ist zu konkretisieren, welche Nutzungshandlungen das Modell konkret zu privilegieren bestrebt ist (a). Zweitens ist zu prüfen, ob und inwieweit die ins Auge gefassten Verwendungen de lege lata privilegiert und damit schon nach geltendem Recht erlaubnisfrei möglich sind (b). Daran anknüpfend ist der Frage nachzugehen, welche Verwertungsrechte idealerweise von einem Pauschalvergütungsmodell zu erfassen sind (c).

746 Vgl. NETANEL, *Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing*, Harv. J. L. & Technology, 2003, S. 2 (41); PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, S. 50.

747 So auch SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 30.

a) Diskussionsstand

Pauschalvergütungskonzepte wurden ursprünglich als eine Lösung der Verwertungsproblematik des unautorisierten Filesharings von Musik in die Diskussion gebracht. Ausgehend davon, dass das Beziehen sowie die Distribution digitaler Kreativgüter über Filesharingplattformen das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung tangieren, haben alle Kulturflatratemodelle jedenfalls diese Ausschließlichkeitsrechte zum Gegenstand.

Peukerts Vorschlag zielt erklärtermaßen darauf ab, eine Lösung bezüglich der urheberrechtlichen Behandlung von nicht kommerziellen Vervielfältigungs- und Zugänglichmachungshandlungen in Peer-to-Peer-Netzwerken aufzuzeigen.⁷⁴⁸ Folglich hat er bei der Frage der einzuschränkenden Verwertungsrechte das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung im Blick. Transformative Werkverwendungen und damit das Bearbeitungsrecht sind nicht Gegenstand seines Fakultativmodells. Dasselbe gilt für den Gesetzesvorschlag, der in Frankreich in der Nationalversammlung diskutiert wurde. Dabei war für das Vervielfältigungsrecht eine gesetzliche Nutzungsbefugnis vorgesehen. Das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sollte der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung unterworfen werden.⁷⁴⁹ Auch der Vorschlag der Initiative *privatkopie.net* sieht eine Beschränkung des Vervielfältigungsrechts und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung vor, ohne das Bearbeitungsrecht zu thematisieren. Das trifft ebenso auf das im Auftrag des Ausschusses für Bildung und Kultur des Europäischen Parlaments begutachtete Kollektivverwertungsmodell zu. Dort heißt es:

Das Content-Flatrate-System sollte auf Downloads und eine Form von Upload (Zugänglichmachung) beschränkt werden, um den Zugang zu P2P-Netzwerken zu ermöglichen (wo das Protokoll in der Regel während des Downloads eine Form des Uploads erfordert). Das System wird die allgemeine Bereitstellung von Werken der eigenen digitalen Sammlung eines Endnutzers ermöglichen, dabei aber jede Form des Teilens über P2P- Netzwerke, soziale Websites, Cyberlocker usw. auf einen privaten Freundes- und Familienkreis beschränken. Beispielsweise könnte die erweiterte Lizenz für das Recht auf Zugänglichmachung auf 50 beste Freunde beschränkt werden, was bedeutet, dass P2P- oder DDL-Angebote (mit neuem

748 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 37.

749 Vgl. dazu GEIGER, Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI), IIC 2011, S. 457 (460).

Inhaltsangebot) nur innerhalb des eigenen sozialen Kreises (vielleicht über ein soziales Netzwerk) erlaubt wären.⁷⁵⁰

Aufgrund seiner vermeintlichen Simplifizierung des sachlichen Anwendungsbereichs einer Kulturflatrate ist hier außerdem das Zwangslizenzmodell von *Lincoff* zu erwähnen. Mit Augenmerk auf die Rechtslage in den USA und dem Fokus auf das Beziehen und die Distribution von Musik über Filesharingsysteme schlägt *Lincoff* vor, diejenigen Ausschließlichkeitsrechte von Musikrechtenhabern (Komponisten, Liedtextern, ausübenden Künstlern sowie Musikverlagen und Tonträgerherstellern), die im Rahmen internetbasierter Nutzungen tangiert werden, nämlich das „reproduction right“, „public performance right“ und „distribution right“,⁷⁵¹ durch ein einziges neues, für den digitalen Musikmarkt spezifisches Verwertungsrecht zu ersetzen. Das so zu schaffende digital transmission right, das die genannten Verwertungsrechte in sich kumuliert, soll nach *Lincoff* Gegenstand einer Zwangslizenz sein.⁷⁵² Transformative Werknutzungen und damit das Bearbeitungsrecht will *Lincoff* von seinem Modell nicht umfasst sehen.

Aber auch hier geht, wie bei der Frage der zu erfassenden Werke, die Tendenz dahin, netzwerkbasierte Nutzungshandlungen umfänglich zu

750 EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 9.

751 Diese Verwertungsrechte sind in 17 U.S.C. § 106 geregelt, der lautet: „Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

(1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;

(2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;

(3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;

(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;

(5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.“ Vgl. dazu MARX, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischem Urheberrecht, S. 94 ff.; zur Anwendung und Umfang des „distribution right“ und des „public performance right“ im digitalen Kontext, vgl. LUO, Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach neuem Urheberrecht, S. 76 ff.

752 Vgl. LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (28). Vgl. dazu JANI, Alles eins? – Das Verhältnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zum Vervielfältigungsrecht, ZUM 2009, S. 722 ff.

erfassen. Viele der zur Diskussion stehenden Alternativen beziehen auch transformative Werknutzungen ein. Beispielsweise sieht das Schrankenmodell von *Netanel* eine weitreichende und vertraglich nicht abdingbare Begrenzung sämtlicher im digitalen Umfeld betroffener Ausschließlichkeitsrechte vor. Danach soll das nicht kommerzielle Vervielfältigen und Verteilen digitaler Kreativgüter (mit Ausnahme von Software) in Netzwerken und deren Bearbeitung erlaubnisfrei ermöglicht sein. Allerdings muss der Bearbeiter stets das bearbeitete Werk eindeutig kennzeichnen und darüber informieren, dass eine Bearbeitung vorliegt.⁷⁵³

Fisher favorisiert ebenfalls eine extensive Freistellung aller Nutzungshandlungen mit kommunikativem Charakter. Demzufolge ist sein Modell darauf gerichtet, die an Tonträgern und Filmen bestehenden Ausschließlichkeitsrechte hinsichtlich Vervielfältigung, Bearbeitung sowie Zugänglichmachung zu begrenzen, wobei er im Hinblick auf Bearbeitungen gewisse Einschränkungen vorsieht. Sie sollen nur zulässig sein, wenn die bearbeiteten Werke für das in Frage stehende Modell registriert sind und die Bearbeitungen ihrerseits vor Veröffentlichung registriert werden.

Eine weitgehende Begrenzung der im digitalen Kontext betroffenen Rechte favorisiert die Piratenpartei in ihrem Argumentationspapier zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes. Neben der Forderung nach einer „Legalisierung“ der nicht gewerblichen internetbasierten Distribution digitaler Kreativgüter treten sie für eine Ausweitung des Instituts der freien Benutzung und der Zitierfreiheit sowie für eine weitgehende Bearbeitungsfreiheit hinsichtlich Software, insbesondere Computerspielen, ein. Damit schließen ihre Forderungen eine Begrenzung der Ausschließlichkeit des Bearbeitungsrechts ein.⁷⁵⁴

Gervais schlägt ebenfalls einen Mechanismus vor, der die im digitalen Verwertungsumfeld relevanten Verwertungsrechte und Nutzungsformen umfänglich abdeckt.⁷⁵⁵

753 Vgl. NETANEL, *Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing*, Harv. J. L. & Technology, 2003, S. 2 (35).

754 Vgl. PIRATENPARTEI DEUTSCHLAND, *Argumentationspapier, Urheberrechtsgesetz - Änderungen und Begründungen*, Rn. 13, 29, 56.

755 Vgl. GERVAIS, *Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada*, S. 11.

b) Gesetzliche Ausgangslage

Verfechtern von Pauschalvergütungsmodellen wird entgegengehalten, sie berücksichtigten nicht, dass ein System gesetzlicher Vergütungen im Rahmen der Schrankenregelungen schon existiere. Es müsse zunächst die Unzulänglichkeit des bestehenden Vergütungssystems aufgezeigt werden, bevor Änderungen und Ergänzungen vorgeschlagen würden.⁷⁵⁶ Dazu sind einige der oben gefundenen Ergebnisse zu rekapitulieren. Zunächst sei in Erinnerung gerufen, dass im digitalen Umfeld schon die Wahrnehmung sowie jede wie auch immer geartete Wahrnehmbarmachung eines Werkes Gegenstand urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte ist. Insofern sind stets das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und unter Umständen das Senderecht betroffen. Die im digitalen Umfeld üblichen transformativen Werknutzungen beanspruchen zudem das Bearbeitungsrecht. Die relevanten gesetzlichen Erlaubnistatbestände, die Zulässigkeit vorübergehender Vervielfältigungshandlungen (§ 44a), die Privatkopieschranke (§ 53) sowie mit Blick auf transformative Werkverwendungen das Zitatrecht (§ 51) und das Institut der freien Benutzung (§ 24),⁷⁵⁷ sind nicht so ausgestaltet, dass sie typische Kulturtechniken im digitalen Verwertungsumfeld hinreichend privilegieren.⁷⁵⁸

So ist bei der Frage, ob und inwiefern die Existenz des § 44a ein Pauschalvergütungsmodell überflüssig machen kann, zu bedenken, dass sämtliche Flatratekonzepte die Freiheit ephemerer Vervielfältigungen als gegeben voraussetzen. Entsprechend thematisieren sie nicht die Freistellung solcher Vervielfältigungshandlungen, sondern gehen weit darüber hinaus, indem sie alle Vervielfältigungen, die mit der nicht kommerziellen Distribution von Werken und dem Werkgenuss einhergehen, freistellen wollen. Die in § 44a geregelte Privilegierung vorübergehender, technisch bedingter Vervielfältigungen lässt die Erforderlichkeit eines Pauschalvergütungsmodells weder im Ganzen noch teilweise entfallen.

Ebensowenig privilegiert die Freiheit der digitalen Privatkopie Nutzungshandlungen, die im Fokus von Pauschalvergütungsmodellen stehen, derart, dass damit die Erforderlichkeit eines Pauschalvergütungs-

756 Vgl. so WANDTKE, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/III), S. 649 (667).

757 Vgl. zu Möglichkeiten zustimmungsfreier, kreativer Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken oder Werkteilen nach geltendem Recht, KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 56 ff.

758 Vgl. Teil 2, B. II. 1 c).

modells ganz oder auch nur teilweise entfällt. Insbesondere sind Downloadvorgänge, die Verfechter von Flatratemodellen im Blick haben, etwa Downloads im Rahmen von Filesharingaktivitäten, nicht von § 53 umfasst. Mit der Einführung der Ausschlussstatbestandsmerkmale „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ und „offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ in § 53 hat der Gesetzgeber gerade den Download von in Peer-to-Peer-Filesharing-Systemen bereitgestellten Medieninhalten aus dem Anwendungsbereich der Privatkopierschranke ausschließen wollen.⁷⁵⁹ Anders verhält es sich nach niederländischem Recht, wo jeder Download unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Vorlage erlaubt ist, wenn und soweit er zu privaten Zwecken erfolgt.⁷⁶⁰ Allerdings ist hinsichtlich des Verhältnisses des § 53 zu einem Pauschalvergütungsmodell *de lege ferenda* und insbesondere mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal „offensichtlich rechtswidrige Vorlage“ zu bedenken, dass im Falle der Realisierung eines Pauschalvergütungsmodells internetbasierte Werknutzungen in der Regel rechtmäßig wären. Dies hätte zur Folge, dass dem Merkmal „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ keine praktische Bedeutung mehr zuteil würde. Wenn ein wie auch immer geartetes Pauschalvergütungsmodell schon den Upload, mithin das Einstellen digitaler Kreativgüter in das Internet, insbesondere in Peer-to-Peer-Filesharing-Systemen für zulässig erklärte und diese damit rechtmäßig werden ließe, dann befänden sich in Peer-to-Peer-Filesharing-Systemen kaum Inhalte, deren Herstellung oder öffentliche Zugänglichmachung rechtswidrig, geschweige denn offensichtlich rechtswidrig wäre. Dementsprechend würde für das Ausschlussmerkmal „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ im vorliegenden Kontext kein praktischer Anwendungsbereich mehr bestehen.⁷⁶¹ Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass § 53 zwar in seiner geltenden Fassung keine durch ein Pauschalvergütungsmodell zu

759 Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 18; dazu auch DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 53 Rn. 11; bezüglich des Merkmals „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, 2. Aufl., § 53 Rn. 11.

760 Vgl. dazu SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 26.

761 Vgl. anders SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 26, der insoweit die Auffassung vertritt, zur Einführung einer Kulturflatrate müsste das Tatbestandsmerkmal „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ aus § 53 gestrichen werden.

privilegierenden Nutzungshandlungen umfasst. Jedoch würde ein Pauschalvergütungsmodell wegen der Existenz des § 53 nicht auch Vervielfältigungshandlungen umfassen müssen, die im Zuge des Herunterladens digitaler Kreativgüter zu privaten Zwecken erfolgen.

Ebenso wenig vermag der Erschöpfungsgrundsatz die Erforderlichkeit eines Pauschalvergütungskonzepts entfallen lassen. Eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf vorliegend interessierende Verwertungsrechte würde nicht, wie es dem Erschöpfungsgrundsatz eigen ist, dem Ausgleich zwischen den Verwertungsinteressen des Schutzrechtsinhabers und dem Allgemeininteresse an einem freien Warenverkehr sowie an übersichtlichen Rechtsverhältnissen im Geschäftsverkehr dienen. Eine vergleichbare Interessenlage als Grundvoraussetzung einer Analogie ist damit vorliegend nicht zu erkennen. Zudem ist eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes wegen der damit einhergehenden Vergütungsfreiheit mit Blick auf die Eigentumsgarantie bedenklich.⁷⁶²

Bei transformativen Nutzungshandlungen geht die Mehrheit der diskutierten Pauschalvergütungskonzepte über den durch das Zitatrecht und das Institut der freien Benutzung geschaffenen Freiraum hinaus. Sie privilegieren kreative Interaktionen mit kulturellen Medieninhalten umfassend. Anders als das Zitatrecht oder das Institut der freien Benutzung wollen Pauschalvergütungsmodelle die kreative Interaktion mit bestehenden Werken nicht an die Schaffung eines neuen, eigenständigen, vom Ausgangswerk völlig unabhängigen Werkes i. S. d. § 2 binden. Ferner wollen sie auch die durchaus kreative, aber bloß vermittelnde Aneinanderreihung von Werken erfassen.

Abschließend ist festzustellen, dass die Erlaubnistatbestände aus §§ 44a und 53 im vorliegenden Kontext insofern von Bedeutung sind, als ein zu schaffendes Pauschalvergütungsmodell auf den durch diese Tatbestände bereits gewährten Nutzungsfreiheiten aufbauen kann. Es muss beispielsweise nicht auch die Freiheit ephemerer Vervielfältigungen umfassen, da sie ist bereits in § 44a statuiert ist. Außerdem muss wegen der Existenz des § 53 ein Pauschalvergütungsmodell nicht auch die infolge eines Downloads erfolgenden (dauerhaften) Vervielfältigungen freistellen. Darüber hinaus begrenzen die heute existierenden Erlaubnistatbestände die im digitalen Verwertungsumfeld tangierten Ausschließlichkeitsrechte nicht derart, dass ein Pauschalvergütungsmodell per se überflüssig wird.

762 Vgl. dazu FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 470.

c) Idealausgestaltung

Ein Pauschalvergütungsmodell muss idealerweise diejenigen Ausschließlichkeitsrechte erfassen, die den im digitalen Kontext gängigen Nutzungshandlungen zugrunde liegen. Es braucht nicht Ausschließlichkeitsrechte zu berücksichtigen, die bereits Gegenstand eines bestehenden Tatbestands freier Werknutzung sind.

Ein Lösungsansatz, der den Anspruch erhebt, die netzwerkbasierte Verwertung und Verwendung digitaler Kreativgüter umfassend zu regeln, muss alle typischen internetbasierten Nutzungen und Verwendungen urheberrechtlicher Schutzgüter einbeziehen. Will eine Kulturfltrate auch transformative Werkverwendungen einschließen, ist zudem zu beachten, dass die im Vordringen befindlichen Kulturtechniken wie Sampling, Mashing, Remixing, Adaption, Collage und Appropriation Art in der Regel darauf basieren, dass bestehende Werke neu arrangiert, kombiniert oder in sonstiger Weise anders aufbereitet werden.⁷⁶³ Die internetbasierte Nutzung digitaler Kreativgüter beansprucht in der Regel das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Wenn Veränderungen an einem Kreativgut vorgenommen werden, wie das bei kreativen Werkverwendungen geschieht, ist außerdem das urheberpersönlichkeitsrechtlich geprägte Bearbeitungsrecht relevant.

Folglich muss ein Pauschalvergütungsmodell, wenn es die typischen internetbasierten Nutzungshandlungen einschließlich transformativer Werkverwendungen umfangreich ermöglichen will, jedenfalls das ausschließliche Vervielfältigungsrecht sowie das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und ferner das Bearbeitungsrecht erfassen.⁷⁶⁴

3. Zweckgebundenheit der Erlaubnisfreiheit

Eine weitere Frage geht dahin, ob und inwieweit die erlaubnisfreie Verwendung zweckgebunden sein soll. Alle diskutierten Modelle wollen die durch sie vermittelte Erlaubnis auf nicht kommerziell motivierte Nutzungen beschränken, indem sie die Erlaubnisfreiheit der Werknutzungen an die

763 Vgl. KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 54 ff.

764 Hinsichtlich der Erweiterung auf das Bearbeitungsrecht vgl. auch SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 26.

Privatheit anknüpfen.⁷⁶⁵ Von dieser Tendenz weichen *Fisher* und *Lawrence Lessig* ab. *Fisher* will zumindest im Hinblick auf die Zugänglichmachung auch gewerblich bedingte Nutzungen einbeziehen.⁷⁶⁶

Die durch ein Pauschalvergütungsmodell zu legitimierenden Nutzungshandlungen müssen derart begrenzt sein, dass es neben den pauschal zu vergütenden Verwendungen oder auch im Rahmen des Pauschalvergütungsmodells möglich bleibt, internetbasierte Geschäftsmodelle mit digitalen Kreativgütern zu etablieren und zu entwickeln. Angesichts der Zielrichtung aller Pauschalvergütungskonzepte, das Problem der zu privaten Zwecken massenhaft unerlaubt und unentgeltlich erfolgenden Nutzungen zu lösen, liegt es nahe, die zu vermittelnde Erlaubnisfreiheit davon abhängig zu machen, ob die jeweilige Nutzungshandlung kommerziell motiviert ist. Vergütungspflichtig und erlaubnisfrei müssen demnach zumindest diejenigen Nutzungshandlungen sein, die zu Informations-, Unterhaltungs- und Kommunikationszwecken stattfinden und nicht auf die Erzielung eines finanziellen Gewinns gerichtet sind.

Ob neben dem Merkmal der Nichtgewerblichkeit weitere auf den Nutzungszweck abstellende Begrenzungskriterien herangezogen werden können, ist fraglich. Insbesondere ist es problematisch, entsprechend der Privatkopierfreiheit an die Privatheit der zu privilegierenden Nutzungshandlung anzuknüpfen. Im Rahmen der heute geltenden Regelung des § 53 wird unter privatem Gebrauch eine Verwendung verstanden, die in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse der eigenen Person oder mit der eigenen Person im Sinne freundschaftlicher und familiärer Verhältnisse verbundener Personen stattfinden.⁷⁶⁷ Die insoweit zum Tragen kommenden Merkmale sind im Falle digitaler Nutzungen, insbesondere beim internetbasierten Verfügbarmachen digitaler Kreativgüter, in der Regel nicht erfüllt. Denn das Zugänglichmachen im Internet ist typischerweise eine an die Öffentlichkeit gerichtete Handlung. Diese ist, anders als der private Gebrauch, der einen Unterfall des eigenen Gebrauchs darstellt, nicht auf die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse beschränkt, sondern kann auch zu beruflichen und erwerbswirtschaftlichen Zwecken erfolgen, wobei die Weitergabe an Dritte ausgeschlossen ist.⁷⁶⁸ Auch wenn

765 ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 97.

766 ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 97.

767 Zum Begriff des privaten Gebrauchs vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 53 Rn. 7; vgl. dazu auch SLOPEK/STEIGÜBER, Die digitale Kopie im Urheberrecht, ZUM 2010, S. 228 ff.

768 Vgl. dazu DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, UrhG, § 53 Rn. 18 ff.

bei der Konkretisierung der Merkmale der Privatheit auf die im Rahmen der Auslegung des § 53 Abs. 1 entwickelten Grundsätze abgestellt werden kann, sind die Begriffe „eigener Gebrauch“ und „privater Gebrauch“ als Begrenzungskriterien im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells zweifelhaft. Das gilt insbesondere angesichts der wesensbildenden Globalität des Internets und des potentiellen Öffentlichkeitsbezugs jeder internetbasierten Nutzung.⁷⁶⁹

II. Persönlicher Anwendungsbereich

Unter dem Gesichtspunkt des persönlichen Anwendungsbereichs ist einerseits zu konkretisieren, wessen Rechte durch die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells beschränkt werden. Andererseits ist zu bestimmen, welche Personen durch ein Pauschalvergütungsmodell als Nutzungsberechtigte privilegiert werden und insofern in den Genuss der durch das Modell begründeten Nutzungsfreiheit kommen. Für diese Personen wird im Folgenden der Arbeitsbegriff Begünstigte verwendet.

Ein Pauschalvergütungskonzept, das digitale Kreativgüter umfänglich umfasst und die Reichweite, den Umfang oder die Ausübungsmodalitäten entsprechender Ausschließlichkeitsrechte begrenzt, berührt die Rechtsstellung der betroffenen Rechteinhaber. Das können die Schöpfer kreativer Güter, mithin die Urheber sein. Ebenso kann es sich um Leistungsschutzberechtigte oder Inhaber abgeleiteter Rechte als künstlerische oder unternehmerische Vermittler dieser Güter handeln.⁷⁷⁰

Die Frage, welche Personen durch ein Pauschalvergütungsmodell als Nutzungsberechtigte privilegiert werden, muss unter Berücksichtigung der Ziel- und Zweckgebundenheit der privilegierten Nutzungshandlungen beantwortet werden. Es müssen jedenfalls diejenigen Werkverwender privilegiert sein, die ein digitales Kreativgut internetbasiert zu Informations-, Unterhaltungs- und Kommunikationszwecken nutzen und dabei keinen finanziellen Gewinn erwirtschaften.⁷⁷¹

769 Vgl. dazu eingehend SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 26 ff., 138 ff.

770 Vgl. dazu Teil 1, B.

771 In diesem Zusammenhang ist die Frage aufgeworfen worden, inwieweit Internetdienste oder Produzenten von Softwareprodukten als Anbieter von fremden digitalen Kreativgütern zu behandeln sind. Damit ist die weitere Frage verknüpft, ob jene Anbieter zu den durch ein Pauschalvergütungsmodell zu privilegierenden Personen zählen sollten; vgl. dazu BAUER, *Das Konzept der*

III. Räumlicher Anwendungsbereich

Unter dem Aspekt des räumlichen Anwendungsbereichs ist die territoriale Reichweite eines Pauschalvergütungsmodells zu bestimmen. Hierbei wirken sich die Globalität internetbasierter Sachverhalte einerseits und die Territorialität des Urheberrechts andererseits besonders problematisch aus. Umso verwunderlicher ist es, dass, soweit ersichtlich, die vielen diskutierten Modelle diese Frage nicht thematisieren, geschweige denn beantworten.

Das Aufeinandertreffen der Grenzenlosigkeit internetbasierter Sachverhalte und der territorialen Begrenztheit des Urheberrechts ist ein spezifisches Problem des digitalen Urheberrechts. Die daraus resultierende Notwendigkeit der Klärung des räumlichen Anwendungsbereichs eines Pauschalvergütungsmodells vermag das folgende hypothetische Szenario verdeutlichen:

In Deutschland ist ein Pauschalvergütungskonzept unter dem Namen Kulturflatrate eingeführt. Dazu ist der Schrankenatalog des UrhG um eine gesetzliche Nutzungsbefugnis mit Vergütungspflicht erweitert worden, die das Vervielfältigen, Zurverfügungstellen und Bearbeiten digitaler Kreativgüter zu nicht gewerblich motivierten Informations- und Unterhaltungszwecken sowie zu transformativen Zwecken durch Verbraucher erlaubnisfrei gestattet. Im Gegenzug ist den Urhebern ein gegen Internetdienste gerichteter Vergütungsanspruch gesetzlich eingeräumt worden.

Ein in Deutschland befindlicher Internetnutzer lädt ein fremdes Werk, etwa ein Musikstück eines französischen Musikers auf einer Webseite hoch, die weltweit abrufbar ist. Der Rechteinhaber aus Frankreich klagt wegen Urheberrechtsverletzung gegen den Internetnutzer aus Deutschland vor einem deutschen Gericht am Wohnsitz des vermeintlichen Verletzers auf Unterlassung. Der Kläger macht geltend, sein Werk sei infolge des Hochladens auch in Frankreich abrufbar, wo das Zurverfügungstellen urheberrechtlicher Werke nach wie vor vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers umfasst sei. Auch sonst sei insoweit keine Schranke im französischen Recht einschlägig. Er als Urheber habe das Hochladen nicht erlaubt. Daher begehe der deutsche Internetnutzer eine Urheberrechtsverletzung, die er zumindest hinsichtlich der Abrufbarkeit des Werkes in Frankreich zu unterlassen habe.

Musikflatrate, S. 47; Vgl. dazu auch SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 26, der darauf bezugnehmend, daran erinnert, dass Internetdienste nicht Täter, sondern Gehilfen sind und ihre Tätigkeiten rein akzessorisch zu den Nutzungshandlungen ihrer Kunden sind. Das gelte jedenfalls solange, wie Internetdienste fremde, durch ihre Kunden verfügbar gemachte Werke sich nicht zu Eigen machten.

Bezüglich der Frage der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichts zur Verhandlung eines Falls mit Auslandsberührung ist das deutsche internationale Zivilprozessrecht heranzuziehen. Dabei ist in Bezug auf EU-Angehörige vorrangig auf die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁷⁷² abzustellen. Nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO ist allgemeiner Gerichtsstand von Personen mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat der Beklagtenwohnsitz. Bei Urheberrechtsverletzungen kommt jedoch regelmäßig der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in Betracht, der auch für Unterlassungsklagen gilt, wobei überwiegend auf den Ort des ursächlichen Geschehens abgestellt wird.⁷⁷³ Das ist vorliegend der Ort, an dem das Hochladen geschehen ist, also der Wohnsitz des vermeintlichen Verletzers. Mithin ist das vom Rechteinhaber angerufene deutsche Gericht auch unter dem Aspekt des besonderen Gerichtsstands der unerlaubten Handlung zuständig.

Hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts legen die Praxis sowie die Mehrheit des urheberrechtlichen Schrifttums das Schutzlandprinzip zugrunde.⁷⁷⁴ Danach kommt das Recht desjenigen Landes zur Anwendung, für das Schutz begehrt wird. Im obigen Szenario begehrt der Rechteinhaber Rechtsschutz für französisches Territorium. Somit hat das angerufene Gericht bei der Streitentscheidung auf französisches Urheberrecht abzustellen. Ausgehend davon, dass die von dem deutschen Konsumenten vorgenommene Nutzungshandlung vom Rechteinhaber nicht erlaubt und von keinem Erlaubnistatbestand im französischen Recht gedeckt ist, wäre dem französischen Urheber in der Sache Recht zu geben.

Das skizzierte Szenario verdeutlicht, dass ein territorial eng beschränktes Pauschalvergütungsmodell eine angemessen vergütete, umfassende und gleichzeitig rechtssichere Nutzungsfreiheit nicht gewährleisten kann. Trotz der Existenz eines deutschen Pauschalvergütungsmodells wäre ein aus Deutschland agierender Internetnutzer ständig dem Risiko der Inanspruchnahme wegen Urheberrechtsverletzungen im Ausland ausgesetzt. Auf der anderen Seite würde das Herunterladen der Datei in Frankreich, insbeson-

772 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001, L 12/1 (nachfolgend EuGVVO genannt).

773 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, vor §§ 120 Rn. 61.

774 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, vor §§ 120 ff. Rn. 28, mwN.

dere die damit einhergehende Vervielfältigung und ihre eventuelle Bearbeitung durch einen Konsumenten in Frankreich, nach französischem Recht zu behandeln sein mit der Folge, dass auch aus Frankreich handelnde Internetnutzer sich nicht mit Erfolg auf im deutschen Urheberrecht bestehende Freiheiten berufen könnten, wenn sie von deutschen Internetnutzern im Rahmen einer deutschen Kulturfltrate verfügbar gemachte Werke verwenden wollten. Wohlgermerkt könnte der klagende französische Urheber gleichzeitig abstellend auf das Prinzip der Inländerbehandlung für die nach deutschem Recht erlaubten, auf deutschem Boden stattfindenden Nutzungshandlungen an der gesetzlichen Vergütung partizipieren.

IV. Realisierung der Vergütung – Administrative Ausgestaltung

Von wesentlicher Bedeutung ist die Klärung der Erhebung und der Distribution der Vergütung: Insbesondere sind die Umstände der Einziehung des Vergütungsaufkommens zu beleuchten. Der Großteil der Nachfragen und Kritiken, die Pauschalvergütungsmodellen entgegengehalten werden, betreffen die Frage der Realisierung einer angemessenen Vergütung.

Einer der [...] Kritikpunkte, die [...] ins Feld geführt wurden, bezieht sich zum einen auf die unklare Höhe der Abgabe, zum anderen auf die – so die Kritik – unpräzisen Verteilungsschlüssel, indem eine derartige Abgabe im Gießkannenprinzip an alle Urheber ausgeschüttet würde und damit besonders Künstler, die aufwendige oder hochwertige Werke schaffen, gegebenenfalls benachteiligt würden.⁷⁷⁵

Die im Hinblick auf die Realisierung der Vergütung aufgeworfenen Gesichtspunkte lassen sich zwei Bereichen zuordnen: Einerseits geht es um Aspekte der Einnahmeseite rund um die Erlangung des Vergütungsaufkommens (1). Dazu müssen vor allen Dingen folgende Fragen beantwortet werden: Wer ist zur Zahlung verpflichtet? Wer und wo ist die Zahlstelle? Wer bestimmt die Höhe und die Modalitäten der zu zahlenden Vergütung? Mittels welcher Kriterien wird die Höhe der Vergütung der Rechteinhaber

775 SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 85 mit Verweis auf HENNEMANN, *Urheberrechtsdurchsetzung und Internet*, S. 345 sowie auf RUNGE, *Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test*, S. 130 (135); ebenso betrifft die Mehrzahl der Fragen der Interessenvertreter der Rechteinhaber die Aspekte der Erhebung und Verteilung der Vergütung, BÖRSENVEREIN DES DEUTSCHEN BUCHHANDELS u. a., *Fragenkatalog zur Kulturfltrate*, Fragen 1, 2, 3, 5, 8 bis 15; BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, *Positionspapier zur Kulturfltrate*, S. 2.

bestimmt? Sind für die Nutzung digitaler Kreativgüter verschiedener Gattungen unterschiedliche Entgelte zu zahlen? Andererseits muss die Vergütungsseite, insbesondere die Verteilung der Einnahmen an die zu bestimmenden Vergütungsberechtigten, geregelt werden (2).

1. Bestimmung und Erlangung der Vergütung

Die Maxime der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung durch die Erhebung pauschaler Vergütungsentgelte ist ein Charakteristikum aller diskutierten Pauschalvergütungsmodelle. Die Vergütung solle, so die Vorstellung, nicht auf der Abrechnung von einzelnen Nutzungshandlungen basieren, sondern im Rahmen eines gesetzlich geregelten Vergütungssystems geregelt werden. Bereits daraus können Rückschlüsse auf die Umstände der Bestimmung und der Erlangung des Vergütungsaufkommens gezogen werden.

Die Einführung einer Pauschale bringt es mit sich, dass die Höhe und die sonstigen Modalitäten der Verwertung nicht individuell für den konkreten Einzelfall vereinbart werden. Vielmehr wird ein von vornherein bestimmtes Entgelt unabhängig von der tatsächlichen Nutzung im jeweiligen Fall gezahlt. Die Modalitäten, insbesondere die Höhe und die sonstigen Umstände einer derartigen Vergütung, müssen naturgemäß entweder durch den Gesetzgeber oder im Wege der Selbstregulierung zwischen den Interessenvertretern der Betroffenen, nämlich der Internetnutzer, der Internetdienste sowie der Rechteinhaber, geregelt werden.⁷⁷⁶ Auf der Einnahmenseite sind ferner Fragen zur Ermittlung der Höhe des zu entrichtenden Entgelts (a), zur Bestimmung der Zahlungsverpflichteten (b) sowie zur Einziehung der Vergütung (c) zu beantworten.

a) Höhe der Vergütung

Die Höhe der durch die Zahlungsverpflichteten zu entrichtenden Vergütung liefert naturgemäß viel Diskussionsstoff. Es gibt kaum einen Verfechter

776 Ein solches System weitgehender Selbstregulierung wurde mit dem zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft im Hinblick auf die Bestimmung der Vergütungshöhe für die freie Privatkopie in das Urheberrecht eingeführt; vgl. dazu LOEWENHEIM in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht § 54a Rn. 1; DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, §54a Rn. 1.

oder Kritiker, der sich nicht zu der Höhe der zu zahlenden Vergütung oder zu Kriterien für deren Bestimmung äußert.⁷⁷⁷ Ein Betrag über 5,00 Euro je Begünstigtem pro Monat ist oft als eine für angemessen erachtete Vergütung in die Debatte eingebracht worden.⁷⁷⁸ Aber auch eine Abgabe in Höhe von 50,00 Euro monatlich wurde genannt.⁷⁷⁹ Eine Studie, die im Auftrag des Ausschusses für Bildung und Kultur des Europäischen Parlaments zum Thema der Pauschalvergütungsmodelle erstellt wurde, entwickelt zur Frage der Vergütungshöhe drei unterschiedliche Szenarien und gelangt für ein auf musikalische und audiovisuelle Werke beschränktes System zu monatlich zu zahlenden Abgaben in Höhe von 2,00 Euro, 4,99 Euro und 6,00 Euro.⁷⁸⁰ Abgesehen von dem Betrag von 50,00 Euro, der auf einer Schätzung basierte,⁷⁸¹ fußen die übrigen Beträge auf konkreten Kriterien. Einig sind sich alle Diskussionsbeteiligten jedenfalls darin, dass ein Pauschalvergütungsmodell eine gerechte Entlohnung der kreativ Tätigen sicherstellen soll.

The amount and distribution of this contribution must respect a number of principles regarding: the revenues of individual creators, the financing of the production of new works, the equitable character of the distribution in relation to activities conducted over the Internet, and the impact of the welfare of all.⁷⁸²

Die konkret genannten Maßstäbe sind darauf gerichtet, die entgangenen Umsätze zu kompensieren, die Rechteinhaber durch illegales Filesharing erleiden. Diese Herangehensweise trifft vor allen Dingen auf die Schrankenmodelle zu.⁷⁸³

Eine Studie, die sich umfassend auch aus ökonomischer Warte mit der Frage der Vergütungshöhe beschäftigt,⁷⁸⁴ wählt als Ausgangspunkt der

777 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 101, der allerdings von nur einigen Autoren spricht.

778 Vgl. etwa GRASSMUCK, Nutzungsfreiheit, Datenschutz und Urhebervergütung, S. 1 ff.; KREMPPL, Zwischen Abmahnindustrie und Kulturflattrate, Heise Online, 08.05.2012, S. 1.

779 Vgl. zur Frage der Vergütungshöhe BÖRSENVEREINS DES DEUTSCHEN BUCHHANDELS / u. a., Fragenkatalog zur Kulturflattrate, Frage 1.

780 Vgl. EUROPEAN PARLIAMENT, „The Content Flatrate“, S. 16, 67

781 Vgl. dazu BT-Drs. 16/13498, Antwort auf Fragen Nr. 8 und 9 von MdB Grietje Staffelt.

782 AIGRAIN, zitiert nach SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 87.

783 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 101 ff, der insoweit die Vorschläge von Netanel, Fisher, Lessig und Littman anführt.

784 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 86 ff., 159 ff.

Bemessung den § 13 UrhWahrnG. Danach sollen Berechnungsgrundlage für die Tarife in der Regel die geldwerten Vorteile sein, die durch die Verwertung erzielt werden.⁷⁸⁵

Damit – und vor allem mit den [...] Leitlinien des EuGH zur Auslegung des „gerechten Ausgleichs“ für den Urheber im Rahmen der InfoSoc-RL – sind die Grenzen und Grundlagen der *de lege lata* einer Abgabe vorgezeichnet. Wie dargelegt existieren allerdings etliche „Stellschrauben“, von denen die Höhe einer Vergütung entscheidend abhängt. [...] Zum einen die Frage einer Typisierung des Schadens und der Kausalität zwischen Filesharing und Verlusten der Rechteinhaber insbesondere, zum anderen das Problem, ob eine Art Vorteilsanrechnung existiert, mithin der Begriff des gerechten Ausgleichs auf die gesamte Branche und nicht nur auf einen einzelnen Sektor (z. B. Tonträgerverkauf) bezogen werden kann, so dass z. B. die sog. 360-Grad-Verträge der Musikindustrie berücksichtigt werden könnten.⁷⁸⁶

Dies vorausgeschickt stellt die Studie ausführliche Berechnungen an, die teilweise auf den Methoden beruhen, die bei der Berechnung der Abgaben nach § 53 ff. von der Schiedsstelle beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) und durch die Verwertungsgesellschaften zur Anwendung kommen. Die Studie errechnet Beträge, die pro Begünstigtem und pro Monat zwischen 1,80 Euro und 89,89 Euro liegen.⁷⁸⁷ Schließlich hält sie mit Blick auf ein Schrankenmodell und abstellend auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers eine an Breitbandanschlüsse anzuknüpfende Abgabe, die zwischen 5,00 Euro und 22,47 Euro liegt, für rechtlich zulässig.

Eine pauschal an Breitbandanschlüsse anknüpfende Vergütung ist der Kritik ausgesetzt, sie führe dazu, dass viele Internetnutzer, nämlich diejenigen, die keine oder wenige digitale Kreativgüter aus dem Internet beziehen, unter Umständen für etwas zahlen müssten, was sie wenig oder gar nicht in Anspruch nähmen. Das bewirke eine unzulässige Ungleichbehandlung. Diesem in der Natur pauschaler Abgaben liegenden Phänomen begegnet man auch im Rahmen des Rundfunkbeitrags oder der Geräteabgabe. Befürworter von Pauschalvergütungsmodellen entgegnen dieser Kritik mit dem Hinweis, die Vergütungshöhe im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells könne durch Differenzierungen nach Geschwindigkeit der Zugänge oder eine prozentuale Erhebung dem tatsächlichen Nutzungsverhalten der

785 Vgl. dazu SCHULZE in DREIR/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 13 UrhWahrnG Rn. 13 ff.

786 SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 86 ff.

787 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 86 ff., 110 ff., der auch auf die „schwach verlässlichen empirischen Daten“ in diesem Zusammenhang hinweist.

Betroffenen angepasst werden,⁷⁸⁸ denn es sei anzunehmen, dass die Nutzung digitaler Kreativgüter mehr Datenvolumen beanspruche als etwa das Schreiben von E-Mails oder E-Commerce.⁷⁸⁹ Diese Äußerungen beziehen sich vor allem auf Schranken- und Kollektivverwertungsmodelle.

Hinsichtlich der Fragen der Vergütungsbestimmung und mit besonderem Augenmerk auf Zwangslizenzmodelle ist *Lincoffs* Vorschlag besonders zu erwähnen. Sein Konzept enthält detaillierte Angaben zur Art und Weise, wie die Höhe der von den Lizenznehmern zu zahlenden Lizenzentgelte zu ermitteln sei. Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet die Beobachtung, dass die Musikindustrie, insbesondere die Tonträgerhersteller, aufgrund der von ihnen ausgeübten Kontrolle über die Distributionskanäle im analogen Kontext in der Lage gewesen seien, den Verkaufspreis von Tonträgern zu bestimmen. Darauf basierend sei der Wert eines Musikstücks in den Kosten zum Ausdruck gekommen, die ein Konsument für den Erwerb eines einzelnen Musikstücks zu tragen gehabt habe („per unit charge“).⁷⁹⁰ Heute kontrolliere die Musikindustrie den Distributionsmarkt ihrer Produkte nicht mehr. Dennoch sei sie bestrebt, auch im digitalen Kontext Lizenzentgelte zu erhalten, deren Kalkulationsgrundlage die einzelnen Nutzungshandlungen bildeten, die ein Intermediär vermittele („per unit licence fees“).⁷⁹¹ Entsprechend behandle die Musikindustrie bei der Vergabe von Lizenzen jedes Streaming so, als ob es eins zu eins den Verkauf eines Tonträgers, der die gestreamten Musikstücke enthält, ersetze.⁷⁹²

Als Alternative dazu schlägt *Lincoff* vor, dass als Berechnungsgrundlage für die Ermittlung von Lizenzentgelten der Nutzen herangezogen werden solle, den ein Lizenznehmer aus der digitalen Übermittlung von Musik

788 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 68; dazu auch ZWENGEL, Kulturflrates, S. 147 ff.

789 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 113.

790 PFENNIG, Informationsgesellschaft und Kulturfltrate, Kulturpolitische Mitteilungen, IV 2009, S. 34 (35) spricht insoweit von einem „System von Leistung und Gegenleistung“ und „individuell am Marktwert orientierter Vergütung“, woran auch im digitalen Kontext unbedingt festzuhalten sei.

791 Vgl. LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (51).

792 „It [the musicindustry] seeks license fees from audio service providers based on the greater of a specified and often quite high percentage of revenue and either a unit payment per-song/per-stream/per-listener or payment based on the aggregate number of hours that users receive streaming transmissions of recorded music.“ LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (51).

ziehe („benefit realised standard“). Je höher der Nutzen für den jeweiligen Anbieter sei, desto höher solle das Lizenzentgelt sein.⁷⁹³ *Lincoff* teilt die potentiellen Lizenznehmer in sieben verschiedene Kategorien ein und geht davon aus, dass jeder, der Musik digital übermittle, zumindest in eine der sieben Kategorien eingeordnet werden könne. Dabei nehme der Nutzen, den die Lizenznehmer aus der Übermittlung zögen, von Kategorie 1 hin zu Kategorie 7 ab. Die Kategorie 1 bilden Musikservicenanbieter, welche die Übermittlung von Musik für ihre Nutzer kostenpflichtig anbieten; die Kategorie 2 betrifft Dienste, die Musik in Verbindung mit Werbung übermitteln; bei der Kategorie 3 handelt es sich um Anbieter, die Musik in Verbindung mit dem Verkauf von Gütern und Dienstleistungen verfügbar machen; die Kategorie 4 umfasst Anbieter, die ihren Nutzern Musik über das Internet kostenlos zur Verfügung stellen und dabei weder werbefinanziert sind noch die Übermittlung von Musik mit dem Absatz von anderen Produkten oder Dienstleistungen verknüpfen; die Kategorie 5 enthält Internetradiosender; die Kategorie 6 setzt sich zusammen aus Betreibern von Peer-to-Peer-Netzwerken und den Herstellern bzw. den Distributoren von Peer-to-Peer-Software, sofern sie eine gewisse Kontrolle über das jeweilige Netzwerk auszuüben imstande sind; die Kategorie 7 bilden schließlich individuelle bzw. private Internetnutzer, sofern sie für die von ihnen veranlasste digitale Übermittlung verantwortlich sind. Das sei laut *Lincoff* dann der Fall, wenn eine Privatperson eine eigene Webseite betreibe, die Musik enthalte, oder wenn ein Internetnutzer einen Dienst in Anspruch nehme, der ihn befähige, seinerseits Musik, etwa als user-generated Content, verfügbar zu machen, oder im Rahmen eines Peer-to-Peer-Netzwerks Musik übermittle, ohne dass der jeweilige Dienstanbieter über das digital transmission right verfüge.⁷⁹⁴

Als Nutzen, den potentielle Lizenznehmer aus der digitalen Übermittlung von Musik zögen und der innerhalb seines Modells als Berechnungsgrundlage von Lizenzentgelten fungieren solle, sieht *Lincoff* Einnahmen an, die Internetdienstanbieter unmittelbar durch bzw. infolge der digitalen Übermittlung von Musik erzielen. Das seien beispielsweise Einkünfte, die ein der Kategorie 1 unterfallender Dienstanbieter durch Nutzungsentgelte

793 „I suggest that the benefit realized by audio service providers from their digital transmissions of recorded music should be the basis for calculating license fees due under the digital transmission right. The greater the benefit realized the higher the license fees that will be owed.“ LINC OFF, *Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law*, 2008, S. 2 (52).

794 Vgl. LINC OFF, *Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law*, 2008, S. 2 (53).

generiere, die er von seinen Kunden erhebe, oder ein in die Kategorie 2 fallender Dienstanbieter durch Werbeeinnahmen erziele. Soweit ein Dienstanbieter sowohl Nutzungsentgelte erhebe als auch Werbeeinnahmen habe, seien beide Einkommensquellen bei der Ermittlung der Lizenzentgelte zu berücksichtigen.

In der Kategorie 3, in der keine unmittelbar auf die Verfügbarmachung von Musik zurückführenden Einnahmen erzielt würden, sondern Musik lediglich im Zusammenhang mit dem Verkauf von anderen Waren oder Dienstleistungen nebenbei verfügbar gemacht werde, könne etwa die Gesamtdauer der Übermittlung von Musik bzw. die Gesamtdauer der angebotenen Musikstücke als Berechnungsgrundlage herangezogen werden.

Im Falle der unter die Kategorie 4 zu fassenden Dienste, die sich dadurch auszeichneten, dass sie Musik kostenlos und nicht werbefinanziert zur Verfügung stellten und die Übermittlung von Musik auch nicht mit dem Verkauf von sonstigen Gütern und Dienstleistungen verbänden, schlägt *Lincoff* keinen konkreten Maßstab zur Berechnung von Lizenzentgelten vor. Allerdings stellt er insoweit fest, dass von derartigen Dienste niedrigere Lizenzentgelte zu verlangen seien als von Dienst Anbietern der Kategorien 1 bis 3. Radiosender, die auch einen Internetradiodienst anböten (Kategorie 4), sollten nach *Lincoff* wie andere Dienstanbieter behandelt werden. So solle die Höhe der von ihnen zu zahlenden Lizenzentgelte auf der Grundlage der durch sie erzielten Einnahmen, etwa aus Werbung, ermittelt werden.

Hinsichtlich Filesharingplattformen (Kategorie 6) schlägt *Lincoff* zusätzlich zu dem Lizenzentgelt, dessen Höhe sich nach den gezogenen Nutzungen richte, die Zahlung eines jährlichen Pauschalbetrages an die Rechteinhaber für jeden einzelnen Nutzer der Plattform vor.⁷⁹⁵ Bezüglich privater Internetnutzer (Kategorie 7), die nach *Lincoffs* Modell nur dann Lizenzen innehaben müssten, wenn sie Dienste nutzten, die es den Nutzern ermöglichen, Musik etwa in Form von user-generated Content oder im Zuge von Filesharinganwendungen digital verfügbar zu machen, ohne dass die jeweiligen Dienstanbieter über die erforderlichen Lizenzen („through-the-user-licenses“) verfügten, schlägt *Lincoff* eine jährlich zu zahlende Pauschale seitens dieser Nutzer vor. So werde vermieden, dass Internetnutzer, die keine derartigen Dienste nutzten, die Musiknutzung anderer subventionierten.⁷⁹⁶

795 Vgl. LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (57).

796 Vgl. LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (58).

Die Ausführungen von *Lincoff*, die sich auf ein Zwangslizenzmodell beziehen, unterscheiden sich von den mit Blick auf Schranken- und Kollektivverwertungsmodelle erfolgten Berechnungen dahingehend, dass *Lincoff* nicht die Einbußen zugrunde legt, die der Kulturwirtschaft vermeintlich durch die internetbasierte Verbreitung von Kreativgütern widerfahren, sondern er von dem Nutzen ausgeht, den der jeweilige Lizenznehmer durch die beabsichtigte internetbasierte Nutzung von Musik zieht.

b) Schuldner der Vergütung

Mit Blick auf die Vergütung steht neben der Vergütungshöhe die Frage nach dem Vergütungsschuldner im Mittelpunkt des Interesses. Die darauf gegebenen Antworten variieren je nach dem gesetzlichen Instrument, mit dem das jeweilige Pauschalvergütungsmodell umzusetzen wäre. Dabei ist auch zu beachten, dass die Zahlungsverpflichteten einerseits und die durch eine Nutzungserlaubnis wirtschaftlich begünstigten Personen andererseits auseinanderfallen können. Insbesondere die Schrankenmodelle wollen nicht unmittelbar die Begünstigten, nämlich die Werkverwender bzw. Internetnutzer, zur Zahlung verpflichten. Stattdessen sollen die Abgaben auf Geräte und Internetdienste durch Verwertungsgesellschaften bei ihren gewerblichen Anbietern eingezogen werden. Jedoch würden diese Hersteller oder Dienstanbieter die Vergütungslast auf ihre Kunden, die durch das Pauschalvergütungsmodell tatsächlich begünstigten Personen, abwälzen.⁷⁹⁷

Aufgrund der bereits bestehenden Geräteabgabe stehen im Mittelpunkt der europäischen Diskussion als Anknüpfungspunkt für eine Pauschalvergütung überwiegend der Internetzugang in Form von Breitbandanschlüssen und damit Internetdienste, insbesondere Access-Provider.⁷⁹⁸ Auf Zwangslizenzen, kollektive Rechtewahrnehmung oder Freiwilligkeit setzende Konzepte unterscheiden sich von Schrankenmodellen insofern, als Erstere als Vergütungsschuldner den jeweiligen Lizenznehmer ansehen. Das kann grundsätzlich jede Person aus dem Kreis der Nichtinhaber von Rechten sein, also sowohl Nutzer als auch Anbieter von Internetdiensten.

797 ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 101, mwN, der sich insoweit unter anderem auf die Modelle von Netanel, von Litman sowie von Fisher beruft.

798 Vgl. dazu SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 112.

c) Einziehung der Vergütung, Verwertungsgesellschaften

Zu einem System pauschaler Vergütung gehört es auch,

dass die Berechtigten ihre Vergütung nicht unmittelbar vom Nutzer ihrer Schutzgegenstände erhalten sollen. In allen vorgestellten Systemen steht mindestens eine Institution, die die Zahlung der pauschalen Vergütung zwischen Nutzern und Rechteinhabern vermittelt. Dies gilt sowohl für die Modelle, die eine freiwillige oder zwingende kollektive Rechtswahrnehmung anstreben, als auch für die Modelle, die das Vergütungssystem im Wege gesetzlicher Lizenzen umsetzen wollen.⁷⁹⁹

Dabei denken die Verfechter von Pauschalvergütungsmodellen in der Regel an Verwertungsgesellschaften als vermittelnde Institutionen.⁸⁰⁰ Ohnehin ist die kollektive Rechtswahrnehmung seit der Gründung der französischen Verwertungsgesellschaft *Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)* im Jahre 1851 ständige Praxis im Rahmen der Verwertung von Musik durch die Musikindustrie.⁸⁰¹

2. Verteilung des Vergütungsaufkommens

Wie der Erhebung wird auch der Vergütungsverteilung sowohl von Befürwortern als auch von den Kritikern große Aufmerksamkeit gewidmet. Im Mittelpunkt stehen hier einerseits Maßstäbe zur Verteilung der Einnahmen und andererseits Fragen zur Bestimmung der Vergütungsempfänger. Das maßgebliche Kriterium zur Vergütungsverteilung soll das Ausmaß der Nutzung der einzelnen digitalen Kreativgüter sein.⁸⁰²

799 ZWENGEL, Kulturflirates, S. 98.

800 Vgl. dazu statt vieler EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 9.

801 Die ältesten Verwertungsgesellschaften sind um 1829 in Frankreich entstanden. Vgl. dazu SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1323; zu Aufgaben und Arbeitsweise von Verwertungsgesellschaften in Deutschland eingehend MAUHS, Der Wahrnehmungsvertrag, S. 15 ff.; zu Verwertungsgesellschaften und die kollektive Wahrnehmung von Rechten im Rahmen des Internets vgl. WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, S. 649; STAATS, in STERN/PEIFER/HAIN (Hrsg.), Werkvermittlung und Rechtemanagement im Zeitalter von Google und YouTube, S. 92 ff.; ENZINGER, Der europäische Rechtsrahmen für kollektive Rechtswahrnehmung, GRUR Int 2006, S. 985 ff.

802 Vgl. ZWENGEL, Kulturflirates, S. 103, mwN.

Dies gebietet auch indirekt das europäische Recht, wenn es für die Abgabenerhebung darauf abstellt, welcher Nachteil den Rechteinhabern entstanden ist. Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht muss den Rechteinhabern eine angemessene Kompensation zur Verfügung gestellt werden. Dies schließt Verteilungsschlüssel aus, die überwiegend oder ausschließlich auf nicht auf die Nutzung bezogene Kriterien abstellen, sondern auf Verteilungs- bzw. kulturpolitische Kriterien, da sie nicht dem Eingriff in das eigentumsähnliche Recht des Urhebers entsprächen. Ebenso wenig können schon aus diesen rechtlichen Gründen allein freiwillige Votings für Künstler die Verteilung nicht entscheiden, da es primär auf die tatsächliche Nutzung des Werkes ankommt.⁸⁰³

Von dieser nahezu von allen Autoren einheitlich vertretenen Idee weicht die Kulturwertmark ab. Zwar handelt es sich bei dem vom *Chaos Computer Club e. V.* zur Diskussion gestellten Konzept um ein Schrankenmodell im hier verstandenen Sinne, denn auch bei der Kulturwertmark sollten zu privaten Zwecken erfolgende Down- und Uploadvorgänge durch eine gesetzliche vergütungspflichtige Nutzungsbefugnis erlaubnisfrei möglich sein. Allerdings solle die Verteilung der Einnahmen sich nicht nach der tatsächlichen Nutzung, etwa der Häufigkeit der Down- oder Uploadvorgänge, richten. Vielmehr sollten die jeweiligen Nutzer eine Mikrowährung, nämlich die Kulturwertmark, erhalten, die sie dann nach Belieben an die Rechteinhaber verteilen, die ihnen gefielen. Damit bildete die persönliche Wertschätzung, die die Nutzer eines solchen Systems den jeweiligen Rechteinhabern entgegenzubringen bereit wären, die Grundlage der Vergütungsverteilung.⁸⁰⁴ Ein solcher subjektiver Ansatz zur Vergütungsverteilung stößt selbst unter Befürwortern von Pauschalvergütungsmodellen auf erhebliche Kritik, insbesondere verfassungsrechtlicher Art.⁸⁰⁵

Sofern, wie mehrheitlich vertreten, der tatsächliche Konsum bei der Vergütungsverteilung ausschlaggebend sein soll, stehen zwei wesentliche Fragen im Raum. Erstens ist zu klären, an welche Nutzungen konkret bei der Verteilung anzuknüpfen ist. Zweitens ist zu bestimmen, wie diese Nutzungen zu messen sind. Als maßgebliche Nutzungen werden insbesondere Up- und Downloadvorgänge sowie Streams genannt, aber auch Nutzungen, wie die Häufigkeit der Wiedergabe eines aus dem Internet bezogenen Kreativguts auf tragbaren Endgeräten werden als relevante Bezugsgrößen in die

803 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 116.

804 Vgl. CHAOS COMPUTER CLUB, Ein Vorschlag zur Güte – Die Kulturwertmark, S. 5 ff.

805 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 146.

Diskussion eingebracht.⁸⁰⁶ Zur Bestimmung der relevanten Nutzungen werden sowohl althergebrachte Methoden als auch informationstechnologiebasierte Vorgehensweisen vorgeschlagen.⁸⁰⁷

Zum Teil setzt man auf digitale Technologien zur Kennzeichnung von Inhalten, die die Erfassung und Messung der maßgeblichen Nutzungen ermöglichen sollen. Spezielle Software soll die Durchführung von Stichproben ermöglichen. Zur Messung nachfolgender Nutzungen können Stichprobeverfahren zum Einsatz kommen, wie sie bei der Ermittlung der Einschaltquoten von Fernsehsendungen verwendet würden.⁸⁰⁸

Grundlegend wird hinsichtlich der Vergütungsverteilung auf die Praxis der Verwertungsgesellschaften bei der Verteilung der aus den Geräteabgaben erzielten Einnahmen verwiesen.⁸⁰⁹ Insbesondere sei die aus der Praxis der Verwertungsgesellschaften bekannte Verteilung nach Nutzungsintensität von Werken ein wesentlicher Faktor, der auch im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells zu beachten sei:

So wie etwa von der Gema unterschiedliche Werkkategorien festgelegt werden, müssten auch für die Kulturflatrate zunächst bestimmte Klassen gebildet werden, z. B. Musik, Film oder E-Book [...]. In einem zweiten Schritt müsste die Nutzungsintensität und -häufigkeit ermittelt werden, insbesondere wie häufig ein Werk heruntergeladen, angeboten oder bearbeitet werde.⁸¹⁰

Dabei seien Pauschalierungen im Interesse eines möglichst geringen Verwaltungsaufwandes und im Hinblick auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit hinzunehmen. Pauschalierungen dürften nicht erfolgen, wenn eine Differenzierung ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand möglich sei.⁸¹¹ Insofern stellten Datenbanken zum Abgleich von Down- und Uploadvorgängen das „Herzstück einer punktgenauen Verteilung der Vergütungen“⁸¹² dar. Auch hinsichtlich der Frage, wer bzw. welche Institution eine derartige Datenbank errichten und betreiben und die relevanten

806 Vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 103.

807 Vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 103, mwN.

808 ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 104.

809 Vgl. dazu umfassend SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 119 ff., 126.

810 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 119.

811 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 119.

812 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 126.

Nutzungsdaten zur Ermittlung eines Verteilungsschlüssels erheben solle, wird auf die Praxis der Verwertungsgesellschaften im Zusammenhang mit der Geräte- und Leermedienabgabe Bezug genommen. Dafür spreche, dass Verwertungsgesellschaften keine eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgten und deswegen eine gerechte Verteilung der Einnahmen gewährleisten.⁸¹³ Außerdem wird die Einrichtung einer unabhängigen, neben den Verwertungsgesellschaften agierenden Stelle vorgeschlagen, welche die Nutzungsdaten erhebe, aufbereite und den Verwertungsgesellschaften übermittele. Auf diese Weise könne eine Trennung zwischen der Datenerhebung und der Verteilung der Einnahmen herbeigeführt werden.⁸¹⁴

Die Bedeutung der Erfassung von Nutzungsintensitäten unterstreicht auch *Lincoff*, wenn er mit Blick auf Zwangslizenzmodelle skizziert, wie die eingenommenen Lizenzentgelte an die Berechtigten zu verteilen seien. Dem stellt er den Befund voran, dass der Erfolg der kollektiven Wahrnehmung ganz wesentlich von der Fähigkeit abhängt, die digitale Übermittlung von geschützten Musikstücken zu überwachen.⁸¹⁵ Denn die Erteilung und Verwaltung von Lizenzen bezüglich des digitalen Übertragungsrechts setze voraus, dass den Rechteinhabern bzw. den Verwertungsgesellschaften bekannt sei, welche ihrer Schutzgüter genutzt würden. Zudem sei es für die Verteilung der eingenommenen Lizenzentgelte an die Rechteinhaber notwendig zu wissen, wie häufig und auf welchen Territorien ein Werk digital übermittelt werde. Hinsichtlich der Verteilung von Lizenzeinnahmen an die Rechteinhaber sieht *Lincoff* vor, dass jede Verwertungsgesellschaft die von ihr eingenommenen Lizenzentgelte nur an die Rechteinhaber ausschütten, die sie vertete. Im Falle von Schutzgütern, deren Rechteinhaber in verschiedenen Verwertungsgesellschaften organisiert seien, habe das zur Folge, dass sich die einzelnen Rechteinhaber hinsichtlich Tantiemen zunächst nur an die eigene Verwertungsgesellschaft halten könnten und sie dann, sofern sie nichts anderes miteinander vereinbart hätten, untereinander die eingenommenen Tantiemen für gemeinsame Werke abrechnen müssten.

Eine weitere in diesem Zusammenhang zu erwähnende Besonderheit von *Lincoffs* Zwangslizenzmodell ist, dass neben der kollektiven Rechtswahrnehmung es den Rechteinhabern unbenommen sein soll, das digital transmission right an ihren Werken im Wege von privatautonom ausgehandelten

813 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 137.

814 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 137.

815 Vgl. LINCOFF, *Common Sense*, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (58).

Verträgen zu verwerthen. Nach *Lincoff* solle diese Freiheit nur insoweit eingeschränkt werden können, wie das die Rechteinhaber eines Werkes untereinander regelten. Zudem sollten die einzelnen Rechteinhaber verpflichtet sein, die übrigen Berechtigten an den im Wege von Individuallizenzen erwirtschafteten Erträgen zu beteiligen.⁸¹⁶ Außerdem sollten ihnen gewisse Informationspflichten hinsichtlich der individuell geschlossenen Verträge auferlegt werden, um zu gewährleisten, dass Verwertungsgesellschaften nicht unnötig einen Lizenzinhaber zum Rechteerwerb heranzögen. Ebenso seien Mitrechteinhaber, die an einer erteilten Individuallizenz nicht beteiligt seien, über diese zu informieren, so dass sie ihren Anspruch auf Beteiligung an den erwirtschafteten Lizenzgebühren gegen den jeweiligen Lizenzgeber realisieren könnten.

Schließlich muss im Rahmen eines Kollektivverwertungsmodells konkretisiert werden, welche Personen an den eingenommenen Vergütungen partizipieren sollen. Grundsätzlich sind sämtliche Rechteinhaber, deren Verwertungsrechte durch ein Pauschalvergütungsmodell tangiert werden, an den erzielten Einnahmen zu beteiligen. Neben Urhebern können das insbesondere auch Leistungsschutzberechtigte sein.⁸¹⁷ Bezüglich der Verteilung zwischen den jeweiligen Gruppen wird auch auf die Praxis der Leermedienabgabe hingewiesen, die unter den betroffenen Verwertungsgesellschaften vereinbart werden kann.⁸¹⁸

816 Vgl. LINCOFF, *Common Sense*, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (48).

817 Vgl. dazu Teil 1, B.

818 Vgl. dazu SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 136.

B. Die Gestaltungsgrenze des Gesetzgebers

Im Anschluss an die Darstellung der prägenden Merkmale und der Funktionsweise von Pauschalvergütungskonzepten sind diejenigen Grenzen herauszuarbeiten, die der Gesetzgeber zu beachten hätte, wenn er ein solches Modell gesetzlich einführen wollte. Klärungsbedürftig ist insbesondere, ob und inwieweit die vorgestellten Pauschalvergütungsmodelle mit nationalem (I), supranationalem sowie internationalem Urheberrecht (II) vereinbar sind.

Dem Gesetzgeber steht ein Spektrum an legislativen Werkzeugen zur Verfügung, mit denen Pauschalvergütungsmodelle verwirklicht werden können. Sie reichen von der gesetzlichen Nutzungsbefugnis über Zwangslizenzen bis zu den verschiedenen Spielarten der kollektiven Rechtswahrnehmung. Alle eröffnen der Legislative die Möglichkeit, den durch Ausschließlichkeitsrechte absolut gewährten Rechtsschutz der Urheber in bestimmten Konstellationen zugunsten schutzwürdiger Belange der Allgemeinheit, einzelner Werkverwender sowie der Kulturwirtschaft oder zur Korrektur eines Marktversagens zu relativieren.⁸¹⁹ Die Werkzeuge unterscheiden sich in der Intensität, mit der sie urheberrechtliche Befugnisse beschränken. Deshalb lassen sie sich in ein „abgestuftes Stufensystem der Beschränkungen“⁸²⁰ einordnen. Die divergierende Reichweite der Beschränkungsintensität wirkt sich im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit mit höherrangigem Urheberrecht unterschiedlich aus. Hierauf wird nachfolgend einzugehen sein.

I. Vorgaben des nationalen Rechts

Fraglich ist, ob und wenn ja, welche Hürden das deutsche Recht, insbesondere das Urheberrecht (1) und das Verfassungsrecht (2), an die Implementierung eines Pauschalvergütungsmodells stellt. Nur bei Erfüllung dieser Voraussetzungen ist ein Pauschalvergütungsmodell verfassungsgemäß (3).

819 Vgl. dazu REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 431 ff.; MELICHAR, in SCHRICKER (HRSG.), Urheberrecht, vor §§ 44a Rn. 1 ff.; GÖTTING, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 1 ff.

820 ZWENGEL, Kulturflutrates, S. 109.

1. Keine einfachgesetzlichen Hürden

Den einfachgesetzlichen Ausgangspunkt bildet § 11. Danach schützt das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes und dient der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.⁸²¹

Das Zusammenspiel der persönlichkeitsrechtlich relevanten und verwertungsrechtlichen Vorschriften macht das Urheberrecht als Teilgebiet des Immaterialgüterrechts zu einem gegen jedermann wirkenden Recht, das strukturell mit dem Sacheigentum vergleichbar ist.⁸²² Wie die in § 903 BGB statuierten Berechtigungen des Eigentümers wirkt auch die den urheberrechtlichen Verwertungsrechten innewohnende Ausschließlichkeit in positiver und negativer Richtung, indem sie zum einen dem Urheber die Rechtsmacht verleiht, mit seinem Schutzgut nach Belieben zu verfahren, und ihn andererseits befähigt, die Nutzung seiner Werke durch andere zu verbieten.⁸²³ Als Inhaber einer absolut geschützten Rechtsposition stehen dem Urheber zusätzlich zu den Rechten aus dem Urheberrechtsgesetz die im

821 Vgl. zu den Grundgedanken des Urheberrechts REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 88 ff., mwN.

822 Vgl. STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 6; vgl. zur Geschichte und Theorie des geistigen Eigentums, REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 21 ff.; Die Frage der Gleichstellung von geistigem Eigentum und Sacheigentum ist im Privatrecht nach wie vor heftig umstritten. Auch verfassungsrechtlich ist diese Frage nicht abschließend geklärt; vgl. zum Verfassungsrecht, GRZESZICK, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, S. 344 (346); Kritik zum Begriff „geistiges Eigentum“ aus historischer Perspektive, KOHLER, Das Autorrecht, S. 2; KOHLER, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP 1894, S. 142 (157 ff.) der bereits vor mehr als hundert Jahren die Konstruktion des geistigen Eigentums als historisch veraltet bezeichnet; RIEZLER, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, S. 29; HOEREN, Vorratsdaten und Urheberrecht, NJW 2008, S. 3099 (3101), der anmerkt: „Der Begriff des geistigen Eigentums ist ein Kampfbegriff der rechtspolitischen Diskussion des frühen 19. Jahrhunderts, der schon damals umstritten war und schnell wieder aus der Dogmatik gestrichen wurde. Urheberrecht umfasst und werbt persönlichkeitsrechtliche und verwertungsrechtliche Aspekte in Konkordanz mit dem Interesse der Allgemeinheit am freien Zugang zu Informationen.“; GÖTTING, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353 ff.; vgl. zur unkritischen Verwendung des Begriffs „geistiges Eigentum“ NORDEMANN, in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 44a Rn. 1.

823 Vgl. STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 6 mit Bezug auf STEPHANBLOME, die Einordnung des subjektiven Urheberrechts in das System der bürgerlichen Rechte, S. 48.

BGB hinsichtlich absoluter Rechte bestehenden Ansprüche zu. Das sind etwa der Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB sowie der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch analog § 1004 BGB.⁸²⁴ Zudem werden auch Urheberrechtsverletzungen nach den §§ 106 ff. strafrechtlich sanktioniert, wie das etwa in den §§ 242 und 303 StGB bezüglich der Verletzung von Sacheigentum geregelt ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der hier nur skizzenhaft umrissene, in § 11 als Leitgedanke aufgenommene Schutzzinhalt des Urheberrechts Rechteinhabern digitaler Kreativgüter einen umfassenden rechtlichen Schutz gewährt. Dieser ist aber nicht derart ausgestaltet, dass er den Gesetzgeber mit unüberwindbaren Hürden konfrontiert, die ihn an der Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells hindern würden. Folglich ist im Hinblick auf die Statuierung eines jeden Pauschalvergütungsmodells der Prüfungsmaßstab bei Zugrundelegung nationalen Rechts allein die Verfassung.⁸²⁵

824 Vgl. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 91.

825 Wobei insoweit zu beachten ist, dass vorliegend die Anordnung des Art. 25 GG, wonach die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts sind, nicht als Transformation, sondern als Vollzugs- bzw. Rechtsanwendungsbefehl verstanden wird, mit der Folge, dass das Völkerrecht als solches im Inland zum Tragen kommt, aber dabei nicht als nationales Recht gilt. Daher werden hier völkerrechtliche Verpflichtungen der BRD in Bezug auf Urheberrechtsgesetzgebung, etwa aus der RBÜ oder aus der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, nicht als Vorgaben des nationalen, sondern des internationalen Rechts unter dem entsprechenden Prüfungspunkt behandelt. Vgl. hierzu JARASS, in JARASS/PIEROOTH (Hrsg.), GG, Art. 25 Rn. 1a, mwN, der diesbezüglich ausführt: „Art. 25 verdeutlicht, ebenso wie Art. 59 Abs. 2, dass Völkerrecht nur dann innerstaatlich gilt, wenn ein innerstaatlicher Akt dies anordnet (BVerfGE 73, S. 339/375). Das GG geht von der dualistischen Sicht aus, wonach Völkerrecht und nationales Recht zwei unterschiedliche Rechtskreise bilden (BVerfGE 111, S. 307/318). Ob man in der Anordnung der innerstaatlichen Anwendung einen bloßen Vollzugs- oder Rechtsanwendungsbefehl sieht, mit der Folge, dass das Völkerrecht als solches im Inland zum Tragen kommt [...], oder die Anordnung als eine Transformation qualifiziert, mit der Folge, dass das umgesetzte Recht als nationales Recht gilt [...], wird vom Grundgesetz nicht entschieden [...] und bleibt in der Rechtsprechung häufig offen [...]. Die beiden Ansätze führen im Wesentlichen zu übereinstimmenden Ergebnissen [...], weshalb meist neutral von Übernahme gesprochen wird. Dem völkerrechtsfreundlichen Charakter des GG entspricht allerdings besser die Vollzugslehre, die zudem dogmatisch leistungsfähiger ist, etwa hinsichtlich der Beachtung völkerrechtlicher Prinzipien bei der Auslegung.“

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen

Auf Gesetz beruhende Beschränkungen des Handlungsspielraumes der Legislative bei der Ausgestaltung des Schranken catalogs des Urheberrechtsgesetzes ergeben sich erst aus der grundrechtlichen Dimension des betreffenden Rechtsgebiets.⁸²⁶

Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Schrankenmodells wird zunächst die Grundrechtsrelevanz des Urheberrechts und des Schrankenmodells festgestellt (a, b). Daran anknüpfend wird der Frage nachgegangen, ob die Ersetzung von Verbotsrechten durch Vergütungsansprüche, wie das im Rahmen eines Schrankenmodells vorgesehen ist, als Ausgestaltung von Eigentumsrechten oder als ein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht zu werten ist (c, d). Auf das insoweit gefundene Ergebnis abstellend wird das Schrankenmodell als Ausgestaltung des Instituts Eigentum behandelt und als solche im Lichte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers betrachtet (e). Abschließend wird ermittelt, ob das Schrankenmodell ein zur Schaffung eines gerechten Interessenausgleichs taugliches Konzept darstellt (f).

a) Grundrechtsrelevanz des Urheberrechts

Wie im Falle der übrigen Materien des Immaterialgüterrechts sucht man auch hinsichtlich des Urheberrechts vergebens nach einer ausdrücklichen Rechtegewährung im Verfassungstext. Explizit findet das Urheberrecht im Grundgesetz nur als ausschließlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugewiesenes Rechtsgebiet in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG Erwähnung.⁸²⁷ Trotzdem wird die Gewährleistung des Urheberrechts durch die

826 Vgl. dazu DIETZ, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts, GRUR Int 2006, S. 1 ff.; vgl. auch FÖRSTER, Fair Use, S. 158 ff, wo auch bei Zugrundelegung deutscher Verfassungsgeschichte ein kurzer Überblick über die Verbürgung des Urheberrechts in Verfassungstexten zu finden ist.

827 Hingegen sind verfassungsrechtliche Verbürgungen des Geistigen Eigentums bzw. des Urheberrechts ausdrücklich unter anderem in folgenden Verfassungstexten enthalten: Art. 158 Abs. 1 Weimarer Reichsverfassung von 1919; Art. 162 der bayerischen Verfassung von 1946; Art. 27 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, an Letzterem angelehnt ist Art. 15 Abs. 1 lit. c des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR); darauf Bezug nehmend FÖRSTER, Fair Use, S. 159.

Verfassung von niemandem ernsthaft bestritten.⁸²⁸ Vielmehr ist allgemein anerkannt, dass die mannigfaltigen Interessen, die durch das Urheberrecht idealerweise in Einklang zu bringen sind, allesamt auf Verfassungsnormen, genauer auf die Grundrechte zurückgeführt werden können.

Der Rechtsschutz des Urhebers und damit die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte sind durch die individualschützenden Grundrechte der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art 5 Abs. 3 S. 1 und Art. 14 Abs. 1 sowie mitunter Art. 12 Abs. 1 GG erfasst.⁸²⁹ Die Belange Dritter und der Allgemeinheit, u. a. das Interesse am ungehinderten Werkzugang, sind durch die in Art. 5 Abs. 1 GG statuierten Kommunikationsfreiheiten, also die Informations-, Meinungs-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit sowie die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG und unter Umständen die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG umfasst.⁸³⁰ Zudem spiegelt sich das Interesse an zustimmungsfreier Werknutzung im Postulat der Sozialpflichtigkeit des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG wider und ist außerdem durch das Sozial- und Kulturstaatsprinzip verfassungsrechtlich verbürgt.⁸³¹

Mithin weisen urheberrechtliche Sachverhalte bzw. Betätigungen je nachdem, auf welchem Gebiet und in welchem Kontext sie stattfinden,

-
- 828 Vgl. dazu SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 58, der mit weiteren Nachweisen insoweit auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinweist.
- 829 Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 31, S. 229 (238) – Kirchen- und Schulgebrauch. In diesem Zusammenhang zum Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers BVerfGE 81, S. 12 (16) – Vermietungsvorbehalt; zum Leistungsschutzrecht des ausübenden Künstlers BVerfGE 81, S. 208 (219) – Bob Dylan; STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, S. 42; SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 84; DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), *UrhG*, Einl. Rn. 39, mwN; FÖRSTER, *Fair Use*, S. 160 ff.; zum Schutz der in einem urheberrechtlich geschütztem Werk verkörpertem Vermögenswert nah Art. 14 GG; WANDTKE, *Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter*, UFITA (2011/III), S. 649 (650); vgl. dazu auch WEBER/BREINING-KAUFMANN, *Grundrechtsdimension im Urheberrecht?*, SIC! 2005, S. 415 ff.
- 830 Zum Arbeitnehmerurheberrecht vgl. ULRICI, *Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts*, S. 69 ff.
- 831 Vgl. dazu umfassend POEPEL, *Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld*, S. 131 ff.; STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, S. 42. vgl. auch GEIGER, „Constitutionalising“ Intellectual Property Law?, IIC 2006, S. 371 (386 ff.); zur verfassungsrechtlichen Anerkennung von Interessen an zustimmungsfreier Verwertung, vgl. auch KRÖGER, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, S. 161 ff.; zur Sozialpflichtigkeit des Urheberrechts, LEINEMANN, *Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“*, S. 35 ff.

unterschiedliche grundrechtliche Implikationen auf. Staatliches, insbesondere gesetzgeberisches Handeln auf diesem Gebiet wirkt sich je nachdem, welche Aspekte davon betroffen sind und welche grundrechtlich geschützten Positionen wie intensiv durch die in Frage stehende Maßnahme verkürzt werden, unterschiedlich aus.

b) Grundrechtsrelevanz des Schrankenmodells

Das eingriffsintensivste Instrumentarium zur Etablierung eines Pauschalvergütungskonzepts ist die gesetzliche Nutzungsbefugnis ohne Opt-out-Möglichkeit.⁸³² Mithin ist aus der Perspektive der Rechteinhaber das Schrankenmodell dasjenige, das die verfassungsrechtlich verbürgte Rechtsstellung der Rechteinhaber mehr einschränkt als alle anderen Konzepte. Setzt man diese These als wahr voraus, kann aus der Verfassungsmäßigkeit des Schrankenmodells, die es nachfolgend zu prüfen gilt, ein Rückschluss auf die Verfassungskonformität der übrigen Konzepte gezogen werden. Denn wenn das eingriffsintensivste Konzept, das Schrankenmodell, verfassungsrechtlich zulässig ist, so sind die weniger einschneidenden Modelle erst recht mit der verfassungsrechtlich verbürgten Stellung der Rechteinhaber vereinbar. Das gilt jedenfalls insoweit, als die aus der Perspektive von Rechteinhabern weniger eingriffsintensiven Modelle als mildere Mittel die Erforderlichkeit eines Schrankenmodells nicht in Frage stellen.⁸³³

Die Realisierung eines Schrankenmodells bedarf der Etablierung einer gesetzlichen vergütungspflichtigen Nutzungsbefugnis. Diese Nutzungsbefugnis muss derart ausgestaltet sein, dass durch sie das ausschließlich gewährte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, das Vervielfältigungsrecht sowie das Bearbeitungsrecht eingeschränkt werden. Während die Ausschließlichkeitsrechte der öffentlichen Zugänglichmachung sowie der Vervielfältigung als klassische bzw. reine Verwertungsrechte materielle Belange des Rechteinhabers zum Gegenstand haben, weist das Recht zur Veröffentlichung und Verwertung von Bearbeitungen und Umgestaltungen neben wirtschaftlichen Gesichtspunkten vor allem ideelle Aspekte auf. Dieser Unterschied wirkt sich insofern auf die hier vorzunehmende Beurteilung aus, als materielle Interessen und persönliche Belange grundrechtlich unterschiedlich abgebildet werden. Insbesondere sind die dem Bearbeitungsrecht

832 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 141.

833 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 141, 157.

zugrundeliegenden geistigen Interessen im Persönlichkeitsrecht sowie in der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit verfassungsrechtlich verankert.

c) Vergütungsansprüche statt Verbotsrechte – Ausgestaltung oder Eingriff?

Das Bundesverfassungsgericht hatte wiederholt Gelegenheit, die Vereinbarkeit einzelner Bestimmungen aus dem Schranken-katalog des deutschen UrhG mit dem Grundgesetz auszulegen. Ausgangspunkt der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist, dass die in Werken verkörperte schöpferische Leistung in vermögensrelevanter Hinsicht Eigentum i. S. d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG darstelle.⁸³⁴ Darauf basierend ist auch hinsichtlich der durch eine Kulturflaute einzuschränkenden urheberrechtlichen Verwertungsrechte die grundrechtliche Implikation vor allem darauf zurückzuführen, dass diese Rechte als materieller Bestandteil des Urheberrechts und damit als privatrechtliche Ausschließlichkeitsbefugnisse mit vermögenswertem Inhalt durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt sind.⁸³⁵ Soweit also die prüfungsgegenständliche gesetzliche Nutzungsbefugnis Ausschließlichkeitsrechte einschränkt, handelt es sich hierbei um eine Regelung, die das Schutzgut⁸³⁶ der Eigentumsfreiheit und in bestimmten Konstellationen die Berufsfreiheit tangiert.

Mit der Feststellung, dass die hier in Rede stehende Begrenzung urheberrechtlicher Vermögensrechte den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG berührt, ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob auch ein Eingriff, vor allem ein ungerechtfertigter, in das Grundrecht vorliegt. Denn die in Art. 14 GG verankerte Eigentumsfreiheit weist die Besonderheit auf, dass es sich dabei um eine Einrichtungsgarantie bzw. um ein normgeprägtes

834 Vgl. BVerfGE 31, S. 229 (239) – Kirchen- und Schulgebrauch GRUR 1972, S. 481 ff.; LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 104; MAUNZ, Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR 1973, S. 107 (108); SCHRICKER, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 12, mwN.; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 91; FÖRSTER, Fair Use, S. 160.

835 Vgl. BVerfGE 31, S. 229 (239). – Kirchen- und Schulgebrauch GRUR 1972, S. 481 (483).

836 Vgl. zum Begriff des „Schutzguts“ und zur Kritik bezüglich des insoweit gängigeren Begriffs des „Schutzbereichs“, KIELMANSEGG GRAF, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, S. 23 (24).

Grundrecht handelt.⁸³⁷ Einer diebezüglichen Ausgestaltungsbefugnis der Legislative steht es entgegen, jedes Tätigwerden des Gesetzgebers, das eine existierende Rechtsposition modifiziert, insbesondere eine vermögensrelevante Rechtsstellung nachträglich verändert, unreflektiert als Eingriff in den materiellen Grundrechtsgehalt des Art. 14 Abs. 1 GG zu werten.⁸³⁸

Einrichtungsgarantien sind dadurch gekennzeichnet, dass sie der Legislative die verfassungsrechtlich verbürgte Pflicht auferlegen, auf dem jeweiligen Gebiet, im Falle von Art. 14 GG bezüglich Eigentum und Erbrecht, grundrechtsrelevante Normkomplexe zu schaffen.⁸³⁹ Dabei kann die durch den einfachen Gesetzgeber vorzunehmende Normprägung sowohl begünstigender als auch belastender Natur sein.⁸⁴⁰ Insoweit führt das Bundesverfassungsgericht mit Augenmerk auf das Urheberrecht in seinem „Kirchen- und Schulgebrauch“-Beschluss aus:

Eine der prinzipiellen Forderung der Eigentumsgarantie gemäße Regelung hat der Gesetzgeber in dem Ausschließlichkeitsrecht des § 15 UrhG getroffen. [... N]icht schon jede im Gesetz vorgenommene Beschränkung dieses Rechts oder sein Ausschluss für bestimmte Tatbestände [ist] als Eingriff in den grundgesetzlich geschützten Bereich des Urheberrechts anzusehen.⁸⁴¹

Dessen ungeachtet wird oft vorschnell jedwede Begrenzung urheberrechtlicher Verwertungsrechte als Eingriff in das Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 GG eingestuft,⁸⁴² der besonderen Rechtfertigungsanforderungen

837 Vgl. zur Eigentumsgarantie als normgeprägtem Grundrecht BVerfGE 14, S. 263 (277) – Feldmühle-Fall = NJW 1962, S. 1667 ff.; BVerfGE 24, S. 367 (396) – Hamburgisches DeichordnungsG = NJW 1969, S. 309 ff.; GAIER, in Münchener Kommentar zum BGB, § 903 Rn. 1. Zur Ausgestaltung als staatliche Normprägung, vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 429 ff.

838 Vgl. dazu ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMAN, Kulturflatrate, MMR 2010, S. 8 (12), die die das hier angesprochene Problem folgendermaßen aufwerfen: „Es stellen sich die Fragen, ob bestimmte Verwertungsmodelle von der Verfassung vorgegeben sind [...] und ob es nach der Verfassung unzulässig ist, ein einmal erreichtes urheberrechtliches Schutzniveau zu verändern.“ Gleichwohl werten sie die Kulturflatrate ohne weiteres und ohne die erforderliche Prüfung als einen Eingriff.

839 Zum Begriff des Rechtsinstituts vgl. MORGENTHALER, Freiheit durch Gesetz, S. 247; zur Entstehungsgeschichte der eigentumsrechtlichen Institutsgarantie, vgl. HÖSCH, Eigentum und Freiheit, S. 59 ff.

840 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 127.

841 BVerfGE 31, S. 229 ff. – Kirchen- und Schulgebrauch = GRUR 1972, S. 481 (484).

842 Vgl. dazu ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMAN, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht,

genügen muss. Dabei handelt es sich aber um Hürden, die den Gesetzgeber weit mehr einschränken, als das der Fall ist, wenn er lediglich ausgestaltend tätig wird.⁸⁴³ Während sich die in der Normprägung selbst begründete Ausgestaltung nicht auf eine Schrankenregelung stützen muss und keiner weiteren Rechtfertigung bedarf, ist ein Eingriff nur auf der Grundlage eines Gesetzesvorbehalts bei entsprechender Rechtfertigung durch entgegenstehende Belange zulässig.⁸⁴⁴ Mit Augenmerk auf diese unterschiedlichen Erfordernisse bedarf es gerade in Anbetracht des Art. 1 Abs. 3 GG, der den ausgestaltenden wie den eingreifenden Gesetzgeber, freilich in unterschiedlicher Weise, an das Grundgesetz bindet, einer Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung.⁸⁴⁵

d) Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff

Damit rückt die Frage in den Fokus, wie die Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff vorzunehmen ist.⁸⁴⁶ Als Ausgestaltung wird jedes

S. 12, die voreilig, weil ungeprüft, schon am Beginn der Untersuchung einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position der Urheber annehmen.

843 Vgl. MORGENTHALER, Freiheit durch Gesetz, S. 245, der betont, dass die Grundrechtskonkretisierung durch Gesetz deutlich von der Grundrechtseinschränkung unterschieden werden müsse, zumal Letzteres nur aufgrund eines ausdrücklichen Einschränkungsvorbehalts erfolgen dürfe und besonderer Rechtfertigung bedürfe.

844 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 119; dazu auch CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 4, der zwar darauf hinweist, dass es keinen Konsens darüber gäbe „dass die grundrechtliche Ausgestaltungsbinding etwas in irgendeiner Hinsicht anderes, und wohl auch [...] schwächeres sei als die Bindung des Schrankengesetzgebers [...]“ aber schließlich unter Bezugnahme auf weitere Nachweise zu der Beobachtung gelangt, dass „sich die grundrechtsdogmatische Unterscheidung von grundrechtlichen Begrenzungsvorhalten und Ausgestaltungsvorhalten heute allgemein durchgesetzt“ habe.

845 Vgl. dazu LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 120.

846 Vgl. dazu CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 14, der dazu ausführt: „Mit der Ausgestaltung muss etwas anderes gemeint sein als mit dem gesetzlichen Grundrechtseingriff, denn es geht ja schließlich gerade um die Frage nach den Spezifika einer Sonderdogmatik der „Ausgestaltungsfunktion“ des Gesetzes, von der zu reden keinen verständlichen Sinn ergeben würde, wenn zwischen Eingriff und Ausgestaltung keinerlei Unterschiede angenommen und im Ausgestaltungsbegriff erfasst werden könnten.“ Zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff, allerdings bezüglich der Rundfunkfreiheit, ders., S. 96 ff.; Vgl. zur Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht nach dem Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG, LEGE, 30 Jahre Nassauskiesung, JZ 2011, S. 1084 ff.

gesetzgeberische Handeln verstanden, mit dem die Legislative im Falle von normgeprägten Grundrechten zur Schutzbereichsbestimmung tätig wird, ohne dass sie in den materiellen Gehalt des Grundrechts eingreift.⁸⁴⁷ Demgegenüber wird als Eingriff jeder rechtsförmige Vorgang bezeichnet, der unmittelbar und gezielt durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.⁸⁴⁸

aa. Veränderung von Bestehendem als Abgrenzungskriterium

Ein naheliegender, weil zunächst durchaus einleuchtend anmutender Ansatz zur Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff ist das Abstellen darauf, ob der Gesetzgeber neues Recht schafft oder bestehendes Recht begrenzt. Die Differenzierung erfolgt dann danach, ob bereits vorhandene einfachgesetzliche Grundlagen im Bereich eines normgeprägten Grundrechts zulasten des betroffenen Grundrechtsträgers verändert werden oder ob der Staat in diesem Bereich etwas schafft, was zuvor nicht existierte.⁸⁴⁹ Im ersteren Fall sei von einem Eingriff und im letzteren von Ausgestaltung auszugehen.⁸⁵⁰ Legt man diesen Ansatz zugrunde, so muss man die zur Realisierung des Schrankenmodells erforderliche gesetzliche Nutzungsbefugnis als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG werten. Denn die gesetzliche Nutzungsbefugnis wäre eine weitere Schranke

847 Vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 411; umfassend zum Terminus und Begriff der Ausgestaltung, CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 13, der von Ausgestaltung dann spricht, „wenn die Förderung von Grundrechtsvoraussetzungen in grundrechtliche Gewährleistungsbereiche einwirkt und so die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte entweder auslöst oder selbst Mittel der Erfüllung einer solchen grundrechtlichen Gewährleistung ist.“

848 Das entspricht dem klassischen Eingriffsbegriff, vgl. dazu EPPING, Grundrechte, Rn. 368, der Bezug nimmt auf BVerfGE 105, S. 279 (299 ff.) – Sektenswarnung, wo allerdings der klassische Eingriffsbegriff durch das Bundesverfassungsgericht eine Erweiterung dahingehend erfährt, dass auch faktisch mittelbare Auswirkungen staatlichen Handelns an den Grundrechten gemessen werden können; vgl. dazu auch JARASS, in JARASS/PIEROOTH (Hrsg.), vor Art. 1 Rn. 26 ff.

849 „Ein Beispiel für eine völlige Neuschaffung ist das mit dem Wohnunseigentumsgesetz (WEG) vom 15.3.1951 eingeführte Wohnungseigentum“ (vgl. § 1 Abs. 2 WEG); LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 122.

850 Vgl. so LÜBBE-WOLFF, Eingriffsabwehrrechte, S. 127 ff.; MANSSEN, Privatrechtsgestaltung, S. 170; SCHMIDT-JORTZIG, Einrichtungsgarantien, S. 37 ff.; LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 121, mwN.

im Schrankenatalog des Urheberrechtsgesetzes, da sie die Reichweite bestimmter zuvor bestehender Ausschließlichkeitsbefugnisse verkürzte. Dadurch würde der heutige Normbestand im 6. Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes zumindest bei einer rein juristischen Betrachtungsweise zum Nachteil der Urheber und der Leistungsschutzberechtigten verändert.

Eine andere, aber in der Regel zu gleichen Ergebnissen führende Abgrenzungsmöglichkeit liegt darin, Ausgestaltung und Eingriff danach zu unterscheiden, ob sich die fragliche Neuregelung aus der Perspektive des Grundrechtsträgers nachteilig auf bestehende Rechtspositionen, etwa Verträge, Eigentumspositionen oder sonstige existente grundrechtlich geschützte Institutionen, auswirkt oder nicht.⁸⁵¹ Schaffe der Gesetzgeber zuvor nicht existente Rechtspositionen im Rahmen eines normgeprägten Grundrechts, handele er ausgestaltend, während von einem Eingriff auszugehen sei, wenn der Gesetzgeber bestehende Rechtspositionen zum Nachteil des jeweiligen Grundrechtsträgers nachträglich verändere.⁸⁵² Im Vergleich zu der zuerst dargestellten Methode, die auf die Schaffung bzw. Veränderung bestehender Rechtsnormen abstellt, werden hier Rechtspositionen zum Bezugspunkt der Unterscheidung. „Nicht die Norm [...], sondern der Bestand der konkreten Position in der Hand ihres Inhabers wäre danach von den Eingriffsabwehrrechten geschützt.“⁸⁵³

Entsprechend muss man, wenn man auf das Abgrenzungskriterium der Schaffung bzw. der Änderung von bestehenden Rechtspositionen abstellt, wie auch beim Abheben auf das Verändern bestehender Rechtsnormen eine das Schrankenmodell realisierende gesetzliche Nutzungsbefugnis als Eingriff in das Schutzgut des Art. 14 Abs. 1 GG bewerten. Denn sie veränderte die durch die §§ 15 ff. i. V. m. §§ 44a ff. ausgestaltete Verwertungsbefugnis rein juristisch betrachtet zum Nachteil der Inhaber, indem sie deren Kontrollmacht über ihr Verwertungsrecht im Vergleich zum Status quo schmälerte. Dies bedeutete, dass die Nutzungsbefugnis den Rechtfertigungsanforderungen, die mit Art. 14 GG in seiner Ausprägung als Abwehrrecht einhergehen, genügen müsste.

851 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 123; EPPING, Grundrechte, Rn. 414.

852 Vgl. JARASS, in JARASS/PIEROTH (Hrsg.), Art. 14 GG Rn. 1 ff. mwN.

853 LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 123.

bb. Zielsetzung einer Regelung als Abgrenzungskriterium

Ein weiterer Ansatz liegt darin, die Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff nach der Zielsetzung des in Frage stehenden Gesetzes vorzunehmen.⁸⁵⁴ Danach sei von einer Ausgestaltung auszugehen, wenn der Staat im Bereich eines normgeprägten Grundrechts in Erfüllung seiner Einrichtungspflicht aktiv werde und dabei in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck der normgeprägten Grundrechte, nämlich der Gewährleistung von Autonomie im Sinne von Freiheit im Rechtsleben, handle, um unterschiedliche private Rechtssphären voneinander abzugrenzen und den besagten Bereich durch einfachgesetzliche Normen auszugestalten.⁸⁵⁵ Nach diesem Ansatz konstituiere ein Gesetz dann einen Eingriff, wenn es der Gesetzgeber zur Verfolgung von Allgemeinwohlzielen erlasse, die mit der Abgrenzung verschiedener privater Rechtssphären innerhalb des auszugestaltenden Rechtsinstituts nicht in Verbindung stünden, sondern das Rechtsinstitut für dritte Zwecke instrumentalisierten.⁸⁵⁶ Das sei etwa bei den Vorschriften des Wasserrechts der Fall. Dort würden Eigentümerbefugnisse im Hinblick auf die Grundwassernutzung beschränkt, um das Allgemeininteresse am Schutz des Grundwassers zur Geltung zu bringen, ohne zugleich Befugnisse verschiedener Eigentümer in ein Verhältnis zueinander zu setzen und damit Autonomiesphären gegeneinander abzugrenzen.⁸⁵⁷

Legt man zur Ermittlung der Zielsetzung eines Pauschalvergütungsmodells die von ihren Befürwortern getätigten Äußerungen zugrunde, stellt

854 Vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 435.

855 Vgl. dazu BVerfGE 77, S. 275 (284) – Zustellungsfiktion der öffentlichen Bekanntmachung; BVerfGE 92, S. 26 (42) – Zweitregister; zitiert nach EPPING, Grundrechte, Rn. 412.

856 Vgl. dazu LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 130.

857 Vgl. dazu das Sondervotum Gaiers zu BVerfG, NJW 2007, S. 2102 (2103), der diesbezüglich ausführt: „Nach der - nicht in allen Einzelheiten bereits abschließenden - Rechtsprechung des BVerfG ist die Grenze einer Ausgestaltung jedenfalls dann überschritten, wenn eine Regelung nicht mehr von dem Ziel der an den Gesetzgeber gerichteten Ausgestaltungsermächtigung getragen ist. Entscheidend ist demnach, ob der Gesetzgeber im konkreten Fall überhaupt das Ziel einer Ausgestaltung der Privatautonomie verfolgt“.

857 Zum Urheberstrafrecht in diesem Zusammenhang vgl. SCHÄFER, Die Bedeutung des Urheberstrafverfahrensrechts bei der Bekämpfung der Internetpiraterie, S. 61 ff.; BECK/KREIßIG, Tauschbörsennutzer im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden, NStZ 2007, S. 304 ff.; ABDALLAH/GERCKE, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Ermittlung nutzerbezogener Daten im Internet, ZUM 2008, S. 368 ff.

man fest, dass sie darauf gerichtet sind, urheberrechtlich relevante Interessen im digitalen Verwertungsumfeld miteinander in Einklang zu bringen. Dort, wo Verbotsrechte unangemessen und nicht praktikabel sind, soll den wirtschaftlichen Belangen von Rechteinhabern durch Vergütungsansprüche entsprochen werden. Gleichzeitig will ein Pauschalvergütungsmodell dem Informations-, Zugangs- sowie Kommunikationsinteresse von Verwendern, die im digitalen Kontext immer auch potentielle Urheber und Verwerter sind, durch Erlaubnis- und Kontrollfreiheit zur Geltung verhelfen.

Demzufolge ist die Kulturfltrate darauf gerichtet, überwiegend grundrechtlich abgebildete private Interessen in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Unbestreitbar bewirken die hier skizzierten Zielsetzungen eines Pauschalvergütungsmodells auch die Realisierung von Gemeinwohlbelangen. Insbesondere dient eine umfassende Nutzungsfreiheit hinsichtlich digitaler Kreativgüter dem in der Informationsgesellschaft mehr als je zuvor relevant gewordenen Interesse der Allgemeinheit an jener Zugangsfreiheit. Ebenso verwirklicht sich in der mit der Entkriminalisierung von Filesharern zusammengehenden Entlastung der Strafverfolgungsbehörden ein Gemeinwohlbelang. Die primäre Intention eines Pauschalvergütungsmodells ist aber die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die Verwertung und Nutzung digitaler Kreativgüter, innerhalb dessen die Freiheitssphären aller Beteiligten gegeneinander so abgegrenzt werden, dass alle insoweit tangierten Grundrechte möglichst optimal ihre Wirkung entfalten, woraus folgt, dass jedem betroffenen Grundrechtsträger hinsichtlich des jeweils tangierten Grundrechts ein Raum zur Entfaltung und Betätigung zur Verfügung steht. Dass dabei gleichzeitig mit dem Urheberrecht unmittelbar zusammenhängende Gemeinwohlbelange verwirklicht werden, ist die durchaus erwünschte Folge eines Pauschalvergütungsmodells. Das ändert aber nichts daran, dass es zunächst und vor allem um das Austarieren privater grundrechtlich fundierter Rechtspositionen geht. Nicht die Erreichung von Allgemeinwohlzielen, sondern die Gewährung von privater Autonomie durch Recht steht dabei im Mittelpunkt.

Anders ist die Erfüllung von Allgemeinwohlbelangen durch ein Gesetz dann zu beurteilen, wenn die Legislative Recht zu Allgemeinwohlzwecken schafft, die mit dem ausgestalteten Rechtsinstitut nur mittelbar in Verbindung stehen.

Mit einer solchen Regelung bewegt sich der Gesetzgeber nicht mehr innerhalb des Rechtsinstituts Eigentum, sondern trägt an das Rechtsinstitut – von außen – Gemeinwohlbelange heran. Diese Verfolgung von Gemeinwohlbelangen ist als

Grundrechtseingriff zu bezeichnen, der nur unter den Voraussetzungen einer Schrankenregelung gerechtfertigt ist.⁸⁵⁸

Unterscheidet man Ausgestaltung und Eingriff danach, ob die prüfungsgegenständliche Norm auf die Realisierung von Gemeinwohl oder die Gewährnung von individueller Freiheit gerichtet ist, wird man die gesetzliche Nutzungsbefugnis zur Realisierung eines Pauschalvergütungsmodells nicht als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG werten können, sondern als Ausgestaltung des Eigentumsinstituts behandeln müssen.

cc. Stellungnahme hinsichtlich der unterschiedlichen Ansätze

Die Frage, ob es sich bei der gesetzlichen Nutzungsbefugnis, die zur Umsetzung einer Kulturflatrate erforderlich ist, um die Ausformung urheberrechtlicher Verwertungsbefugnisse und damit um die Ausgestaltung einer durch Art. 14 GG vorgegebenen Einrichtung handelt oder ob es um einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht geht, findet unterschiedliche, einander widersprechende Antworten. Favorisiert man einen weitgehenden Bestandschutz und stellt bei der Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff auf die Schaffung bzw. Veränderung bereits existierender Rechtsnormen bzw. Rechtspositionen ab, gelangt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei einer gesetzlichen Nutzungsbefugnis zur Realisierung eines Pauschalvergütungsmodells um einen Eingriff handelt. Demgegenüber kommt man zu dem Schluss, dass es sich insoweit um eine Ausgestaltung handelt, wenn man bei der Abgrenzung auf das Regelungsziel oder die Rechtsnatur der Norm abstellt. Folglich ist klärungsbedürftig, welcher Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff der Vorzug zu gewähren ist, wenn es darum geht, legislative Maßnahmen im Bereich verfassungsrechtlicher Einrichtungsgarantien insbesondere im Zusammenhang mit Art. 14 GG einzuordnen. Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage nach der vorzugswürdigen Methode zur Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff im hier interessierenden Zusammenhang ist der Wortlaut des Art. 14 GG.⁸⁵⁹

858 LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 130.

859 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 127 ff.; HUBER, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, S. 1 ff.; zur Auslegung der Grundrechte, vgl. CREMER, Freiheitsgrundrechte, S. 21 ff.; vgl. zur Wortlautauslegung auch SCHEFFLER, Wortsinnengrenze bei der Auslegung, Jura 1996, S. 505 ff.

Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG regelt, dass Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden. Des Weiteren statuiert Art. 14 Abs. 3 GG, dass eine Enteignung nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig ist. Nach allgemeinem Sprachgebrauch kann nur etwas Bestehendes beschränkt werden. Auch eine Enteignung kann sich nur auf etwas bereits Existentes beziehen.⁸⁶⁰ Darauf abstellend kann argumentiert werden, dass zumindest der Wortlaut des Art. 14 GG die Veränderung von Bestehendem als Beeinträchtigung, nämlich als Schranke oder Enteignung deklariert und jedenfalls im letzteren Fall an ihre Rechtmäßigkeit hohe verfassungsrechtliche Anforderungen knüpft.⁸⁶¹ Das spricht für diejenigen Abgrenzungsansätze, welche auf die Schaffung bzw. Veränderung von Rechtspositionen als Abgrenzungskriterium abstellen und auf diese Weise einem ausgeprägten Bestandsschutz Vorschub leisten.

Demgegenüber impliziert die Formulierung „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“, dass es sich bei der Normierung des Inhalts, aber auch der Schranken des Eigentums nicht um eine einmalige und ewig währende statische Festlegung handelt. Gesetze definieren die geltende Rechtslage. Gleichwohl sind sie wie die gesellschaftliche, ökonomische und technische Umgebung, für die sie bestimmt sind, Veränderungen zugänglich. Der ausgestaltende Gesetzgeber muss auch auf zuvor gesetzlich entstandene Eigentumspositionen zugreifen können, ohne dass dies als Grundrechtseingriff gilt und den Abwehrschutz des Art. 14 GG auslöst, zumal der Gesetzgeber und die Gerichte überall, wo rechtsstaatliches und gerechtes Handeln erstrebt wird, sich mühsam, zweifelnd und oft korrekturbedürftig von Entscheidung zu Entscheidung vortasten, da „jeder neue Gesetzgebungs- oder Rechtsprechungsakt [...] immer nur der letzte Stand des möglichen Irrtums über das ist, was in dem zu regelnden Fall als gerecht angesehen wird.“⁸⁶² Entsprechend leiten manche aus der Eigentumsgarantie neben der Pflicht, Schutzgesetze zu erlassen, die

860 Vgl. dazu CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 249, der mit Bezug auf den Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG anmerkt: „Eingriffe des Gesetzgebers in den Schutzbereich – ob in der qualifizierten Form der Enteignung oder sonst – können damit an sich konsequenterweise überhaupt nur denkbar sein als rücknehmende Verkürzungen des einmal geschaffenen Rechtsbestandes.“

861 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 124 ff.

862 RÜTHERS, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS für W. Zeidler, Bd. 1, S. 19 (20).

Verpflichtung des Gesetzgebers zur ständigen Überprüfung und Korrektur bestehender Gesetze her.⁸⁶³

Die gleichermaßen schlüssigen Wortlautargumente für die gegensätzlichen Positionen zeigen, dass dem Text des Art. 14 GG keine klare Präferenz für eine der Abgrenzungsansätze zu entnehmen ist. Fraglich ist, ob andere Gesichtspunkte, insbesondere teleologische Aspekte, eine bestimmte Methode zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff nahelegen.⁸⁶⁴

Art. 14 GG hat mit dem Eigentum und dem Erbrecht Einrichtungen zum Gegenstand, die „nicht von Natur aus existieren, sondern von der Rechtsordnung erst begründet werden.“⁸⁶⁵ Mangels einer per se gegebenen Eigentumsordnung überträgt der Verfassungsgeber dem Gesetzgeber durch Art. 14 GG die Aufgabe, eine bestimmte Art der Güterzuweisung und der Verfügungsbefugnis zu schaffen, wobei der Gesetzgeber in sämtlichen Bereichen normgeprägter Grundrechte auf bereits Bestehendes trifft.⁸⁶⁶ Das gilt auch hinsichtlich des hier im Fokus stehenden Urheberrechts, das bereits vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im LUG und KUG Niederschlag gefunden hatte. Vor diesem Hintergrund würde der Eingriff zur Regel werden und die Ausgestaltung die äußerst seltene Ausnahme legislativen Handelns darstellen, wenn man lediglich die Schaffung von gänzlich Neuem als Ausgestaltung verstehen wollte. Das hätte zur Folge, dass sich die Bedeutung der normgeprägten Grundrechte darin erschöpfen würde, die geltende Rechtslage zu bewahren, so dass die Ausgestaltung als dogmatische Kategorie⁸⁶⁷ zu vernachlässigen wäre und überdies jede möglicherweise nachteilige Modifikation der geltenden Eigentumsrechtslage als Ein-

863 Vgl. FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 216, der sich insoweit unter anderem auf BADURA, Der Eigentumsschutz, S. 28 bezieht.

864 Zur Methode der teleologischen Auslegung vgl. HERZBERG, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, S. 2525 ff.; HERZBERG, Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis, JuS 2005, S. 1 ff.

865 EPPING, Grundrechte, Rn. 410, mwN.

866 Das hat zur Folge, dass erst die einfachrechtlichen Normen den von der Verfassung garantierten Eigentumsschutz in seinen konkreten Umfang prägen. Vgl. dazu MORGENTHALER, Freiheit durch Gesetz, S. 247; JARASS, in JARASS/PIEROTH (Hrsg.), Art. 14 Rn. 21; vgl. dazu auch CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 266, der in diesem Zusammenhang betont, dass dem Gesetzgeber die Festlegung des grundrechtlichen Normgehalts nicht vorbehaltlos überantwortet sei.

867 Zum Entwicklungsstand einer Ausgestaltungsdogmatik und zum diesbezüglichen Diskussionsstand vgl. CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 8, 17 ff.

griff zu behandeln und daher potentiell unzulässig und entsprechend rechtfertigungsbedürftig wäre.⁸⁶⁸ Damit würde der den normgeprägten Grundrechten innewohnende, an den Gesetzgeber gerichtete Gestaltungsauftrag in eine Bewahrungspflicht verkehrt.⁸⁶⁹

Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie ist nicht im Sinne eines absoluten Bestandsschutzes zu verstehen. Sie besagt weder, dass der einmal erreichte Umfang des gesetzlichen Schutzes des Urhebers für alle Zeiten unantastbar sei, noch ordnet die Eigentumsfreiheit an, dass jede inhaltliche Veränderung einer urheberrechtlich geschützten Rechtstellung unzulässig sei.⁸⁷⁰ Denn

nicht das Beharren in vorgefundenen Rechtsstrukturen, sondern die Bewährung und Entfaltung der Grundideen des Verfassungsrechts gegenüber den wechselnden Fragen der jeweiligen Gegenwart an das Recht ist Auftrag der Verfassung. Die vermittelnde Funktion des Grundgesetzes zwischen Bewahren und Erneuern wird insbesondere beim Schutz des geistigen Eigentums deutlich.⁸⁷¹

Das ist mit Blick auf das Urheberrecht evident.⁸⁷² Es ist ein Rechtsinstitut, das mit den in § 64 vorgegebenen siebenzig Jahren nach dem Tod des Urhebers und durch die in § 28 geregelte Vererblichkeit darauf gerichtet ist, den Urheber zu überdauern, und somit zeitlich eine erhebliche Ausdehnung aufweist.⁸⁷³ Als Rahmenrecht menschlicher Kommunikation⁸⁷⁴ ist das Urheber-

868 Vgl. dazu LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 122, der dazu anmerkt: „Dem kann man auch nicht entgegenhalten, dass jedenfalls bei Grundrechten, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehen, Eingriffe weder rechtlich noch faktisch schwierig oder unmöglich sind. Denn auch wenn eine Eingriffsrechtfertigung zuweilen oder sogar zumeist möglich ist, bleibt es doch zunächst bei der grundsätzlichen Vermutung der Unzulässigkeit, die erst die Rechtfertigungslast des Staates auslöst.“

869 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 122.

870 Vgl. BVerfG GRUR 1972, S. 491 (493) – Schallplatten; BVerfG GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik zitiert nach DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 40.

871 KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. für W. Zeidler, S. 1639 (1639).

872 Vgl. FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 216.

873 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 126, der als Beispiele für langfristige Rechtspositionen im Bereich normgeprägter Grundrechte die Ehe, Kapitalgesellschaften und einfache Schuldverhältnisse anführt.

874 Vgl. DREIER, in OHLY/u.a. (Hrsg.), FS für G. Schrickler, S. 283.

berrecht im außerordentlich hohen Maß von kulturellen und technologischen Gegebenheiten abhängig.⁸⁷⁵ Seine Geschichte ist gekennzeichnet von Reaktionen auf medien- und kommunikationstechnische Entwicklungen.⁸⁷⁶ Die ausgeprägte zeitliche Dimension des urheberrechtlichen Schutzes und die Wechselwirkung zwischen Urheberrecht und medientechnischer Innovation erfordern ständig Anpassungen. Mitunter wird im Falle des Urheberrechts, abstellend auf die Institutsgarantie des Art. 14 GG, sogar eine Pflicht des Gesetzgebers angenommen, tatsächliche Entwicklungen zu beobachten und darauf legislativ zu reagieren, sofern die Schutzwirkung des Eigentumsgrundrechts das gebiete.⁸⁷⁷ Wenn aber jede einmal vorgenommene Ausgestaltung eigentumsrechtlicher Regelungen den Gesetzgeber verfassungsrechtlich bindet und auf diese Weise jede Modifikation der bestehenden Rechtslage einen Eingriff konstituiert und dem Gesetzgeber die Rechtfertigungslast des Art 14 GG als Abwehrrecht auferlegt, sinkt die Bereitschaft des Gesetzgebers, über das Mindestmaß hinaus ausgestaltend tätig zu werden. Es ist mit dem Sinn und Zweck der Institutsgarantie aus Art. 14 GG, dem Gesetzgeber die „Erzeugung der grundrechtlich geschützten Eigentumsrechte und damit des Grundrechts-Schutzbereichs“⁸⁷⁸ zu

875 Vgl. hierzu SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 5; PEUKERT, in BIEBER (Hrsg.), Soziale Netze in der digitalen Welt, S. 225; POEPPPEL, Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 101; SCHACK, Neue Techniken und Geistiges Eigentum, JZ 1998, S. 753 ff. Hinsichtlich Leistungsschutzrechte ausübender Künstler, vgl. GRÜNBERGER, A Duty to protect the Rights of Performers?, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2006, S. 617 (639).

876 Beginnend mit dem Buchdruck, über die Erfindung des Films, des Fernsehens, der Videorecorder, bis hin zur Schallplatte, der CD usw. waren es immer wieder neu aufkommende Technologien zur Reproduktion, Wiedergabe und Übertragung, welche das Urheberrecht „einerseits bedroht und andererseits beflügelt“ haben. HENNING-BODEWIG, in SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 133; HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 108. Entsprechend war und ist diese Rechtsmaterie seit dem Aufkommen der Digitaltechnik und des Internets in den 1990er Jahren immer wieder Gegenstand von Reformen und Reformdiskussionen. Für einen Überblick über die verschiedenen Gremien sowie die Expertenkommissionen, die in den 1990ern auf nationaler und internationaler Ebene vielfach eingesetzt bzw. berufen worden, um den Anpassungsbedarf des Urheberrechts an die aufkommende, sogenannte Informationsgesellschaft zu eruieren, vgl. DREIER, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, GRUR 1997, S. 859 ff.; LOEWENHEIM, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, S. 830 ff.

877 Vgl. FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 217.

878 CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 265, mwN.

überantworten und es ihm auf diese Weise zu ermöglichen, der jeweiligen Situation angepasste Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, nur schwerlich zu vereinbaren, wenn jede Anpassung des geltenden Rechts an geänderte Verhältnisse das Vorhandensein des mit der Eingriffsbefugnis einhergehenden legislativen Gestaltungsspielraums voraussetzt.⁸⁷⁹

Unter Berücksichtigung der hier skizzierten, insbesondere teleologischen Aspekte des Eigentumsgrundrechts ist den Ansätzen, die zur Abgrenzung von Ausgestaltung und Eingriff auf den überlieferten Normbestand als Unterscheidungskriterium abstellen, eine Absage zu erteilen.⁸⁸⁰ Den Vorzug verdienen die Ansätze, die im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht Ausgestaltung und Eingriff nach der Zielsetzung der Ausgestaltungsermächtigung und nach der Rechtsnatur der prüfungsgegenständlichen Norm vornehmen und Ausgestaltung als jedes privatrechtliche Tätigwerden des Staates im Schutzbereich eines normgeprägten Grundrechts verstehen.⁸⁸¹

Eine vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis zur Einführung eines Pauschalvergütungsmodells ist auf die Ausbalancierung von privaten Grundrechtspositionen und damit auf die Gewährung individueller Autonomie ausgerichtet. Abstellend auf den entwickelten Ansatz zur Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung ist ein solches Gesetz als Ausgestaltung des Eigentumsinstituts zu behandeln.⁸⁸² Demzufolge kann insoweit erst recht nicht von einer Enteignung gesprochen werden. Damit ist zugleich die These widerlegt, Pauschalvergütungssysteme seien enteignend und stellen eine „Sowjetisierung“ des Urheberrechts dar.⁸⁸³

-
- 879 Vgl. MORGENTHALER, Freiheit durch Gesetz, S. 246, der insoweit ausführt: „Die Legislative muß also die Grundrechte entfalten und besitzt aufgrund der ihr damit eröffneten Kompetenz reichlichen Gestaltungsraum, der sich aus dem Umstand ergibt, daß die Normprogramme der Freiheitsgrundrechte wegen ihrer Abstraktheit und Offenheit auf eine – durchaus auch wertende – Präzisierung und Ergänzung durch den Gesetzgeber angelegt sind.“
- 880 Vgl. MORGENTHALER, Freiheit durch Gesetz, S. 246, so auch LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 123, der sich unter anderem auf BVerfGE 50, S. 290 (335) – Mitbestimmung (zu Art. 9 Abs. 1) bezieht.
- 881 Vgl. LENZ, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, S. 137.
- 882 Vgl. so auch ZACHOW, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter, S. 113.
- 883 Vgl. mit Blick auf Kopiertechniken KREILE, in HERSCHEL/HUBMANN/REHBINDER (Hrsg.), FS für G. ROEBER, S. 245 (255), der von einer Enteignung spricht.

e) Das Schrankenmodell im Lichte der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers

Ein Gesetz zur Realisierung eines Schrankenmodells wäre im Hinblick auf Art. 14 GG als grundgesetzexterne Ausgestaltung des Eigentums zu behandeln. Insoweit müsste sich die Legislative als nicht eingreifender, aber gleichwohl an die Grundrechte gebundener Gesetzgeber bei der Regelung nicht auf einen grundgesetzlichen Gesetzesvorbehalt oder auf besondere Rechtfertigungsgründe stützen können,⁸⁸⁴ sondern sich lediglich im Rahmen der durch Art. 14 GG abgesteckten Ausgestaltungsbefugnis bewegen. Insbesondere müsste der Gesetzgeber die überkommenen Strukturprinzipien der dort geregelten Einrichtungsgarantie achten.⁸⁸⁵

Das Grundrecht auf Eigentum gewährleistet im Hinblick auf Immaterialgüter einen Grundbestand an Normen. Dieser muss so geartet sein, dass sich die daraus resultierenden Befugnisse als „Privateigentum“ fassen lassen.⁸⁸⁶ Für das Urheberrecht resultiert daraus, dass es gewährleisten muss, dass dem Urheber die vermögensrelevanten Ergebnisse seiner Schöpfungen im Sinne von Privatnützigkeit grundsätzlich zugeordnet bleiben und es den kreativ Tätigen vorbehalten ist, in eigener Verantwortung über die vermögenswerten Ergebnisse ihrer Arbeit zu verfügen.⁸⁸⁷ Diese Vorgaben der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie konstituieren den Wesenskern des Urheberrechtsschutzes. Es ist auch die Unantastbarkeit dieses Kernbereichs, die einer radikalen Forderung, wie etwa der nach einer Abschaffung des Urheberrechts im digitalen Kontext, entgegensteht.⁸⁸⁸ Zum elementaren Gehalt des Eigentumsgrundrechts zählt jedoch auch das in Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG statuierte Prinzip der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, das in dem knappen Satz „Eigentum verpflichtet“ prägnant zum Ausdruck kommt.

884 Vgl. zur grundrechtlichen Bindung des Privatrechtsgesetzgebers als Grundrechtsadressat JARASS in JARASS/PIEROTH (Hrsg.), GG, Art. 1 Rn. 30, 52, mwN; CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, S. 33 f.; PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 66 ff.; FÖRSTER, Fair Use, S. 166.

885 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattates S. 117.

886 Vgl. BVerGE 31, S. 229, (241) – Kirchen- und Schulgebrauch; BverfG GRUR 2001, S. 43 (44) – Klinische Versuche; BADURA, Der Eigentumsschutz des Urhebers und die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke für die Zwecke der Ausbildung und der Wissenschaft, S. 25.

887 Vgl. BVerGE 31, S. 229, (240) – Kirchen- und Schulgebrauch; DREIER, in DREIER/SCHULZR (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 39; STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 42.

888 Vgl. dazu KREILE, ZUM 1991, S. 101 (102).

Dieser Grundsatz beansprucht auch im Hinblick auf das Immaterialgüterrecht Geltungskraft,⁸⁸⁹ woraus folgt, dass die Legislative bei der Ausgestaltung des Urheberrechts ebenso wie im Falle des Sachenrechts der Sozialpflichtigkeit des Privateigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG Rechnung tragen muss.

Bei der Schaffung urheberrechtlicher Regelungen beanspruchen außerdem weitere, auf die Natur des urheberrechtlichen Schutzgegenstandes zurückzuführende Besonderheiten unbedingte Beachtung.⁸⁹⁰ Denn zwischen dem Eigentum an Sachen und den Herrschaftsrechten an immateriellen Gütern bestehen gravierende Unterschiede, die eine Gleichbehandlung verbieten.⁸⁹¹ Zu den seitens der Legislative zu berücksichtigenden, auf die Natur von Kreativgütern zurückzuführenden Eigenheiten zählt insbesondere die Tatsache, dass ein Schöpfer urheberrechtlicher Schutzgüter seine noch so kreative Tätigkeit nie ausschließlich aus sich heraus und ebenso selten allein für sich betreibt. Kulturell relevante Schöpfung bedarf stets eines gegenseitigen Gebens und Nehmens. Jedes Werk baut auf dem Kulturschaffen vorangegangener Urhebergenerationen auf und wirkt stets und zwangsläufig in einem bereits zuvor bestehenden Kulturkreis, der einerseits Nährboden und andererseits Entfaltungsraum eines jeden Kreativguts ist.⁸⁹² Mithin können selbst Urheber, deren Schutz im Zentrum des Urheberrechts besteht, kein Interesse an einem voll umfänglichen, endlosen Schutz haben. Sie sind ihrerseits auf angemessene Grenzen des Rechts angewiesen.⁸⁹³ Hingegen ist der Sacheigentümer bei der Begründung seiner Rechtsposition in der Regel nicht auf Güter anderer oder auf Allgemeingut angewiesen.⁸⁹⁴

-
- 889 Vgl. PEIFER, Selbstbestimmung im digitalen Netz, ZUM 2014, S. 86 (87); KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 137. Vgl. dazu auch KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. Für W. Zeidler, S. 1639 (1652), der darauf hinweist, dass der Urheber lediglich als Verwertungsberechtigter sozialstaatlich in die Pflicht genommen werden kann.
- 890 Vgl. dazu KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. für W. Zeidler, 1987, S. 1639 (1640).
- 891 Vgl. BVerfGE 31, S. 275 (291); HILTY, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft ZUM 2003, S. 983 (999); FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 219; KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 133.
- 892 Vgl. BT-Drs. 10/837, S. 9.
- 893 Vgl. LOEWENHEIM, in FECHNER (Hrsg.), Die Privatkopie, S. 11.
- 894 Vgl. dazu KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 134.

Bei Berücksichtigung der hier skizzierten, in die Urheberrechtsgesetzgebung einzubeziehenden Spezifika kommt dem Gesetzgeber jenseits des durch die Einrichtungsgarantie des Art. 14 GG zwingend vorgegebenen Mindeststandards ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁸⁹⁵ Dieser besteht auch bei der gesetzlichen Ausbalancierung der mannigfaltigen Interessenkollisionen und der damit einhergehenden Grundrechtskonflikte zwischen Belangen der Urheber, der Werkverwerter und der Werkkonsumenten.

Die hier dargestellten Gesichtspunkte bilden bei Zugrundelegung nationalen Rechts den verbindlichen Rahmen, in dem sich der Gesetzgeber bewegen muss, wenn er urheberrechtliche Vorschriften schafft, etwa den Inhalt und die Reichweite urheberrechtlicher Verwertungsrechte regelt.⁸⁹⁶ Eine verfassungsrechtliche Prüfung des Schrankenmodells ist somit letztlich auf eine Vertretbarkeitsprüfung beschränkt ist. Im Rahmen jener Prüfung sind Interessengerechtigkeit und die Vereinbarkeit mit anderen Verfassungsnormen als Prüfungsmaßstab zugrunde zu legen.⁸⁹⁷

-
- 895 Vgl. dazu SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 56 ff., mwN; zum Gestaltungsspielraum der Legislative beim Erlass von Rechtsvorschriften vgl. JARASS, in JARASS/PIEROTH (Hrsg.), Art. 1 Rn. 52 ff. Umstritten ist, ob der ausgestaltende Gesetzgeber an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich dazu, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich geäußert aber gleichwohl in einigen Entscheidungen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab herangezogen. Die Richtigkeit dieser Rechtsprechung erscheint fragwürdig. Denn im Rahmen des eng mit dem Begriff des Eingriffs verbundenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nimmt das Bundesverfassungsgericht eine umfassende Rechtfertigungsprüfung und -kontrolle vor, die mit dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kaum in Einklang zu bringen ist; vgl. dazu BVerfGE 50, S. 290 (361) – Mitbestimmung; BVerfGE 60, S. 329 (339) – Versorgungsausgleich; zitiert nach EPPING, *Grundrechte*, Rn. 440.
- 896 Vgl. dazu GEIGER, *Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung*, GRUR Int 2008, S. 459 (464), der in diesem Zusammenhang bemerkt, dass der vorgegebene Rahmen insoweit gar nicht so eng sei, wie er oft dargestellt werde.
- 897 Vgl. dazu LENZ, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, S. 156; KREUTZER, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen*, S. 139. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 57.

f) Das Schrankenmodell im Lichte der betroffenen Interessen

Sämtliche Pauschalvergütungsmodelle nehmen für sich in Anspruch, einerseits dem Interesse der Rechteinhaber an einer angemessenen Vergütung zu entsprechen und andererseits Nutzerinteressen und die dezentrale Struktur des Internets optimal zu berücksichtigen. Das kommt prägnant in der Formulierung „compensation without control“ zum Ausdruck.⁸⁹⁸ So mündet das Gros der Argumente für und wider Pauschalvergütungsmodelle letztlich in der Beurteilung ihrer Interessengerechtigkeit. Das veranlasst zu einer Analyse des Schrankenmodells hinsichtlich seiner Eignung zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs.⁸⁹⁹ Dabei ist zu eruieren, ob den insoweit tangierten Grundrechten die ihnen gebührende Geltung verliehen ist, indem sie einander so zugeordnet sind, dass jedes betroffene Fundamentalrecht bzw. Verfassungsgut sich möglichst weitgehend entfalten kann.⁹⁰⁰

aa. Belange der Rechteinhaber

Im Mittelpunkt des digitalen Verwertungsumfelds stehen die Schöpfer sowie die künstlerischen, aber auch die unternehmerischen Vermittler digitaler Kreativgüter. Sie wurden vorstehend vereinfacht unter dem Begriff der Rechteinhaber zusammengefasst. Dabei handelt es sich zugleich um den Personenkreis, der durch ein Schrankenmodell in seinem Eigentumsgrundrecht beschränkt wird.

898 Vgl. LESSIG, *The future of ideas*, S. 201. PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, S. 10.

899 Vgl. dazu eingehend SPINDLER; *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 61, der die nachfolgenden Aspekte unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bearbeitet. Vgl. dazu auch GEIGER, *Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, IIC 2004, S. 268 (275), der allerdings mit Augenmerk auf die Judikative insoweit ausführt: „The continuing expansion of intellectual property rights outside their traditional bounds has a tendency to obscure that they are, by their very nature, limited. This misunderstanding of essential principles of intellectual property and their internal equilibrium makes it necessary for judges to intervene more frequently and invoke external rules - such as the fundamental rights - in order to correct the slide towards protection, thereby reestablishing the proper balance of interests.“; vgl. auch EPPING, *Grundrechte*, Rn. 416; JARASS, in JARASS/PIEROTH (Hrsg.), *GG*, vor Art. 1 Rn. 45.

900 Vgl. EPPING, *Grundrechte*, Rn. 83 sowie 416. Vgl. dazu auch LIBERTUS, *Divergierende urheberrechtlich und äußerungsrechtliche Haftung bei Online-Archiven?*, CR 2012, S. 24 (28).

Die Einführung des Schrankenmodells erfordert die Begrenzung des Vervielfältigungsrechts, des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung sowie der verwertungsrechtlich relevanten Aspekte des Bearbeitungsrechts in Form der Reduzierung dieser Ausschließlichkeitsrechte auf Vergütungsansprüche. Insoweit ist es fraglich, ob noch von einer grundsätzlichen Zuordnung des wirtschaftlich verwertbaren Ergebnisses kreativer Tätigkeit zu seinem Urheber ausgegangen werden kann, wenn dem Urheber infolge der Aufhebung von Verbotsrechten teilweise verwehrt wird, aus der Verwertung seiner Kreativtätigkeit eine individuell auszuhandelnde und idealerweise am Marktwert orientierte Vergütung zu erzielen. Abstellend auf die Belange der Rechteinhaber wird insoweit Pauschalvergütungsmodellen entgegengehalten, sie führten dazu, dass privates Eigentum auf die Allgemeinheit übergehe und der Urheber nicht mehr autonom darüber entscheiden könne, wie und in welchem Umfang sein Werk genutzt werden dürfe. Außerdem bewirke eine pauschale Vergütung, dass der unterschiedliche Wert von Werken bei der Preisbildung keine Berücksichtigung finde. Das störe das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und verhindere eine angemessene Vergütung. Insgesamt bewirke die Ersetzung von Verbotsrechten durch Vergütungsansprüche eine Schwächung der Rechtsstellung der Urheber. Denn die auf Ausschließlichkeit beruhenden Verbotsrechte seien dadurch gekennzeichnet, dass sie an die ohne Zustimmung des Urhebers erfolgende Verwertung sekundäre Ansprüche anknüpfen, nämlich auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz. Zudem sei der vorsätzliche Eingriff in ein Ausschließlichkeitsrecht strafbar.⁹⁰¹ Schließlich sei ein Vergütungsanspruch in der Regel schwerer durchzusetzen als ein auf Ausschließlichkeit beruhender Anspruch, hinter dem die drohende Möglichkeit des Verbots und weiterer Sanktionen stehe.⁹⁰²

Weiter wird angeführt, der Schutz der Privatsphäre dürfe keine Legitimation für die Beeinträchtigung fremder Werte sein.⁹⁰³ Auch rechtfertige der Nutzen der Allgemeinheit nicht die Schädigung von Individualgütern.⁹⁰⁴ Außerdem komme die Herabstufung urheberrechtlicher Verbotsrechte einer Kapitulation des Rechts vor der Macht der Verhältnisse

901 Vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), *Urheberrecht*, § 15 Rn. 17.

902 Vgl. MELICHAR, in SCHRICKER (Hrsg.), *Urheberrecht*, vor §§ 45 ff. Rn. 13; FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 475, mwN.

903 Vgl. MOVESIAN, *Leercassetten*, GRUR 1980, S. 559 (564).

904 Vgl. HUBMANN, *Das Recht des schöpferischen Geistes*, S. 57.

gleich.⁹⁰⁵ Der technische Fortschritt, der massenhafte Werknutzungen im Privaten ermögliche, ohne dass dem gesetzlich entgegengewirkt werde, führe zu einer Zurücksetzung des Schutzes „geistigen Eigentums“ gegenüber dem Schutz des Sacheigentums. Damit etabliere sich in der Rechtsgemeinschaft zunehmend eine Relativierung der Vorstellung vom Schutz „geistigen Eigentums“, so dass im Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit Urheberrechtsverletzungen kaum noch als Unrecht gewertet würden. Entsprechend drohe eine Entwertung des Urheberrechts als Rechtsinstitut.⁹⁰⁶ In ihrer Grundtendenz entspricht die skizzierte Kritik derjenigen, die vor 60 Jahren der Privatkopieschranke entgegengehalten wurde. Dabei vermischen sich verfassungsrechtliche Argumente mit solchen allgemeiner Natur.⁹⁰⁷

In der Tat sind urheberrechtliche Verwertungsrechte auf der Ebene des einfachen Rechts in den §§ 2 und 15 grundsätzlich als „individuelle Herrschaftsrechte“⁹⁰⁸ ausgestaltet. Gleichwohl wird bisweilen in bestimmten, durch Gesetz definierten Fällen das Verbotsrecht aufgehoben und eine konkrete Nutzung für zulässig erklärt.⁹⁰⁹ Als Ausgleich wird dem Rechteinhaber ein Vergütungsanspruch eingeräumt.⁹¹⁰ Das findet sich im deutschen Urheberrecht in den §§ 46, 47, 49, 52a, 53 sowie teilweise in §§ 45a und 52. Mitunter werden Ausschließlichkeitsrechte sogar aufgehoben, ohne im Gegenzug eine gesetzliche Vergütung vorzusehen. Solche vergütungsfreien gesetzlichen Nutzungsbefugnisse finden sich in den §§ 44a, 45, 47, 48, 50, 51, 55, 56, 57, 58, 59 und 60 sowie teilweise in §§ 45a und 52. Die damit

-
- 905 Vgl. MAABEN, Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, S. 338 (352).
- 906 Vgl. HERBST, Enteignung durch Fotokopieren – Falsche Perspektiven bei der Novellierung des Urheberrechtsgesetzes, S. 9.; FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 477.
- 907 Vgl. so FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 476, mit Bezug auf die Privatkopieschranke, mwN.
- 908 Vgl. WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, S. 649.
- 909 Vgl. HAUPTMANN, die Vergesellschaftlichung des Urheberrechts, S. 7 ff.; RIKLIN, Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung, S. 13. KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 140, der in diesem Zusammenhang auf Stimmen in der Literatur hinweist, die entgegen der geltenden Gesetzessystematik das Urheberrecht als die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme zur Regel der „free flow of information“ ansehen; so etwa HOEREN, Urheberrecht 2000, MMR 2000, S. 3 (4).
- 910 Zur Verfassungsmäßigkeit von Pauschalabgaben vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 79.

einhergehende Zurückdrängung der grundrechtlich verbürgten Verfügungsfreiheit der Rechteinhaber über ihre Schutzgüter ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie zu dem Zweck erfolgt, den dem Urheberrecht idealerweise innewohnenden Interessenausgleich sicherzustellen.⁹¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat eine solche Beschränkung mitunter schon aus Gründen der Rechtssicherheit für legitim befunden.⁹¹² Diesbezüglich heißt es:

Es muss auch als eine geringfügige, aber sachlich berechnete Änderung angesehen werden, wenn dem Künstler in § 76 Abs. 2 und § 77 UrhG anstelle des bisherigen Verbotsrechts ein Vergütungsanspruch eingeräumt ist, wobei zu beachten ist, dass die Verfassung zwar die vermögensmäßige Zuordnung des wirtschaftlichen Erlöses, nicht aber bestimmte Rechtsformen der Verwertung gewährleistet.⁹¹³

In einer anderen Entscheidung im gleichen Zusammenhang ist zu lesen:

Die Versagung des Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts für die in § 46 Abs. 1 S. 1 UrhG genannten Sammlungen schmälert das Verfügungsrecht des Urhebers, da er der Verwendung seines Werkes nicht widersprechen und auch nicht die Bedingungen vereinbaren kann, unter denen er einer Verwertung zustimmen würde. Diese Beschränkung führt dann zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wertes der geschützten Leistung, wenn die Möglichkeit der freien Honorarvereinbarung nicht durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch ersetzt wird, wenn also die Freigabe unentgeltlich erfolgt.⁹¹⁴

Mithin bedeutet der grundrechtliche Eigentumsschutz nicht, dass Rechteinhabern jede erdenkliche Nutzungsmöglichkeit zuzuordnen und Rechtsverletzungen maximal zu sanktionieren sind, zumal die Eigentumsfreiheit, wie dargestellt, sozialgebunden und normgeprägter Natur ist. Die Maxime der Verfügungsfreiheit verleiht dem Urheber wegen des öffentlichen Interesses an seinem Werk nicht das Recht, dessen Nutzung anderen zu untersagen.⁹¹⁵ Die Rechtfertigungslast des Gesetzgebers wöge freilich dann schwerer, wenn, anders als im hier diskutierten Modell, neben dem Einwilligungserfordernis auch das Vergütungsrecht entfiel. Dazu müsste sich der

911 Vgl. FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 479.

912 Vgl. BVerfG, NJW 1972, S. 491 (495), zitiert nach KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 146.

913 BVerfGE 31, S. 275 (291) – Schallplatten; die in der Quelle angesprochenen Regelungen sind nunmehr in den §§ 78 Abs. 1 Nr. 2 und 78 Abs. 2 Nr. 2 geregelt.

914 BVerfGE 31, S. 229 (243) – Kirchen- und Schulgebrauch.

915 Vgl. KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. Für W. Zeidler, S. 1639 (1657).

Gesetzgeber nämlich auf ein gesteigertes öffentliches Interesse berufen können.⁹¹⁶

Die gegen Pauschalvergütungsmodelle vorgebrachte Kritik verkennt, dass sich der durch zivilrechtliche Sekundäransprüche, die Grundsätze der Störerhaftung und strafrechtliche Sanktionen gewährleistete Schutzmechanismus nur dort entfalten kann, wo der Rechteinhaber unerlaubte Nutzungshandlungen mit verhältnismäßigen Mitteln unterbinden kann. Hingegen versagt dieser Gedanke, wenn die mittels Verbotsrechten konstruierte Kontrollmacht tatsächlich nicht besteht.⁹¹⁷ Die Möglichkeit der tatsächlichen Kontrolle über den jeweiligen Schutzgegenstand war und ist eine notwendige Bedingung für die Existenz von Ausschließlichkeitsrechten.⁹¹⁸

Die abstrakte rechtliche Möglichkeit des Rechteinhabers, die Nutzung seines Schutzgegenstandes vom Erwerb einer kostenpflichtigen Lizenz abhängig zu machen, führt unter den Bedingungen des digitalen Verwertungsumfelds nicht ohne Weiteres zum Abschluss von Lizenzvereinbarungen und entsprechenden Einnahmen.⁹¹⁹

Im digitalen Kontext ist die Durchsetzbarkeit urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte nicht bzw. lediglich mit unverhältnismäßigen Mitteln

916 Insofern wird auch die vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Differenzierung im Zusammenhang mit der Einschränkung des Urheberrechts relevant. Danach sind „Eingriffe in das Verfügungsrecht eher mit Gemeinwohlbelangen zu rechtfertigen als eine Beschränkung des Verwertungsrechts. Diese kann wegen der Intensität des Eingriffs nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.“ BVerfGE 79, S. 29, 40, zitiert Nach SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 59. Vgl. dazu auch FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 462.

917 Vgl. dazu mit Blick auf die Privatkopieschranke CLAUSSEN, *Die Vergütung für die die Überspielung zum privaten Gebrauch gem. § 54 Absatz 1 UrhG und ihre Verteilung unter die Berechtigten im Filmbereich*, S. 2. FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 476.

918 Entsprechend entstand die Figur des mit Schutzrechten ausgestatteten Autors im heutigen Sinne auch erst, als sich Werke in Form einer Originalausgabe dauerhaft fixieren, identifizieren und somit eindeutig zuordnen ließen. Das geschah mit dem Aufkommen des Buchdrucks, als die maschinelle Reproduktion sicherstellte, dass sich Werke im Zuge ihrer Veröffentlichung, etwa durch Kommentare und Ergänzungen seitens der an der Reproduktion beteiligten Personen nicht mehr änderten.

919 Zwengel, *Kulturflrates*, S. 146.

möglich.⁹²⁰ Das spricht dafür, die mit Ausschließlichkeitsrechten einhergehenden Verbotsansprüche durch Vergütungsansprüche zu ersetzen.⁹²¹ Dass Verbotsrechte *de lege lata* den dogmatischen Regelfall des Urheberrechts darstellen, steht dem nicht entgegen. Die grundgesetzliche Eigentumsgarantie sieht nicht zwingend vor, dass dem Urheber eine durch Verbotsrechte gewährleistete Kontrollmacht bezüglich seiner Werke eingeräumt wird. Der Gesetzgeber gibt dem Urheber Verbotsrechte als Kontrollinstrumente lediglich deswegen in die Hand, um die grundsätzliche Zuordnung der wirtschaftlichen Ergebnisse kreativer Tätigkeit zum Urheber sicherzustellen.⁹²² Wenn also die Maxime der grundsätzlichen Zuordnung und damit einhergehend die Vergütung des Urhebers den Kern des durch Art. 14 GG vorgegebenen Urheberrechtsschutzes ausmachen und das mit dem Ausschließlichkeitsrecht zusammenhängende Verbotsrecht insoweit nur Mittel zur Realisierung eben dieser Vergütung ist, dann kann nicht mehr von einer per se geltenden verfassungsrechtlich vorgegebenen Hierarchie zwischen Verbotsrecht und Vergütungsanspruch ausgegangen werden. Vielmehr muss der Gesetzgeber je nachdem, welches Verwertungsumfeld er regeln will, entscheiden, welches legislative Instrument am besten geeignet ist, die Vergütung des Urhebers sicherzustellen und gleichzeitig den übrigen betroffenen Grundrechtspositionen zur Geltung zu verhelfen.

Im Hinblick auf die Bedeutung urheberbezogener Kontrollmacht, die bei Einführung eines Schrankenmodells beeinträchtigt würde, ist es zudem angezeigt, sich zu vergegenwärtigen, auf welcher Verwertungsstufe die hier behandelte Einschränkung zum Tragen kommt. Insoweit ist zwischen Erst-, Zweit-, Drittverwertungen und Massennutzungen zu unterscheiden. Abstellend auf das Vergütungsinteresse der Rechteinhaber ist ein entsprechendes „Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endnutzers“ dort, wo es rein tatsächlich nicht möglich ist, für den Werkgenuss oder die Wiedergabe eine

920 Vgl. dazu RÖSLER, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte, GRUR Int 2005, S. 991 (991), der diesbezüglich ausführt: „Urheberwerke sind durch das moderne Immaterialgüterrecht in ihrer Exklusivität geschützt - soweit der rechtliche Anspruch. Indes findet weltweit eine faktische Unterwanderung dieses Normgeltungsversprechens in nie da gewesenem Ausmaß statt, da Mediendaten infolge der Digitalisierung weitgehend unerkannt und bei gleich bleibender Qualität kopier- und multiplizierbar sind.“

921 Vgl. POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 36; HESS, in FRIEDRICHSEN/SCHENK (Hrsg.), Globale Krise der Medienwirtschaft, S. 79. BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 44.

922 Vgl. KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 144.

Vergütung einzufordern, sogar geboten.⁹²³ Mit Blick auf den bestehenden Umfang der Kontrollmacht ist die erste Stufe den Berechtigten am wichtigsten, da hier der Kreative im Wege von Verträgen mit Verwertern die Grundlage für seine weitere Beteiligung an der Verwertung seines Werkes legt. Von der ersten Verwertungsstufe hin zur Massennutzung nimmt die Wichtigkeit der Kontrollmacht aus der Sicht des Urhebers ab, denn nach der ersten Verwertungsstufe steht der Umfang der Steuerungsbefugnis weniger im Mittelpunkt des Interesses des Kreativen. Stattdessen rückt das bloße Interesse an der Erzielung einer Vergütung in den Fokus.⁹²⁴ Eine gesetzliche Nutzungsbefugnis zu Unterhaltungs- und Informationszwecken betrifft Massennutzungen, die auf der Verwertungsskala hierarchisch nachgeordnet sind. Eine Folge der hier diskutierten gesetzlichen Nutzungsbefugnis ist, dass dem Urheber nicht mehr das Recht zusteht, die massenhafte erfolgende internetbasierte Vervielfältigung, die öffentliche Zugänglichmachung und die Bearbeitung seines Werks zu verbieten, sofern diese Nutzungen von Verbrauchern zu eigenen Unterhaltungs- und Informationszwecken erfolgen. Damit wird aber lediglich ein Ausschnitt des dem Urheber ausschließlich gewährten Verwertungsrechts eingeschränkt, und zwar auf einer Verwertungsstufe, auf der die umfassende Kontrolle des Urhebers über sein Werk für ihn ohnehin von nachrangiger Bedeutung ist, zumal dem Rechteinhaber nur eine Herrschaftsmacht genommen wird, die tatsächlich nicht besteht.

Hinzu kommt, dass ein Verwertungssystem für digitale Kreativgüter, das mit einem kollektiv wahrzunehmenden gesetzlichen Vergütungsanspruch verknüpft ist, auch individuellen Urhebern, die sich nicht an Verlage oder an andere Mittler binden wollen, sondern das Internet als Intermediär nutzen, die Möglichkeit verschafft, mit ihren Werken ein breites Publikum zu erreichen und daraus Vergütungen zu erzielen. „Gerade Künstlern, die im bisherigen Umfeld nicht in der Lage waren, einen Intermediär zur Unterstützung ihres Markteintritts zu finden, könnte eine Kulturflatrate jedoch Einkommensmöglichkeiten verschaffen und damit Anreize für kreatives Schaffen setzen.“⁹²⁵ Mit Blick auf die Einschränkungintensität eines Schrankenmodells ist zudem zu berücksichtigen, dass es das Prinzip der

923 Vgl. PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzungen im Recht des geistigen Eigentums, S. 87 f.

924 Vgl. dazu WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, (Hrsg.), *Praxis- handbuch Geistiges Eigentum im Internet*, S. 649; WITTWEILER, in HILTY (Hrsg.), *Information Highway*, S. 282 (292).

925 ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 148.

urheberrechtlichen Ausschließlichkeit nicht als solches tangiert. Insbesondere wird die prinzipielle Ausschließlichkeit urheberrechtlicher Verwertungsrechte gewahrt. Die Charakteristika,⁹²⁶ die für Ausschließlichkeitsrechte prägend sind, bleiben unangetastet, während die gestörte Vergütungsfunktion des Urheberrechts wiederhergestellt wird.

Diese Erwägungen, gepaart mit dem hier herausgearbeiteten Verständnis von Verbotsrechten und Vergütungsansprüchen als verfassungsrechtlich gleichwertige legislative Instrumentarien zur Realisierung urheberrechtlicher Verwertungsinteressen, drängen folgende Einsicht auf: Die teilweise Ersetzung von Verbotsrechten durch Vergütungsansprüche im digitalen Kontext ist im Hinblick auf die Maxime der Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes schöpferischer Leistungen zum Urheber nicht nur verfassungskonform, sondern verfassungsrechtlich geboten.

Freilich erschöpft sich der Gehalt der durch ein Schrankenmodell zu begrenzenden Verwertungsrechte nicht auf die angesprochenen wirtschaftlichen Aspekte. Verwertungsrechte dienen gleichzeitig den ideellen Interessen des Urhebers, indem sie ihm die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Weise sein Werk verwertet werden soll.⁹²⁷ Entsprechend ist in der bundesverfassungsgerichtlichen Spruchpraxis „die Einheit des Urheberrechts als unlösbare Verbindung von persönlich-geistiger Schöpfung mit ihrer wirtschaftlichen Auswertbarkeit“ anerkannt.⁹²⁸

Das Schrankenmodell tangiert zwar das Bearbeitungsrecht. Gleichwohl hat die gesetzliche Nutzungsbefugnis zur Einführung eines Schrankenmodells weder Auswirkungen auf das Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne, insbesondere das Recht, über die Veröffentlichung von Kreativgü-

926 Diese sind der negative Ausschluss aller anderen und die positive Zuweisung von Befugnissen tatsächlicher und rechtlicher Art, die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des Eingriffs in einen zuvor definierten Schutzbereich, der ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, sekundäre Ansprüche etwa auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen in den Schutzbereich, die rechtsgeschäftlich mögliche Übertragbarkeit des Rechts sowie dessen zwangsweise Verwertbarkeit in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz. An all dem ändert ein Pauschalvergütungsmodell nichts. Vgl. zu Kennzeichen von ausschließlichkeitsrechten, PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 57 f.

927 Diese Freiheit betrifft die gewerbliche Werknutzung wie die ungewerbliche; vgl. dazu LOEWENHEIM in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 19 Rn. 1.

928 Vgl. FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 161, mwN.

tern zu bestimmen, noch auf den das gesamte Urheberrecht prägenden persönlichkeitsrechtlichen Kern des Urheberrechts als solchen.⁹²⁹ Da es aber gerade auch die Urheberpersönlichkeitsrechte sind, etwa das Erstveröffentlichungsrecht und das Entstellungsverbot, die dem Urheber eine umfassende Werkherrschaft in persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht sichern, und weil die das Schrankenmodells diese Rechte nicht berührt, ist das Schrankenmodell in urheberpersönlichkeitsrechtlicher Hinsicht unproblematisch.⁹³⁰ Dabei ist aber sicherzustellen, dass die Möglichkeiten der Rechtsverfolgung aufrechterhalten werden.⁹³¹

Nimmt man aus dem Kreise der Rechteinhaber derivativ berechnete Inhaber oder Leistungsschutzrechteinhaber, insbesondere Verlage, Sendunternehmen, Produzenten oder Filmhersteller in den Fokus, drängt sich auf den ersten Blick der Eindruck auf, ein Pauschalvergütungsmodell wirke sich auf diese nachteilig aus, soweit sie ihre zuvor exklusiv geltend gemachten Rechte gegenüber privaten Werkverwendern nicht mehr innehätten. Dem stehen allerdings zwei Faktoren entgegen: Einerseits ist die genannte Personengruppe als Rechteinhaber in die Verteilung der Einnahmen aus dem Pauschalvergütungsmodell einzubeziehen, so dass der infolge einer gesetzlichen Nutzungserlaubnis eintretende wirtschaftliche Verlust auch im Hinblick auf jene Personen kompensiert wird. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Zwischenhandlungsstufen infolge von Digitalisierung ihre Funktion verloren haben und in neuen Geschäftsfeldern aufgehen. Auf die damit einhergehenden Verschiebungen zwischen den Einkunftsarten hat beispielsweise die Musikbranche reagiert, indem sogenannte „360-Grad-Verträge“ mit Künstlern geschlossen werden, die sich nicht nur auf Einnahmen aus dem Verkauf von Tonträgern beschränken, sondern sämtliche mit der Aktivität des Künstlers zusammenhängende Einnahmequellen, wie Konzerte und Merchandising, erfassen.⁹³²

-
- 929 Zur Unterscheidung zwischen Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren und im weiteren Sinne vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 12 Rn. 3.
- 930 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 152.
- 931 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 152.
- 932 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 50.

bb. Belange der Werkverwender

Sowohl Werkverwender als auch Betreiber von Internetdiensten können sich im Hinblick auf ihre Interessen auf grundrechtliche Verbürgung berufen.⁹³³ Das Interesse am ungehinderten, nicht zwingend kostenlosen Zugang zu Werken ist von den in Art. 5 Abs. 1 GG statuierten Kommunikationsfreiheiten, also der Informations-, Meinungs-, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, sowie der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG umfasst. Ferner ist das Interesse an zustimmungsfreier Werknutzung Gegenstand der Sozialpflichtigkeit des Eigentums.⁹³⁴ Trotz der grundrechtlichen Gewährleistung ist jedoch umstritten, welches Gewicht insbesondere der ungehinderten Zugänglichkeit von Kulturgütern und Informationen im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht beizumessen ist. Der Gesetzgeber muss bei der Ausgestaltung des Urheberrechts und vor allem bei der Regelung der Grenzen des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsschutzes jedenfalls den objektivrechtlichen Gehalt der berührten Grundrechte als Bestandteil der durch das Grundgesetz geschaffenen Werteordnung berücksichtigen.⁹³⁵

Die seit Ende der 1990er erfolgte Expansion des Urheberrechts mag angesichts des Bedrohungspotentials, das mit der Entmaterialisierung kreativer Güter entstanden ist, gerechtfertigt sein. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass eine wesentliche Funktion des Urheberrechts die Schutz- und Vergütungsfunktion darstellt und der Gesetzgeber aufgrund des „Untermaßverbots“ das verfassungsrechtlich mindestens Erforderliche tun muss, um den Rechteinhabern auch im digitalen Kontext die ihnen zustehenden Rechtspositionen zu erhalten. Insoweit erscheint die Stärkung der Rechtsstellung der Rechteinhaber verfassungsrechtlich und rechtspolitisch

933 Zu der umstrittenen Frage, ob und inwieweit sich einzelne Schrankenbestimmungen, etwa § 53 durch Zugangsinteressen der Allgemeinheit rechtfertigen lassen, vgl. ZWENGEL, Kulturflirates, S. 149, mwN.

934 Vgl. dazu umfassend POEPPPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 131 ff.; STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 42; vgl. auch GEIGER, „Constitutionalising“ Intellectual Property Law?, IIC 2006, S. 371 (386 ff.); zur verfassungsrechtlichen Anerkennung von Interessen an zustimmungsfreier Verwertung, vgl. auch KRÖGER, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 161 ff. Zur Sozialpflichtigkeit des Urheberrechts, vgl. LEINEMANN, Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, S. 35 ff.

935 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflirates, S. 150 ff., mwN.

sinnvoll.⁹³⁶ Betrachtet man hingegen die Expansion des Urheberrechts aus der Perspektive anderer Akteure als der Rechteinhaber, etwa aus der Sicht schöpferischer Werkverwender und damit potentieller Urheber und vor dem Hintergrund anderer Funktionen des Urheberrechts, nämlich der Kommunikationsfunktion und der Innovationsfunktion, drängt sich der Eindruck auf, dass der Gesetzgeber im Einzelnen zu weit gegangen ist und die Gewichte zulasten des einzelnen Internetnutzers verschoben hat.⁹³⁷ Entsprechend bestreitet niemand ernsthaft, dass im Rahmen der Gesetzgebung zum digitalen Urheberrecht überwiegend, wenn nicht gar einseitig die Interessen der herkömmlichen Verwerter Berücksichtigung gefunden haben.⁹³⁸

Pauschalvergütungsmodelle sind geeignet, diese zu Lasten der Werkverwender erfolgte Entwicklung zu begrenzen und so eine Verbesserung ihrer Situation zu bewirken.⁹³⁹ Die zwecks Realisierung eines Schrankenmodells erforderliche Relativierung von Ausschließlichkeitsrechten ist geeignet, die Zugänglichkeit von digitalen Kreativgütern zu verbessern. Dies liegt darin begründet, dass deren kommerziell motivierte internetbasierte Nutzung nach Einführung eines Schrankenmodells nicht durch das Geltendmachen von Verbotsrechten untersagt werden kann. „Für die Schranke zugunsten nutzergenerierter Inhalte kann zudem ein allgemeines Interesse an der Förderung der Kreativität angeführt werden, was sich nicht zuletzt in der weitgezogenen Schranke der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 2 GG niederschlägt.“⁹⁴⁰

Zudem macht die mit einem Schrankenmodell einhergehende Legalisierung typischer heutiger Kulturtechniken eingriffsintensive Maßnahmen zur Durchsetzung des Urheberrechts wie Netzsperrn obsolet und entlastet auf diese Weise die betroffenen Grundrechte der Werkverwender.⁹⁴¹ Auf diese Weise wird im Sinne einer praktischen Konkordanz auch im digitalen Kontext der Vertraulichkeit der Kommunikation, dem Grundrecht auf Gewähr-

936 Vgl. GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 2 (28).

937 Vgl. GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 2 (28).

938 Vgl. so auch WANDTKE, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/III), S. 649 (652).

939 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 130 ff., mwN.

940 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 62.

941 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 62.

leistung und Integrität informationstechnischer Systeme sowie dem Datenschutz seitens der Werkverwender Rechnung getragen.⁹⁴² Sollte das Vergütungsinteresse der Rechteinhaber es unter bestimmten Umständen dennoch erfordern, die Nutzung der betroffenen Werke konkreter zu fassen, wären die einschlägigen Grundsätze des Datenschutzes, insbesondere die der Zweckbindung und Datensparsamkeit, unbedingt zu beachten. Prinzipiell ist Ansätzen der Vorzug zu gewähren, die möglichst nur verteilungsrelevante Daten, etwa lediglich die Metadaten der genutzten Kreativgüter, erheben, auf die Verarbeitung personenbezogener Daten hingegen verzichten oder diese pseudonymisieren.⁹⁴³

Nach den hier dargestellten Erwägungen lässt sich festhalten, dass die Zwecke der Etablierung eines Schrankenmodells auf Allgemeinwohlbelange zurückführbar sind, die insbesondere mit Blick auf die Situation der Werkverwender verfassungsrechtliche Wertentscheidungen berücksichtigen.

cc. Belange der Internetdienste als Intermediäre

Als „Recht der Kulturwirtschaft“⁹⁴⁴ regelt das Urheberrecht den Rechtsschutz kreativer Leistungen, den Anspruch von Werkschaffenden und Werkmittlern auf eine angemessene Vergütung, aber auch den Zugang zu Werken. Insofern nimmt das Urheberrecht zwei Funktionen wahr, nämlich die Stimulierung der Kunstproduktion einerseits und der Kunstdistribution andererseits.⁹⁴⁵ Auf diese Weise sichert es bis dato die Existenz der Kreativen und der Kreativbranche und verleiht der Vermittlung von Kulturgütern den entsprechenden Rechtsrahmen. Die Infrastruktur heutiger Kulturkommunikation ist geprägt von Software-, Digital- und Netzwerktechnik. Daher muss jedes Ersinnen des Urheberrechts der Zukunft auch die Belange der

942 Zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme vgl. BVerfG NJW 2008, S. 822 ff., – Online-Durchsuchung; vgl. auch LUCH, Das neue „IT-Grundrecht“, MMR 2011, S. 75 ff., ROßNAGEL, Neue Maßstäbe für den Datenschutz in Europa, MMR 2014, S. 372 ff.; STADLER, Zulässigkeit der heimlichen Installation von Überwachungssoftware, MMR 2012, S. 18 ff.

943 Vgl. dazu SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 79.

944 SCHRICKER, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 2.

945 Vgl. SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 47.

Anbieter von Informations- und Kommunikationstechnologien umfassend berücksichtigen.

Schrankenmodelle sehen vor, dass die Pauschalvergütung, die zur Abgeltung der freien Nutzbarkeit digitaler Kreativgüter zu zahlen ist, bei Personen erhoben wird, die mit gewerblichem Hintergrund Produkte herstellen oder anbieten oder Dienstleistungen offerieren, welche die Nutzung urheberrechtlicher Schutzgegenstände ermöglichen. Entsprechend sind als Erhebungspunkte der Pauschalvergütung überwiegend Internetzugänge in Form von Breitbandanschlüssen und damit Internetdienste, insbesondere Access-Provider, im Gespräch.⁹⁴⁶ Ein solches Vorgehen bringt es mit sich, dass den Anbietern von Internetdiensten zur Realisierung der Vergütung eine Zahlungspflicht sowie eine Reihe ausdifferenzierter Mitwirkungshandlungen auferlegt werden muss.⁹⁴⁷ Internetdienste sind dadurch verpflichtet, Strukturen zu schaffen und aufrechtzuerhalten, die es ermöglichen, die von den Internetnutzern zu entrichtende Pauschale zu erheben, den Umfang der Nutzung digitaler Kreativgüter festzustellen und darauf basierend, vermittelt über Verwertungsgesellschaften, Ausschüttungen an Rechteinhaber vorzunehmen. Dazu müssen Internetdiensteanbieter komplexe softwarebasierte Systeme anschaffen, installieren, warten und verwalten. Das erfordert einen nicht unerheblichen organisatorischen, personellen und nicht zuletzt finanziellen Aufwand. Die insoweit zu erfüllenden Pflichten knüpfen unmittelbar an die berufliche Tätigkeit der Betreiber von Internetdiensten an. Damit rückt die Frage in den Fokus, ob und inwieweit derartige Mitwirkungspflichten und eine Zahlungspflicht einen verfassungsrechtlich legitimen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Falle der betroffenen Diensteanbieter darstellen.⁹⁴⁸

Auch hier ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage hat, ob und welche Pflichten er zur Sicherstellung von Gemeinwohlbelangen Privaten im Rahmen ihrer Berufsausübung auferlegt. Entscheidend ist, dass die mit einem Schrankenmodell einhergehende Kosten- und Mitwirkungslast nicht unverhältnismäßig hoch ausfällt. Was die Inanspruchnahme von Dritten angeht, wurden schon im Kontext des gegen die Hersteller und Importeure von Geräten

946 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 112.

947 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 66; ZWENGEL, *Kulturflratrates*, S. 175.

948 Vgl. dazu umfassend ZWENGEL, *Kulturflratrates*, S. 166 ff.

sowie von Bild- und Tonträgern gem. §§ 54, 54a bestehenden Vergütungsanspruchs verfassungsrechtliche Bedenken geäußert. Dabei wurde schließlich der Umweg über Dritte wegen der Nachforschungs- und Erhebungsschwierigkeiten im Falle eines gegen die Nutzer gerichteten Anspruchs als das kleinere Übel angesehen,⁹⁴⁹ zumal die Betreiber von Internetdiensten die bei ihnen entstehenden Kosten auf die hauptsächlichen Nutznießer des Schrankenmodells, nämlich die Internetnutzer, abwälzen würden, so wie das Hersteller, Händler und Importeure von Geräten tun, die unter die Geräteabgabe fallen.⁹⁵⁰

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells, insbesondere in der Form eines Schrankenmodells, für Anbieter von Internetdiensten auch eine Reihe positiver Wirkungen mit sich brächte. Sie würde dazu beitragen, dass die innovationshemmende Diskrepanz reduziert würde, die heute zwischen der juristischen und der tatsächlichen Umgebung, in der Innovationsprozesse stattfinden, besteht. Insbesondere würden Internetdiensteanbieter, die als Intermediäre den Zugang zu digitalen Kreativgütern vermitteln, nicht mehr den Schwierigkeiten ausgesetzt, die mit der Erlangung multiterritorialer Lizenzen einhergehen.⁹⁵¹

dd. Interessenausgleich

Grundlegende Verfassungsnormen wie die Eigentumsgarantie einerseits und die Kommunikationsgrundrechte andererseits binden den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Urheberrechts.⁹⁵² Pauschalvergütungskonzepte, insbesondere das Schrankenmodell, berücksichtigen die im digitalen Verwertungsumfeld relevanten Grundrechte aller dort agierenden Akteure.

949 Vgl. MAUNZ, Das geistige Eigentum, S. 112.

950 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 67; ZWENGEL, Kulturflatrates, der die Ansicht vertritt, dass die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Geldleistungspflicht zur Umsetzung einer Kulturflatrate nicht die Voraussetzungen einer verfassungsrechtlich zulässigen Sonderabgabe erfüllt und daher einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit der Zahlungsverpflichteten darstellt und sie in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

951 Vgl. dazu auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 188.

952 Vgl. dazu POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 131; zum Spielraum des Gesetzgebers bei Schrankenbestimmungen, vgl. auch DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 41.

Ebenso haben sie sowohl sämtliche Funktionen des Urheberrechts als auch die mit digitalen Kreativgütern und dem heutigen Verwertungsumfeld einhergehenden Besonderheiten im Blick.

Das Eigentumsgrundrecht der Rechteinhaber, das in der Vergütungsfunktion des Urheberrechts zum Tragen kommt, wird durch das Schrankenmodell insofern berücksichtigt, als ein Schrankenmodell die Nutzung digitaler Kreativgüter an eine gesetzliche Pauschalabgabe knüpft, so dass anstelle einer wenig effektiven Rechtsdurchsetzung für eine angemessene Kompensation der Rechteinhaber gesorgt ist.⁹⁵³ Diesbezüglich wurde dargelegt, dass das Eigentumsgrundrecht nicht bestimmte Verwertungsarten oder gar ein Geschäftsmodell, das etwa auf die individuelle Abrechnung jeder Nutzungshandlung gerichtet ist, unter verfassungsrechtlichen Schutz stellt.⁹⁵⁴ Die grundgesetzlich gewährleistete Partizipation des Rechteinhabers am wirtschaftlichen Wert seiner Kreativität kann ebenso durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch realisiert werden.⁹⁵⁵

Die in der Kommunikationsfunktion des Urheberrechts zum Tragen kommenden Kommunikationsfreiheiten, insbesondere die Informations-, Meinungs-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, sowie das Prinzip der Sozialpflichtigkeit des Eigentums finden im Rahmen eines Schrankenmodells eine erhebliche Beachtung.⁹⁵⁶ Denn das dem Schrankenmodell zugrunde liegende Instrument der gesetzlichen Nutzungsbefugnis ermöglicht die unbedingte und unmittelbare Zugänglichkeit von kulturrelevanten Gütern und Informationen. Somit bedarf es keiner weiteren Zwischenschritte zur Vornahme einer Nutzungshandlung. Eine so geartete Rechtslage würde dem Ideal des freien Flusses von Informationen und Kulturgütern Vorschub

953 Vgl. so auch SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 151.

954 Entsprechend muss dem Rechteinhaber nicht jede erdenkliche Verwertungsmöglichkeit seines Werkes zwingend zugeordnet werden; vgl. dazu BVerfGE 31, S. 275 (286 f.) – Schallplatten; KREUTZER, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen*, S. 144; ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, *Kulturfltrate*, MMR 2010, S. 8 (9). Vgl. dazu auch SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate*, S. 58, der in diesem Zusammenhang zudem auf BVerfGE 58, S. 300 (330) – Nassauskiesung Bezug nimmt.

955 Vgl. so auch GEIGER, *Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung*, GRUR Int 2008, S. 459 (465).

956 Zu der umstrittenen Frage, ob und inwieweit sich einzelne Schrankenbestimmungen, etwa § 53 durch Zugangsinteressen der Allgemeinheit rechtfertigen lassen, vgl. ZWENGEL, *Kulturfltrates*, S. 149, mwN.

leisten.⁹⁵⁷ Das entspräche „dem wachsenden Bedürfnis der modernen Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft nach schnell verfügbaren Informationen und vielfältigen kulturellen Angeboten“⁹⁵⁸

Ferner ist das Schrankenmodell im Hinblick auf datenschutzrechtliche Aspekte, insbesondere das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sowie das informationelle Selbstbestimmungsrecht, eine grundrechtschonende Alternative zum Status quo. Denn soweit ein Schrankenmodell die Vergütung der Rechteinhaber für die internetbasierte Nutzung ihrer Kreativgüter gewährleistet, kann auf eingriffsintensive, wahlweise gegen Internetdienste oder Internetnutzer gerichtete Maßnahmen zur Rechtsdurchsetzung verzichtet werden.⁹⁵⁹ Für eine gerechte Verteilung der Einnahmen durch die Kulturflatrate kommt es nur auf die Anzahl der Vervielfältigungsvorgänge eines Werks an. Die Zuordnung zu einer bestimmten Person ist nicht erforderlich.⁹⁶⁰

3. Pauschalvergütungsmodell, verfassungsrechtlich zulässig

Die Grundrechtsrelevanz des Urheberrechts markiert, bezogen auf das nationale Recht, den Gestaltungsspielraum, aber auch die Grenzen des Gesetzgebers bei der gesetzlichen Etablierung eines jeden Pauschalvergütungsmodells. Dabei kommt dem Gesetzgeber innerhalb dieses Rahmens ein erheblicher Prognose- und Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Auswirkungen legislativer Aktivitäten auf die davon betroffenen Akteure zu.

Bezüglich des Maßstabs, der im Rahmen der Verfassungsmäßigkeitsprüfung zugrunde zu legen ist, war festzustellen, dass ein Pauschalvergütungsmodell als Ausgestaltung des Urheberrechts die charakteristischen Grundstrukturen des Eigentums und damit den Kernbereich des Urheberrechts und dessen Sozialpflichtigkeit zu wahren hat. Ferner müssen darin die mit digitalen Kreativgütern zusammenhängenden Spezifika Berücksichtigung finden. Außerdem trifft den Gesetzgeber die Pflicht, bei der Schaffung eigentumsrelevanter Gesetzgebung den Freiheitsanspruch des Einzelnen einerseits und die Belange der Allgemeinheit andererseits schonend und

957 Zur Idee vom freien Fluss von Informationen vgl. METZGER/KREUTZER, Richtlinien zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2002, S. 139 (142).

958 BT-Drs 14/3972, S. 4, zitiert nach ZWENGEL, Kulturflatrates, S 150.

959 Vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 152.

960 Vgl. ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, Kulturflatrate, MMR 2010, S. 8 (11).

gerecht im Sinne einer praktischen Konkordanz auszugleichen und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen.⁹⁶¹ Ein Hierarchieverhältnis zwischen den betroffenen grundrechtlich relevanten Belangen besteht nicht.⁹⁶² Mitunter kann sogar die Bevorzugung der Interessen der Allgemeinheit gegenüber denen der Urheber verfassungsrechtlich zulässig sein.⁹⁶³ Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass eine Besonderheit urheberrechtlicher Schutzgegenstände darin begründet liegt, dass es sich dabei um ein Mitteilungs- und Kulturgut handelt. Der Urheber ist auf die Annahme und Aufnahme seines Werkes durch die Gesellschaft angewiesen.⁹⁶⁴ Mithin ist das Urheberrecht in letzter Konsequenz nicht dazu bestimmt, andere von der Nutzung des Werkes auszuschließen. Immaterialgüter sind dadurch gekennzeichnet, dass sie durch Nutzung nicht verbraucht werden, sondern sich „zu jedermanns Eigentum“ entwickeln können, wenn sie durch Veröffentlichung verallgemeinert und damit in die Hand von jedermann gegeben sind.⁹⁶⁵

Das Schrankenmodell berücksichtigt sämtliche Funktionen des Urheberrechts. Es ist es ein zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs im Urheberrecht taugliches Konzept und bewegt sich damit im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze.⁹⁶⁶ Durch einen gesetzlichen Vergütungsanspruch sichert das Schrankenmodell die Partizipation des Rechteinhabers an den Früchten seines Rechts. Nachteilige Auswirkungen auf das Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne oder gar auf den persönlichkeitsrechtlichen Kern des Urheberrechts sind von einem Schrankenmodell nicht zu erwarten. Zwar tangiert eine umfassende Lösung auch das persönlich-

961 Vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 91; BVerfG, GRUR 1990, S. 438 (440) – Bob Dylan; zitiert nach KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 137.

962 Vgl. HOHAGEN, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 317; LÖFFLER, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, NJW 1980, S. 201 (204); LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 124.

963 Das gelte jedenfalls dann, wenn die Einschränkung urheberrechtlicher Befugnisse durch einen Vergütungsanspruch ausgeglichen werde; vgl. dazu FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 480.

964 Vgl. KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. für W. Zeidler, S. 1639 (1660).

965 Vgl. KIRCHHOF, in FÜRST/HERZOG/UMBACH (Hrsg.), FS. für W. Zeidler, S. 1639 (1652).

966 Vgl. so auch ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, Kulturfltrate, MMR 2010, S. 8 (11); SPINDLER, Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 151; ZWENGEL, Kulturflrates, S. 196.

keitsrelevante Bearbeitungsrecht, an den im Urheberrecht vorhandenen persönlichkeitsrelevanten Ansprüchen ändert sie jedoch nichts. Insbesondere bleibt es dem Urheber vorbehalten, gegen eine Werkseinstellung oder die Anmaßung der Urheberschaft durch einen Dritten aus seinem Urheberrecht vorzugehen.

Unverhältnismäßige Eingriffe in Grundrechte der Internetdiensteanbieter gehen mit einem Schrankenmodell nicht einher. Freilich sind Internetdiensteanbieter im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells mit Mitwirkungs- und Inkassopflichten konfrontiert. Aber sie sind auch in die Verwertungskette eingeschaltet und können in einem rechtssicheren Umfeld ihre Dienste anbieten. Die durch ein Schrankenmodell gewährleistete freie Zugänglichkeit digitaler Kreativgüter zu Informations- und Unterhaltungszwecken ist nicht nur eine kulturelle Bereicherung. Vielmehr wird dadurch vor allem auch den Kommunikationsgrundrechten der Bürger als Internetnutzer und Werkverwender im digitalen Kontext zur Geltung verholfen. Schließlich vermeidet ein Schrankenmodell, bei dem sich die Messung der Nutzungsintensität von Werken auf freiwillige Erhebungen und anonymisierte Messungen beschränkt, Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht von Internetnutzern und trägt zur Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme bei. Überdies hat ein Schrankenmodell unmittelbar zur Folge, dass sozialadäquate, aber urheberrechtswidrige und teilweise gem. §§ 106 ff. strafbare Handlungen legalisiert werden.⁹⁶⁷ Die damit einhergehende Entkriminalisierung entlastet Gerichte und Staatsanwaltschaften.

Die Verfassungsmäßigkeit des Schrankenmodells als das eingriffsintensivste Konzept lässt, wie bereits erwähnt, auf die Verfassungsmäßigkeit der übrigen Modelle schließen. Ohnehin müssen die anderen Varianten, nämlich die Zwangslizenz sowie unterschiedliche Spielarten der kollektiven Rechtswahrnehmung sowie Freiwilligkeitsmodelle, unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit als mildere Alternativen im Vergleich zum eingriffsintensiven Schrankenmodell gewertet werden.⁹⁶⁸ „Denn wenn sich Stufen der Eingriffsintensität markieren lassen, verlangt das Gebot der Erforderlichkeit, dass der Gesetzgeber die Stufe des intensiveren Eingriffs erst dann betritt, wenn er seine Zwecke auf der Stufe des weniger intensiven

967 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflrates, S. 153, mwN. Vgl. dazu auch HENNE-MANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 327, der es ablehnt, den Aspekt der Entkriminalisierung als Rechtfertigungszugunsten der Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells zu berücksichtigen.

968 Vgl. dazu eingehend ZWENGEL, Kulturflrates, S. 141.

Eingriffs nicht erreichen kann.⁹⁶⁹ Die diversen Ansätze variieren hinsichtlich des Maßes an Freiwilligkeit, die den betroffenen Akteuren im Rahmen des jeweiligen Modells gewährt wird.

Aus der Perspektive der Rechteinhaber und des Eigentumsgrundrechts betrachtet, ist die Eingriffsintensität der vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis die stärkste. Der Rechteinhaber muss die internetbasierte Nutzung seines Kreativguts zu gesetzlich vorgegebenen und möglicherweise durch Interessenvereinigungen konkretisierten Bedingungen hinnehmen. Im Gegenzug hat er einen gesetzlichen Vergütungsanspruch.⁹⁷⁰

Nach der vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis sind als nächstmilderes Mittel zunächst das Konzept zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung⁹⁷¹ und daran anschließend das Zwangslizenzmodell⁹⁷² einzustufen.⁹⁷³ Im Gegensatz zum Schrankenmodell wird durch ein Zwangslizenzmodell oder die zwingende kollektive Rechtswahrnehmung nicht die Reichweite bzw. der Umfang urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte tangiert, sondern der betroffene Rechteinhaber wird lediglich in seiner Freiheit, ein Ausschließlichkeitsrecht auszuüben, eingeschränkt, da er verpflichtet ist, Nutzungsrechte an seinen Schutzgütern zu erteilen. Dabei unterscheidet sich die zwingende kollektive Rechtswahrnehmung von der Zwangslizenz insofern, als im Falle zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung der Rechteinhaber darauf beschränkt ist, seine Rechte kollektiv durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen. Demnach ist die zwingende kollektive Rechtswahrnehmung eingriffsintensiver als das Zwangslizenzmodell, bei dem sich der Rechteinhaber individueller Lizenzen bedienen darf und nicht zwingend eine Verwertungsgesellschaft zur Rechtswahrnehmung einschalten muss.

Gemeinsam sind dem Schrankenmodell, dem Konzept der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung und dem Zwangslizenzmodell, dass ihre Wirkung im Hinblick auf die Rechteinhaber zwingend ist. Vor dem Hintergrund des Stufensystems der Beschränkungen urheberrechtlicher Befugnisse lassen sich im Vergleich zu den zwingenden Modellen diejenigen Konzepte als mildere Alternativen identifizieren, die es den Rechteinhabern erlauben, die Wirkung des jeweiligen Modells im Wege von Opt-out-

969 ZWENGEL, Kulturflrates, S. 141.

970 Vgl. Teil 4, A. I.

971 Vgl. Teil 4, A. III.

972 Vgl. Teil 4, A. II.

973 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflrates, S. 141, der als mildere Mittel Opt-out-Lösungen identifiziert.

Lösungen auszuschließen. Das ist etwa bei den auf Mechanismen der erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung basierenden Konzepten der Fall.⁹⁷⁴

Mit Blick auf das Eigentumsgrundrecht ist die mildeste Variante eines Pauschalvergütungsmodells das Fakultativmodell.⁹⁷⁵ Das sieht zwar wie ein Schrankenmodell auch ein gesetzliches Vergütungssystem vor, aber im Mittelpunkt der Konzeption steht die Wahlfreiheit des Rechteinhabers hinsichtlich der Teilnahme an diesem System. Dabei ist der gesetzliche Grundfall die Nichtteilnahme. Der Rechteinhaber kann im Wege des Opt-in seine Schutzgüter dem gesetzlichen System unterstellen und damit deren internetbasierte Nutzung im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells erlauben. Abstellend auf die Perspektive der Internetnutzer sowie der Intermediäre weist nur das Schrankenmodell einen Eingriffscharakter auf, indem es nämlich jeden Internetnutzer verpflichtet, eine an die Inhaberschaft eines Internetanschlusses geknüpfte Pauschalabgabe zu zahlen. Die übrigen Varianten enthalten weder für Internetnutzer noch für Anbieter von Internetdiensten verpflichtende Elemente.

Folglich ist festzustellen, dass sich die diskutierten Pauschalvergütungsmodelle nach ihrer Eingriffsintensität kategorisieren lassen, wobei die Eingriffsintensität insbesondere im Hinblick auf Art. 14 GG vom Schrankenmodell über das Modell der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung hin zum Zwangslizenzmodell, zu den Opt-out- und schließlich den Opt-in-Lösungen abnimmt. Damit ist aber die eingriffsintensivste Konzeption, das Schrankenmodell, nicht per se in Frage gestellt. Denn es ist nicht offensichtlich, dass die anderen, weniger eingriffsintensiven Modelle zur Erreichung der denkbaren gesetzgeberischen Zwecke – Gewährleistung maximaler freier Zugänglichkeit und Zirkulierbarkeit digitaler Kreativgüter zu privaten Zwecken bei gleichzeitiger Sicherstellung einer angemessenen Vergütung der Rechteinhaber – gleichermaßen geeignet wären.⁹⁷⁶ Insbesondere führt die im Rahmen der Opt-out- und Opt-in-Lösungen vorgesehene Abdingbarkeit des jeweiligen Systems dazu, dass die Förderung der gesetzgeberischen Zwecke weitgehend von der Bereitschaft der Rechteinhaber abhängig gemacht wird, ihre Schutzgegenstände der Pauschalvergütung zu unterstellen oder nicht.

Vor dem hier dargestellten Hintergrund ist es auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nicht zu beanstanden, wenn sich die Legislative zur Umsetzung eines Pauschalvergütungsmodells des eingriffsintensivsten

974 Vgl. Teil 4, A. III. 2.

975 Vgl. Teil 4, A. IV.

976 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 143.

Werkzeugs, der gesetzlichen Nutzungsbefugnis, bedient, statt eines der nicht oder weniger beeinträchtigenden Konzepte zu wählen. Das Gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber sich für eine der andern Alternativen entscheidet, zumal dem Gesetzgeber auch in dieser Hinsicht eine erhebliche Einschätzungsprärogative zuzugestehen ist.⁹⁷⁷

Aus der festgestellten Verfassungsmäßigkeit der eingriffsintensivsten Konzeption, des Schrankenmodells, lässt sich der Schluss ziehen, dass es sich auch bei den übrigen Pauschalvergütungsmodellen um verfassungsmäßige Alternativen zum Status quo handelt. Die diversen Pauschalvergütungskonzepte⁹⁷⁸ genügen den Anforderungen, die das nationale Verfassungsrecht an die Etablierung eines alternativen Vergütungssystems für internetbasierte Nutzungen digitaler Kreativgüter knüpft.

II. Supra- und internationale Grenzen

Nationales Urheber- und Leistungsschutzrecht ist immer auch Ausfluss und oftmals Umsetzung multilateraler Verträge.⁹⁷⁹ Dies ist darauf zurückzuführen, dass mit der zunehmenden Verbreitung von Geisteswerken über Staatsgrenzen hinweg das Bedürfnis wuchs, einen Urheberrechtsschutz zu installieren, der es vermag, Urheber hinsichtlich ihrer Schaffensergebnisse losgelöst von nationalen Grenzen zu schützen.⁹⁸⁰ Denn es zeigte sich schon früh, dass ein System, das die Diskriminierung von Ausländern erlaubt, den Erfordernissen des grenzüberschreitenden Handels nicht genügt. Infolgedessen wurde ausländischen Urhebern bzw. Werken zunächst Schutz auf der Grundlage diverser bilateraler Verträge gewährt.⁹⁸¹ Eine räumliche

977 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 143.

978 Vgl. Teil 4, A.

979 Vgl. RIESENHUBER, Der Einfluss der RBÜ auf die Auslegung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2003, S. 333.

980 Vgl. dazu VEC, in EISFELD/PAHLOW (Hrsg.), Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, S. 107, der diesbezüglich ausführt: „Zwei völkerrechtliche Verträge, die Pariser Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums und die Berner Übereinkunft betreffend die Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, markieren Zäsuren in der Rechtsgeschichte des Geistigen Eigentums. Sie hoben das Schutzniveau auf internationaler Ebene merklich an und leisteten einer Rechtsvereinheitlichung Vorschub. Aus heutiger Sicht stellen sie Meilensteine in der Entwicklung dieses Rechtsgebiets dar.“

981 Beispielsweise schloss das Deutsche Reich im Jahre 1892 einen bilateralen völkerrechtlichen Vertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über den gegenseitigen Schutz der Urheberrechte ab. 1883 und 1884 schloss das Deutsche

Erweiterung des Rechtsschutzes war durch mehrseitige Abkommen zu etablieren. So schlossen sich bereits im Jahre 1886 zehn Nationen durch eine völkerrechtliche Konvention, die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, infolge mehrfacher Revision nun als Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) bezeichnet, zu einem Staatenverband zusammen. Sie einigten sich im Wesentlichen auf drei, von allen Verbandsmitgliedern einzuhaltende Prinzipien. Urheberrechtsschutz für ausländische Werke wird seitdem vor allem durch das Zusammenspiel im RBÜ begründeter und durch diverse darauf folgende internationale Abkommen fortentwickelter Mechanismen, den Grundsatz der Inländerbehandlung, Mindestrechte sowie das Schutzlandprinzip, gewährleistet.⁹⁸² Ebenso ist das urheberrechtliche Durchsetzungsinstrumentarium sowohl völkerrechtlich als auch auf supranationaler Normsetzungsebene verbürgt.

Angesichts der weltweiten Vernetzung und der Globalisierung gilt das heute mehr denn je.⁹⁸³ Besonders im digitalen Kontext wirken völkerrechtliche Verträge sowie supranationale Rechtsakte auf den Umfang und die Reichweite urheberrechtlicher Verwertungsrechte sowie auf ihre Grenzen ein und prägen die nationalen Urheberrechtsordnungen. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist nationales Urheberrecht außerdem zumindest fragmentarisch durch Richtlinien auf diesem Gebiet maßgeblich beeinflusst.⁹⁸⁴ Insbesondere müssen nationale Gesetzgeber innerhalb der Europäischen Union bei der Formulierung neuer Ausnahmen und Beschränkungen des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts den abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 2 Info-RL beachten.

Reich sogenannte Literaturverträge mit Belgien, Frankreich und Italien ab. Vgl. zum Ganzen WANDTKE, in WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 78; REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 30.

982 Vgl. RIESENHUBER, Der Einfluss der RBÜ auf die Auslegung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2003, S. 333 (334). Zu den genannten Grundsätzen vgl. statt vieler KATZENBERGER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 120 ff. Rn. 47; zum Schutzlandprinzip, DREIER in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor §§ 120 Rn. 28.

983 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 42.

984 Vgl. dazu eingehend und mit umfassenden Literaturangaben v. LEWINSKI, in LOEWENHEIM, Handbuch des Urheberrechts, § 54 ff. Vgl. zur Umsetzung der Info-RL in den einzelnen Mitgliedstaaten LINDNER/SHAPIRO, Copyright in the Information Society, S. 57 ff.

Darin ist ausdrücklich geregelt, dass andere als die dort konkret den Mitgliedstaaten eröffneten Möglichkeiten der Beschränkung nicht zulässig sind.⁹⁸⁵

Zusammenfassend ist festzustellen, dass jeder legislative Lösungsansatz für das Verwertungsproblem im digitalen Kontext, der für sich in Anspruch nimmt, eine realistische Chance auf Umsetzung in absehbarer Zeit zu haben, mit der europarechtlichen (1) sowie konventionsrechtlichen (2) Dimension des Urheberrechts vereinbar sein muss.

1. Unionsrechtliche Grenzen

Will der Gesetzgeber eines Mitgliedstaates ein Pauschalvergütungsmodell national etablieren, muss er in unionsrechtlicher Hinsicht den Anforderungen des Primär- und Sekundärrechts genügen.⁹⁸⁶ Auf der Ebene des Primärrechts können Grundfreiheiten sowie Grundrechte die Ausgestaltungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber begrenzen (a). Sekundärrechtlich stellt sich vor allem die Frage der Vereinbarkeit mit dem abschließenden Schranken-katalog des Art. 5 Info-RL (b). Außerdem muss jede Beschränkung des Vervielfältigungsrechts sowie des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung der in Art. 5 Abs. 5 Info-RL verankerten Schranken-Schranke, nämlich dem Dreistufentest, genügen (c). Ferner sind die Grundsätze des rechtlichen Schutzes technischer Schutzmaßnahmen sowie des Schutzes von Informationen für die Rechtswahrnehmung zu beachten (d, e).

a) Grundfreiheiten und Grundrechte

Die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells würde weder gegen europäische Grundfreiheiten des AEUV noch die Grundrechte der EGRCh

985 Vgl. dazu LEHMANN, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 54 Rn. 45; kritisch dazu HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, EIPR 2000, S. 499 (501); die schon damit erreichte Harmonisierung verteidigend REINBOTHE, *Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht*, ZUM 2003, S. 43 (46).

986 Zum europarechtlichen Rahmen des Urheberrechts vgl. eingehend KUR/DREIER, *European Intellectual Property Law*, S. 241 ff.; zur Bindung der Mitgliedstaaten an europarechtliche Vorgaben bei der Beschränkung von Ausschließlichkeitsrechten im digitalen Kontext vgl. ASCHENBRENNER, *Leitlinien aus Europa für die Umsetzung der Privatkopierschranke im Zweiten Korb der Urheberrechtsnovelle*, ZUM 2005, S. 145 (148).

verstoßen.⁹⁸⁷ Die europäischen Grundfreiheiten zielen darauf ab, über nationale Grenzen hinweg in der Europäischen Union einen freien Wirtschaftsverkehr sicherzustellen. Danach sind Maßnahmen eines Mitgliedstaates unzulässig, wenn sie EU-Ausländer gegenüber Inländern benachteiligen.⁹⁸⁸ Bezüglich der Vereinbarkeit eines Pauschalvergütungsmodells mit den Grundfreiheiten ist fraglich, ob die Auferlegung von Mitwirkungs- und Inkassopflichten auf Internetdiensteanbieter eine Behinderung grenzüberschreitenden Wirtschaftens darstellt und damit gegen europäische Grundfreiheiten verstößt. Insofern ist aber zu berücksichtigen, dass ein Pauschalvergütungsmodell inländische sowie ausländische Diensteanbieter gleichermaßen verpflichtet.⁹⁸⁹ Unterschiedliche Auswirkungen für einheimische und ausländische Diensteanbieter sind nicht zu erwarten. Ebensowenig ist von ungleichen Konsequenzen für inländische und ausländische Rechteinhaber auszugehen.

In der Frage der Vereinbarkeit mit europäischen Grundrechten sind die gleichen Erwägungen einschlägig, wie sie im Rahmen der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Schrankenmodells angestellt wurden.⁹⁹⁰ Insbesondere verlangt auch das Unionsrecht, dass im Falle von Grundrechtskollisionen die miteinander kollidierenden fundamentalen Güter in ein angemessenes Verhältnis zueinander gebracht werden. Dabei darf keine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig ihrer Wirksamkeit im Leben des Gemeinwesens beraubt werden. Dies hat der EuGH zuletzt mit Blick auf die Kollision des Eigentumsrechts und des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf einerseits und des Rechts auf Achtung des Privatlebens andererseits in seinem *Promusicae*-Urteil⁹⁹¹ betont. Der Gerichtshof führte aus,

-
- 987 Vgl. Ausführungen dazu bei ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 267 ff.; zu europäischen Grundfreiheiten mit besonderem Bezug zu Medien- und Telekommunikationsrecht vgl. FINK, in SPINDLER/SCHUSTER (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Erster Teil, B. Europarecht, Rn. 11; Zur Verbindung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten vgl. FRENZ, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, S. 603 ff.
- 988 Zur Dogmatik und Struktur der Grundfreiheiten vgl. JARASS, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 705 ff.
- 989 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 268.
- 990 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 269.
- 991 Vgl. EuGH, Rs. C- 275/06 – *Promusicae* / Telefónica, Slg. 2008, I- Rn. 61 ff. In der Entscheidung hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 234 EG zu urteilen, ob das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten gebietet, im Hinblick auf den effektiven Schutz des Urheberrechts die Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen. Der EuGH verneinte die Frage.

dass die Mitgliedstaaten sich bei der Umsetzung der Richtlinien im Bereich des Immaterialgüterschutzes und des Schutzes personenbezogener Daten auf eine Auslegung stützen müssen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen, durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen. Bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinien haben die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit diesen Richtlinien auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung der Richtlinien stützen, die mit den Grundrechten oder anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert. Insofern sei auf das oben gefundene Ergebnis verwiesen, wonach das Schrankenmodell ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel darstellt, um den durch das Urheberrecht herzustellenden Interessenausgleich zu gewährleisten.⁹⁹²

b) Abschließender Schrankenkatalog der Info-RL

Bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Pauschalvergütungsmodells nach dem europäischen Sekundärrecht steht die Frage der Vereinbarkeit mit der Info-RL im Fokus des Interesses. Der Anwendungsbereich der Info-RL ist eröffnet, da ein umfassendes Pauschalvergütungsmodell neben dem Bearbeitungsrecht, wie dargelegt, das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beschränkt und damit die Art. 2 und 3 Abs. 1 und 2 Info-RL tangiert. Diese durch die nationalen Urheberrechtskodifikationen zu gewährenden ausschließlichen Rechte der Vervielfältigung und der öffentlichen Zugänglichmachung dürfen die Mitgliedstaaten nur soweit einschränken, wie das in der Info-RL vorgesehen ist. Art. 5 Info-RL enthält eine erschöpfende Aufzählung der Schranken, die einzelne Mitgliedstaaten im Hinblick auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zulässigerweise in ihrem Urheberrecht einführen dürfen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die oben erarbeiteten Pauschalvergütungsmodelle insoweit europarechtlich zulässig sind.

992 Vgl. Teil 5, B. I. 2. f) dd.

aa. Vergütungspflichtige Gesetzliche Nutzungsbefugnis

Bezüglich des Vervielfältigungsrechts gestattet es Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL den Mitgliedstaaten, für private Nutzungshandlungen eine Beschränkung des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts vorzusehen, sofern gewährleistet ist, dass die betroffenen Rechteinhaber im Gegenzug einen gerechten Ausgleich erhalten. Das ist im Rahmen eines Schrankenmodells gewährleistet.

Demgemäß stünde die InfoSoc-Richtlinie auch einer entsprechenden Ausdehnung der Privatkopierschranke für den Download, also die Vervielfältigung, nicht entgegen – die Richtlinie beschränkt die Privatkopierschranke auch nicht wie § 53 Abs. 1 UrhG auf rechtmäßige Vorlagen, von denen die Kopie anfertigt wird.⁹⁹³

Als problematisch erweist sich aber die Beschränkbarkeit des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung durch mitgliedstaatliches Urheberrecht. Der erschöpfende Katalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL, über den die nationalen Gesetzgeber nicht hinausgehen dürfen, sieht die Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung für private Zwecke nicht vor. Folglich ist die gesetzliche Nutzungsbefugnis, die im Rahmen eines Pauschalvergütungsmodells das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beschränken würde, mit Art. 5 Abs. 3 Info-RL nicht vereinbar.⁹⁹⁴

Auch die Erwägungsgründe lassen nicht erkennen, dass es sich hier um ein Versehen des Richtliniengabers handeln sollte. Die nationale Einführung einer entsprechenden Schranke würde daher de lege lata gegen die Info-Soc-RL verstoßen. [...] Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Art. 6 InfoSoc-Richtlinie, der den Schutz von DRM-Maßnahmen regelt, keinerlei Schranke für die private Vervielfältigung vorsieht. Mit anderen Worten darf bei einem DRM geschützten Werk nicht der technische Schutz umgangen werden, um eine private Kopie herzustellen. Will man eine flächendeckende, auch DRM-geschützte Werke umfassende Schranke einführen, müsste daher auf auch diese Vorgabe geändert werden.⁹⁹⁵

Im Hinblick auf Art. 6 Info-RL ist allerdings zu beachten, dass er einem Modell nicht entgegenstünde, der gegen technische Schutzmaßnahmen

993 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 69. Vgl. dazu auch ASCHENBRENNER, Leitlinien aus Europa für die Umsetzung der Privatkopierschranke im Zweiten Korb der Urheberrechtsnovelle, ZUM 2005, S. 145 (152).

994 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflrates, S. 273.

995 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 69 ff.; vgl. dazu auch ZWENGEL, Kulturflrates, S. 273, 275.

nicht durchsetzbar ist.⁹⁹⁶ Die europarechtliche Zulässigkeit eines Schrankenmodells scheidet dennoch am erschöpfenden Schranken katalog des Art. 5 Abs. 1-3 Info-RL.

bb. Zwangslizenzmodell

Anders als die gesetzliche Lizenz verkürzt eine Zwangslizenz nicht den Umfang eines urheberrechtlich gewährten Rechts, sondern betrifft primär die Modalitäten der Übertragung jenes Rechts.⁹⁹⁷ So verbleibt dem Rechteinhaber im Falle einer Zwangslizenz jedenfalls die Möglichkeit, über die Gegenleistung für das erzwungene Nutzungsrecht mit dem Lizenznehmer zu verhandeln.⁹⁹⁸ Insofern ist es fraglich, ob auch eine Zwangslizenz eine Ausnahme oder Beschränkung im Sinne der Info-RL darstellt. Entsprechend kann auch die Unvereinbarkeit eines Zwangslizenzmodells mit dem abschließenden Schranken katalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL, der die Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung für private Zwecke nicht vorsieht, bezweifelt werden. Denn eine Kollision mit dem abschließenden Schranken katalog der Info-RL ist nur denkbar, soweit es sich bei der betreffenden Regelung um eine Schranke oder Ausnahme im Sinne der Info-RL handelt.

Der deutsche Gesetzgeber des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft hat mit Blick auf die Zwangslizenz aus § 61 a. F. den Standpunkt eingenommen, dass es sich bei der Verpflichtung zur Einräumung eines Nutzungsrechts zur Herstellung von Tonträgern um eine Ausübungsregelung handle, die in das Ausschließlichkeitsrecht selbst nicht eingreife und daher auch keine Schranke desselben sei.⁹⁹⁹ Dementsprechend hat der Gesetzgeber § 61 aus dem Schranken katalog gestrichen und unter vollständiger Beibehaltung des Wortlautes dessen Regelungsgehalt im neuen § 42a dem zweiten Unterabschnitt des fünften Abschnitts des Urheberrechtsgesetzes, und damit systematisch den Vorschriften zu Nutzungsrechten, zugeordnet.¹⁰⁰⁰

996 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 276.

997 Zu einem auf einer Zwangslizenz basierendes Pauschalvergütungsmodell vgl. Teil 4, A. II.

998 Vgl. ZACHOW, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter, S. 142.

999 Vgl. BT.-Drs. 15/38, S. 17, zit. nach DREYER in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, Urheberrecht, § 42a Rn. 3.

1000 Vgl. dazu SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 42a Rn. 2.

Auf die hier umrissene Rechtsauffassung des Gesetzgebers zu § 61 a. F. und § 42a rekurrend kann die Ansicht vertreten werden, dass ein auf einer Zwangslizenz basierendes Pauschalvergütungsmodell mit dem abschließenden Schrankenatalog der Info-RL vereinbar sei. Da die Zwangslizenz, anders als etwa eine gesetzliche Lizenz, nicht selbst in das Ausschließlichkeitsrecht eingreife, sondern lediglich Teilfragen bezüglich dessen Ausübung regele, stelle sie keine Ausnahme oder Schranke der Ausschließlichkeitsrechte im Sinne von Art. 5 Abs. 1-3 Info-RL dar.¹⁰⁰¹ Allerdings ist eine solche Auffassung mit europäischem Recht nicht vereinbar. Sie verkennt, dass der europäische Richtliniengesetzgeber der Info-RL einen weiten Begriff der Ausnahme bzw. der Beschränkung zugrunde gelegt hat. Danach ist jede gesetzgeberisch vorgenommene Maßnahme zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs zwischen Rechteinhabern und Nutzern, der in Bezug auf eine an sich zustimmungspflichtige Handlung erfolgt, eine Ausnahme bzw. eine Schranke im Sinne der Richtlinie.¹⁰⁰² Es trifft zwar zu, dass eine Zwangslizenz nur Teilfragen bezüglich der Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts zum Gegenstand hat. Nichtsdestotrotz ist die Zwangslizenz ein Instrument zum Austarieren von durch das Urheberrecht betroffener Interessen und kann, abstellend auf die Perspektive von Rechteinhabern, beschränkender Natur sein. Sie erschöpft sich nicht in der Eingrenzung der schuldrechtlichen Abschlussfreiheit. Vielmehr begrenzt sie die Ausübbarkeit als solche und hebt insoweit die Ausschließlichkeitswirkung des zugrunde liegenden Ausschließlichkeitsrechts sowie damit teilweise auch das positive Nutzungsrecht des Rechteinhabers faktisch auf.¹⁰⁰³ Aufgrund eben dieser beschränkenden Wirkung ist auch die Zwangslizenz als eine Ausnahme bzw. eine Beschränkung im Sinne des Art. 5 Info-RL zu behandeln.

Auch der deutsche Gesetzgeber ist seit jeher von der beschränkenden Natur einer Zwangslizenz ausgegangen. Anders ist der seit Jahrzehnten angestammte Platz der Zwangslizenz für Tonträgerhersteller im § 61 a. F. innerhalb der Schrankenregelungen im 6. Abschnitt des Urheberrechtsgesetzes nicht zu erklären. Insofern handelt es sich bei der Herausnahme des § 61 a. F. aus dem Schrankenatalog und dessen Verlagerung in den

1001 Vgl. so MELICHAR in SCHRICKER (Hrsg.), *Urheberrecht*, § 42a Rn. 3a; BULLINGER, in WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), *UrHr*, § 42a Rn. 1, die sich dabei auf § 42a und § 61 a.F. beziehen.

1002 Vgl. dazu Erwägungsgrund 31 Info-RL., zit. nach DREYER in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, *Urheberrecht*, § 42a Rn. 4.

1003 Vgl. SCHAEFER, in FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, § 42a Rn. 4; DREYER in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, *Urheberrecht*, § 42a Rn. 4.

Abschnitt über Nutzungsrechte eher um einen „juristischen Kunstgriff“, der bestimmten politischen Gegebenheiten geschuldet war, als um eine methodisch fundierte Kehrtwende hinsichtlich der dogmatischen Behandlung einer Zwangslizenz.¹⁰⁰⁴

Für die Einordnung der Zwangslizenz als Ausnahme bzw. Beschränkung im Sinne der Info-RL streitet ferner eine Zusammenschau der Sprache der Info-RL und anderer internationaler und europäischer Rechtsakte, die eine Zwangslizenz behandeln und darauf in den jeweiligen englischen Fassungen unter dem Terminus der „Limitation“ Bezug nehmen. Das trifft etwa auf Art. 10 Vermiet- und Verleih-Richtlinie¹⁰⁰⁵ zu, der in seinem Abs. 2 S. 2 eine Zwangslizenz regelt und die Überschrift „Limitations to rights“ trägt. Die deutsche Übersetzung lautet „Beschränkung der Rechte“. Ebenso trägt Art. 13 RBÜ, dessen Abs. 2 es den Verbandsländern gestattet, für ihren Bereich Vorbehalte und Voraussetzungen betreffend die Ausübung urheberrechtlicher Rechte aufzustellen, in seiner Überschrift den Begriff „Limitation“. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der europäische Gesetzgeber der Info-RL auch Zwangslizenzen von Artikel 5 der Info-RL umfasst wissen wollte, als er den betreffenden Artikel mit der Überschrift „Exceptions and limitations“ versah.

Bei Zugrundelegung der erfolgten Erwägungen ist festzustellen, dass die Zwangslizenz eine Ausnahme bzw. eine Beschränkung im Sinne der Info-RL darstellt. Demzufolge ist ein Pauschalvergütungsmodell, welches auf dem legislativen Werkzeug der Zwangslizenz basiert und insofern eine zwingende Rechteeinräumung hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung für private Zwecke vorsieht, nicht mit dem abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar, da jener Katalog keine Ausnahme bzw. Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung durch die Mitgliedstaaten vorsieht.

cc. Zwingende kollektive Rechtewahrnehmung

Fraglich ist, ob auch das gesetzliche Instrument der kollektiven Rechtewahrnehmung als Ausnahme bzw. Schranke im Sinne der Info-RL zu

1004 Vgl. DREYER in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, Urheberrecht, § 42a Rn. 3; SCHAEFER, in WANDTKE/BULLINGER, UrhR, § 85 Rn. 30.

1005 Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. 2006, L 376/28.

behandeln, an Art. 5 Info-RL zu messen und im Hinblick auf die Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung unzulässig ist. Gegen die Einordnung der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung als Ausnahme bzw. Schranke spricht der Umstand, dass die zwingende kollektive Rechtswahrnehmung nicht den Bestand und den Umfang eines Ausschließlichkeitsrechts betrifft, sondern die Ausübung des betreffenden Rechts regelt.¹⁰⁰⁶ Allerdings beinhaltet die Ausschließlichkeit eines Rechts auch die Befugnis des Rechteinhabers, ausschließlich über das betreffende Recht zu verfügen und allein darüber zu entscheiden, ob er Nutzungen, die sein Recht erfasst, erlaubt oder verbietet. Dieses Charakteristikum wird durch die Anordnung der zwingenden kollektiven Wahrnehmung eines Rechts beschränkt.¹⁰⁰⁷ Demzufolge wäre ein auf dem Instrument der kollektiven Rechtswahrnehmung basierendes Pauschalvergütungsmodell unzulässig im Hinblick auf Art. 5 Info-RL, der eine erschöpfende Aufzählung der Ausnahmen und Begrenzungen enthält, die einzelne Mitgliedstaaten zulässigerweise in ihrem Urheberrecht einführen dürfen.

dd. Fakultative Modelle

Nach der Feststellung der Unvereinbarkeit eines unabdingbaren Schrankenmodells und eines auf zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung basierenden Modells mit der Info-RL, drängt sich die Frage auf, ob ein fakultatives Schrankenmodell sowie ein auf erweiterter kollektiver Rechtswahrnehmung beruhendes fakultatives Modell mit dem abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar ist. Ein nicht zwingendes Kollektivverwertungsmodell kollidiert jedenfalls nicht mit dem erschöpfenden Katalog über mögliche Ausnahmen und Beschränkungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung. Denn gemäß Erwägungsgrund 18 Info-RL soll jene Richtlinie bezüglich Fragen der kollektiven Rechtswahrnehmung keine Wirkung entfalten. Dort heißt es: „Diese Richtlinie berührt nicht die Regelungen der betroffenen Mitgliedstaaten für die Verwaltung von Rechten, beispielsweise der erweiterten kollektiven Lizenzen.“

Wie hinsichtlich des fakultativen Schrankenmodells ist es jedoch auch hierbei von grundlegender Relevanz, ob das gesetzliche Vergütungssystem

1006 Vgl. dazu mit Blick auf das Konventionsrecht, ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 210, der sich auf v. LEWINSKI, Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights, *Unesco e-Copyright Bulletin*, 2004, Nr. 1, S. 5 bezieht.

1007 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 210.

oder der möglicherweise über DRM flankierte Ausschließlichkeitsschutz die legislative Regel sein soll. Problematisch im Hinblick auf die Vorgabe des Art. 5 Abs. 3 Info-RL ist die Einordnung eines Opt-out-Modells. Im Falle der Implementierung eines auf einem Opt-out-System basierenden Schrankenmodells, wie es *Fisher* und *Litman* vorschlagen,¹⁰⁰⁸ ist die Teilnahme am gesetzlichen Vergütungssystem die Regel. Sämtliche digitalen Kreativgüter unterfallen zunächst dem gesetzlichen Vergütungssystem und sind damit legal frei zugänglich und zirkulationsfähig. Im Gegenzug hat der jeweilige Rechteinhaber einen Anspruch auf Beteiligung an dem Vergütungsaufkommen. Er kann aber jederzeit durch die Inanspruchnahme des vorgesehenen Opt-out-Mechanismus seine Kreativgüter dem Pauschalvergütungsmodell entziehen bzw. schon bei Erstveröffentlichung auf der Basis von DRM durch eine entsprechende Erklärung vermeiden, dass sein Kreativgut dem Pauschalvergütungsmodell unterfällt. Eine derartige Erklärung kann etwa durch die Veröffentlichung in einem „*.drm“-Format der Öffentlichkeit kommuniziert werden.¹⁰⁰⁹ Die Folge ist, dass einerseits das Kreativgut künftig nur entsprechend einer Vereinbarung mit dem Rechteinhaber oder im Rahmen der bereits bestehenden Schranken des Urheberrechts verfügbar ist und andererseits der Rechteinhaber hinsichtlich des entzogenen Kreativguts keinen Beteiligungsanspruch mehr am Pauschalvergütungsaufkommen hat.

Die Beantwortung der Frage, ob ein solches Opt-out-Modell mit Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar ist, hängt wesentlich davon ab, ob eine zunächst geltende gesetzliche Nutzungsbefugnis trotz Abdingbarkeit eine Ausnahme oder Beschränkung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Info-RL darstellt. Gegen die Behandlung als Schranke bzw. Ausnahme spricht zwar der Umstand, dass die gesetzlich vorgegebene Beschränkungswirkung in Gänze durch den Rechteinhaber ausgeschlossen werden kann. Gleichwohl bringt es ein Opt-out-System mit sich, dass ein Rechteinhaber, der basierend auf seinem Ausschließlichkeitsrecht die Verwertung seiner Werke im Wege individueller Lizenzen vornehmen will, vorab eine bestimmte Handlung vornehmen muss. Die insoweit erforderliche zwingende Abgabe einer Erklärung oder die Verpflichtung, sein Werk in einem bestimmten Format zu veröffentlichen, ist aber bereits als Beschränkung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Info-RL

1008 Vgl. Teil 4 A. I 3. und 4.

1009 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 40.

anzusehen, da der Grundsatz der Ausschließlichkeit auf ein Wahlrecht reduziert wird, und auf diese Weise eine ansonsten zumindest in juristischer Hinsicht bestehende Freiheit des Rechteinhabers verkürzt wird.¹⁰¹⁰

Die Einordnung einer Schranke mit Opt-out-Möglichkeit als Ausnahme bzw. Beschränkung im Sinne des Art. 5 Info-RL entspricht auch der Systematik der Info-RL. Das wird deutlich, wenn man Art. 5 Abs. 3 Info-RL im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 4 Info-RL betrachtet: Abdingbare, nach Art. 6 Abs. 4 Info-RL nicht gegen technische Schutzmaßnahmen durchsetzbare und damit in das Belieben der Rechteinhaber gestellte Bestimmungen, beispielsweise die in Art. 5 Abs. 3 lit. c Info-RL vorgesehene Vervielfältigungsfreiheit für die Presse, sind in dem Katalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL über die möglichen Beschränkungen und Ausnahmen aufgeführt und werden damit von der Richtlinie selbst als Schranke behandelt. Abstellend auf diese Erwägungen ist auch das Instrument der erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung, das eine Möglichkeit des Herausoptierens aus dem System vorsieht,¹⁰¹¹ als Schranke im Sinne der Info-RL zu behandeln und daher mit dem abschließenden Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL nicht vereinbar.

Im Falle eines Opt-in-Modells ist der gesetzliche Grundfall die Gewährung umfassender Ausschließlichkeit. In Ermangelung eines Vertrages mit dem Rechteinhaber stellt die Zirkulation digitaler Kreativgüter etwa in Peer-to-Peer-Netzwerken eine Urheberrechtsverletzung dar. Wenn sich der Rechteinhaber entschließt, ein Kreativgut dem Pauschalvergütungsmodell zu unterstellen, muss er das jeweilige Werk bei der dafür zuständigen Stelle registrieren. Für den Fall, dass er sich für die Verwertung auf der Basis von Individuallizenzen entscheidet, muss er sein Kreativgut mit DRM versehen. Nimmt der Rechteinhaber hinsichtlich eines Kreativguts keine Registrierung zur Teilnahme an der Pauschalvergütung vor, ist die unautorisierte Verwendung des Kreativgutes, insbesondere dessen Distribution im Rahmen eines Peer-to-Peer-Netzwerks, eine Urheberrechtsverletzung. Das gilt auch dann, wenn der Rechteinhaber das betreffende Schutzgut nicht mit DRM versieht. Insofern schlägt aber *Peukert* vor, einen Anreiz für die Rechteinhaber zur Vornahme einer Entscheidung und zur Teilnahme am Pauschalvergütungsmodell zu schaffen. Beispielsweise könne im Falle des Unterbleibens einer Entscheidung durch den Rechteinhaber die Ersetzung von Rechtsverfolgungskosten des Rechteinhabers als ersatzfähiger Schaden

1010 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 45; ZWENGEL, Kulturflrates, S. 212.

1011 Vgl. Teil 4, A. III. 2.

ausgeschlossen werden.¹⁰¹² Der Rechteinhaber soll seine Entscheidung jederzeit, also etwa mit der Erstveröffentlichung seines Kreativguts, aber auch nachträglich treffen können. Außerdem soll es ihm freistehen, sowohl am Pauschalvergütungsmodell zu partizipieren als auch sein Werk im Wege von Individuallizenzen etwa für kommerzielle Nutzungen zu verwerten, so dass bei Implementierung des Fakultativmodells das gesetzliche Vergütungssystem und die auf DRM-basierte Verwertung im Wege individueller Lizenzen nebeneinanderstehen können.¹⁰¹³ Insoweit bleibt es im Grundsatz bei der umfassend gesetzlich gewährten Ausschließlichkeit, von der der Rechteinhaber nach Belieben durch eine entsprechende Erklärung abweichen kann. Insofern stellt ein solches System lediglich ein zusätzliches Geschäftsmodell für die Rechteinhaber dar und ist daher nicht als Ausnahme oder Beschränkung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Info-RL zu behandeln.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass fakultative Schrankenmodelle und Kollektivverwertungsmodelle, die das Prinzip der Ausschließlichkeit als gesetzlichen Grundfall behandeln und auf einer Opt-out-Regelung basieren, im Hinblick auf die Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nicht mit dem abschließenden Schranken-katalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar sind. Demgegenüber sind Opt-in-Modelle mangels einer zwingenden Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung mit Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar.¹⁰¹⁴

ee. Fakultative Opt-in-Lösungen konform mit abschließendem Schranken-katalog

Der abschließende und damit starre Schranken-katalog der Info-RL unter-sagt es den Mitgliedstaaten, für das Vervielfältigungsrecht und für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung andere Ausnahmen oder Beschränkungen einzuführen als diejenigen, die in jenem Katalog erwähnt sind. Bezüglich des Vervielfältigungsrechts gestattet es Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL den Mitgliedstaaten, Ausnahmen und Beschränkungen vorzuse-

1012 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environ-ment, S. 52.

1013 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environ-ment, S. 50, 52.

1014 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 212, mit Bezug auf die Vereinbar-keit mit dem Konventionsrecht.

hen, um einen privaten, nicht kommerziell motivierten Gebrauch von urheberrechtlichen Schutzgütern zu ermöglichen. Für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sieht Art. 5 Abs. 3 Info-RL keine derartige Möglichkeit vor. Das hat zur Folge, dass diejenigen Pauschalvergütungsmodelle, die eine Ausnahme oder eine Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung erfordern – das Schrankenmodell und das Kollektivverwertungsmodell, sofern sie zwingend ausgestaltet sind, sowie das Zwangslizenzmodell – in Widerspruch zu Art. 5 Abs. 3 Info-RL stehen.

Demgegenüber sind das auf einer fakultativen und vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis basierende optionale Schrankenmodell sowie das fakultative Kollektivverwertungsmodell, die jeweils eine Opt-in-Möglichkeit vorsehen, mit dem erschöpfenden Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL vereinbar. Die Realisierung jener Modelle erfordert keine Beschränkung oder Ausnahme im Sinne des Art. 5 Info-RL.

c) Dreistufentest

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die mit dem abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL vereinbaren Modelle, nämlich ein optionales Schrankenmodell und ein optionales Kollektivverwertungsmodell mit Opt-in-Möglichkeit, auch mit dem Dreistufentest konform sind.

In funktionaler Hinsicht ist der Dreistufentest als eine Schranken-Schranke einzuordnen, die den Handlungsspielraum nationaler Gesetzgeber prägt und begrenzt, sofern diese zwecks Austarierens der durch das Urheberrecht betroffenen Interessen den Umfang, die Reichweite oder sonstige Modalitäten von Ausschließlichkeitsrechten verändern.¹⁰¹⁵ Dadurch soll erreicht werden, dass Beschränkungen urheberrechtlicher Befugnisse nicht den Kern des Urheberrechts als ausschließliches Verwertungsrecht aushöhlen.¹⁰¹⁶ Diesbezüglich kontrolliert der Dreistufentest die Autonomie natio-

1015 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (200); vgl. dazu auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 224.

1016 Vgl. REHBINDER/PEUKERT, Urheberrecht, Rn. 600.

naler Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Beschränkungen des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsschutzes. Andererseits soll der Dreistufentest einen Interessenausgleich im Urheberrecht gewährleisten.¹⁰¹⁷

Als legislative Werkzeuge zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs weisen auch die mit dem abschließenden Schranken-katalog des Art. 5 Info-RL für vereinbar befundenen Konzepte im Hinblick auf urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte eine erhebliche Relevanz auf. Demzufolge sind besagte Modelle nur dann vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum umfasst, wenn sie den Kriterien des Dreistufentests genügen.

Unter Übernahme des zuvor nur für das Vervielfältigungsrecht der RBÜ geltenden Art. 9 Abs. 2 RBÜ enthält der Art. 13 TRIPS für alle Verwertungsrechte eine Beschränkung des Spielraums der nationalen Gesetzgebung zur Einführung von Schrankenbestimmungen. Ebenso ist diese Vorschrift in den beiden WIPO-Verträgen (Art. 10 Abs. 1 und 2 WCT und Art. 16 Abs. 1 und 2 WPPT) sowie in Art. 5 Abs. 5 Info-RL eingefügt. Danach müssen Schrankenbestimmungen bzw. Ausnahmen zum Ausschließlichkeitsrecht auf bestimmte Sonderfälle begrenzt sein, die weder die normale Verwertung der Werke beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen der Urheber unzumutbar verletzen.¹⁰¹⁸ Die in diversen Rechtsakten wortgleich statuierten Voraussetzungen des Dreistufentests sind trotz der mitunter unterschiedlichen Zielsetzungen der jeweiligen Rechtsakte einheitlich auszulegen.¹⁰¹⁹

1017 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 21, mwN; vgl. GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 (823).

1018 Vgl. GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 ff.; mit Augenmerk auf die gesetzliche Einführung von Kollektivlizenzierungskonzepten für Musik vgl. RUNGE, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int 2007, S. 130 ff.; eingehend und umfassend zum Dreistufentest, SENFTLEBEN, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 5 ff.

1019 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 20; RUNGE, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int 2007, S. 130 (134); für einen Überblick über die Geschichte des Dreistufentests vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (204). Dies vorausgeschickt, wird im Rahmen der nachfolgenden Eruiierung der konventionsrechtlichen Grenzen nicht noch einmal eine Prüfung anhand des Dreistufentests vorgenommen, sondern insoweit auf die hier erfolgten Ausführungen verwiesen.

Die Beschränkung eines urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts ist gemessen an dem Dreistufentest nur dann rechtmäßig, wenn die Beschränkung die Kriterien des Tests kumulativ erfüllt.¹⁰²⁰

aa. Begrenztheit des Anwendungsbereichs auf bestimmte Sonderfälle

Die Vereinbarkeit der Beschränkung eines Ausschließlichkeitsrechts mit dem Dreistufentest setzt zunächst voraus, dass die betreffende Ausnahme bzw. die konkrete Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle begrenzt ist. Das darin enthaltene Bestimmtheitsgebot verlangt, dass der Tatbestand einer freien Werknutzung derart bestimmt ist, dass Ausnahmen vom urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht auf nationaler Ebene hinreichend voneinander unterscheidbar sind.¹⁰²¹ Dem Rechtsanwender muss es möglich sein, zwischen der durch die konkrete Schranke erlaubten Nutzungshandlung einerseits und anderen freien Werknutzungen und erlaubnispflichtigen Nutzungen andererseits eine Trennlinie zu ziehen. Wie oben erarbeitet, kann der Anwendungsbereich eines Pauschalvergütungsmodells in sachlicher, persönlicher und räumlicher Hinsicht definiert werden.¹⁰²² Entsprechend wurde dort ein Modell betrachtet, das in sachlicher Hinsicht insofern abgesteckt ist, als es Software und Datenbanken nicht umfasst, auf das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sowie das Bearbeitungsrecht beschränkt ist und nur Nutzungshandlungen privilegiert, die zu nicht gewerblichen Informations-, Unterhaltungs- und Kommunikationszwecken stattfinden. Das in sachlicher, persönlicher und räumlicher Hinsicht mögliche Bestimmen des Anwendungsbereichs eines Pauschalvergütungsmodells versetzt den Rechtsanwender in die Lage, die durch jenes Modell privilegierten Nutzungshandlungen von erlaubnispflichtigen oder durch andere Schranken erlaubten Nutzungen

1020 Die nachfolgende Aufspaltung des Dreistufentests in einzelne Prüfungsschritte ist einer besseren Übersichtlichkeit geschuldet und soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Dreistufentest als eine unteilbare Gesamtheit verstanden wird. Die drei Stufen sind gemeinsam und als ein Ganzes im Sinne einer umfassenden Gesamtprüfung zu berücksichtigen. Vgl. dazu GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 (825).

1021 Zur Auslegung des Bestimmtheitsgebots im Rahmen des Dreistufentests vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (207), mwN; vgl. auch ZWENGEL, Kulturflutrates, S. 225.

1022 Vgl. Teil 5, I-III.

abzugrenzen. Ein auf diese Weise abgegrenztes Konzept ist hinreichend vorhersehbar und genügt dem Bestimmtheitsgebot des Dreistufentests.

Die bestimmte Ausnahme bzw. Beschränkung muss einen Sonderfall zum Gegenstand haben. Es ist umstritten, ob das Vorliegen eines Sonderfalls anhand quantitativer oder qualitativer Kriterien festzustellen ist.¹⁰²³ Verfolgt man einen quantitativen Maßstab und erachtet daher nur solche Ausnahmen und Beschränkungen als Sonderfall im Sinne des Dreistufentests, die lediglich eine geringe und begrenzte Anzahl an Nutzungsvorgängen privilegieren, so muss man die Vereinbarkeit der vorliegend prüfungsgegenständlichen Pauschalvergütungsmodelle mit dem Dreistufentest ablehnen. Denn sowohl der Kreis der durch ein Pauschalvergütungsmodell potentiell begünstigten Verwender, nämlich alle natürlichen Personen, als auch die Zahl der privilegierten Schutzgegenstände, sämtliche digitalen Kreativgüter außer Software und Datenbanken, und schließlich die Anzahl der umfassten Nutzungshandlungen, jede zu privaten Informations-, Unterhaltungs- und Kommunikationszwecken vorgenommenen internetbasierte Nutzung, sind unermesslich groß. Allerdings stößt solch ein quantitativer Ansatz zur Klärung der Frage, ob der Anwendungsbereich einer bestimmten Ausnahme bzw. Schranke auf Sonderfälle begrenzt ist, auf erhebliche systematische und praktische Bedenken. In praktischer Hinsicht ist eine quantitative Herangehensweise mit der kaum zu überwindenden Schwierigkeit konfrontiert, die Anzahl der durch eine urheberrechtliche Beschränkung privilegierten Nutzer bzw. Nutzungshandlungen konkret und belastbar zu bestimmen. Ließe sich diesbezüglich überhaupt eine belastbare Zahl ermitteln, bliebe weiterhin fraglich, zu welcher Gruppe von Verwendern bzw. zu welcher Zahl von Nutzungen die ermittelte Zahl in Verhältnis zu setzen ist.¹⁰²⁴ In systematischer Hinsicht ist eine quantitative Betrachtungsweise des Merkmals „Sonderfall“ insofern problematisch, als sie die Gefahr birgt, dass der nächste Prüfungspunkt „keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung“ seiner Bedeutung beraubt wird. Denn Beschränkungen, die nur eine geringe Zahl von Nutzungshandlungen ermöglichen, werden in aller Regel auch die normale Auswertung ohnehin nicht beeinträchtigen, so dass der Prüfungspunkt obsolet ist.¹⁰²⁵ Hinzu kommt, dass es im Rahmen einer quantitativen Herangehensweise nicht möglich ist, außergewöhnliche

1023 Zur Auslegung des Merkmals „Sonderfall“ im Rahmen des Dreistufentests vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (207), mwN; vgl. auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 227.

1024 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 229.

1025 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (208).

Umstände, wie etwa bereichsspezifische Dysfunktionalitäten im Rahmen der Durchsetzbarkeit von Ausschließlichkeitsrechten in die anzustellenden Erwägungen mit einzubeziehen.¹⁰²⁶

Folglich ist eine Sichtweise vorzugswürdig, welche die Frage, ob eine urheberrechtliche Schranke auf einen bestimmten Sonderfall begrenzt ist, anhand qualitativer Kriterien beantwortet. Insoweit stehen die der jeweiligen Beschränkung zugrundeliegenden Belange im Mittelpunkt des Interesses. Danach ist der Anwendungsbereich einer Schranke dann auf einen Sonderfall beschränkt, wenn die konkrete Beschränkung einem wichtigen Belang des Gemeinwohls oder schützenswerten Interessen Dritter dient oder auf sonstige Weise auf außergewöhnlichen Umständen beruht.¹⁰²⁷ Stellt man bei der Prüfung der Frage der Begrenztheit auf bestimmte Sonderfälle auf einen qualitativen Maßstab ab, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass die den prüfungsgegenständlichen Konzepten zugrundeliegenden Beschränkungen des Urheberrechts auf einen bestimmten Sonderfall im Sinne des Dreistufentests begrenzt sind.¹⁰²⁸ Denn Pauschalvergütungsmodelle in der hier ausgeführten Gestalt sind auf den bestimmten Sonderfall gerichtet, die außergewöhnlichen Dysfunktionalitäten im Rahmen der Durchsetzung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte zu Gunsten aller Beteiligten zu überwinden. Einerseits bezwecken sie, den Interessen der Rechteinhaber an der Erlangung einer Vergütung und damit dem Eigentumsgrundrecht zur Geltung zu verhelfen. Andererseits verfolgen diese Modelle das Ziel, die Zugänglichkeit zu digitalen Kreativgütern zu erleichtern und auf diese Weise die Informations-, Meinungs-, Kunst-, Wissenschafts- sowie die Medienfreiheit zu fördern und gleichzeitig die Datenschutzrelevanz eingriffsintensiver Durchsetzungsmaßnahmen zu vermeiden.

1026 Vgl. ZWENGEL, Kulturflarates, S. 231.

1027 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (208); ZWENGEL, Kulturflarates, S. 231, mwN.

1028 Vgl. so auch RUNGE, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int 2007, S. 130 (134); SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflarate, S. 70, mwN; ZWENGEL, Kulturflarates, S. 232.

bb. Keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung

Ferner verlangt der Dreistufentest, dass eine auf nationaler Normsetzungsebene eingeführte Ausnahme vom Urheberrechtsschutz die normale Auswertung der betroffenen Schutzgegenstände nicht beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung liegt vor, wenn die in Frage stehende Beschränkung die Rechteinhaber einer aktuellen oder potentiellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von Werken der konkreten Werkart hat.¹⁰²⁹

Zu fragen ist also, ob die zur Umsetzung eines Pauschalvergütungsmodells erforderlichen Beschränkungen urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte zur normalen Auswertung der betroffenen Rechte in wirtschaftlichen Wettbewerb treten und dadurch den Rechteinhabern relevante wirtschaftliche Erträge entziehen.¹⁰³⁰ Dazu ist zunächst in Erinnerung zu rufen, welche Rechte von der Einführung eines Pauschalvergütungsmodells tangiert wären und worin die durch die Rechteinhaber vorgenommene normale Auswertung jener Rechte besteht. Ein Pauschalvergütungsmodell, das typische internetbasierte Nutzungshandlungen einschließlich transformativer Werkverwendungen umfänglich ermöglichen will, tangiert das an digitalen Kreativgütern bestehende ausschließliche Vervielfältigungsrecht sowie das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und zudem das Bearbeitungsrecht.¹⁰³¹ Dabei umfasst ein weit verstandenes und ideal ausgestaltetes Pauschalvergütungsmodell außer Software und Datenbanken digitale Kreativgüter aller Art.¹⁰³²

Rechteinhaber in der digitalen Verwertungsumgebung sind mit systeminduzierten Herausforderungen, insbesondere der Entmaterialisierung von Werken konfrontiert, die eine effektive und angemessene Durchsetzung der insoweit betroffenen Ausschließlichkeitsrechte erschweren oder gar verunmöglichen.¹⁰³³ Diesbezüglich versprachen zunächst die Einführung technischer Schutzmaßnahmen und der durch diverse internationale, supranationale und nationale Rechtsakte flankierte juristische Schutz derselben, dass die Massennutzung digital vorliegender Güter einer effektiven Kontrolle

1029 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (208).

1030 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 240; dazu auch SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 70, mwN.

1031 Vgl. Teil 5, A. I. 2. c).

1032 Vgl. Teil 5, A. I. 1. b).

1033 Vgl. dazu eingehend Teil 2, B. I.

unterworfen werden könne. Darauf abstellend wurde gegen Pauschalvergütungsmodelle geltend gemacht, diese hätten im digitalen Kontext keine Daseinsberechtigung, da mittels technischer Schutzmaßnahmen jegliche Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte der individualvertraglichen Kontrolle unterworfen werden könne. Die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells werde den Geschäftsmodellen im digitalen Verwertungsumfeld die ökonomische Basis entziehen.¹⁰³⁴

Technische[...] Schutzmaßnahmen [weckten] die Erwartungshaltung, dass jene Formen der Werknutzung, über welche die Rechteinhaber im Laufe der vergangenen Jahrzehnte immer mehr die Kontrolle verloren hatten, nunmehr faktisch verhindert werden könnten, um jenen Rechtszustand wieder durchzusetzen, der geherrscht hatte, bevor das Vervielfältigen von Werkexemplaren und ähnliches zu einem Massenphänomen geworden ist. [...] Solche Illusionen wurden indessen rasch entlarvt.¹⁰³⁵

Technische Schutzmaßnahmen haben sich nicht erfolgreich auf den Märkten etablieren können. Insbesondere auf dem Gebiet der Musik konnten sie mangels Akzeptanz der Kunden nicht durchgesetzt werden.¹⁰³⁶ Wie vorstehend ausgeführt waren auch die Expansion des materiellen Urheberrechts sowie die Ausweitung der ihm zugrundeliegenden Durchsetzungsmaßnahmen nicht geeignet, die systeminduzierten Probleme der Auswertung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte nachhaltig zu lösen.

Nichtsdestotrotz sind mittlerweile Geschäftsmodelle zur Vermittlung digitaler Kreativgüter an nicht kommerziell agierende Konsumenten vielfach realisiert worden, die es den Rechteinhabern ermöglichen, ihre im digitalen Kontext relevanten Rechte, nämlich das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, auszuwerten. Diese Geschäftsmodelle funktionieren losgelöst von technischen Schutzmaßnahmen und sind teilweise geprägt von Kooperationen mit Anbietern von attraktiven Endgeräten. So existieren mittlerweile in Deutschland allein auf dem Gebiet musikalischer Unterhaltung über 40 legale Geschäftsmodelle, die Tendenz ist steigend.¹⁰³⁷ Insofern ist es Rechteinhabern tatsächlich gelungen, durch das Anbieten pauschaler Lizenzen an Intermediäre, die

1034 Vgl. BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, Positionspapier zur Kulturfltrate, S. 1 ff.

1035 HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 123 (123); vgl. dazu auch HILTY, in OHLY/ u.a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, 2005, 325 (331).

1036 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflrates, S. 237.

1037 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 11.

ihrerseits die jeweiligen Inhalte in Form von Abomodellen oder werbefinanziert Internetnutzern verfügbar machen, eine Auswertung der im digitalen Kontext relevanten Rechte vorzunehmen und daraus wirtschaftlichen Nutzen zu ziehen.¹⁰³⁸ Mit Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung, etwa mittels kostenpflichtiger Abmahnungen, verfolgen Rechteinhaber unautorisierte internetbasierte Nutzungen ihrer Schutzgegenstände. Sie sind bestrebt, auf diese Weise illegale Angebote, insbesondere in Form des Filesharings, einzudämmen und gleichzeitig einen Anreiz zu schaffen für die Nutzung der von ihnen lizenzierten kommerziellen Angebote. In diesen Angeboten ist die „normale Auswertung“ im Sinne des Dreistufentests zu erblicken. Insoweit ist zu konstatieren, dass sich ein Markt zur Auswertung der im digitalen Verwertungsumfeld bedeutsamen Rechte etabliert hat.¹⁰³⁹

Bei der Ermittlung der ökonomischen Auswirkungen eines einzuführenden Pauschalvergütungsmodells muss notwendigerweise auf empirische Grundlagen zurückgegriffen werden. Diesbezüglich ist vorwegzuschicken, dass die Aussagekraft der insoweit durchaus zahlreich zur Verfügung stehenden empirischen Untersuchungen in tatsächlicher und methodischer Hinsicht stark begrenzt ist. Sie erlauben keine branchenspezifische Analyse der Problemlage.¹⁰⁴⁰ Ebensovienig ermöglichen sie eine Antwort auf die Frage, wie sich die pauschal vergütete unbegrenzte Zirkulation von urheberrechtlichen Schutzgütern in der Gesamtbilanz der Kreativwirtschaft auswirkt.¹⁰⁴¹ Nur wenige Untersuchungen beruhen auf einem breiten statistischen Material. Ihr Blickfeld ist auf die Musikindustrie und allenfalls noch die Filmindustrie beschränkt.

Erschwerend kommt hinzu, dass die Frage, inwieweit Informations- und Kommunikationstechnologien den Markt für Kreativgüter zugunsten oder zulasten bestimmter Marktteilnehmer verändert haben und noch verändern werden, einer pauschalen, für alle Beteiligten geltenden Beantwortung nicht zugänglich ist. Vorhandene Substitutions- oder Samplingeffekte wirken sich auf den Musikmarkt, den Filmmarkt und das Verlagswesen unterschiedlich aus. Gleichwohl ist es nicht von der Hand zu weisen, dass die

1038 Vgl. Teil 4, A. IV.

1039 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 238.

1040 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 33 ff., mwN.

1041 Vgl. darauf verweisend SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 72, mwN; zu den mit der Digitaltechnologie einhergehenden Veränderungen auf tatsächlicher Ebene für Verlage vgl. HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, S. 179 (181).

Legalisierung von massenhaft erfolgenden Nutzungen digitaler Kreativgüter in den Wettbewerb zu den kommerziell betriebenen Download- und Streamingportalen treten würde. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die zur Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells erforderliche Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung primäre Nutzungsformen beträfe. Sie würde es nämlich nicht kommerziell handelnden natürlichen Personen gestatten, digitale Kreativgüter über das Internet verfügbar zu machen. Eine solche Betätigung kann mit der Praxis der Rechteinhaber, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung an ihren Schutzgütern entgeltlich zu lizenzieren, in Konkurrenz treten.¹⁰⁴²

Dass die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells die normale Auswertung der betroffenen Rechte beeinträchtigen werde, wird dennoch von vielen abgelehnt.¹⁰⁴³ Diesbezüglich wird teilweise argumentiert, dass die Kontrolle der internetbasierten Zirkulation sowie des Bezugs digitaler Kreativgüter aufgrund ihrer Massenhaftigkeit und wegen der ubiquitären Natur des Internets ohnehin nicht möglich sei und de facto nicht zum Gegenstand der Verwertung gemacht werden könne.¹⁰⁴⁴ Pauschalvergütungsmodelle verbesserten die Situation von internetbasierten Geschäftsmodellen im Vergleich zum Status quo, wo die in der Entwicklung befindlichen legalen Geschäftsmodelle mit kostenlosen, weil illegalen Angeboten konkurrieren müssten.¹⁰⁴⁵ Von einer normalen Auswertung könne nicht die Rede sein, wenn sie den Einsatz eingriffsintensiver Durchsetzungsmaßnahmen erfordere.¹⁰⁴⁶ Andere verweisen auf die gängige Praxis, wonach Urheber und Leistungsschutzberechtigte als originäre Rechteinhaber ihre Rechte umfassend und mit Ausschließlichkeitwirkung gegen die Zahlung eines einmaligen Lizenzentgelts auf Verwerter als Intermediäre übertragen und an Folgeverwertungen, entweder aufgrund entsprechender vertraglicher Absprachen oder aber wegen der insoweit bestehenden Schwierigkeiten auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung, nicht beteiligt würden. Darauf abstellend wird argumentiert, dass bei einer solchen Sachlage den originä-

1042 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 240.

1043 Vgl. dazu SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflrate, S. 71, mwN.

1044 Vgl. BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 35.

1045 Vgl. WEGENER, Kulturflrate – Segen oder sowjetisierung des Urheberrechts?, S. 10.

1046 Vgl. AIGRAIN, zit. nach SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflrate, S. 71.

ren Rechteinhabern, deren Schutz erklärtermaßen im Mittelpunkt des Urheberrechts stehe, den Urhebern und Leistungsschutzberechtigten, mit einem Pauschalvergütungsmodell besser gedient sei.¹⁰⁴⁷ Die an eine pauschale Vergütung geknüpfte Beschränkung ihres Exklusivrechts bezüglich Nutzungen, die andernfalls ohne ihre Beteiligung erfolgen würden, verbessere ihre verwertungsrechtliche Situation.¹⁰⁴⁸

Andere stellen auf die positiven Effekte ab, die ein Pauschalvergütungsmodell für kommerzielle Download- und Streamingplattformen haben könne. Sie führen aus, dass sich erfolgreiche Geschäftsmodelle auf dem Gebiet auch neben dem illegalen Filesharing hätten etablieren können. Es erscheine durchaus möglich, dass sich neben einem Pauschalvergütungsmodell Qualitätsangebote am Markt durchsetzten, die einen zusätzlichen Nutzen, etwa im Hinblick auf die Verfügbarkeit der Daten oder der Vielfältigkeit des Angebots böten.¹⁰⁴⁹ In Anbetracht der Flut an digitalem Content seien Such- und Qualitätssiegelfunktionen umso wichtiger. Insbesondere Verlage könnten diese neuen Funktionen übernehmen. Schon jetzt zeige das Nebeneinander von Plattformen wie *YouTube*, die das freie Herunterladen und das Streaming von digitalem Content ermöglichten, und Streamingportalen wie *Spotify*, die das Streaming von Musik gegen Entgelt bzw. gegen den Konsum von Werbung anböten, dass eine freie Verfügbarkeit nicht von vornherein dazu führe, dass Geschäftsmodelle auf diesem Gebiet obsolet würden. Schließlich dürfe bei Downloadportalen wie *iTunes* nicht vergessen werden, dass diese primär der Verkaufsförderung von Hardware dienten; so sei der Verkauf von *iPods* und anderen Abspielgeräten gerade während der Zunahme von Filesharingaktivitäten signifikant gestiegen.¹⁰⁵⁰

Hinsichtlich der ökonomischen Auswirkungen eines Pauschalvergütungsmodells auf bestehende und aufkommende Geschäftsmodelle muss auch berücksichtigt werden, dass, wie eingangs erwähnt, die diesbezüglich derzeit existierende Datenbasis kein einheitliches Bild zeigt und eine gesicherte Einschätzung erschwert. Das hat zur Folge, dass die dem Gesetzgeber eingeräumte Einschätzungsprärogative auch hinsichtlich des Dreistufentests Anwendung finden muss, wenn die zukünftige Entwicklung einer

1047 Vgl. GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 (823).

1048 Vgl. HILTY, zit. nach ZWENGEL, Kulturflarates, S. 244.

1049 Vgl. dazu SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflarate, S. 51; ZWENGEL, Kulturflarates, S. 242.

1050 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflarate, S. 51 mwN.

„normalen Verwertung“ i. S. d. Dreistufentests nicht umfänglich und nicht sicher prognostiziert werden kann.¹⁰⁵¹

Zu betonen ist, dass die aufgeführten Argumente mit Blick auf nicht fakultative, sondern zwingende Pauschalvergütungsmodelle ins Feld geführt werden. Pauschalvergütungsmodelle, die eine zwingende Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung vorsehen, sind aber wegen der Unvereinbarkeit mit dem abschließenden Schranken-katalog der Info-RL de lege lata ohnehin unzulässig. Ebenso sind Modelle, die DRM-geschützte Inhalte zwingend in ein Pauschalvergütungssystem einbeziehen wollen, mit höherrangigem Recht unvereinbar.¹⁰⁵² Bezüglich der hier wegen ihrer Vereinbarkeit mit der Info-RL für maßgeblichen erklärten fakultativen Modelle müssen die eben aufgeführten Argumentationsstränge nicht bemüht werden. Denn im Falle fakultativer Konzepte steht es dem Rechteinhaber frei, ein Kreativgut basierend auf seinem Exklusivrecht oder im Rahmen des Pauschalvergütungsmodells auszuwerten. Damit hat der Rechteinhaber die Entscheidungsbefugnis darüber, was im konkreten Fall die normale Auswertung sein solle.

Entsprechend erachtet auch *Peukert* nur solche Fakultativmodelle als mit dem Dreistufentest vereinbar, bei denen Ausschließlichkeit der gesetzliche Regelfall und die Teilnahme am gesetzlichen Vergütungssystem sowie die damit einhergehende Reduzierung auf einen Vergütungsanspruch die zu wählende Alternative sei. Denn die Gewährung von privatrechtlichen Exklusivrechten stelle das prägende Element internationalen Urheberrechts dar.¹⁰⁵³ Das primäre Ziel des Dreistufentests bestehe darin, ein bestimmtes Minimum an Ausschließlichkeitsrechten zu garantieren. Daraus folge, dass diesbezügliche gesetzliche Einschränkungen jeglicher Art immer die Ausnahme zur Regel darstellten und daher in nationalen Urheberrechtsordnungen stets von begrenzter Natur sein müssten.¹⁰⁵⁴ Das sei beim Opt-in-Modell, bei dem der Rechteinhaber von Gesetzes wegen grundsätzlich

1051 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflat-rate, S. 72.

1052 Vgl. Teil 5, A. I. 1. b).

1053 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 46.

1054 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 35.

Inhaber von Ausschließlichkeitsrechten und die Ersetzung seines Ausschließlichkeitsrechts ein bejahendes Verhalten seinerseits voraussetze, der Fall.¹⁰⁵⁵

Abstellend auf die erfolgten Erwägungen kann festgehalten werden, dass jedenfalls die Etablierung eines fakultativen Pauschalvergütungsmodells, das auf einer Opt-in-Lösung basiert, die normale Auswertung der insoweit betroffenen Rechte nicht beeinträchtigt.¹⁰⁵⁶

cc. Keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen

Schließlich verlangt der Dreistufentest, dass die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.¹⁰⁵⁷ Als Rechteinhaber in diesem Sinne sind derivativ Berechtigte und Leistungsschutzberechtigte ebenso zu berücksichtigen wie Urheber.¹⁰⁵⁸ Für diesen Personenkreis sind als „berechtigter Interessen“ das Interesse an der weitestgehenden Geltendmachung, Durchsetzung und dem weitestgehenden Genuss von an Kreativgütern bestehenden Rechten in die Waagschale zu werfen.¹⁰⁵⁹ Dieses ökonomische Interesse an der Werkverwertung wird durch Pauschalvergütungsmodelle beeinträchtigt. Dabei nimmt die Intensität der Beeinträchtigung, die bei den Modellen, die auf einer gesetzlichen Nutzungsbefugnis oder auf zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung basieren, am höchsten ist, über Zwangslizenzmodelle hin zu den fakultativen Modellen ab.¹⁰⁶⁰

1055 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 45.

1056 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 22 ff.

1057 Vgl. zu den im Zusammenhang mit der Auslegung der Voraussetzung „keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen“ eröffneten Problemfeldern, SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (209).

1058 Vgl. GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 (825); zu Auslegungsfragen bezüglich der zu berücksichtigenden Rechteinhaber, SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (210); ZWENGEL, Kulturflarates, S. 244 ff.

1059 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (210); ZWENGEL, Kulturflarates, S. 246.

1060 Vgl. Teil 5, B. I. 3.

Im Falle der mit Art. 5 Abs. 3 Info-RL für vereinbar befundenen fakultativen Opt-in-Lösungen ist die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der Rechteinhaber am geringsten.

Der Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der Rechteinhaber stehen diejenigen Interessen gegenüber, denen mittels eines Pauschalvergütungsmodells zur Geltung verholfen werden soll. Das sind das Interesse der Werkverwender sowie der Internetdienste als Intermediäre und der Allgemeinheit an der Verbesserung der Zugänglichkeit von Kreativgütern, der Schonung der Grundrechte der Internetnutzer und Internetdiensteanbieter sowie der Entlastung der zuständigen Organe von Verfahren zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen.¹⁰⁶¹ Im Rahmen des erforderlichen Abwägungsvorgangs ist sicherzustellen, dass die Verletzung der Interessen der Rechteinhaber, die von der in Frage stehenden Beschränkung ausgeht, unter Berücksichtigung der Zwecke, denen die Beschränkung dient, nicht unverhältnismäßig ist. Andernfalls liegt eine ungebührliche Verletzung vor, die der Dreistufentest verbietet.¹⁰⁶² Die insoweit erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Wesentlichen anhand der gleichen Kriterien und Wertungen vorzunehmen, wie das oben im Rahmen der Analyse des Schrankenmodells hinsichtlich seiner Eignung zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs erfolgt ist.¹⁰⁶³ Dort ist in Hinblick auf das aus Sicht der Rechteinhaber eingriffsintensivste Modell, das zwingende Schrankenmodell, herausgestellt worden, dass ein Pauschalvergütungssystem ein zum Interessenausgleich taugliches und verhältnismäßiges Mittel ist, um das Vergütungs- und Zugangsproblem im digitalen Verwertungsumfeld einer Lösung zuzuführen. Neben der dort erfolgten Abwägung spricht insbesondere der von allen Modellen vorgesehene Mechanismus zur Sicherstellung einer angemessenen Vergütung der Rechteinhaber für die Verhältnismäßigkeit eines Pauschalvergütungsmodells. Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber wird durch die vorgesehene Etablierung eines Anspruchs auf angemessene Vergütung abgemildert. Vor allem die wirtschaftliche Beteiligung der Urheber und der Leistungsschutzberechtigten als originäre Rechteinhaber an der Verwer-

1061 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 249.

1062 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (210); ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 200 (211).

1063 Vgl. Teil 5, B. I. 2. f).

tung internetbasierter Nutzungsformen kann sich bei entsprechender Ausgestaltung des an die betreffenden Nutzungen gekoppelten Vergütungssystems gegenüber der derzeitigen Situation verbessern.¹⁰⁶⁴

Die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Hinblick auf das eingriffsintensivste Modell, das Schrankenmodell, gefundenen Ergebnisse gelten erst recht bezüglich eines weniger eingriffsintensiven Opt-in-Modells.

d) Rechtlicher Schutz technischer Schutzmaßnahmen sowie von Informationen für die Rechtswahrnehmung

Aus unionsrechtlicher Perspektive muss ein Pauschalvergütungsmodell schließlich den Anforderungen des Art. 6 Info-RL sowie des Art. 7 Info-RL genügen.

Art. 6 Abs. 1 Info-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und gegen bestimmte Handlungen im Vorfeld solcher Maßnahmen vorzusehen. Der insoweit durch die nationalen Urheberrechtsordnungen zu gewährende Rechtsschutz soll umfassend sein. Rechteinhaber sind auch gegen Umgehungen technischer Schutzmaßnahmen zu schützen, die vorgenommen werden, um ein Werk gemäß einem gesetzlichen Tatbestand freier Werknutzung nutzen zu können.¹⁰⁶⁵ Dazu sieht zwar Art. 6 Abs. 4 Info-RL eine Ausnahme vor, aber ihr Anwendungsbereich reicht nicht soweit, als dass es möglich wäre, darauf basierend DRM-geschützte Werke in ein gesetzliches Pauschalvergütungsmodell einzubeziehen, wenn der betreffende Rechteinhaber dies durch den Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen vermeiden will.

Folglich sind nur solche Pauschalvergütungsmodelle mit Art. 6 Info-RL vereinbar, die es dem Rechteinhaber vorbehalten durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen die Anwendung des Pauschalvergütungsmodells auf seine Schutzgegenstände auszuschließen.¹⁰⁶⁶ Diese Anforderung wird nur durch fakultative Modelle erfüllt. Insoweit ist es unerheblich, ob das konkrete Modell eine Opt-in- oder Opt-out-Möglichkeit vorsieht. Art. 7 Info-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen angemessenen Rechtsschutz

1064 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 251.

1065 Vgl. dazu Erwägungsgrund 39 der Info-RL.; ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 275.

1066 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, S. 30 ff.; ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 276.

für Informationen zur Rechtswahrnehmung vorzusehen. Mit dieser Anforderung sind sämtliche Pauschalvergütungsmodelle vereinbar.

2. Konventionsrechtliche Grenzen

Nationale Gesetzgeber sind bei der Ausgestaltung ihrer Urheberrechtsordnung in ein System völkerrechtlicher Verträge eingebunden. Beim Erlass von Regelungen, die den Umfang und die Reichweite von urheberrechtlichen Verwertungsrechten berühren, müssen sie vor allem die den internationalen Konventionen entspringende Pflicht zur Gewährung von Mindestrechten beachten.¹⁰⁶⁷ Danach darf nationales Urheberrecht ein durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten sicherzustellendes Schutzniveau nicht unterschreiten. Entsprechend sind nationale Gesetzgeber bei der Einführung von Beschränkungen von Ausschließlichkeitsrechten konventionsrechtlich gebunden. Diese setzen Gesetzgebern bei der Regelung von Schrankenbestimmungen mitunter engere Grenzen als das nationale Verfassungsrecht.¹⁰⁶⁸ Die einschlägigen Vorschriften des TRIPS und die beiden 1996 im Rahmen der WIPO geschlossenen Verträge WCT und WPPT sind die bedeutsamen Meilensteine der letzten Jahrzehnte auf diesem Gebiet. Im Hinblick auf das Konventionsrecht ist auch zu bedenken, dass die GATT/WTO-Streitschlichtung es ermöglicht, Vorschriften völkerrechtlicher Verträge gegen jeden Unterzeichnerstaat durchzusetzen.¹⁰⁶⁹

Misst man die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells durch einen nationalen Gesetzgeber an den insoweit einschlägigen Kriterien des internationalen Urheberrechts, stellt man fest, dass ein solches Modell eine Reihe der Mindestrechte, die nationale Gesetzgeber aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen gewähren müssen, einschränkt. Allerdings erfüllen die zur Einführung eines Pauschalvergütungsmodells erforderlichen Einschränkungen ihrerseits diejenigen Voraussetzungen, welche die jeweiligen Verträge und Rechtsakte an die Einschränkung der durch sie statuierten Rechte knüpfen. Mithin ist festzustellen, dass die zur legislativen Umsetzung eines Pauschalvergütungsmodells nötigen Beschränkungen der kon-

1067 Vgl. dazu im Hinblick auf Pauschalvergütungsmodelle, ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 197 ff.

1068 Vgl. dazu DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 41.

1069 Vgl. dazu KATEZENBERGER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 120 ff. Rn. 15. Vgl. auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 197 mwN.

ventionsrechtlich vorgegebenen Ausschließlichkeitsrechte den durch nationale Gesetzgeber Rechteinhabern mindestens zu gewährenden Schutz nicht unterlaufen.¹⁰⁷⁰

Mit Bezug auf den Dreistufentest, der in diversen inter- und supranationalen Verträgen sowie Rechtsakten niedergelegt und einheitlich auszulegen ist, ist zu konstatieren, dass die genannten völkerrechtlichen Abkommen keine strengeren Vorgaben für die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells formulieren als dies die Info-RL tut.¹⁰⁷¹ Diesbezüglich kann an dieser Stelle auf die obigen, im Hinblick auf den Dreistufentest erfolgten Ausführungen verwiesen werden.¹⁰⁷²

Schließlich sind nationale Gesetzgeber in völkerrechtlicher Hinsicht an das Prinzip des Verbots von Förmlichkeiten gebunden. Seinen Niederschlag hat dieser Grundsatz zunächst in Art. 5 Abs. 2 RBÜ gefunden, dessen entsprechende Anwendung in verschiedenen Verträgen für die jeweiligen Unterzeichnerstaaten angeordnet ist.¹⁰⁷³ Danach ist es Vertragsstaaten untersagt, den Genuss sowie die Ausübung urheberrechtlichen Rechtsschutzes von der Erfüllung von Förmlichkeiten abhängig zu machen. Förmlichkeiten in diesem Sinne sind insbesondere Registrierung-, Kennzeichnungs- und sonstige Maßnahmen, die gegenüber offiziellen Stellen vorzunehmen sind, um den Genuss und die Ausübung von Urheberrechten zu ermöglichen.¹⁰⁷⁴ Insoweit kommt ein Konflikt mit denjenigen Modellen in Betracht, die eine Opt-out-Lösung vorsehen. Bei diesen ist die Pauschalvergütung der Grundfall, wobei für Rechteinhaber die Möglichkeit vorgesehen ist, die Anwendung der durch das Pauschalvergütungsmodell intendierten Nutzungsbefugnis hinsichtlich ihrer Schutzgüter zu vermeiden, indem sie ihr konkretes Schutzgut besonders registrieren, kennzeichnen oder mit DRM versehen. Außerdem erscheint die Anordnung der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit unter dem Aspekt des Förmlichkeitsverbots fraglich. Denn ein System zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung bringt es mit sich, dass die Fruchtziehung aus Kreativgütern den Abschluss eines Wahrnehmungsvertrages mit einer zuständigen Verwertungsgesellschaft voraussetzt. Ein solcher zwingender Vertragsschluss kann als Förmlichkeit

1070 Vgl. dazu umfassend ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 197 ff., 255.

1071 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 73.

1072 Vgl. Teil 5, B. II. C).

1073 Vgl. dazu Art. 9 Abs. 1 TRIPS, Art. 1 Abs. 4 und Art. 3 WCT, Art. 20 WPPT und Art. 11 RA sowie Art. 14 Abs. 6 S. 1 TRIPS.

1074 Vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 258.

zur Ausübung eines urheberrechtlichen Rechts zu sehen sein und damit einen Verstoß gegen das Prinzip des Formalitätenverbots darstellen.

Bezüglich des Prinzips des Formalitätenverbots stellt *Peukert* fest, dass die Handlungen, die der Rechteinhaber im Rahmen eines Opt-out-Modells vornehmen müsse, um in den Genuss der Früchte seiner Verwertungsrechte zu kommen, als Förmlichkeiten i. S. v. Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu werten seien. Dabei bezieht er sich auf Handlungen bzw. Erklärungen des Rechteinhabers, die etwa zur Partizipation am Vergütungsaufkommen aus dem gesetzlichen Pauschalvergütungssystem oder zum Entziehen eines digitalen Kreativguts aus dem gesetzlichen Pauschalvergütungssystem erforderlich seien. Dies gelte insbesondere für das Veröffentlichen digitaler Kreativgüter in einem bestimmten Format oder für die Erfüllung bestimmter Informationspflichten. Zwar sei es diskutabel, ob sich jene Erfordernisse auf den Genuss und die Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten auswirkten und daher tatsächlich wie Förmlichkeiten i. S. v. Art. 5 Abs. 2 RBÜ behandelt werden müssten, was letztlich jedoch zu bejahen sei. Dafür spreche insbesondere ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Sachverhalten. So sei in Art. 10^{bis} Abs. 1 RBÜ ausdrücklich eine Ausnahme vom Formalitätenverbot vorgesehen. In den dort geregelten Fällen seien nationale Gesetzgeber frei, den Urheberrechtsschutz von einem Verhalten des Rechteinhabers abhängig zu machen. Insofern sei Art. 10^{bis} Abs. 1 RBÜ als *lex specialis* zu Art. 5 Abs. 2 RBÜ zu verstehen. Nach Art. 10^{bis} Abs. 1 RBÜ ist es der Gesetzgebung der Verbandsländer vorbehalten, die Vervielfältigung durch die Presse, die Rundfunksendung oder die Übertragung mittels Draht an die Öffentlichkeit von Artikeln über Tagesfragen wirtschaftlicher, politischer oder religiöser Natur, die in Zeitungen oder Zeitschriften veröffentlicht worden sind, oder von durch Rundfunk gesendeten Werken gleicher Art zu erlauben, falls der Rechteinhaber sich die Vervielfältigung oder die Rundfunksendung nicht ausdrücklich vorbehalten hat. Insoweit sei der Akt des ausdrücklichen Vorbehaltens seines Rechts durch den Rechteinhaber eine Förmlichkeit i. S. v. Art. 5 Abs. 2 RBÜ. Diese sei aber dennoch zulässig, da sie in Art. 10^{bis} Abs. 1 S. 1 RBÜ gesondert geregelt sei. In Ermangelung einer solchen speziellen Regelung komme das Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ voll zur Geltung und sei durch die Gesetzgeber der Verbandsländer umfassend zu berücksichtigen. Da eine dem Art. 10^{bis} Abs. 1 S. 1 RBÜ entsprechende Regelung hinsichtlich der vorliegend interessierenden Verwertungsrechte fehle, seien die im Rahmen eines Opt-out-Modells zum Genuss von Verwertungsrechten durch den Rechteinhaber zwingend vorzunehmenden Handlungen als Förmlichkeiten anzusehen. Folglich sei es dem Gesetz-

geber eines Verbandslandes gem. Art. 5 Abs. 2 RBÜ untersagt, Rechteinhabern, die Staatsangehörige anderer Verbandsländer seien oder ihre Werke zuerst in einem anderen Verbandsland veröffentlicht hätten, mit derartigen Handlungsobliegenheiten zu beschweren. Mithin sei ein Opt-out-Modell auch im Hinblick auf das Prinzip des Formalitätenverbots nicht mit internationalem Urheberrecht in Einklang zu bringen.

Eine solche Wertung trifft aber nicht auf solche Modelle zu, bei denen die betroffenen Rechte in dem gemäß den konventionsrechtlichen Vorgaben zu gewährenden Umfang unabhängig von der Erfüllung von Förmlichkeiten entstehen und ausgeübt werden können.¹⁰⁷⁵ Das gilt jedenfalls für Opt-in-Lösungen, bei denen die Ausschließlichkeit den Grundfall darstellt und die Anwendung des Pauschalvergütungsmodells auf ein konkretes Schutzgut durch gesonderte Erklärung des Rechteinhabers herbeigeführt werden muss. Zutreffend ist dies auch für ein Schrankenmodell, das Zwangslizenzmodell und ein Modell, dessen Umsetzung der zwingenden kollektiven Rechtswahrnehmung bedarf. Ebenso trifft das auf Opt-out-Lösungen zu, sofern die betroffenen Rechte in dem Mindestumfang, in dem sie konventionsrechtlich zu gewähren sind, auch ohne besondere Kennzeichnung oder Erklärung bestehen. Denn auch für das Prinzip des Formalitätenverbots ist zu berücksichtigen, dass die völkerrechtlichen Konventionen ihrerseits die Beschränkungen der konventionsrechtlichen Gewährleistungen in einem bestimmten Umfang und unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Sofern sich ein Pauschalvergütungsmodell in diesem Rahmen bewegt, können Verbote in Bezug auf Förmlichkeiten nicht zur konventionsrechtlichen Unzulässigkeit von Beschränkungen führen. Insoweit geht das austarierte System von Mindestrechten als speziellere Regelung dem allgemeinen Verbot von Förmlichkeiten vor.¹⁰⁷⁶

3. Pauschalvergütungsmodell, europa- und konventionsrechtlich zulässig

Die erfolgte Untersuchung hat gezeigt, dass die europarechtliche sowie konventionsrechtliche Dimension des Urheberrechts an die legislative Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells höhere Hürden knüpft, als es das deutsche Verfassungsrecht tut. Gleichwohl finden sich unter den diskutierten Ansätzen auch Modelle, die sowohl in europarechtlicher Hinsicht als auch konventionsrechtlich zulässig sind.

1075 Vgl. dazu eingehend ZWENGEL, *Kulturflattrates*, S. 259 ff.

1076 Vgl. ZWENGEL, *Kulturflattrates*, S. 261.

Die vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis, das Zwangslizenzmodell sowie ein Modell, das auf zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung basiert, scheitern am abschließenden Schrankenatalog des Art. 5 Info-RL. Der sowohl europa- als auch konventionsrechtlich niedergelegte Dreistufentest, zumal bei Zugrundelegung einer ausgewogenen Auslegung, stellt für nationale Gesetzgeber bei der Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells keine unüberwindbare Grenze dar. Selbiges trifft auf die konventionsrechtlich verbürgte Pflicht zur Gewährung von Mindestrechten zu. Mit Blick auf die Vereinbarkeit mit dem Konventionsrecht streitet das Prinzip des Formalitätenverbots für Opt-in-Lösungen. Allerdings sind auch Opt-out-Lösungen mit dem Formalitätenverbot vereinbar, sofern die dem konkreten Modell zugrundeliegenden Beschränkungen der konventionsrechtlichen Gewährleistungen sich in dem Rahmen bewegen, den das Konventionsrecht für die Statuierung von Beschränkungen der Mindestrechte vorsieht.

III. Ein mögliches Modell innerhalb der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze

Ein mögliches Modell, das sich im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze bewegt und mit dem relevanten höherrangigen nationalen, supranationalen sowie internationalen Recht konform ist, ist das optionale Schrankenmodell, das auf einer fakultativen und vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis basiert. Ebenso mit dem Verfassungsrecht, dem Europarecht und dem Konventionsrecht vereinbar ist ein fakultatives Kollektivverwertungsmodell, das eine Opt-in-Möglichkeit vorsieht.