

Seyavash Amini

Digitale Kultur zum Pauschaltarif?

Anlass, Inhalt und Grenzen einer Vision für
das Urheberrecht der Zukunft



Nomos



Stämpfli Verlag



ABHANDLUNGEN ZUM
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für
Innovation und Wettbewerb

Herausgegeben von
Josef Drexl
Reto M. Hilty
Gerhard Schricker
Joseph Straus

Band 62

Seyavash Amini

Digitale Kultur zum Pauschaltarif?

Anlass, Inhalt und Grenzen einer Vision für
das Urheberrecht der Zukunft



Nomos



Stämpfli Verlag



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4031-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8313-5 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-2065-4 (Stämpfli Verlag AG Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinem Vater,

dessen Promotion an einer europäischen Universität sein früherer Tod verhinderte, in Dankbarkeit für sein Vorbild und liebevoller Erinnerung gewidmet.

Vorwort

Wie viele Revolutionen zuvor betrat auch das digitale Zeitalter, in das wir zur Jahrtausendwende hineinflügelten, mit der Verheißung von Freiheit auf den Lippen die Weltbühne: Daten sollten ungehindert um den Erdball reisen und Informationen in Echtzeit ohne Restriktionen die Menschen verbinden. Kam die Digitalisierung auch friedlich und doch mit globalem Anspruch daher, riss sie an ihren noch unbefestigten Ufern bald schon unseren Alltag mit sich. Märkte, Meinungsmache und Musik, Finanzströme, Filme und Fotos, Bücher, Bildung und Beziehungen trieben frei im Ozean aus Einsen und Nullen. Wenn Freiheit aber mehr sein soll als die Abwesenheit von Fesseln, wenn an neuen Küsten wieder Wurzeln geschlagen werden sollen, benötigt sie Sicherheit, Vertrauen und Mut.

Dass vor 30 Jahren mein Vater, selbst Richter in Shiraz (Iran), Opfer eines politisch motivierten Mordes wurde, bleibt für mich ebenso unfassbar wie es einen Einschnitt in mein Leben bedeutete: den Verlust von Sicherheit und damit von der Freiheit, die ein Kind zum Aufwachsen benötigt. Umso dankbarer bin ich den Menschen, deren Handeln mich in der Folge beeinflusst und unter anderem diese Arbeit ermöglicht hat.

Um mir die Sicherheit zurückzugeben, brachten meine Großeltern und meine Mutter 1990 den Mut auf, den Neunjährigen allein seinem Onkel *Sohrab Amini* in Deutschland anzuvertrauen. Ohne Notwendigkeit schenkte mir, dem so Entwurzelten, in Hannover meine erste Lehrerin an der Grundschule, *Doris Nehr Korn*, mit der Sprache ein Stück Freiheit, indem sie mich eine Stunde früher bestellte, um vor dem Unterricht mit mir Deutsch zu üben. Später, an Orientierungsstufe und Gymnasium, waren es weitere Lehrerinnen und Lehrer, wie *Elke Kantian*, die manchmal abseits strenger Pfade den Mut besaßen, dem Schüler kleine und große Dummheiten zu verzeihen, ihm Vorbild waren, Vertrauen schenkten und so nach bewegter Kindheit und Jugend im Jahr 2002 auf den Spuren des Vaters die Aufnahme eines Jurastudiums ermöglichten.

Besonders dankbar bin ich *Prof. Dr. Nikolaus Forgó* für sein Vertrauen: Indem er mich zunächst als studentische Hilfskraft am Institut für Rechtsinformatik der Universität Hannover einstellte und mich nach meinem Studium im Rahmen einer Stelle am Institut für Informationsrecht der Universität Wien mit dem Urheberrecht in Berührung brachte, in mir das Interesse für Rechtsfragen im digitalen Kontext weckte und mir erste Publikationen

ermöglichte, war er Ausgangs- und Ankerpunkt meines wissenschaftlichen Werdegangs bis heute. Bereichernd war in Wien die Zusammenarbeit mit *Dr. Charlotte Zwieauer* und *Dr. Paolo Budroni*, die mir die Freiheit gaben, wertvolle Praxiserfahrungen zu Urheberrechtsfragen in der Lehrentwicklung zu sammeln, sowie mit *Nicolas Reitbauer*, der mich nicht nur in unserer gemeinsamen Zeit am Institut motivierte, sondern auch danach als Freund an das Gelingen der Arbeit glaubte und mir mit Rat zur Seite stand.

Dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München mit seinen ebenso kompetenten wie stets hilfreichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gebührt mein Dank für den Mut, an diese Arbeit zu glauben. Die finanzielle Sicherheit durch ein Forschungsstipendium und die Inspiration im fachkundigen Austausch gaben mir die Möglichkeit, mein Promotionsvorhaben voranzutreiben. Herausgehoben seien der Direktor des Instituts, *Prof. Dr. Reto M. Hilty*, sowie meine Doktormutter, *Prof. Dr. Annette Kur*, deren freundschaftliche Gespräche, wertvolle Anregungen, kritische Hinweise, aber mehr noch stetige Ermutigung sowie unendlich viel Vertrauen und Geduld eine wesentliche Voraussetzung für das Gelingen dieser Arbeit waren. Nicht nur in fachlicher Hinsicht veredelte die gemeinsame Arbeit mit *Dr. Sebastian Krujatz*, *Dr. Gregor Rutow* sowie *Dr. Carl Benedikt Frey* drei münchener Jahre; Gleiches gilt für den Austausch mit *Daniel Ciobanu* in Hannover.

Eine besondere Form freiheitsstiftender Sicherheit ist das Vertrauen, das mir durch meine Freundinnen und Freunde oft seit meiner Kindheit zuteilwird. Genannt seien insbesondere *Chido Ogbukagu* und *Oliver Heidepriem*, in deren Schuld ich hierfür ebenso stehe wie stellvertretend für meine Familie in der meiner Tante *Azar Ghashghai*, die vor allem meine Zeit in München mit Liebe begleitete. *Andreas Huß*, mein Freund aus Schultagen, nahm sich in der etwas zu lang geratenen Schlussphase der Arbeit als Fachfremder der selbst für Experten teilweise schwer verdaulichen Kost durch akribische Korrektur an, bereicherte sie mit wertvoller Kritik und gab ihr auch in sprachlicher Hinsicht den letzten Schliff. Meine Dankbarkeit gilt zudem meiner wunderbaren Lebensgefährtin *Nastasia Pohl*, die die letzten Schritte meiner Promotion mit mir ging und jederzeit ebenso liebevoll wie aufmerksam an meiner Seite steht.

Auch heute noch ist das Erfahren von Freiheit ein Privileg, sich ihr würdig zu erweisen bleibt fortwährende Aufgabe. Einen bescheidenen Beitrag versucht in diesem Sinne auch die vorliegende Arbeit zu leisten. *Prof. Dr. Reto M. Hilty* merkte in ihren Anfangstagen zur Idee einer Kulturfltrate an, dass gerade junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler den Mut aufbringen müssten, das positive Recht nicht als Dogma zu begreifen, auch

im Urheberrecht müsse Freiheit eine Maxime sein. Das erfordert, den Blick zu weiten: Dem Mediensoziologen *Prof. Dr. Volker Grassmuck* gebührt das Verdienst, mich mit seinen Veröffentlichungen zum Thema einer Kulturflatrate und den damit einhergehenden Plädoyers für mehr Nutzungsfreiheiten im Urheberrecht inspiriert zu haben.

Das Verlangen nach ungehindertem Zugriff auf Medien als Produkte geronnener Kultur ist Ausdruck des Freiheitsgedankens der digitalen Gesellschaft im 21. Jahrhundert. Der Sicherheitsbegriff besitzt in diesem Zusammenhang doppelte Valenz: Einem Bedürfnis nach Rechtssicherheit für den Nutzer steht die staatliche Aufgabe gegenüber, den nicht zuletzt finanziellen, oft existentiellen Interessen der Kulturschaffenden Geltung zu verleihen. Beidem muss sich die Legislative zeitnah annehmen, will man das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit unseres Rechtssystems nicht verspielen. Eine zweifellos nicht nur auf nationaler Ebene ambitionierte Lösung legt dem Gesetzgeber diese Arbeit in Form einer „europäischen Kulturflatrate“ nahe. Möge die Vision im Diskurs zu dem Mut anregen, auch dem Urheberrecht der Zukunft eine freiheitsstiftende Funktion zu verleihen.

Hannover, im Mai 2017

Seyavash Amini Khanimani

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen	19
Problemaufriss	21
A. Urheberrecht des Digitalen – ein ewiges Dilemma?	21
B. Kulturfltrate – des Dilemmas einfache Lösung?	26
I. Viele Begriffe – eine Idee?	27
II. Stand der Diskussion	28
III. Obsoleszenz einer Kulturfltrate wegen zunehmender Etablierung geschäftsmäßig betriebener Streamingdienste?	32
Gegenstand und Ziel der Untersuchung	39
A. Erkenntnissinteresse und Methodik	39
B. Gang der Untersuchung	41
Teil I: Gesellschaftliche und rechtliche Implikationen des digitalen Verwertungsumfelds	43
A. Kreativgüter in der Informationsgesellschaft	43
I. Die Informationsgesellschaft als Verwertungsumfeld	44
II. Digitale Kreativgüter	46
B. Die Akteure im digitalen Kontext	50
I. Inhaber von Rechten – die potentiell Verletzten und Anspruchsberechtigten	50
1. Urheber	52
2. Leistungsschutzberechtigte	53
3. Werkverwerter – Inhaber abgeleiteter Rechte	55
II. Nichtinhaber von Rechten – Verletzer und Haftungsverpflichtete	57
1. Nutzer internetbasierter Dienste – Verwender digitaler Kreativgüter	57
2. Anbieter internetbasierter Dienste – Intermediäre	62
III. Verwertungsgesellschaften	65

C.	Die tangierten Rechte, ihre Verletzung und Durchsetzung	68
I.	Verwertungsrechte	68
II.	Persönlichkeitsrelevante Rechte	72
III.	Rechtsverletzungen – Internetpiraterie	73
IV.	Rechtsdurchsetzung	76
1.	Rechtsdurchsetzung gegen Werkverwender	76
2.	Rechtsdurchsetzung gegen Intermediäre	78
Teil 2: Digitales Dilemma – Symptome von Fehlfunktionen im Urheberrecht?		81
A.	Funktionen des Urheberrechts	82
I.	Schutz- und Vergütungsfunktion	83
II.	Kommunikations- und Innovationsfunktion	83
B.	Digitales Dilemma und dessen funktionale Relevanz	85
I.	Das Dilemma der Rechteinhaber – Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion?	85
1.	Kontrollverlust trotz Schutzrechtsexpansion	86
a)	Expansion des urheberrechtlichen Exklusivschutzes	89
b)	Mangelnde Effektivität als Problem der Urheberrechtsdurchsetzung	91
c)	Akzeptanzverlust und Rechtsunsicherheit als Probleme der Urheberrechtsdurchsetzung	93
2.	Gestörte Schutz- und Vergütungsfunktion	98
II.	Dilemma der Werkverwender – Störung der Kommunikations- und Innovationsfunktion?	99
1.	Freiheitsverlust wegen Schutzrechtsexpansion	99
a)	Freie Werknutzungen im analogen Kontext	101
aa.	Freiheitsgewährung durch Schutzinhaltsbestimmung	101
bb.	Freiheitsgewährung durch Schutzausgestaltung	103
b)	Urheberrechtliche Behandlung digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken	104
aa)	Typische Kommunikations- und Kulturtechniken in der Informationsgesellschaft	104
bb)	Expansive Schutzinhaltsbestimmung	106
(1)	Werkrezeption als Eingriff in das Vervielfältigungsrecht	106
(2)	Werkwiedergabe als Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	107
(3)	Transformative Werknutzungen als Eingriff in das Bearbeitungsrecht	109

cc) Restriktive Schutzausgestaltung	110
(1) Vorübergehende Vervielfältigungs- handlungen, § 44a	111
(2) Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch, § 53	115
(3) Erschöpfungsgrundsatz	116
(4) Zitatrecht / Freie Benutzung	121
c) Unfreiheit digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken	123
2. Gestörte Kommunikations- und Innovationsfunktion	124
III. Das Dilemma der Internetdienste – Störung der Innovationsfunktion?	127
1. Diskrepanz zwischen tatsächlichem und rechtlichem Umfeld	128
a) Innovative Distributions- und Vergütungs- formen im Internet	129
b) Fragmentierung der relevanten Rechte	132
c) Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen	134
d) Herausforderungen für die kollektive Rechtswahrnehmung	135
e) Innovationshemmende Implikationen eines restriktiven Haftungsrahmens	140
2. Gestörte Innovationsfunktion	144
C. Digitales Dilemma – Symptome funktionsrelevanter Störungen	147
Teil 3: Perspektiven des Urheberrechts in der Informations- gesellschaft	149
A. Ausschließlichkeitsrechte zur Steigerung von Kontrollmacht	149
I. Gegen Internetnutzer gerichtete Ansätze	153
II. Gegen Dritte als mittelbare Verletzer gerichtete Ansätze	155
B. Kompensierte Zugangsfreiheit durch Relativierung von Verbotsrechten	159
I. Transparenter und differenzierter Urheberrechtsschutz	159
II. Flexibilisierung urheberrechtlicher Schranken	161
III. Bereichsspezifische Reduktion von Verbotsrechten	163
IV. Optimierung des Systems kollektiver Rechtswahrnehmung	165

C.	Kontrolle vs. Kompensation	167
I.	Hohes Schutzniveau – ein allgemein gültiges Prinzip?	168
1.	Hohes Schutzniveau – ein absolutes Mittel zur Innovationsförderung?	169
2.	Raubkopien – Hauptursache für den Umsatzrückgang der Kulturwirtschaft?	172
3.	Grundrechtliche Implikation der Urheberrechtsdurchsetzung	174
a)	Private Kommunikation und personenbezogener Daten	175
b)	Betroffenheit weiterer Grundrechte	177
c)	Eigentumsgarantie im Spannungsverhältnis von Kommunikations- und Datenschutz	179
II.	Hohes Schutzniveau – ein zweifelhaftes Prinzip!	180
D.	Plädoyer für einen Perspektivenwechsel – Kompensation ohne Kontrolle	182
Teil 4: Pauschalvergütungsmodelle – systemimmanente Lösungen?		185
A.	Zuordnung zu Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht	187
I.	Vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis	188
1.	Stallman: „The Right Way to Tax DAT“	190
2.	Netanel: „Noncommercial Use Levy“	191
3.	Fisher: „Alternative Compensation System“	192
4.	Litman: „Sharing and Stealing“	193
5.	Die französische Initiative: Licence globale	194
6.	Debatte in Deutschland	194
II.	Zwangslizenzen	197
III.	Kollektive Rechtswahrnehmung	200
1.	Kollektivverwertungsmodell durch zwingende Rechtswahrnehmung	203
2.	Kollektivverwertungsmodell durch erweiterte kollektive Rechtswahrnehmung	204
IV.	Freiwilligkeit, „A Bipolar Copyright System“	207
B.	Systemimmanente Lösung – Pauschalvergütungsmodelle	211

Teil 5: Ausgestaltung eines Pauschalvergütungsmodells	213
A. Ausgestaltung und Funktionsweise	213
I. Sachlicher Anwendungsbereich	214
1. Erfasste Werke	215
a) Diskussionsstand	215
b) Idealausgestaltung	217
2. Erfasste Nutzungshandlungen und betroffene Verwertungsrechte	220
a) Diskussionsstand	221
b) Gesetzliche Ausgangslage	224
c) Idealausgestaltung	227
3. Zweckgebundenheit der Erlaubnisfreiheit	227
II. Persönlicher Anwendungsbereich	229
III. Räumlicher Anwendungsbereich	230
IV. Realisierung der Vergütung – Administrative Ausgestaltung	232
1. Bestimmung und Erlangung der Vergütung	233
a) Höhe der Vergütung	233
b) Schuldner der Vergütung	239
c) Einziehung der Vergütung, Verwertungsgesellschaften	240
2. Verteilung des Vergütungsaufkommens	240
B. Die Gestaltungsgrenze des Gesetzgebers	245
I. Vorgaben des nationalen Rechts	245
1. Keine einfachgesetzlichen Hürden	246
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen	248
a) Grundrechtsrelevanz des Urheberrechts	248
b) Grundrechtsrelevanz des Schrankenmodells	250
c) Vergütungsansprüche statt Verbotsrechte – Ausgestaltung oder Eingriff?	251
d) Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriff	253
aa. Veränderung von Bestehendem als Abgrenzungskriterium	254
bb. Zielsetzung einer Regelung als Abgrenzungskriterium	256
cc. Stellungnahme hinsichtlich der unterschiedlichen Ansätze	258
e) Das Schrankenmodell im Lichte der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	264

f)	Das Schrankenmodell im Lichte der betroffenen Interessen	267
aa.	Belange der Rechteinhaber	267
bb.	Belange der Werkverwender	276
cc.	Belange der Internetdienste als Intermediäre	278
dd.	Interessenausgleich	280
3.	Pauschalvergütungsmodell, verfassungsrechtlich zulässig	282
II.	Supra- und internationale Grenzen	287
1.	Unionsrechtliche Grenzen	289
a)	Grundfreiheiten und Grundrechte	289
b)	Abschließender Schrankenatalog der Info-RL	291
aa.	Vergütungspflichtige Gesetzliche Nutzungsbefugnis	292
bb.	Zwangslizenzmodell	293
cc.	Zwingende kollektive Rechtswahrnehmung	295
dd.	Fakultative Modelle	296
ee.	Fakultative Opt-in-Lösungen konform mit abschließendem Schrankenatalog	299
c)	Dreistufentest	300
aa.	Begrenztheit des Anwendungsbereichs auf bestimmte Sonderfälle	302
bb.	Keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung	305
cc.	Keine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen	311
d)	Rechtlicher Schutz technischer Schutzmaßnahmen sowie von Informationen für die Rechtswahrnehmung	313
2.	Konventionionsrechtliche Grenzen	314
3.	Pauschalvergütungsmodell, europa- und konventionsrechtlich zulässig	317
III.	Ein mögliches Modell innerhalb der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze	318

Resümee und Ausblick – rechtspolitische Erwägungen	319
A. Resümee	319
B. Eigener Vorschlag: Die europäische Kulturflatrate	326
I. „Digitale Verwenderrechte“ im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate	326
II. Erwerb digitaler Verwenderrechte für den Binnenmarkt	327
III. Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten	329
IV. Institution zur Organisation der europäischen Kulturflatrate	331
V. Verteilung der Einnahmen aus dem Vertrieb von Rechtepaketen	332
VI. Hürden und Problemfelder	334
Siglenverzeichnis der verwendeten Rechtsquellen	339
Siglenverzeichnis der verwendeten Zeitschriften	343
Verzeichnis der verwendeten Literatur	345

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
BVMI	Bundesverband Musikindustrie
CC	Creative Commons
DOI	Digital Object Identifier
DRM	Digital Rights Management
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
HADOPI	Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'Internet
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
Ifpi	International Federation of the Phonographic Industry
ISAN	International Standard Audiovisual Number
ISTC	International Standard Text Code
ISRC	International Standard Recording Code
IP	Intellectual Property
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MPI	Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb
mwN	mit weiteren Nachweisen
OLG	Oberlandesgericht

Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen

RGBL.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
VdÜ	Verband deutschsprachiger Übersetzer literarischer und wissenschaftlicher Werke e. V.
VS	Verband deutscher Schriftstellerinnen und Schriftsteller
WIPO	World Intellectual Property Organization
WTO	World Trade Organization
WWDC	Worldwide Developers Conference

Standardsprachlich gängige Abkürzungen bleiben hier ausgespart.

Problemaufriss

A. Urheberrecht des Digitalen – ein ewiges Dilemma?

Die erste Zeitungsmeldung vom Tod Napoleons auf St. Helena am 5. Mai 1821 erschien zwei Monate später in der Londoner Times, am 4. Juli 1821. Die Vossische Zeitung in Berlin druckte den Times-Bericht noch zehn Tage danach, am 14. Juli 1821, ab. Berichte über den Tod Mahatma Gandhis am 30. Januar 1948 trafen schon wenige Minuten nach dem Schuss des Attentäters an allen Orten der Erde ein. Telefon, Radio und Fernsehen hatten aus einer distanzierten eine fast miterlebende Öffentlichkeit gemacht.¹

Heute gehen Ereignis und Meldung nahezu synchron vonstatten. Auf einer einzigen Internetplattform können pro Minute 100 Stunden Videomaterial hochgeladen werden.² Internetnutzer surfen, mailen, twittern, chatten und liken ständig und an jedem Ort. Neueste Trends sind vernetzte Autos, Datenbrillen und das Internet der Dinge. Sie versprechen, die Information-Superhighways mit Straßen, Plätzen und sonstigen Orten sowie mit unseren Sinnen und schließlich mit allem uns Umgebenden verschmelzen zu lassen. Es heißt, das Digitale umklammere uns mit starkem Arm.³ Worin diese Entwicklung mündet, bleibt der Zukunftsforschung vorbehalten. Gewiss ist hingegen, dass das Internet unsere Welt umspannt und alle Lebensbereiche durchdrungen hat: Als dezentrales Netzwerk transportiert es Texte, Bilder und Töne in Echtzeit und nach Überall.

Das hat den Konsum und die Monetarisierung von Kreativgütern tiefgreifend verändert.⁴ Mobile, multifunktionale und vor allem für jedermann erschwingliche Endgeräte, unendliche Speicherkapazität in der Datenwolke, WLAN überall und Verbindungsflattrates für alle ermöglichen die maximale Zugänglichkeit und Zirkulation. Die Freude über dieses freiheitsstiftende und daher grundsätzlich zu begrüßende Phänomen wird jedoch nicht von allen Beteiligten gleichermaßen geteilt, denn die Kehrseite der grenzenlosen Verfügbarkeit urheberrechtlicher Werke ist die massenhafte

1 Vgl. PRANTL, Die Zeitung ist tot. Es lebe die Zeitung, SUEDEDEUTSCHE.DE, 17.05.2010.

2 Vgl. YOUTUBE, Statistiken, S. 1.

3 Vgl. FLECHSIG, Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ 2011, S. 19 (19).

4 Vgl. KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 20.

erfolgende unerlaubte und unbezahlte Nutzung derselben. Der internetbasierte Konsum von Werken ist mit einem Rechtswidrigkeitsmakel behaftet. Das findet in Formulierungen wie „Internetpiraterie“ und „digitales Dilemma“ seine begriffliche Manifestation. Es heißt, unsere Kultur sei in Gefahr.⁵

Digitale, internetbasierte Verwertungsmöglichkeiten haben Kreativgüter entmaterialisiert.⁶ Angesichts dessen lässt sich die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten zugrundeliegende Abhängigkeit der Werknutzung von der Einwilligung des Berechtigten nicht aufrechterhalten.⁷ Das hat einen Streit um die Ausgestaltung des Urheberrechts der Zukunft entfacht. „[D]ie Magna Charta der Informationsgesellschaft“⁸ befinde sich in einer stürmischen Phase, erlebe eine Sinnkrise und stehe gar vor einem Kollaps.⁹ Eine Situation, die mit derart drastischen Worten beschrieben wird, ist weit entfernt von einem Idealzustand. Dabei ist ein funktionierendes Urheberrechtssystem heute wichtiger als je zuvor.¹⁰ Beteiligte an der Auseinandersetzung über das Urheberrecht der Zukunft sind Urheber¹¹ und ausübende Künstler, jeder einzelne Internetnutzer, die herkömmliche Unterhaltungsindustrie, Anbieter von Internetdiensten sowie Software- und Gerätehersteller, außerdem die Gesellschaft als die Ganzheit aller Akteure.

Während Urheberrechtswissenschaftler vor Pauschalierungen warnen und die Notwendigkeit von Differenzierungen anmahnen,¹² ist die publizistische Auseinandersetzung geprägt von sich wiederholenden Stereotypen. Erbittert und nicht selten mit populistischen Zügen wird darüber debattiert, ob der Rechtsschutz hinsichtlich kreativer Güter noch zeit- und interessengerecht, ob er überhaupt moralisch vertretbar sei und welche

5 Vgl. REUß, Unsere Kultur ist in Gefahr, FAZ.NET, 25.04.2009.

6 Vgl. zur generellen Tendenz zur Dematerialisierung und Virtualisierung und den damit verbundenen Rechtsfragen BERBERICH, Virtuelles Eigentum, S. 21 ff.

7 Vgl. GÖTTING, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 95a ff. Rn. 1, zitiert nach SUCKER, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 9; vgl. dazu auch SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 45.

8 HOEREN, Urheberrecht 2000, MMR 2000, S. 3 (3).

9 Vgl. statt vieler HANSEN, Warum Urheberrecht, S. 40 ff.

10 Vgl. DREIER, in DREXL/ u.a. (Hrsg.), FS für H. Ullrich, 35 (46); SHAPIRO/VARIAN, Information rules: a strategic guide to the network economy, S. 88 ff.

11 Die Urheberin ist natürlich eingeschlossen. Urheber im Sinne der vorliegenden Arbeit ist jede natürliche Person, die ein Werk schafft. Vgl. dazu SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 10.

12 Vgl. GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (31); vgl. auch v. LEWINSKI, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schrickler, S. 401 (402).

Regeln eventuell an dessen Stelle treten könnten. Begriffe wie „Endkampf“, „digitales Blut“ und „digitale Horden“ prägen das entsprechende Vokabular,¹³ Zeitungen titeln über „Urheberrechtskriege“,¹⁴ „Online-Schlachten um den Schutz von Urheberrechten“,¹⁵ „War on Internet-Terror“¹⁶ und den „Kulturkampf um Freiheit“.¹⁷

Die Positionen sind stark ideologisiert:¹⁸ So gilt das Internet für die einen als gigantische Enteignungsmaschinerie, während andere es als Innovationsmotor in einer neuen Ära zwangsloser Kreativität feiern.¹⁹ Keine

13 HEVELING, Netzgemeinde, ihr werdet den Kampf verlieren, HANDELSBLATT.COM, 30.01.2012; vgl. dazu auch die entsprechende Entgegnung LESSIG, Der Vietnam-Krieg des Internets, HANDELSBLATT.COM, 01.02.2012.

14 LESSIG, Freie Kultur, S. 20; vgl. dazu auch SCHMIDT, in SCHMIDT/DOLFSMA/KEUVELAAR (Hrsg.), *Fighting the War on File Sharing*, S. 133 ff.

15 v. ALTENBOCKUM, Brave New Internet, FAZ, 21.01.2012, S. 1.

16 LANIER, You are not a Gadget, zitiert nach MICHAL, Warum wir die Kulturfltrate vielleicht doch noch brauchen, CARTER.INFO, 07.03.2010.

17 RENNER, Die Kulturfltrate als dritter Weg, IRIGHTS.INFO, 12.11.2010; vgl. auch LANIER, Warum die Zukunft uns noch braucht, FAZ.NET, 17.01.2010.

18 Vgl. RENNER, Die Kulturfltrate als dritter Weg, IRIGHTS.INFO, 12.11.2010.

19 Vgl. einerseits: Prominente Künstler anlässlich des „Tages des geistigen Eigentums“ in einem an Bundeskanzlerin Merkel gerichteten offenen Brief, der am 25.04.2008 in drei großen Tageszeitungen gedruckt wurde. Dort heißt es: „Leider müssen wir täglich mit ansehen, wie das Recht auf einen angemessenen Schutz unserer Werke missachtet wird. Vor allem im Internet werden Musik, Filme oder Hörbücher millionenfach unrechtmäßig angeboten und heruntergeladen, ohne dass die Kreativen, die hinter diesen Produkten stehen, dafür eine faire Entlohnung erhalten.“ Vgl. dazu Offener Brief: Bundeskanzlerin soll Künstlerrechte schützen, HEISE.DE, 24.04.2008. / Andererseits: BARLOW, A Declaration of the Independence of Cyberspace, PROJECTS.EFF.ORG, 08.02.1996: „Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather. [...] Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. Ours is a world that is both everywhere and nowhere, but it is not where bodies live. [...] Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here. [...] In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media.“ Mit der Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace reagierte der Bürgerrechtler und einer der Gründer der „Electronic Frontier Foundation“, John Perry Barlow im Februar 1996 auf den „Telecommunication Reform Act“ in den USA.

Aktion bleibt ohne Reaktion: Auf die Plattform *wir-sind-die-urheber.de*, auf der die Initiatoren eine Verstärkung des Urheberrechtsschutzes fordern, folgte das Gegenstück *wir-sind-die-buerger.de*, auf der sich eine Bürgerinitiative für mehr Nutzerfreiheiten im Internet einsetzt.

Auf der einen Seite steht die traditionelle Kulturindustrie, das sind etwa Verlage und Produktionsfirmen sowie die für sie auftretenden Personen und Einrichtungen zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen. Sie berufen sich auf die grundrechtlich gewährte Freiheit des Eigentums und bezeichnen die Dienstanbieter, Softwarehersteller und Nutzer als „Diebe“, „Räuber“, „Hehler“ und „Parasiten“, wenn sie auf Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext Bezug nehmen.²⁰ Den Rückgang ihrer Absatzzahlen führen sie auf das Phänomen der Raubkopien zurück. Auf der anderen Seite stehen die Internetnutzer sowie die Internetdienstanbieter. Ihre selbsternannten Vertreter sehen sich romantisierend als „Pioniere“, „Piraten“ und „Revolutionäre“, wenn sie sich gegen die „gierigen Monopolisten“ in Stellung bringen und maximale Freiheit im Netz einfordern.²¹ Die Ursache der behaupteten Umsatzeinbußen der Unterhaltungsindustrie sehen sie in der Unfähigkeit der Betroffenen, ihre Geschäftsmodelle den neuen Gegebenheiten anzupassen. Als Nutzer des Internets wännen sie den technologischen Fortschritt auf ihrer Seite und beziehen sich in ihren Äußerungen auf die Kommunikations- und Informationsfreiheiten, die sie durch eine „Content-Mafia“ bedroht sehen.²²

So wird in dem unüberschaubaren Krieg doch eine Konstante erkennbar: Jeder Protagonist beansprucht, Verteidiger einer bedrohten Freiheit zu sein. Doch wer oder was welche Freiheit bedroht, bleibt nebulös.²³ Wer sind die Guten, wer die Bösen? Sind *Google* und *Facebook* die Guten, weil sie den „Free Flow of Information“ gewährleisten und so die Freiheit der Kommunikation sicherstellen²⁴ oder sind sie die Bösen, weil sie Rechtsverletzungen

20 Bei derartigen Begriffen zur Bezeichnung von Urheberrechtsverpflichtungen handelt es sich allerdings nicht um ein Novum. Vgl. dazu etwa STERNBERG-LIEBEN, Musikdiebstahl, S. 14 ff.

21 Vgl. dazu WINCKLER im Interview mit dem Betreiber der Streaming-Plattform Movie2k, WELT.DE, 19.06.2009.

22 Vgl. zum Problembereich Informationsfreiheit einerseits und Urheberrechtsfreiheit andererseits auch LEHMANN, Die vertragliche Nutzungsrechtseinräumung an Datenbanken in der Informationsgesellschaft, ZUM 1999, S. 623 (623).

23 Erhellend in diesem Kontext HÄRTING, Kommunikationsfreiheit im Netz, K&R 2012, S. 264 ff.

24 Vgl. dazu NIELEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 54 ff.

massenhaft vorschub leisten? Wo ist die herkömmliche Film- und Tonträgerindustrie einzuordnen in diesen Auseinandersetzungen um Freiheit im Internet? Sie selbst sehen sich jedenfalls als die Guten, die lediglich die ihnen zustehenden Rechte gegen schmarotzende Piraten verteidigen. In dieser Gemengelage sind diejenigen, die lediglich Zugang zum World Wide Web oder Speicherplatz im Internet anbieten, sowie die Software- und Geräteproduzenten bestrebt, jede Verantwortung von sich zu weisen und die vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten ihrer Dienste und Produkte zu betonen.

Jene Personen, die den Gegenstand des Streites liefern, die Kreativen, vertreten keine einheitliche Position: Einige von ihnen solidarisieren sich mit der herkömmlichen Unterhaltungsindustrie, während andere sich auf die Seite der Internetdiensteanbieter und Konsumenten stellen, öffentlich zum „Raub“ und zur „Revolution“ aufrufen und ihre Fans auffordern, ihre Werke an den Verwertern vorbei über das Internet zu beziehen.²⁵

25 Vgl. dazu LISCHKA/ROSENBAACH, Gesperrte Videoclips, SPIEGEL ONLINE, 17.12.2011, wo über einen Videoclip berichtet wird, in dem eine Vielzahl Prominenter die digitalen Dienstleistungen des Internetdiensteanbieters MegaUpload loben. Dagegen der Musiker Jan Delay, der für die Verwertungsindustrie Position bezieht, Streitgespräch – „Abschalten Digger“, DER SPIEGEL 16/2012, S. 116 – 119 (117).

B. Kulturfltrate – des Dilemmas einfache Lösung?

Eine auf den ersten Blick denkbar einfache Lösung²⁶ des Problems der massenhaft erfolgenden unerlaubten und unvergüteten Nutzung digitaler Kreativgüter wird unter der Bezeichnung Kulturfltrate und ähnlichen Begriffen (I) thematisiert und seit langem heftig diskutiert, ohne dass der Gesetzgeber dies bisher aufgegriffen hat (II). Angesichts der zunehmenden Etablierung geschäftsmäßig betriebener, pauschalvergüteter Streamingdienste stellt sich aber auch die Frage, ob mittlerweile ein Tätigwerden des Gesetzgebers insoweit obsolet geworden ist (III). Die Ziele der untersuchungsgegenständlichen alternativen Kompensationsmodelle lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Gewährung weitgehender Freiheit sowie Rechtssicherheit hinsichtlich des Zugangs zu digitalen Kreativgütern und ihrer nicht gewerblichen internetbasierten Nutzung im Wege der Einführung entsprechender juristischer Mechanismen;

2. Sicherstellung einer angemessenen Vergütung durch die Erhebung kollektiver bzw. pauschaler Vergütungsentgelte im Rahmen eines gesetzlich geregelten Vergütungssystems anstelle einer Abrechnung einzelner Nutzungshandlungen.

Durch derartige Verwertungskonzepte, so die einfache Lösung, wäre gewährleistet, dass die grundsätzlich für jede Werknutzung zu zahlende Vergütung auch tatsächlich entrichtet würde. Dies hätte zur Folge, dass im Vergleich mit der heutigen Situation die Einkünfte der Kreativen stiegen, während die Internetnutzer in die Lage versetzt wären, Schutzgegenstände zu konsumieren und unter Umständen mitzugestalten, ohne sich dabei in ständigem Konflikt mit dem Urheberrecht zu befinden. Gepaart mit der technisch grenzenlos möglichen Distribution wäre eine maximale Verbreitung digitaler Kreativgüter sichergestellt und die Zunahme kultureller Diversität gewährleistet.²⁷

Zu betonen ist, dass den untersuchungsgegenständlichen Konzepten nicht die Vorstellung zugrunde liegt, dass alles, was im Internet kursiere,

26 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 82 ff.

27 Vgl. FISHER, Promises to keep, S. 6.

unentgeltlich verfügbar sein müsse. Das ist deshalb besonders zu unterstreichen, weil mitunter die Ansicht vertreten wird,²⁸ derartige Ideen entsprängen einer Netzideologie der freien und unentgeltlichen Zugänglichkeit. Mag eine solche „Freibiermentalität“ durchaus existieren, in der Sache ist sie abwegig.²⁹ Der Gedanke des kostenlosen Zugangs zu digitalen Kreativgütern ist vor allem unter dem Aspekt eines herzustellenden Ausgleichs aller betroffenen Belange unvertretbar.³⁰

I. Viele Begriffe – eine Idee?

Bei dem aus dem Englischen übernommenen Substantiv „Flatrate“ handelt es sich um eine an den Begriff „flat fee“ angelehnte Bezeichnung. Davon ist im alltäglichen Sprachgebrauch dann die Rede, wenn ein Produkt oder eine Dienstleistung unabhängig von der konsumierten Menge zu einem einheitlichen Preis erhältlich ist. Dem Anbieter ermöglichen derartige Modelle eine bessere Kalkulierbarkeit, dem Abnehmer eine bessere Vorhersehbarkeit ihrer Kosten.³¹ Vor allem im Bereich von Telekommunikationsdienstleistungen erfreuen sich Internet- oder Telefonflatrates großer Beliebtheit.

Im Hinblick auf Flatratekonzepte für die Verwertung von und den Zugang zu digitalen Kreativgütern existiert kein einheitliches Begriffsverständnis.³² In der deutschsprachigen Literatur stößt man auf die Bezeichnungen „Kulturflatrate“, „Content-Flatrate“ oder „Flatrate für Medieninhalte“³³, „alternatives Kompensationssystem“³⁴, „Tauschlizenz“³⁵ oder

28 Vgl. HAEDIKE, Patente und Piraten, S. 81; ebenso WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter?, UFITA (2011/III), S. 649 (677), der vom Bestehen einer solchen Ideologie ausgeht.

29 Vgl. GASCHKE, Totalitäre Transparenz, Die ZEIT Nr. 18, 26.04.2012, S. 5.

30 Vgl. KURBUJWEIT, Die Freiheit der Wölfe, DER SPIEGEL 16/2012, S. 24 – 25 (24); PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 103; SCHACK, in MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Hrsg.), GG, Art. 5. Abs. 1, 2 Rn. 52.; LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 125, mWN.

31 Vgl. dazu WEGENER, Kulturflatrate, S. 2; SUISSE CULTURE (Hrsg.), Die digitale Revolution des Urheberrechts, Arbeitspapier Kulturflatrate, S. 3.

32 So KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 8.

33 RÖSLER, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte, GRUR Int 2005, S. 991(996).

34 GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommunikation, 4/2004, S. 49 ff.

35 GRASSMUCK, Vorschlag zum Besseren, S. 3.

„Globallizenz“³⁶. Die englischsprachige Debatte ist geprägt von Wendungen wie „Artistic Freedom Voucher“, „Alternative Compensation System“³⁷ sowie „Noncommercial Use Levy“³⁸. Eine Begriffsvielfalt hinsichtlich im Grundsatz einheitlicher Phänomene ist zwangsläufig der Kritik ausgesetzt, bei dem Bezeichneten handle es sich um etwas Diffuses, wovon keiner so recht wisse, was damit gemeint sei.

Da sich die Grundidee auf digitale Inhalte und deren Verbreitung über das Internet bezieht, nicht jedoch auf „Offline-Kultur“ wie beispielsweise Theater, Museen und verkörperte Ton und Bildträger, kann der Begriff einer Kulturflatrate irreführend verstanden werden. Teilweise wird daher der Begriff „Content-Flatrate“ verwendet, wobei „Content“ für digitale audiovisuelle Inhalte steht. Damit ist jedoch keineswegs endgültig geklärt, was im Einzelnen unter Kultur im Sinne einer Kulturflatrate zu fassen ist.³⁹

Nachfolgend wird der allgemeine, sämtliche diskutierten Modelle umfassende Begriff des Pauschalvergütungsmodells zugrunde gelegt. Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu treffende Unterscheidung der diskutierten Modelle, etwa nach den ihnen zugrundeliegenden gesetzlichen Lösungsmechanismen, verspricht eine gewisse, die weitere Diskussion bereichernde Systematisierung.

II. Stand der Diskussion

Als Reaktion auf die technologisch bedingte einfache Reproduzierbarkeit urheberrechtlicher Schutzgüter wurden Pauschalvergütungsmodelle vereinzelt bereits in den 1990er Jahren im Zusammenhang mit digitalen Aufnahmetechnologien diskutiert,⁴⁰ bevor sie hinsichtlich Peer-to-Peer-Filesharing von Musik thematisiert wurden.⁴¹ Im Kontext internetbasierter Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände fand in Deutschland eine solche

36 Vgl. dazu SAVARY, Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik?, AB 2010, S. 597 ff.

37 FISHER, Promises to Keep, S. 199 ff.

38 NETANEL, Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing, Harv. J. L. & Technology, 2003, S. 2 ff.

39 KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 50.

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

41 So ausdrücklich WEGENER, Kulturflatrate, S. 2; zum Begriff „Filesharing“, vgl. FORCH, Rechtsfragen rund um den Filesharing-Prozess, GRUR-Prax 2014, S. 193 (194).

Idee, soweit ersichtlich, erstmals 1995 in einem Zeitungsartikel Erwähnung.⁴² Detaillierte Vorschläge lassen sich nach der Jahrtausendwende in der US-amerikanischen Literatur nachweisen. Seither ist das Stichwort „Kulturflatrate“ immer wieder zu vernehmen, wenn um die künftige Ausgestaltung des Urheberrechts gestritten wird.⁴³

In Frankreich scheiterte ein Gesetzesentwurf über eine Licence globale, die eine Pauschalvergütung für über das Internet verfügbar gemachte Werke zum Gegenstand hatte, im Jahr 2006 in der Nationalversammlung.⁴⁴ Ein in diesem Zusammenhang erstelltes Gutachten von Wissenschaftlern der Universität Nantes hatte zuvor die Vereinbarkeit eines Pauschalvergütungsmodells für über das Internet verfügbar gemachte Werke mit französischem und europäischem Urheberrecht, insbesondere mit dem Dreistufentest, bejaht.⁴⁵

Zuletzt ließ der Ausschuss für Bildung und Kultur des Europäischen Parlaments in einer umfassenden Studie die politische und wirtschaftliche Realisierbarkeit einer Content-Flatrate untersuchen. Das im Juli 2011 veröffentlichte Gutachten bietet eine Analyse der Entwicklung der Märkte für musikalische und audiovisuelle Unterhaltungsprodukte und -dienste in den letzten zehn Jahren sowie Informationen zu Trends auf dem Gebiet internetbasierter Urheberrechtsverletzungen. Zudem werden die wichtigsten Ziele eines Ansatzes für Pauschalvergütungsmodelle und diverse Szenarien für eine Umsetzung vorgestellt. Mit dem Fokus auf Peer-to-Peer-Filesharing von Musikdateien kommen die Experten zu dem Ergebnis, ein gesetzlich implementiertes, bereichsspezifisches Content-Flatrate-System gebe Rechteinhabern die Gelegenheit, Verbrauchern gegen Zahlung eines Entgelts eine legale Nutzung von Peer-to-Peer-Tauschbörsen zu ermöglichen.⁴⁶

42 VAHRENWALD/MISKIN, Copyright im Netz, FAZ, Beilage Kommunikation und Medien, 29.08.1995.

43 Vgl. dazu das von der Fraktion des BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN im Bayerischen Landtag initiierte Gespräch vom 16.11.2010. Das Schweizer Forum für Kommunikationsrecht widmete seine 10. Urheberrechtstagung am 10.02.2011 in Bern, die den Titel „Content Flatrate“ trug, ganz dem Thema der Pauschalvergütungen für über das Internet verfügbar gemachte Werke. Die Veranstaltung diente dazu, zu eruieren, ob und inwieweit die Schweiz bei der Einführung eines solchen Systems eine Vorreiterrolle übernehmen könne.

44 Vgl. dazu auch GEIGER, Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOP1), S. 457 (459).

45 Vgl. BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 4 ff.

46 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, The „Content-Flatrate“, S. 1 ff.

Die Unterhaltungsindustrie, insbesondere die Musikwirtschaft, steht einem Pauschalvergütungsmodell, soweit ersichtlich, ablehnend gegenüber. Die Einführung einer Kulturflatrate komme einer Kapitulation der Politik vor der Komplexität des Urheberrechts in der digitalen Welt gleich. Eine derartige Lösung sei unfair, entspreche nicht marktwirtschaftlichen Gegebenheiten, beschneide die Rechte der Urheber und verflache die Kultur.⁴⁷ Nachdem 2004 im Zusammenhang mit der Umsetzung der Info-RL⁴⁸ die Forderung nach der Einführung einer Kulturflatrate in Deutschland laut geworden war,⁴⁹ fand eine Auseinandersetzung damit im Rahmen des Referentenentwurfs zum „zweiten Korb“⁵⁰ statt. Das Ansinnen wurde mit folgender Argumentation zurückgewiesen:

Dem Vorschlag von *privatkopie.net*, eine Schrankenregelung für die Onlinenutzung zu schaffen und vergütungspflichtig zu gestalten, wird nicht gefolgt. Zum einen fehlt hierfür eine Grundlage im europäischen Urheberrecht. Der Urheber hat das Recht, sein Werk umfassend zu verwerten. Das gilt auch für eine Verwertung zum Abruf im Internet. Die Richtlinie lässt keine Regelung zu, durch die eine allgemeine Schranke für die Onlinenutzung geschaffen wird. Zum anderen würde mit einer solchen Schrankenregelung eine erfolgreiche Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet unmöglich gemacht.⁵¹

Im Vorfeld der Urheberrechtsreform im Rahmen des dritten Korbes erteilte die Bundesjustizministerin der Kulturflatrate eine Absage, da solche Lösungen zu Zwangskollektivierung führten und Verteilungsschwierigkeiten mit sich brächten.⁵² In der einschlägigen rechtswissenschaftlichen Diskussion

47 Vgl. BVMI, Pressemitteilung vom 25.11.2010; hiergegen GRASSMUCK, Erwiderung auf das Musikindustrie-Positionspapier zur Kulturflatrate, NETZPOLITIK.ORG, 10.2.2010, zitiert nach KREUZTER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 52. Vgl. dazu auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 79.

48 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001, L 167/10, (nachfolgend auch Info-RL genannt).

49 Vgl. PRIVATKOPIE.NET / u.a. (Hrsg.), Kompensation ohne Kontrolle, S. 1 ff.

50 Vgl. zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007, BGBl. 2007 I, S. 2513. Der Bundesgesetzgeber unterteilte seine Reformbestrebungen auf dem Gebiet des Urheberrechts in zwei Abschnitte. Der sogenannte „Korb eins“ enthielt die durch die Info-RL zwingend vorgegebenen Regelungen. Weitere Änderungen wurden auf den am 01.01.2008 in Kraft getretenen „Korb zwei“ vertagt.

51 BT-Drs. 16/1828, S. 20.

52 Vgl. LEUTHEUSER-SCHNARRENBERGER, Berliner Rede zum Urheberrecht, 14.06. 2010.

wurde der Vorschlag zur Einführung von Pauschalvergütungsmodellen bislang durchweg als eine Lösung des Verwertungsproblems im digitalen Kontext angesprochen, aber in der Regel ohne weitere Prüfung als impraktikabel oder als mit höherrangigem Recht unvereinbar abgelehnt.⁵³ Demgegenüber behandeln jüngste Abhandlungen das Thema Kulturflatrate umfassender. Eine wissenschaftliche Studie, die sich unter dem Titel „Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate“ eingehend mit der Einführung eines Pauschalvergütungsmodells befasst und sowohl die juristischen Hindernisse durchleuchtet als auch ökonomisch relevante und detaillierte Aussagen über die Höhe der zu erhebenden Pauschale trifft, kommt zu folgendem Ergebnis:

Die Lage entspricht in frappierender Weise den Erfahrungen vor Einführung der Geräteabgabe im Jahr 1966 – so dass eine analoge Lösung des Dilemmas zwischen effektiver Kompensation der Rechteinhaber und Wahrung der Freiheiten der Nutzer in Gestalt einer Internetabgabe (Kulturflatrate) nahe liegt, die auch Gefährdungen des Rechts der informationellen Selbstbestimmung vermeidet.⁵⁴

Eine weitere rechtswissenschaftliche Arbeit, die Kulturflatrates als möglichen Vergütungsmechanismus für internetbasierte Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände umfänglich behandelt, sieht darin einen geeigneten Ansatz, „der Krise der Legitimation und der Durchsetzung des Urheberrechts im digitalen Verwertungsumfeld entgegenzuwirken.“⁵⁵ Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die unter dem Begriff Kulturflatrate zusammenfassenden Regelungsmodelle sowohl verfassungsrechtlich als auch konventionsrechtlich zulässig seien, während das unionsrechtliche Sekundärrecht der Umsetzung der diskutierten Modelle entgegenstehe.⁵⁶ Dagegen gelangt eine andere rechtswissenschaftliche Untersuchung zu dem Schluss,

53 So etwa BAUMGARTNER, *Privatvielfältigung*, S. 215 ff.; LAUBER-RÖNSBERG, *Urheberrecht und Privatgebrauch*, S. 365; RUNGE, *Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test*, GRUR Int 2007, S. 130, (135).

54 SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 149; Dagegen ELBEL, *Kritik des Gutachtens über die Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, K&R 2013, S. 439 ff.; Replik SPINDLER, *Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate*, K&R 2013, S. 544 (544), vgl. dazu auch PEIFER, *Selbstbestimmung im digitalen Netz*, ZUM 2014, S. 86 ff.

55 ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 278.

56 Vgl. ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 280.

dass weder die Argumente für noch die gegen die Einführung einer Kulturfltrate überwiegen und lehnt darauf abstellend die Einführung einer Kulturfltrate insgesamt ab.⁵⁷

III. Obsoleszenz einer Kulturfltrate wegen zunehmender Etablierung geschäftsmäßig betriebener Streamingdienste?

Wie vorstehend skizziert wird die Idee eines gesetzlichen Pauschalvergütungsmodells seit nunmehr fast zwanzig Jahren thematisiert. Ein Tätigwerden der Legislative und eine Veränderung der Rechtslage hat die Diskussion bislang nicht zur Folge gehabt. Die tatsächlichen Umstände, an die die Verfechter einer Kulturfltrate ihre Vorschläge knüpfen, haben sich jedoch mittlerweile geändert.

Die Forderung einer gesetzlichen Kulturfltrate war in erster Linie eine Reaktion auf das Problem des illegal betriebenen Peer-to-Peer-Filesharing. Diesbezüglich ist in einer einschlägigen Publikation zu lesen:

Betrachtet man die Regelungen der Digitalwelt im geltenden und im geplanten Urheberrecht, so erscheint es, als würde ein Gartenzaun errichtet, damit die Nachbarkinder die Äpfel nicht klauen, während eine Lawine auf das Haus zurollt. Die Lawine heißt Peer-to-Peer (P2P) Filesharing oder auch Tauschbörsen und stellt eine grundlegende Verschiebung in der Nutzungsweise von Datennetzen dar: die nächste Metamorphose des Internet.⁵⁸

Heute, zehn Jahre später, hat sich die in dem Zitat angesprochene Verschiebung der Nutzungsweise von Datennetzen weiter vertieft. Während damals der heimische Computer oder der Computer am Arbeitsplatz genutzt wurden, um Musik herunterzuladen, die dann auf einem MP3-Player überall und jederzeit gehört werden konnte, ist es heute so, dass nur wenige Wischbewegungen auf einem Smartphonebildschirm das Tor zu einem Universum von Musik, Filmen, Bildern und Texten öffnen, das, ohne abgespeichert werden zu müssen, immer und überall im Wege des Streamings verfügbar ist.⁵⁹ Streaming umfasst den Empfang und die Wiedergabe von

57 Vgl. ZACHOW, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter, S. 119.

58 GRASSMUCK, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, S. 104 (108).

59 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des Internets und zu dessen Struktur GERNROTH, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

Audio- oder Videodateien aus Rechnernetzen, wobei anders als beim Downloaden von Dateien eine dauerhafte Speicherung auf dem Zielrechner nicht vorgesehen ist. Inzwischen existieren etliche Geschäftsmodelle, die einen weitgehend unbegrenzten Musik- oder Filmkonsum auf legale Weise und gegen Zahlung einer Pauschale oder gar kostenlos ermöglichen.

Mit dem Augenmerk auf Musik sei beispielhaft auf zwei insoweit bedeutende Dienste, *Spotify* und *Jamendo*, hingewiesen.⁶⁰ Diese Plattformen sind hier deshalb von Interesse, weil sie auf grundverschiedenen Lizenzierungsmechanismen basieren. Während *Jamendo* auf „freie“ Musik, insbesondere auf das Konzept der Creative Commons (CC) setzt,⁶¹ nutzt *Spotify* das *GEMA*-Repertoire und basiert damit auf einer von der *GEMA* abgeleiteten Verwertungsberechtigung, die sie zuvor im Wege eines Lizenzvertrages mit der *GEMA* erwerben musste.⁶² Die von *Jamendo* verfügbar gemachten Werke können gemäß den ihnen zugrunde liegenden CC-Lizenzen zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken frei verwendet, insbesondere heruntergeladen, im Wege des Streamings gehört und weitergegeben werden. Für gewerbliche Nutzungen verlangt *Jamendo* eine Vergütung, die anteilig an die Rechteinhaber der betroffenen Werke ausgezahlt wird.⁶³ *Spotify* ist nach seinem Erfolg in den skandinavischen Ländern, England, Frankreich und Spanien nunmehr auch in Deutschland verfügbar.⁶⁴ Ein Zugriff auf den Dienst aus anderen Ländern wird mittels Geotargeting der IP-Adresse des Benutzercomputers vermieden. Die Nutzung des Dienstes ist gratis, wenn der Kunde wiederkehrende Werbeeinblendungen akzeptiert. Kürzlich hat

(ICANN) und die Verwaltung des Internets, S. 3 ff. Zur technischen Ausgestaltung vgl. HAGE/HITZFELD, in LOEWENHEIM/KOCH (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 2 ff. Zur technischen Grundlage und Bedeutung von Peer-to-Peer-Filesharing vgl. umfassend BRINKEL, Filesharing, S. 13 ff.; Für einen Überblick über die verschiedenen Generationen von Filesharing-Systemen vgl. SAKTHIVEL, 4G Peer-to-Peer Technology – Is it Covered by Copyright?, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 16, July 2011, S. 309 ff.

60 Vgl. dazu umfassend HARTMANN-WOLFF/HIRZEL/SCHMIDT, Die Musikrevolution, Focus 28/2014, S. 63 ff. Für weitere Beispiele vgl. DIMITA, Copyright and Shared Network Technologies, S. 196. Vgl. auch LISCHKA, Spot an fürs Gratis-Streaming, SPIEGEL.DE 12. März 2012, S. 1.

61 Vgl. zu *GEMA*-freier Musik und Copyleft CZYCHOWSKI, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 68 Rn. 60.

62 Die Einführung war auf den deutschen Markt zunächst an ergebnislosen Verhandlungen mit der *GEMA* gescheitert. Vgl. dazu HEISE ONLINE, „Vorerst kein Deutschlandstart für Spotify“, S. 1.

63 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 35.

64 Vgl. dazu HERBOLD, Billiger als Kaufen besser als Klauen, ZEIT ONLINE, 26. April 2012, S. 1.

Apple sein Streamingangebot „Apple Music“ in 100 Ländern gestartet. Der Monatspreis, der den unbegrenzten Zugriff auf 30 Millionen Songs sichert, beträgt 9,99 Dollar und ist damit derselbe wie bei *Spotify* und Co. Allerdings hat *Apple* noch ein Zusatzangebot: Für 14,99 Dollar gibt es ein Abo für Familien mit bis zu sechs Mitgliedern.⁶⁵

Mit Onlinevideotheken wie *Watchever* und *Maxdome* haben sich auch für Filme und Serien neue Abomodelle etabliert.⁶⁶ Auf diesem Gebiet trat zuletzt der Onlineversandhändler *Amazon* besonders in Erscheinung. Unter dem Namen „Amazon Prime“ bietet der Dienst seinen Nutzern für einen monatlichen Fixpreis von vier Euro den Zugriff auf 12000 Filme und Serien. Damit unterschreitet *Amazon* deutlich die Preise der anderen Anbieter, die zwischen acht und neun Euro liegen.

Die Streamingdienste gelten als die Wachstumstreiber des globalen Musikmarktes.⁶⁷ Sie sind klug in die Infrastruktur digitaler Netze, insbesondere in die sozialen Netzwerke eingebettet. Neue Unternehmen mit Milliardenbewertungen entstehen. Aber wird das Problem, als dessen Lösung die Kulturfltrate diskutiert wurde, dadurch gelöst, so dass sich ein Tätigwerden des Gesetzgebers erübrigt? Die als Geschäftsmodelle betriebenen Abomodelle entsprechen insofern der Idee einer Kulturfltrate, als sie keine auf Einzelabrufen oder Einzelnutzungen basierende Inanspruchnahme ihrer Nutzer vorsehen, sondern es den Nutzern gestatten, gegen Zahlung eines Abonnemententgelts in Form einer Pauschale ein bestimmtes Repertoire relativ unbegrenzt zu nutzen.⁶⁸ Damit befriedigen die Streamingdienste in der Tat ein wesentliches Anliegen der Verfechter einer Kulturfltrate, die das Problem der illegalen Zirkulation von Musikdateien über Filesharing einer Lösung zuführen wollen.

Das Ideal der von den Verfechtern einer Kulturfltrate beschworenen Kultur des offenen Zugangs ist aber nicht die Goldsteinsche Jukebox, die

65 Vgl. KREMP, WWDC 2015, SPIEGEL ONLINE, 09. Juni 2015.

66 Vgl. dazu ÖTTER/JÖCKER, Film-Fltrates im Test, Computerbild.de, S. 1.

67 Vgl. MORTSIEFER, Downloads und Streaming stützen den Musikmarkt, tagespiegel.de, 18. März 2013.

68 Die Grenzenlosigkeit der Abomodelle ist insoweit relativiert, als dass sie in einem durch Nutzungsbedingungen gepaart mit technischen Begrenzungsmaßnahmen geprägten Rahmen stattfinden. Entsprechend gewährleisten die bereits verwirklichten Abomodelle das Streaming von Musikstücken. Dies hat zur Folge, dass die Kunden mit ihrem Abo etwa nicht die Befugnis zum Herunterladen von Musik, sondern den Zugang zu einem Stream erwerben., wobei sie sich Playlists erstellen, ihr persönliches Archiv einrichten und immer wieder abrufen können, ohne sie auf der eigenen Festplatte oder auf sonstigen eigenen Datenträgern abspeichern zu können und als Eigenes zu besitzen.

mit den Streamingdiensten verwirklicht sein mag, sondern das Wiki. Das Internet ermögliche nach ihrer Auffassung einen vernetzten Informationsfluss, an dem jeder, der an das Netz angeschlossen sei, nach gleichen Bedingungen und ohne zentrale Kontrolle als Sender und Empfänger teilnehmen könne, dürfe und solle. Dem entsprechen die oben in Bezug genommenen Geschäftsmodelle nicht. Jene Modelle implementieren eine Kultur der Exklusivität nach dem Vorbild der analogen Welt, wo Information im Rahmen einer hierarchischen Struktur aus einer Quelle an eine Vielzahl von Empfängern übermittelt wird, deren Aktivität sich im Wesentlichen auf die Auswahl und den Konsum der betreffenden Information beschränkt. In Abkehr von einer Exklusivitätskultur vertreten die Befürworter der Kulturfltrate die Auffassung, es sei die Zugangskultur, welche die technische Grundstruktur des Internets und dessen Entstehungskontext reflektiere. Insofern hat die Idee nicht nur die Befriedigung des Bedürfnisses nach unbegrenztem Musikkonsum im Blick, sondern sie bezweifelt grundsätzlich die Funktionalität des für den digitalen Kontext relevanten Urheberrechts.

Diesbezüglich ist auch bemerkenswert, dass seit dem Aufkommen der technologischen Infrastruktur und des dadurch entstandenen Bedürfnisses nach unbegrenztem Zugang zu digitalen Unterhaltungsmedien nahezu zwanzig Jahre vergangen sind, bis entsprechende Dienste in Übereinstimmung mit geltendem Recht angeboten werden konnten. Dazu musste sich in der Musikindustrie zunächst die Erkenntnis durchsetzen, dass, wenn ein neuer Techniktrend den Zeitgeist trifft, Anbieter keine andere wirtschaftlich und rechtlich sinnvolle Alternative haben, als mitzumachen. Zwei Jahrzehnte lang hemmte somit die Rechtslage Innovationen auf diesem Gebiet. Das nährt, unabhängig von der Etablierung der Streamingdienste, Zweifel an der Funktionstauglichkeit, insbesondere an der Effizienz des einschlägigen Rechtsrahmens, zumal Streamingdienste die vielen die urheberrechtliche Behandlung zeitgemäßer Kultur- und Kommunikationstechniken betreffenden Fragen unbeantwortet lassen.⁶⁹ Ob und inwiefern jene unter dem Begriffspaar „Digitales Dilemma“ diskutierten Zweifel an der Funktionalität des Urheberrechts im digitalen Kontext, losgelöst von den Rechtsproblemen um Peer-to-Peer-Filesharing, juristisch greifbar sind, ist Gegenstand des zweiten Teils dieser Arbeit.

Jenseits von rechtlichen Überlegungen sind auch eine Reihe wirtschaftlicher und sachlicher Aspekte des Streamings fragwürdig, weshalb die Zukunft des Streaming-Trends als geschäftsmäßiges Abomodell offen

69 Vgl. dazu Teil 2, B. II. 1. b).

bleibt. So ist zweifelhaft, ob sich mit Streaming tatsächlich Geld verdienen lässt. Nach letzten verfügbaren Zahlen von 2012 wachsen mit den Geschäften auch die Verluste. Bei einem Umsatz von 578 Millionen Dollar wies der Marktführer *Spotify* ein Minus von 78 Millionen Dollar aus.⁷⁰ Fraglich ist auch, ob und inwieweit die kreativ Tätigen, insbesondere die Künstler und Musiker, an den Umsätzen beteiligt werden. Auch diesbezüglich sei beispielhaft auf *Spotify* Bezug genommen: *Spotify* führt 70 Prozent der Einnahmen an die *GEMA* ab. Die *GEMA* schüttet wiederum abstellend auf einen Verteilungsschlüssel an die entsprechenden Musikverlage aus. Sie erhalten pro abgerufenem Song einen Bruchteil eines Cents. Wieviel davon bei den Künstlern ankommt, ist Verhandlungssache zwischen den Verlagen und den Künstlern.⁷¹ Von den weltweit 40 Millionen *Spotify*-Nutzern wählten 30 Millionen die kostenlose Werbeversion, die nur wenige Einnahmen generiert. Ob sich der Trend für Musiker lohnt, ist ungewiss, sie selbst halten ihre Beteiligung an den Erlösen für zu gering.⁷² Der im Juli 2015 gestartete Streamingdienst *Apple Music* sah zunächst vor, dass Musiker während der für die Nutzer kostenlosen dreimonatigen Probezeit für das Streamen ihrer Werke kein Geld bekommen. Das kommentierte eine „schockierte und enttäuschte“ Musikerin in einem offenen Brief an *Apple*: „Wir bitten Sie nicht um kostenlose iPhones. Bitte verlangen Sie von uns nicht, Ihnen unsere Musik ohne Gegenleistung zur Verfügung zu stellen.“ Unter dem Druck dieser Öffentlichkeit änderte *Apple* die Regeln: Musiker wurden nun auch während der kostenlosen Probezeit für das Streaming ihrer Werke bezahlt.⁷³

Teilweise befürchten Rechteinhaber, dass durch das Streaming die Verkäufe sanken, zumal gestreamte Inhalte sich einfach als Datei abspeichern ließen. Wenn Inhalte aber nur einmal abgerufen und danach als Datei genutzt werden, funktioniert das Abrechnungsmodell nicht mehr.⁷⁴ Mithin bleibt auch das Problem der unerlaubten sowie unvergüteten Zirkulation

70 Vgl. HARTMANN-WOLFF/HIRZEL/SCHMIDT, Die Musikrevolution, Focus 28/2014, S. 63 (66).

71 Vgl. HARTMANN-WOLFF/HIRZEL/SCHMIDT, Die Musikrevolution, Focus 28/2014, S. 63 (67).

72 „Es werden lächerlich niedrige Beträge kolportiert, die angeblich bei den Musikern eingehen. Lady Gaga soll für eine Million Aufrufe ihres Hits „Poker Face“ mit etwa 150 Dollar abgespeist sein. Daft Punk für das mehr als 150 Millionen Mal gestreamte „Get Lucky“ nur 26000 Dollar erhalten haben.“ HARTMANN-WOLFF/HIRZEL/SCHMIDT, Die Musikrevolution, Focus 28/2014, S. 63 (68).

73 Vgl. ZEIT ONLINE, Taylor Swift zwingt Apple zum Umdenken, 22. Juni 2015.

74 Vgl. HARTMANN-WOLFF/HIRZEL/SCHMIDT, Die Musikrevolution, Focus 28/2014, S. 63 (68).

urheberrechtlicher Schutzgegenstände im Kern ungelöst. Massenabmahnungen und Prozesse wegen urheberrechtswidrigen Downloads sind trotz der Etablierung von Streamingdiensten an der Tagesordnung.⁷⁵ So heißt es treffend:

Die rechtlichen Probleme rund um das Thema „Filesharing“ werden Rechtswissenschaft und Rechtsprechung noch lange beschäftigen. Sie sind nur eine extreme Ausprägung einer zentralen Frage, die letztlich einer gesetzgeberischen Lösung zugeführt werden muss, nämlich wie Urheberrechte im digitalen Zeitalter zu behandeln und zu schützen sind.⁷⁶

-
- 75 Vgl. SPIEGEL ONLINE, Illegale Musikdownloads: Bundesgerichtshof beschäftigt sich mit Filesharing, 11. Juni 2015.
- 76 BUCHMANN/BRÜGGEMANN, Der Preis des „Filesharing“, K&R 2011, S. 368 (373); vgl. zu Szenarien hinsichtlich der Verwertung von „kreativen informationellen Gütern“ im Jahre 2035 und der künftigen Ausgestaltung des Urheberrechts, INTERNET & GESELLSCHAFT CO:LLABORATORY (Hrsg.), Regelungssysteme für informationelle Güter, S. 73 ff.

Gegenstand und Ziel der Untersuchung

A. Erkenntnisinteresse und Methodik

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Arbeit geht dahin, den rechtspolitisch relevanten Anlass sowie die Gestaltungsgrenze des Gesetzgebers hinsichtlich der Einführung eines Pauschalvergütungsmodells für internetbasierte Nutzungen digitaler Kreativgüter zu identifizieren. Was die Frage nach dem Anlass der Einführung eines solchen Modells anbelangt, gilt es, diejenigen Fehlstellungen in der gegenwärtigen Rechtslage herauszustellen, die den Stein des Anstoßes bilden. Im Hinblick auf die legislative Gestaltungsgrenze ist zu erarbeiten, ob und inwieweit die zur Debatte stehenden Pauschalvergütungsmodelle sich als systemimmanente Lösungen den Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht zuordnen lassen und wie ein ideales Modell auszugestalten wäre. Dabei ist der Fokus insbesondere auf die Frage gerichtet, ob und in welcher Ausgestaltung ein Pauschalvergütungsmodell legislativ, in Übereinstimmung mit nationalem, europäischem und internationalem Urheberrecht, realisiert werden könnte.

Das Problem der massenhaften unerlaubten Zirkulation urheberrechtlich geschützter Güter hat sich bisher am deutlichsten in Beispielen von Musik- und Filmwerken offenbart,⁷⁷ zumal das Musikgeschäft den wirtschaftlich bedeutendsten Teil innerhalb der Kulturindustrie darstellt.⁷⁸ Dem entspricht es, dass die prominentesten Urheberrechtsstreitigkeiten Musik oder Filme zum Gegenstand haben.⁷⁹ Auch vorliegend ist der Fokus auf musikalische

77 Vgl. dazu etwa BAIERLE, Der Online-Vertrieb von Musikwerken im Internet unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten, S. 52; de GRAHL, Die Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Zeitalter, S. 28, dessen Aussagen allerdings lediglich auf Quellen der Ifpi und der phonographischen Wirtschaft basieren.

78 Der deutsche Tonträgermarkt ist mit einem Weltmarktanteil von 8 % der drittgrößte Markt der Welt und der größte in Europa. Der Umsatz aus Tonträgerverkäufen liegt in Deutschland deutlich über den Umsätzen der Filmindustrie und der Videoprogrammanbieter. Ebenso übersteigen die Einnahmen der Musikwirtschaft die anderer beliebter Freizeitbranchen. Beispielsweise werden die Einnahmen der Bundesligafußballclubs um das 24-fache übertroffen. Vgl. dazu BAIERLE, Der Online-Vertrieb von Musikwerken im Internet unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten, S. 50.

79 Vgl. dazu etwa CONGRESS OF THE UNITED STATES, CONGRESSIONAL BUDGET OFFICE (CBO), Copyright Issues in Digital Media, S. 1 ff.

und filmische Werke gerichtet. Dennoch geht der Anspruch der Untersuchung dahin, ein Pauschalvergütungsmodell auf Realisierbarkeit zu überprüfen, das digitale Kreativgüter aller Art umfassen kann.⁸⁰

Was die Methodik angeht, beschränkt sich diese Arbeit weitgehend auf die Analyse von Literatur, Rechtsprechung und Internetquellen. Dazu wird das für den Untersuchungsgegenstand relevante Schrifttum, soweit es juristische, insbesondere medien- und urheberrechtliche Bezüge aufweist, ausgewertet. Sofern Daten und Statistiken verwendet werden, greift die Untersuchung auf die wenigen vorhandenen, sich teilweise signifikant widersprechenden Studien zurück. Damit ist zugleich ein im Bereich des Urheberrechts im digitalen Kontext grundsätzlich bestehendes methodisches Problem angesprochen: Eines der oft beklagten Defizite auf diesem Gebiet ist der Mangel an verfügbaren statistischen Daten.⁸¹ Insbesondere gilt dies für das Ausmaß der internetbasierten Urheberrechtsverletzungen, aber auch für den Umfang und die Höhe der Privatkopieabgabe, die immerhin in 25 EU-Mitgliedstaaten erhoben wird. Der Mangel an statistischen Daten gilt jedoch ebenso für Informationen wie die Aufschlüsselung der Umsätze von Telekommunikationsbetreibern nach Telefon-, Breitband- und Inhaltendiensten. Diese Statistikschwächen wirken sich vor allem auf die Beurteilung des ökonomischen Ausmaßes von Urheberrechtsverletzungen aus, aber auch auf die Folgenabschätzung von legislativen Maßnahmen. Um die Auswirkung der mangelhaften Statistiken auf die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung gering zu halten, beschränkt sich die Arbeit schwerpunktmäßig auf eine rein juristische Perspektive. Insbesondere hinsichtlich der unverzichtbaren ökonomischen Analyse von Kollektivverwertungsmodellen für den digitalen Kontext muss auf anderweitige und vor allem künftige Forschung auf diesem Gebiet verwiesen werden.⁸²

80 Von einer umfassenden Kulturfltrate geht auch PFENNIG, Informationsgesellschaft und Kulturfltrate, Kulturpolitische Mitteilungen, Nr. 127, IV/2009, S. 34 (34) aus.

81 Darauf verweisend etwa EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Fltrate“, S. 17; ebenso WUNSCH-VINCENT, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-G, S. 1.

82 Für eine ökonomische Analyse der Musikindustrie vgl. etwa CLEMENT/SCHUSSER (Hrsg.), Ökonomie der Musikindustrie, S. 13 ff.; zur ökonomischen Analyse des Peer-to-Peer-Filesharing vgl. DOLFSMA, in SCHMIDT/DOLFSMA/KEUVELAAR (Hrsg.), Fighting the War on File Sharing, S. 63 ff.; HELBERGER/HUYGEN/VAN EIJK, Ups and Downs, S. 13 ff. Bezüglich technischer und ökonomischer Aspekte vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S.33 ff.

B. Gang der Untersuchung

Nach dem einleitenden Problemaufriss, in dem aktuelle Tendenzen der Debatte um die künftige Ausgestaltung des Urheberrechts skizziert wurden, wird im Teil 1 einleitend der gesellschaftliche sowie der juristische Rahmen des digitalen Verwertungsumfelds illustriert. Damit erfolgt zugleich eine Klärung der für die weitere Untersuchung maßgeblichen Begriffe. Im zweiten Teil wird der Versuch unternommen, die als „digitales Dilemma“ bezeichneten Sachverhalte juristisch greifbar zu machen. Dazu wird der These nachgegangen, diejenigen Gegebenheiten, auf die unter dem Begriff des digitalen Dilemmas Bezug genommen wird, offenbarten Fehlstellungen bzw. Funktionsstörungen im geltenden Urheberrecht. Gleichzeitig werden die wesentlichen rechtlich relevanten Argumente nachvollzogen und kritisch gewürdigt, die für die Zurückdrängung der Reichweite urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte zugunsten von Pauschalvergütungskonzepten vorgebracht werden.

Die im zweiten Teil der Arbeit ermittelten, sich aus der Anwendung des Urheberrechts auf digitale Sachverhalte ergebenden Defizite bilden den Ausgangspunkt der im Teil 3 zu erarbeitenden Perspektiven des Urheberrechts im digitalen Kontext. Anschließend werden, einem Blick weg von Kontrolle und hin zur Kompensation zugrundeliegend, im vierten Teil ausgewählte Pauschalvergütungsmodelle als mögliche Szenarien des Urheberrechts der Zukunft thematisiert. Insbesondere werden sie daraufhin untersucht, wie sie rechtstechnisch umzusetzen wären. Darauf beruhend erfolgt eine Kategorisierung der einzelnen Modelle nach den ihnen zugrundeliegenden gesetzlichen Umsetzungsinstrumenten. Damit wird zugleich eruiert, ob und ggf. welche Anknüpfungspunkte für die Einführung alternativer Verwertungskonzepte im geltenden Urheberrecht existieren. Der fünfte Teil der Arbeit widmet sich wesentlichen Merkmalen und der Funktionsweise unterschiedlicher Pauschalvergütungsmodelle. Darauf basierend wird die Gestaltungsgrenze der nationalen Urheberrechtsgesetzgeber, im Hinblick auf das Verfassungsrecht, sowie die des supra- und internationalen Urheberrechts erarbeitet. Die Vor- und Nachteile der vorgestellten Modelle werden zudem im Lichte der identifizierten Ausgestaltungsmodalitäten und der aufgezeigten Grenzen erörtert. Im letzten Teil wird, anknüpfend an die gefundenen Ergebnisse, ein eigenes Modell präsentiert. Dabei geht der Anspruch dahin, ein Konzept zu beschreiben, das die Schwächen der die Diskussion prägenden Ideen vermeidet.

Teil 1: Gesellschaftliche und rechtliche Implikationen des digitalen Verwertungsumfelds

Im Anschluss an den erfolgten Problemaufriss werden die gesellschaftlichen, tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten des digitalen Verwertungsumfelds skizziert.⁸³ Auf diese Weise soll ein Überblick geboten werden über digitale Kreativgüter in der Informationsgesellschaft als Stein des Anstoßes (A), die betroffenen Akteure und ihre Berücksichtigung im geltenden Recht (B) sowie die relevanten Ausschließlichkeitsrechte, deren Verletzungen und die diesbezüglich zum Tragen kommenden Durchsetzungsmaßnahmen (C). Damit wird der in juristischer Hinsicht bestehende Status quo der internetbasierten Verwertung und Nutzung kultureller Inhalte umrissen. Dies markiert den Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung. Darauf basierend wird in den folgenden Teilen der Arbeit das gegenwärtig beklagte, als Dilemma beschriebene Problem der unbezahlten und urheberrechtswidrigen Zirkulation digitaler Schutzgegenstände aus der Sicht der verschiedenen Beteiligten identifiziert und auf seine juristische Relevanz hin untersucht.

A. Kreativgüter in der Informationsgesellschaft

Nach der Agrar-, der Industrie- und schließlich der Dienstleistungsgesellschaft sind wir seit drei Jahrzehnten dabei, in der Informationsgesellschaft⁸⁴ anzukommen.⁸⁵ In den letzten 20 Jahren sind zahlreiche Rechtsakte ergan-

83 Vgl. dazu eingehend POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 51 ff.

84 Für das Umfeld, in dem digitale Kreativgüter relevant sind, mangelt es ebenso wenig an Begrifflichkeiten wie an Beschreibungen. Neben den Bezeichnungen Informationszeitalter, Wissensgesellschaft, Kommunikationsgesellschaft, digitale Gesellschaft und digitales Zeitalter ist der Begriff der Informationsgesellschaft vorherrschend. Zum historischen Abriss der hier angesprochenen Entwicklung vgl. CZYCHOWSKI, in BRÖKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, S. 5 ff.

85 Vgl. dazu aber FLECHSIG, Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ 2011, S. 19 (20), der in diesem Zusammenhang ausführt, dass wir in Wahrheit bereits in

gen, um einen Ordnungsrahmen für die Entwicklung der besagten Informationsgesellschaft zu schaffen bzw. ihren Auswirkungen Rechnung zu tragen (I).⁸⁶ Die im digitalen Verwertungsumfeld der Informationsgesellschaft massenhaft gehandelten, getauschten oder auf sonstige Weise transferierten Werke weisen den „Aggregatzustand“ digital auf (II).⁸⁷ Ihre Entstehung, Kommunikation und Verwertung ist Gegenstand urheberrechtlicher Vorschriften.⁸⁸

I. Die Informationsgesellschaft als Verwertungsumfeld

Mit dem Wesen der Informationsgesellschaft und seinen Folgen für Kultur, Medien, Recht, Staat, Verwaltung, Wirtschaft und Gesellschaft befassen sich zahllose medien-, rechts-, sozial- sowie wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen. Politische Aktionsprogramme und Informationsschriften, Zeitschriften- und Zeitungsartikel, Blogs sowie Tagungen und Konferenzen widmen sich eingehend dieser Thematik.⁸⁹ Insbesondere die gesellschaft-

einer post-Informationsgesellschaft, nämlich in der Wissensgesellschaft, angekommen sind, in der nicht mehr technizistische Umstände wie Beschleunigung und Speicherkapazität bedeutsam sind, sondern die Auswahl des Nützlichen.

86 Sie sind darauf gerichtet, Investitionen zu erleichtern sowie die Interoperabilität von Netzen und Dienstleistungen herbeizuführen und dabei ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Rechteinhaber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse, insbesondere an Bildung, Forschung und am Zugang zu Informationen, zu gewährleisten; vgl. dazu etwa Präambel des WIPO-Urheberrechtsvertrags vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, S. 754 (nachfolgend WCT genannt) sowie Erwägungsgrund 2 Info-RL.

87 Vgl. zur Digitalisierung von urheberrechtlichen Schutzgütern BAIERLE, Der Online-Vertrieb von Musikwerken im Internet unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten, S. 49; SCHNEIDER, in BREITKOPF/SCHIWY/SCHNEIDER (Hrsg.), Medien und Telekommunikation, Kap. G.I.8; DREIER, in BECKER/DREIER (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, S. 123 ff., ZSCHERPE, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MMR 1998, S. 404 ff.

88 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 5. GUTMAN, Urheberrecht im Internet in Österreich, Deutschland und der EU; HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 42. Vgl. dazu eingehend WERNER, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 152 ff. sowie GRÜNBERGER, in GRÜNBERGER/LEIBLE, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1 (1).

89 Vgl. etwa CAVALIER (Hrsg.), The Impact of the Internet on our Moral Lives, S. 1 ff.; DEUTSCHER KULTURRAT, Urheber- und Leistungsschutzrechte in

lichen Implikationen heutiger Informations- und Kommunikationstechnologien sind von grundlegender Bedeutung für jeden Einzelnen. Denn in einer digitalisierten Umgebung sind der Zugang zu sowie der Umgang mit informationstechnischen Systemen maßgebend für die soziokulturelle Teilhabe des Bürgers. Das hat zur Folge, dass auf einer fundamentalen Ebene beispielsweise die Frage nach der digitalen Dimension der Grundrechte thematisiert wird.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund ist es wenig verwunderlich, dass die in der Literatur angebotenen Erklärungen des Begriffs der „Informationsgesellschaft“ vielfältig sind.⁹¹

Eine Definition der Informationsgesellschaft, die prägnant den Inhalt des Begriffs bündelt, findet sich in keiner dieser Vielzahl an Berichten, Abschlusskonferenzen und Programmen. Mit der „Informationsgesellschaft“ ist, je nachdem, in welchen gesellschaftlichen Teilbereichen und Themenfeldern mit diesem Begriff operiert wird, Unterschiedliches gemeint, sei es im ökonomischen, politischen, religiösen Kontext oder im Bildungs- und Erziehungswesen, in der Wissenschaft oder in der Weise, wie Wissen vermittelt wird.⁹²

Einigkeit besteht immerhin darin, dass der Katalysator und zugleich die Wesensmerkmale der Informationsgesellschaft in dem rasanten Fortschritt auf dem Gebiet der Kommunikationstechnologien und -dienstleistungen

der Informationsgesellschaft, ZUM 1998, S. 1011 ff.; GUNTRUM, Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft, S. 29 ff.; INTERNATIONALE GESELLSCHAFT FÜR URHEBERRECHT (Hrsg.), Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, S. 1 ff.; RÜBERG, Vom Rundfunk- zum Digitalzeitalter, S. 203 ff.; THEISELMANN, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, MILKOVIC, Das digitale Zeitalter, S. 59 ff.; KLOEPFER/NEUN, Rechtsfragen der europäischen Informationsgesellschaft, EuR 2000, S. 512 ff.; MILKOVIC, Das digitale Zeitalter, S. 75 ff.; WANDTKE, Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 1 ff.; AMINI/FORGÓ, Rechtsgutachten über die Erforderlichkeit einer freien Werknutzung im österreichischen Urheberrecht zur Privilegierung elektronisch unterstützter Lehre, S. 9 ff.; AMINI/FORGÓ, Urheberrecht für die Geisteswissenschaften, in GASTEINER/HABER (Hrsg.), Digitale Arbeitstechniken für die Geistes- und Kulturwissenschaften, S. 203 ff.; DUPPELFELD, Das Urheberrecht der Bibliotheken im Informationszeitalter, S. 48 ff.; FREY, Intellectual Property Rights and the Financing of Technological Innovation, S. 12 ff.; KIANFAR, Sachfotografie und Hausrecht, S. 201 ff.

90 Vgl. LUCH/SCHULZ, Die digitale Dimension der Grundrechte, MMR 2013, S. 88 ff.

91 Vgl. dazu etwa DELP, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, S. 13; mwN.

92 ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 167.

und außerdem in der Liberalisierung der überkommenen Telekommunikations- und Rundfunkmärkte auszumachen sind.⁹³

Die Gegenwart der Informationsgesellschaft offenbart sich dem Juristen als ein Phänomen, das sich mit den Stichworten Multimediarecht, Telekommunikationsrecht, Internetrecht oder Onlinerecht apostrophieren lässt.⁹⁴ Auf diese hier skizzierte tatsächliche Umgebung, in der urheberrechtliche Schutzgüter heute genutzt und verwertet werden, wird im Folgenden unter der Bezeichnung „digitales Verwertungsumfeld“ Bezug genommen.

II. Digitale Kreativgüter

Auf digital vorliegende Werke bezugnehmend definiert die EU-Kommission „kreative Online-Inhalte im Binnenmarkt“ in einer insoweit einschlägigen Mitteilung als „Inhalte und Dienste wie audiovisuelle Onlinemedien (Film, Fernsehen, Musik und Hörfunk), Onlinespiele, Onlinepublikationen, Bildungsinhalte und von Nutzern selbst erzeugte Inhalte.“⁹⁵ Eine andere Studie, die unter dem Titel „Regelungssysteme für informationelle Güter“ Verwertungskonzepte der Zukunft eruiert, führt in diesem Zusammenhang den Begriff „kreative informationelle Güter“ ein. Darunter fassen die Autoren „alle Güter, die durch kreative Schaffensprozesse entstanden sind, digitalisiert und dann genutzt werden können.“⁹⁶ Dabei gehen die Verfasser über den klassischen urheberrechtlichen Werkbegriff⁹⁷ hinaus und wollen unter der eingeführten Bezeichnung neben digitalisierten Büchern, Filmen, Artikeln usw. auch Inhalte, Anwendungen oder Ausprägungen verstanden wissen, die de lege lata keinen urheberrechtlichen Schutz genießen.

Vorliegend wird zwar an die Wortschöpfungen in den genannten Studien angeknüpft, indem die Unabhängigkeit der untersuchungsgegenständlichen Güter von ihren Trägern unterstrichen wird. Aber abweichend davon wird

93 Vgl. KLOEPFER/NEUN, Rechtsfragen der europäischen Informationsgesellschaft, EuR 2000, S. 512 (512).

94 Vgl. so FEZER, Markenrecht, Einl. G Rn. 1.

95 KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, Kreative Online-Inhalte im Binnenmarkt, S. 2. Vgl. dazu auch NÜTZEL, in FECHNER (Hrsg.), Die Privatkopie, S. 29 ff., der in diesem Zusammenhang den Begriff „virtuelles Gut“ einführt.

96 INTERNET & GESELLSCHAFT CO:LLABORATORY (Hrsg.), Regelungssysteme für informationelle Güter, S. 66.

97 ULMER, Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst, GRUR 1968, 527 ff.; LOEWENHEIM, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 5 Rn. 1 ff.; BGH GRUR 1953, S. 299 – Lied der Wildbahn.

bei der Findung eines Arbeitsbegriffs für die weitere Untersuchung der urheberrechtliche Werkbegriff⁹⁸, wie er durch Rechtsprechung und Literatur seine Konkretisierung erfahren hat, zugrunde gelegt. Dieser umfasst jede persönliche geistige Schöpfung auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft oder Kunst und bedingt auf diese Weise ohnehin einen weitreichenden Schutz, zumal, wie es die Formulierung „insbesondere“ im § 2 Abs. 1 UrhG⁹⁹ zum Ausdruck bringt, die gesetzliche Aufzählung der schutzfähigen Werkarten nicht abschließend, sondern nur beispielhaft ist. Außerdem werden, bei Zugrundelegung des Grundsatzes des Schutzes der kleinen Münze im Urheberrecht, auch Kreationen, die gerade noch ein Minimum an Gestaltungshöhe aufweisen, als schutzwürdig angesehen und daher als Werk im Sinne des Urheberrechts behandelt.¹⁰⁰ Hinzu kommt, dass selbst Leistungen, welche die skizzierten geringen Voraussetzungen des Werkbegriffs nicht erfüllen, Schutzgegenstand des Urheberrechts sein können.¹⁰¹ Der urheberrechtliche Werkschutz, insbesondere der Schutz der kleinen Münze, sowie der Leistungsschutz bringen es mit sich, dass jeder Einzelne der in unermesslicher Anzahl in digitalen Netzen zirkulierenden Inhalte in Form

98 Vgl. dazu eingehend ENSTHALER, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 19.

99 Urheberrechtsgesetz vom 09. September 1965, BGBl. 1965 I, S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 05. Dezember 2014, BGBl. 2014 I, S. 1974; alle nachfolgenden nicht näher bezeichneten §§ sind solche des Urheberrechtsgesetzes (nachfolgend UrhG genannt).

100 Vgl. zur kleinen Münze im Urheberrecht LOEWENHEIM, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, S. 761 ff., mwN aus Rechtsprechung und Literatur; kritisch zum Schutz der „kleinen Münze“, THOMS, der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, S. 262; vgl. auch ALPERT, Zum Werk- und Werkteilbegriff bei elektronischer Musik, ZUM 2002, S. 525 ff.; BRUHN/KREILE, Rhythmus und Urheberrecht, ZUM 2007, S. 267.

101 Regelungsgegenstand der Urheberrechtssetzung sind auch die Leistungsrechte, die auch als verwandte Schutzrechte bezeichnet werden. Der Hintergrund dieses Schutzes ist unter anderem darin zu erblicken, dass die Schöpfung des Urhebers häufig unter persönlicher bzw. organisatorischer Mitwirkung eines ausübenden Künstlers und/oder eines gewerblichen Verwerter den Endnutzern zugänglich gemacht und auf diese Weise verwertbar gemacht wird. Eben diese Vermittlungstätigkeit ist Gegenstand der Leistungsschutzrechte. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 394; zum urheberrechtlichen Leistungsschutz vgl. auch GENTZ, Der künstlerische Leistungsschutz, GRUR 1974, S. 328 ff.; DÜNNWALD, Die Neufassung des künstlerischen Leistungsschutzes, ZUM 2004, S. 161 ff.; HILTY, Zum urheberrechtlichen Leistungsschutz im schweizerischen Recht am Beispiel des Tonträgerproduzenten, GRUR Int 1993, S. 818 ff.; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 655 ff.; LEISTNER, in GANEA/HEATH/SCHRICKER (Hrsg.), FS für A. Dietz, S. 493 ff.

von Bild-, Text- und Sounddateien schon bei einem geringen Maß an Kreativität und Individualität, so banal er auch im Einzelfall sein mag, urheberrechtlich als Werk und anderenfalls als verwandtes Schutzrecht geschützt ist. Insofern erscheint ein Begriffsverständnis, das den ohnehin weiten Kreis urheberrechtlicher Schutzgüter im digitalen Kontext erweitert, unsachgemäß.

Dies vorausgeschickt werden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung unter der Bezeichnung „digitale Kreativgüter“ alle immateriellen Güter verstanden, die als Werk Urheberrechtsschutz im engeren Sinne oder als verwandtes Schutzrecht urheberrechtlichen Leistungsschutz genießen, in maschinenlesbaren Formaten vorliegen und als solche unabhängig von ihrem stofflichen Träger, insbesondere internetbasiert, verkehrsfähig sind.¹⁰² Das können 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) sein.¹⁰³

Als ubiquitäres Phänomen ist die internetbasierte Verwertung digitaler Kreativgüter ein Sachverhalt, der typischerweise nicht an nationalen Grenzen Halt macht.¹⁰⁴ Seine juristische Würdigung ist maßgeblich durch internationalrechtliche Bezüge geprägt.¹⁰⁵ Insbesondere stellen sich die Fragen

102 Aus Gründen der Praktikabilität werden daneben die Begriffe Digitalgüter und Kreativgüter synonym verwendet

103 Vgl. dazu HOEREN, in PRÜTTING/u.a., Die Zukunft der Medien hat schon begonnen, S. 57 (60).

104 Vgl. HOEREN, Zoning and Geolocation, MMR 2007, S. 3 ff.; MAKEEN, Copyright in a Global Information Society, S. 283 ff.; MATULIONYTE, The Law Applicable to Online Copyright Infringements in the ALI and CLIP Proposals, JIPITEC (2) 2011, S. 26 ff.; PEIFER, Das Territorialitätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen, ZUM 2006, S. 1 ff.

105 Vgl. v. EECHOUD, in DREXL/KUR (Hrsg.), Intellectual Property and Private International Law, S. 289 ff.; GEIGER, Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions, IIC 2009, S. 627 ff.; GUNDEL, Die Europäische Gemeinschaft im Geflecht des internationalen Systems zum Schutz des geistigen Eigentums, ZUM 2007, S. 603 ff.; HILTY/PEUKERT, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int 2002, 643 ff.; HOEREN, Internet und Recht, NJW 1998, 2849 (2851); KUR, in BASEDOW/ u.a. (Hrsg.), Intellectual Property in the Conflict of Laws, S. 175 ff.; KÖSTER, in GÖTTING (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, S. 153 ff.; v. LEWINSKI, in BECKER/LERCHE/

der Zuständigkeit von Gerichten,¹⁰⁶ des anwendbaren nationalen Rechts sowie der fremdenrechtlichen Behandlung ausländischer Urheber.¹⁰⁷ Den Ausgangspunkt der Beurteilung der genannten Fragen bildet das Prinzip der Territorialität.¹⁰⁸ Dieser Grundsatz herrscht, wohl historisch bedingt,¹⁰⁹ trotz zunehmender Kritik nach wie vor im Urheberrecht¹¹⁰ und gilt auch dann, wenn der zu bewertende Sachverhalt, wie das im digitalen Kontext der Fall ist, per se deterritorialen Charakter hat. Nach diesem Prinzip vermag das Urheberrecht seine Schutzwirkung nur auf dem Gebiet desjenigen Staates zu entfalten, dessen Gesetzgeber das betreffende Urheberrechtsgesetz erlassen hat. Daraus folgt, dass ein Urheber kein einheitliches, weltweit gültiges Recht erlangt, sondern ihm ein ganzes Bündel territorial beschränkter nationaler Urheberrechte zur Verfügung steht. Es gibt also nicht nur kein einheitliches, weltweit geltendes Urheberrecht, sondern auch kein Gemeinschaftsurheberrecht der Europäischen Union.¹¹¹ Dennoch finden Rechtssetzung und -wirkung im Bereich des Urheberrechts ganz erheblich auf internationaler sowie supranationaler Ebene statt. Daher muss jede Überlegung zur Zukunft des Urheberrechts die internationale sowie die europäische Entwicklung einbeziehen. Nichtsdestotrotz hat jedes Zukunftsmodell, nicht zuletzt wegen des Territorialitätsprinzips, an ein nationales Urheberrecht anzuknüpfen. Die folgende Untersuchung ist eingebettet in das deutsche Urheberrecht, wobei gegebenenfalls favorisierte Lösungsansätze selbstredend an europarechtlichen und internationalen Vorgaben zu messen sind.

-
- MESTMÄCKER (Hrsg.), FS für R. Kreile, 389 ff.; SPINDLER, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 105 ff.
- 106 Vgl. dazu HOEREN/GROSSE RUSE-KHAN, in LEHMANN (Hrsg.), *Electronic Business in Europa*, S. 301 ff.; KUR, *Principles Governing Jurisdiction*, CRI 2003, S. 65ff.
- 107 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), *UrhG*, vor §§ 120ff. Rn. 26 ff., mwN. MUTH, *Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet*, S. 45 ff.; THUM, *Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet*, GRUR Int 2001, S. 9 ff.
- 108 Vgl. BECKSTEIN, *Einschränkungen des Schutzlandprinzips*, S. 1 ff.
- 109 Vgl. dazu SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 911 ff.
- 110 Vgl. GASTER, *Das urheberrechtliche Territorialitätsprinzip aus Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, ZUM 2006, S. 8 (8); KATZENBERGER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), *Urheberrecht*, Vor § 120 ff. Rn. 120. WALTER, in LOWENHEIM (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 58 Rn. 6; SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 919 ff.
- 111 Vgl. darauf hinweisend DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), *UrhG*, vor §§ 120 ff. Rn. 1.

B. Die Akteure im digitalen Kontext

Die Diversität der involvierten Interessen¹¹² bezüglich urheberrechtlich relevanter Sachverhalte erfährt im digitalen Verwertungsumfeld eine drastische Steigerung.¹¹³ Infolge der durch die Informationstechnologien bewirkten Veränderungen sind die althergebrachten unterschiedlichen Interessenlagen zwischen Kreativen, Produzenten, Erst- und Zweitverwertern, Intermediären sowie Internetnutzern nicht immer scharf voneinander zu trennen und nicht eindeutig und statisch einem bestimmten Personenkreis zuzuordnen.

Die nachfolgende Einordnung nach Inhaber von Rechten (I), Nichtinhaber von Rechten (II) und Verwertungsgesellschaften (III) erhebt weder Anspruch auf Richtigkeit noch auf Vollständigkeit, sondern verfolgt lediglich den Zweck, die weitere Diskussion übersichtlicher zu gestalten.

Jede Umgestaltung der juristischen Rahmenbedingungen des digitalen Verwertungsumfelds wirkt sich naturgemäß auf die Rechtstellung der genannten Akteure aus. Nachfolgend wird eruiert, ob und wie diese Personen durch geltendes Recht berücksichtigt sind. Damit erfolgt zugleich eine Darstellung des rechtlichen Status quo, der durch die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells zwangsläufig tiefgreifenden Veränderungen unterworfen wäre.

I. Inhaber von Rechten – die potentiell Verletzten und Anspruchsberechtigten

Im Mittelpunkt der Verwertung urheberrechtlicher Schutzgüter stehen die Schöpfer sowie die künstlerischen, aber auch die unternehmerischen Vermittler solcher Güter. Als der erwerbswirtschaftliche Teil des kulturellen Lebens wird dieser Personenkreis zuweilen unter dem Begriff der Kulturwirtschaft zusammengefasst.¹¹⁴ Dazu zählen insbesondere Urheber (1), Leistungsschutzberechtigte (2) sowie Werkverwerter als Inhaber abgeleiteter Rechte (3). Die begriffliche Zusammenfassung der Beteiligten darf nicht

112 Vgl. dazu SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 10 ff.; NIELSEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 1 ff. Für eine Analyse des Urheberrechts im Lichte der tangierten Interessen vgl. HILTY, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, S. 983 (985).

113 Vgl. dazu eingehend EUROPÄISCHES PARLAMENT, The „Content-Flatrate“, S. 20.

114 Vgl. DEUTSCHER KULTURRAT, Kultur- und Kreativwirtschaft, S. 1.

darüber hinwegtäuschen, dass ihre wirtschaftliche Stellung, ihre Betroffenheit sowie ihre Interessen höchst unterschiedlich und teilweise gar gegensätzlich geartet sind.¹¹⁵ Während etwa Kreativtätige im digitalen Kontext zwar die Kontrolle über ihre Schaffensergebnisse einbüßen, gewinnen sie durch das Internet gleichzeitig die Möglichkeit, ihre Werke mit wenig Aufwand selbst zu vermarkten. Die Kehrseite der vielfältigen Möglichkeiten der Selbstpublikation ist wiederum, dass diejenigen Akteure, die im analogen Verwertungsumfeld den Prozess der Kulturvermittlung unter Ausschluss anderer bewerkstelligen konnten, insbesondere Musikverlage und Tonträgerproduzenten, im digitalen Kontext ihre Alleinstellung nicht mehr innehaben.¹¹⁶

Eines haben aber die hier Genannten gemeinsam: Sie verfügen über diejenigen Rechte, die für jegliche Verwertung und Nutzung digitaler Kreativgüter erforderlich sind. Diese Rechte haben sie entweder inne, weil das Urheberrecht sie ausdrücklich gewährt, oder weil, wie im Falle von derivativ Berechtigten, die Rechte durch die originären Rechteinhaber auf die jeweiligen Verwerter übertragen werden. Die Inhaberschaft von Rechten wird teilweise flankiert durch den juristisch verbürgten Schutz technischer Protektionsmaßnahmen. Zudem hält das Prozessrecht eine Reihe von Instrumentarien zur Rechtsdurchsetzung, insbesondere Auskunftsansprüche, bereit.¹¹⁷ Verfassungsrechtlich werden die vermögensrelevanten Rechte aufgrund des UrhG in dem in Art. 14 GG statuierten Grundrecht auf Eigentum verortet, während die persönlichkeitsrechtlichen Belange auf Art. 2 GG zurückgeführt werden.¹¹⁸

-
- 115 Vgl. dazu mit entsprechender begrifflicher Unterscheidung, NIELSEN, *Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft*; HILTY, in OHLY / u. a. (Hrsg.), *FS für G. Schricker*, S. 325 ff.
- 116 Vgl. PEIFER, *Antworten zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“*, Ausschussdrucksache 17 (24) 0009-D, S. 2.
- 117 Vgl. WEIDERT/MOLLE, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), *Handbuch Urheberrecht und Internet*, S. 492 ff.
- 118 Vgl. KREUTZER, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen*, S. 131 und 174; REHBINDER, *Urheberrecht*, Rn. 802 ff.

1. Urheber

Der Prototyp des Inhabers von Rechten ist der Urheber. Er zeichnet sich durch das kreative Schaffen aus.¹¹⁹ Wer Urheber ist, bestimmt das Gesetz in § 7 kurz und prägnant: „Urheber ist der Schöpfer des Werkes.“ Das ist bei Erbringung eines Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung jeder Autor, Komponist, Songwriter, Regisseur, unter Umständen Kameramann, Cutter sowie Tonmeister und Szenenbildner eines Films, ferner ein Fotograf, Grafiker sowie nunmehr auch jeder Programmierer eines Softwareprodukts.¹²⁰ Ausweislich des § 11 schützt das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zu dem von ihm geschaffenen Werk und in der Nutzung dieses Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung. Im subjektiven Sinn setzt es sich aus einem Bündel an gesetzlich statuierten verwertungs- und persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen zusammen.¹²¹

Das Urheberrecht sieht für den Urheber ein umfassendes und ausschließliches Verwertungsrecht vor (§§ 15 ff.), welches unterteilt ist in Rechte zur Verwertung in körperlicher Form gem. § 15 Abs. 1, §§ 16-18 und in unkörperlicher Form nach § 15 Abs. 2, §§ 19-22.¹²² Diese stellen in ihrer Erscheinungsform als positives Benutzungsrecht die Fruchtziehung aus urheberrechtlichen Schutzgütern sicher, indem sie dem Urheber die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Weise sein Schaffensergebnis verwertet werden darf. In ihrer Ausprägung als negatives Verbotsrecht räumen Verwertungsrechte dem Urheber die Rechtsmacht ein, andere von der Nutzung seines Werkes auszuschließen. Sofern der Urheber, beispielsweise im Falle des § 27 oder im Rahmen von Schrankenregelungen wie den §§ 52a, 52b oder 53, Nutzungen seines Werkes durch Dritte hinnehmen muss, steht ihm grundsätzlich ein gesetzlicher Vergütungsanspruch zu. Die

119 Zur maßgeblichen Rechtsposition des Urhebers im Urheberrecht vgl. HOEREN, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 10 Rn. 1 ff., mwN; zu den Wurzeln der Rechte des Urhebers, vgl. RUNGE, Die Selbständigkeit des Urheberrechtsschutzes, GRUR 1948, S. 155 (155).

120 Zu den besonderen Bestimmungen für Computerprogramme vgl. ENSTHALER, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 56 ff.

121 Zum Urheberpersönlichkeitsrecht vgl. LUCAS-SCHLÖTTER, Die Rechtsnatur des Droit Moral, GRUR Int 2002, S. 809 ff.; METZGER, Rechtsgeschäfte über das Droit Moral im deutschen und französischen Urheberrecht, S. 5 ff.

122 Zum Verhältnis von Ausschließlichkeitsrechten und freiem Warenverkehr vgl. DELP, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, S. 369.

geistigen und persönlichen Beziehungen des Urhebers zum Werk sind Gegenstand des Urheberpersönlichkeitsrechts,¹²³ wobei zwischen Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne und im weiteren Sinne differenziert wird.¹²⁴ Bei Ersterem handelt es sich um das Veröffentlichungsrecht (§ 12), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (§ 13) sowie das Recht auf Schutz gegen Entstellungen und Beeinträchtigungen des Werkes (§ 14). Weitere Konkretisierung erfährt das Urheberpersönlichkeitsrecht etwa im Zugangsrecht (§ 25), in dem Prinzip der Unübertragbarkeit des Urheberrechts,¹²⁵ der Zustimmungsbedürftigkeit der Weiterübertragung von Nutzungsrechten (§ 34 Abs. 1, § 35 Abs. 1), dem Verbot von Änderungen im Zusammenhang mit Werknutzungen (§ 39), dem Rückrufsrecht wegen Nichtausübung oder gewandelter Überzeugung (§ 42), dem Änderungsverbot (§ 62), dem Erfordernis der Quellenangabe (§ 63), dem Ersatz des immateriellen Schadens (§ 97 Abs. 2) und in den Einschränkungen der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Urheberrecht (§§ 113 ff.).¹²⁶ Das Urheberpersönlichkeitsrecht im weiteren Sinne wird verstanden als „der das gesamte Urheberrecht prägende Gedanke des Schutzes der geistigen und persönlichen Interessen des Urhebers“.¹²⁷

2. Leistungsschutzberechtigte

Gegenstände des Urheberrechts sind neben schöpferischen Kreationen in der Gestalt von Werken auch die sogenannten verwandten Schutzrechte bzw. Leistungsschutzrechte oder Nachbarrechte,¹²⁸ die in den §§ 70-87e, 94 und 95 geregelt sind. Sie schützen Leistungen, die mangels Individualität und Kreativität dem Urheberrechtsschutz im engeren Sinne nicht zugänglich sind, aber dennoch der schöpferischen Tätigkeit des Urhebers ähneln oder im Zusammenhang mit den Werken des Urhebers etwa zu

123 Zu Urheberpersönlichkeitsrecht im Kontext von Internet vgl. WERNER, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 188 ff.

124 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 12 Rn. 3.

125 Vgl. zu Rechtsgeschäften über Urheberpersönlichkeitsrechte SCHRICKER, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 28; kritisch zur Unübertragbarkeit HILTY, in BECKER / u.a. (Hrsg.), FS für M. Rehbinder, S. 259 (279 ff.).

126 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 12 Rn. 3.

127 DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 12 Rn. 8.

128 Vgl. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 775; ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 10 ff.

ihrer Vermittlung erbracht werden und auf diese Weise ganz wesentlich zum Kulturschaffen beitragen. Dazu zählen künstlerische Leistungen von Interpreten und darbietenden Künstlern aller Art, aber auch kaufmännische Handlungen, die auf organisatorisch-technischem Gebiet erbracht werden.¹²⁹ In diese Kategorie der Immaterialgüterrechte¹³⁰ fällt auch der sui-generis-Schutz von Datenbanken.¹³¹ Inhaber von Leistungsschutzrechten sind Herausgeber wissenschaftlicher Ausgaben (§ 70) sowie nachgelassener Werke (§ 71), Hersteller von Lichtbildern (§ 72), ausübende Künstler (§ 73 ff.), Veranstalter¹³² (§ 81), Tonträgerhersteller (§§ 85, 86), Sendeunternehmen (§ 87), Filmhersteller (§§ 88 ff.) und Datenbankhersteller (§ 87a ff.).¹³³ Gemeinsam ist den Leistungsschutzrechten, dass sie alle in der einen oder anderen Weise mit Verwertungsprozessen urheberrechtlich geschützter Güter verknüpft sind. Allerdings unterscheiden sich der Umfang und der Inhalt der einzelnen Rechte erheblich voneinander.

Die Existenz von Leistungsschutzrechten tritt in vielen Unterhaltungsmedien, etwa in einer Musik-CD, deutlich zu Tage. Denn solche Produkte verkörpern in der Regel eine Vielzahl urheberrechtlicher Schutzgüter. Entsprechend wird der Nutzer einer Musik-CD mit mehreren, voneinander unabhängigen Rechtssphären konfrontiert.¹³⁴ Während die Komponisten und die Liedtexte einzelner Musikstücke Urheberrechte an den jeweiligen

129 Vgl. SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 656; WIRTZ, in: BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 8 Rn. 108 ff.; vgl. zu Leistungsschutzberechtigten, insbesondere zu der Situation ausübender Künstler, Stellungnahme des MPI zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, GRUR Int 2008, S. 907 ff.

130 In der vorliegenden Arbeit wird auf den Begriff des geistigen Eigentums verzichtet. Stattdessen wird gemäß der deutschsprachigen Begriffstradition der Begriff des Immaterialgüterrechts verwendet; vgl. dazu KOHLER, Das Autorrecht, S. 1 ff.

131 Vgl. ENSTHALER, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 56 ff.

132 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 81 Rn. 1 ff.; zum Rechtsschutz von Veranstaltern von Darbietungen unkünstlerischer Art, etwa Sportveranstaltern vgl. PEIFER, „Hartplatzhelden.de“ – Das Ende des unmittelbaren Leistungsschutzes?, GRUR-Prax 2011, S. 181 ff.; OHLY, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz? GRUR 2010, S. 487 ff.; REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 812.

133 Vgl. WANDTKE, in WANDTKE (Hrsg.) Urheberrecht, 7. Kapitel Rn. 1.

134 Vgl. WANDTKE, in WANDTKE (Hrsg.) Urheberrecht, 7. Kapitel Rn. 1.

Stücken haben (§§ 2, 15), sind Sänger und andere Musiker Leistungsschutzberechtigte hinsichtlich ihrer Interpretation (§§ 73 ff.).¹³⁵ Daneben steht das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers an der CD als solcher (§ 85).

3. Werkverwerter – Inhaber abgeleiteter Rechte

In der Regel, das gilt jedenfalls für den analogen Kontext, fehlt es den Urhebern sowie den künstlerischen Leistungsschutzberechtigten an den Ressourcen und an der Infrastruktur zur Verwertung ihrer Werke. Dazu sind professionelle Verwerter erforderlich, die als Dienstleister bzw. Markthelfer effektiv die Fruchtziehung aus den Schaffungsergebnissen ermöglichen.¹³⁶ Zur Verwertung überlässt etwa der Schriftsteller sein Manuskript einem Buchverlag, der Komponist seine Symphonie einem Musikverlag, der Regisseur seinen Spielfilm einem Filmproduzenten, der Programmierer seine Software dem Auftraggeber usw.¹³⁷ Die zur wirtschaftlichen Verwertung nötigen Rechte werden im Wege von Lizenzverträgen¹³⁸ durch den Urheber oder den Leistungsschutzberechtigten gegen Entgelt auf den produzierenden oder vermittelnden Verwerter übertragen (§ 29 Abs. 2 i. V. m. §§ 31 ff.).¹³⁹ Zwar sind Verwertungsrechte als Teil des Urheberrechts nur

135 Vgl. APEL, Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, S. 13 f.

136 Vgl. LUCIUS, Verwerter und Verwaltungsgesellschaften, ZUM 2008, S. 925 (925).

137 Vgl. J. B. NORDEMANN, in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 31 ff. Rn. 1.

138 Der Begriff der urheberrechtlichen Lizenz ist auf das lateinische Wort „licentia“ zurückzuführen, das Freiheit, Erlaubnis, Genehmigung bedeutet. Allerdings fehlt es im Zusammenhang mit Urheberrecht an einem einheitlichen Verständnis dieses Begriffes. Im Folgenden wird die Bezeichnung Lizenz im Sinne eines vom Urheber abgeleiteten, aber in der Hand des Nutzungsberechtigten begründeten Rechtserwerbs verstanden, der zur Verwertung eines urheberrechtlichen Schutzgegenstandes in dem vertraglich vereinbarten Umfang berechtigt. Der entsprechende Vertrag wird Urheberrechtsvertrag oder Lizenzvertrag genannt. Dementsprechend werden die beiden zuletzt genannten Begriffe im Folgenden synonym verwendet. Vgl. dazu BÜCHELE, in KUCSKO (Hrsg.), Urheberrecht, S. 362, mwN; vgl. dazu auch REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 559.

139 Vgl. zur begrifflichen Unterscheidung von Verwertungsrechten, Nutzungsrechten und Nutzungsart, LOEWENHEIM/J. B. NORDEMANN, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 24 Rn. 4; zur Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Urheberrechts vgl. A. NORDEMANN, in LOEWEN-

vererblich (§ 28 Abs. 1 i. V. m. § 1922 ff. BGB¹⁴⁰) und nicht in Gänze übertragbar (§ 29 Abs. 1).¹⁴¹ Gleichwohl können Urheber als die Inhaber originärer Rechte einem Dritten gem. § 31 Nutzungsrechte an einzelnen oder mehreren Verwertungsrechten konstitutiv einräumen. Derartige Nutzungsrechte sind von Verwertungsrechten abgespaltene dingliche Rechtspositionen, die den Erwerber zur Nutzung eines urheberrechtlichen Schutzgutes im vereinbarungsgemäßen Umfang berechtigen.

Die Verwertungsrechte der Leistungsschutzberechtigten sind, anders als die der Urheber, uneingeschränkt und umfassend rechtsgeschäftlich übertragbar. Insbesondere können die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers (§ 79), des Tonträgerherstellers (§ 85 Abs. 2 S. 1), des Sendunternehmens (§ 87 Abs. 2 S. 1), des Filmherstellers (§ 94 Abs. 2 S. 1), die Rechte an nachgelassenen Werken sowie das Datenbankrecht (§§ 87a ff.) einem Dritten eingeräumt werden.¹⁴² Die so geartete Übertragbarkeit sichert den ökonomischen Nutzen eines Schaffensergebnisses für seinen Urheber. Sie ist aber nicht nur Garant der wirtschaftlichen Fruchtziehung aus einem Werk, sondern gewährleistet ebenso die Realisierung freier Lizenzmodelle, etwa die Umsetzung von Creative Commons-Lizenzen, und fördert die rechtmäßige Verbreitung kreativer Güter.¹⁴³

Bisweilen findet die Rechtseinräumung mit ausschließlicher Wirkung statt. Dies hat zur Folge, dass der Verwerter über umfassende abgeleitete Rechte verfügt und damit praktisch, jedenfalls in vermögensrelevanter Hinsicht, die dem Kreativen zugewiesene Rechtsstellung weitgehend übernimmt und in den Genuss des durch das Urheberrecht gewährten Schutzes

HEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 23 Rn. 1 ff.; zum Urhebervertragsrecht vgl. HILTY/PEUKERT, das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, GRUR Int 2002, S. 643ff.; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1066 ff.

140 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, RGBL. 1896 S. 195, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juni 2015, BGBl. 2015 I, S. 1042 (nachfolgend BGB genannt).

141 Vgl. dazu kritisch HILTY, in BECKER / u.a. (Hrsg.), FS für M. Reh binder, S. 259 ff.

142 Vgl. WEIDERT/MOLLE, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 359.

143 Entsprechend stützten sich die Open-Source- und auch die Creative-Commons-Philosophie auf das Ausschließlichkeitsrecht, wenn sie die kostenlose Nutzung und Bearbeitung eines urheberrechtlich geschützten Gutes an bestimmte, vom jeweiligen Urheber zu bestimmende Bedingungen knüpfen; vgl. dazu DREIER, Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends, CR 2000, S. 45 (45); vgl. zu freien Lizenzmodellen umfassend und eingehend statt aller ROSENKRANZ, Open Contents, S. 10 ff.

kommt. Als Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts kann der Verwerter seinerseits einfache oder auch ausschließliche Nutzungsrechte einem Dritten übertragen (§ 35). Entsprechend ist der Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts auch derjenige, der anspruchsberechtigt und klagebefugt ist, wenn und soweit ein ihm eingeräumtes Nutzungsrecht verletzt wird.¹⁴⁴ Neben ihrer Stellung als derivativ Berechtigte können Verwerter, wie oben skizziert, als Leistungsschutzberechtigte auch Inhaber eigener Schutzrechte aufgrund des Urheberrechtsgesetzes sein. Demzufolge kommt den herkömmlichen Verwertern ein umfassender Rechtsschutz zu, der grundsätzlich auch im digitalen Kontext gilt und eine Amortisation der getätigten Investitionen sichern soll.

II. Nichtinhaber von Rechten – Verletzer und Haftungsverpflichtete

Das digitale Verwertungsumfeld hat urheberrechtliche Fragen in den Fokus eines breiten Personenkreises gerückt. Die Rede ist von den Internetnutzern (1) und den Anbietern internetbasierter Dienstleistungen (2).

1. Nutzer internetbasierter Dienste – Verwender digitaler Kreativgüter

Ein aufgekommener Akteur ist der Internetnutzer, der im vorliegend interessierenden Zusammenhang das wohl wichtigste und prägendste Novum darstellt. Er ist dadurch gekennzeichnet, dass er, durch die Brille des Urheberrechts betrachtet, mal als Urheber, mal als Nutzer, mal als Intermediär und regelmäßig als Verletzer in Erscheinung tritt,¹⁴⁵ indem er fremde Kreativgüter auf vielfältige Weise internetbasiert verwendet, insbesondere Inhalte abrufen, ansieht, verändert und weiterleitet, ohne von monetären Interessen geleitet zu werden. Dabei kann es sich um jemanden handeln, der einen Song, einen Artikel oder einen Film nur rezipiert oder über ein soziales Netzwerk seinen Freunden zugänglich macht,¹⁴⁶ um einen Lehrenden, der zur Veranschaulichung einer Lehrveranstaltung Bilder aus dem Internet

144 Vgl. WEIDERT/MOLLE, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 360 ff.

145 Vgl. dazu MAZZIOTTI, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 41 ff.

146 Vgl. dazu etwa SCHAPIRO, Die neuen Musiktauschbörsen unter „Freunden“, ZUM 2008, S. 273 ff.

verwendet,¹⁴⁷ oder um einen Künstler, der mehrere digital vorliegende Film- und Musiksequenzen kombiniert, in einen anderen Kontext setzt und auf diese Weise ein sogenanntes „Multimediawerk“¹⁴⁸ schafft.

Diese Aufzählung, die sich unendlich fortsetzen ließe, verdeutlicht, dass es „den Nutzer“ schlechthin nicht gibt.¹⁴⁹ Der Eine will das Werk nur wahrnehmen und genießen, ein Anderer schafft darauf basierend ein eigenes Werk, ein Dritter bindet es in die eigene Kommunikation ein. Die darin zum Ausdruck kommende Vielgestaltigkeit ist wohl auch einer der Gründe, warum dieser Akteur und seine Belange im Vordergrund aktueller Urheberrechtsdebatten stehen.¹⁵⁰ Jedenfalls entspricht es nicht der Realität und ist verfehlt, wenn man die Masse der Internetnutzer, wie dies manchmal sogar in wissenschaftlichen Texten geschieht, auf einen „plündernden Schwarm“ reduziert, der das Internet lediglich dazu nutze, Raubkopien aus illegalen Quellen zu beziehen, auf diese Weise in Zeiten der Digitalisierung den Boden des Wirtschaftssystems und des Grundgesetzes verlasse und daher keine berechtigten und in der Urheberrechtsdebatte zu berücksichtigenden Interessen haben könne.¹⁵¹ Eine solche Auffassung verkennt, dass Nutzer

-
- 147 Vgl. dazu AMINI/FORGÓ, Urheberrechtsfragen beim Einsatz von Multimedia an Hochschulen, S. 3 ff.; BERGER, Die öffentliche Zugänglichmachung urheberrechtlicher Werke für Zwecke der akademischen Lehre, GRUR 2010, S. 1058 ff.
- 148 Zur urheberrechtlichen Behandlung von Multimedia-Produkten vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 2 Rn. 243; zum Begriff Multimedia vgl. LOEWENHEIM, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, S. 830 (831); WIEBE/FUNKAT, Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, MMR 1998, S. 69 (69).
- 149 Vgl. dies betonend GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (31).
- 150 HILTY/NÉRISSON, Overview of National Reports About „Balancing Copyright“, S. 1 ff.; MAZZIOTI, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 4 ff.; PEIFER, Antworten zu den Fragen 4 und 5 des Fragenkatalogs der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-D, S. 6 ff.; DREIER, Antwort zu den Fragen 4 und 5 des Fragenkatalogs der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-A, S. 10 ff.; vgl. auch OECD, Participative Web, S. 28 ff.
- 151 Vgl. so aber SCHWARTMANN/HENTSCH, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Urheberrechtsdebatte, ZUM 2012, S. 759 (771). Vgl. auch ELBEL, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflaute“, K&R 2013, S. 439 (443), der vor einer Kapitulation vor dem „plündernden Schwarm“ warnt.

in der Informationsgesellschaft jeder Mensch mit Zugang zum Internet ist. Vor diesem Hintergrund wird gelegentlich ein Umdenken im Sinne von Urheberrecht als Nutzerschutz zur Diskussion gestellt. Dabei ist auch von „nutzen- oder nutzungsorientierter“ Legitimation des Urheberrechts die Rede.¹⁵² Geläufig sind insoweit die Bezeichnungen „Nutzer“, „User“¹⁵³, „End-User“¹⁵⁴ und „Prosument“¹⁵⁵. In der deutschen Literatur wird überwiegend der Begriff des „Nutzers“ gebraucht.¹⁵⁶ Dieser ist jedoch zumindest missverständlich, da er im Urheberrechtsgesetz bereits anderweitig belegt ist. Damit wird herkömmlich nämlich eine Personengruppe benannt, deren Interessen in der Regel den Belangen des hier im Mittelpunkt stehenden Personenkreises entgegenstehen.¹⁵⁷ Die Bezeichnung Nutzer bzw. Werknutzer wird als Synonym für gewerbliche Werkverwerter, etwa Verlage, Produzenten und Sendeanstalten, verwendet.¹⁵⁸ Das kommt deutlich in den §§ 36 und 36a, den Regelungen zur Vereinbarung angemessener Vergütungen, zur Geltung. § 36 Abs. 1 spricht von „Vereinigungen von Werknutzern“ und „einzelnen Werknutzern“, die zur Bestimmung der Angemessenheit von Vergütungen mit „Vereinigungen von Urhebern“ gemeinsame Vergütungsregeln aufzustellen haben. „Vereinigungen von

-
- 152 Vgl. statt vieler HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 26 ff.; PEUKERT, in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11 (44).
- 153 HILTY/NÉRISSON, Overview of National Reports About „Balancing Copyright“, S. 1 ff.
- 154 MAZZIOTI, EU Digital Copyright Law and the End-User, S. 4.
- 155 PEIFER, Antworten zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“, Ausschussdrucksache 17 (24) 0009-D, S. 2.
- 156 Vgl. etwa BAUER, in GROSSE RUSE-KHAN/KLASS/v. LEWINSKI, Nutzer-generierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 2 ff.; KNOPP, Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, GRUR 2010, S. 28 ff.; vgl. auch Fragen 2, 3 und 4 des Fragenkatalogs der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“, Ausschussdrucksache 17 (24) 0009-D. SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 (639) verwendet den Begriff „Kulturverbraucher“.
- 157 Vgl. darauf hinweisend und kritisch zum Begriff des „Nutzers“ auch WANDTKE, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/III), S. 649 (650).
- 158 Vgl. etwa SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 36 Rn. 20; MELICHAR, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 48, der die Überschrift trägt „Rechtsbeziehungen zu den Nutzern“ und die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltungsgesellschaften und gewerblichen Verwertern zum Gegenstand hat.

Werknutzern“ in diesem Sinne sind etwa der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V., der Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V., der Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e. V., der Börsenverein des Deutschen Buchhandels, der Deutsche Komponistenverband e. V. etc.¹⁵⁹

Außer in den §§ 36 Abs. 1 und 36a Abs. 1 kommt der Begriff Nutzer im Urheberrechtsgesetz noch in § 101 Abs. 3 Nr. 1 vor. Dort ist geregelt, dass der Auskunftsanspruch des Rechteinhabers auch Informationen umfasst, die einen im gewerblichen Ausmaß handelnden Nutzer einer für rechtsverletzende Tätigkeiten gebrauchten Dienstleistung betreffen. Diese Vorschrift ist mit Bezug auf § 101 Abs. 2 zu sehen, der einen Auskunftsanspruch gegenüber Internet Providern enthält, die nicht selbst Urheberrechte verletzen, aber deren Dienste von ihren Nutzern für Urheberrechtsverletzungen genutzt werden können. Der illegal handelnde Nutzer derartiger Dienste, den der § 101 Abs. 3 Nr. 1 im Blick hat, ist freilich kein Werknutzer im Sinne der §§ 36 ff., sondern kann als Internetnutzer durchaus zu dem Personenkreis gehören, der im Mittelpunkt dieses Abschnitts steht und mitunter Nutzer, User etc. genannt wird. Dennoch wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf die Bezeichnung Nutzer verzichtet. Stattdessen wird als Arbeitsbegriff der urheberrechtlich bislang nicht belegte Ausdruck Verwender eingesetzt. Darunter ist in Anlehnung an den Begriff des Verbrauchers gem. Art. 1 Abs. 2 lit. a der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹⁶⁰ und § 13 BGB jede natürliche Person zu verstehen, die ein Kreativgut zu eigenen Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecken sowie zu transformativen Zwecken nutzt oder benutzt¹⁶¹ und dabei keine kommerziellen Zwecke verfolgt.

159 Vgl. WANDTKE/GRUNERT, in WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), § 36 Rn. 12, 14.

160 Vgl. Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Abl. 1999, L 171/12.

161 Vgl. zur Unterscheidung zwischen „nutzen“ und „benutzen“ LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 143, die insoweit ausführt: „[Es] wird zwischen der Nutzung und der Benutzung des Werkes differenziert, wobei unter Nutzung die in §§ 15 ff. UrhG genannten Vorgänge verstanden werden, während die Benutzung, d.h. die bloße Werkrezeption, unabhängig davon, ob sie zu privaten, beruflichen oder kommerziellen Zwecken erfolgt, urheberrechtsfrei ist.“

Obleich das Urheberrecht auch von nutzungsorientierten Begründungsansätzen getragen wird,¹⁶² sieht das Urheberrecht nach (noch) herrschender Lesart keine genuinen Rechte für Verwender vor.¹⁶³ Wie ein durch das Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht initiiertes Länderbericht offenbart, lässt sich das Fehlen von „user rights“ als ein weltweit zu beobachtendes Phänomen beschreiben.¹⁶⁴ Die Interessen der Verwender werden in nationalen Urheberrechtsgesetzen durch Schutzrechtsausnahmen und -begrenzungen des Ausschließlichkeitsrechts etwa durch Schranken und Schutzfristen berücksichtigt. Auf internationaler oder supranationaler Ebene ist anders als im Falle von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten hinsichtlich der Belange der Verwender von Kreativgütern kein durch nationales Recht zu gewährendes, verbindliches Mindestmaß vorgesehen. Das Gegenteil ist der Fall: Internationales und europäisches Urheberrecht schreibt nationalen Gesetzgebern ein Maximalniveau an zu berücksichtigenden Verwenderbelangen vor.

Im Falle von Rechtsverletzungen haften Werkverwender nach den allgemeinen Vorschriften. Insbesondere können sie sich nicht auf die Privilegierungen des TMG¹⁶⁵ berufen. Anders als es das TMG verlangt, sind Werkverwender nicht Anbieter von Informations- oder Kommunikationsdiensten, sondern deren Nutzer. Verfassungsrechtlich werden die schutzwürdi-

162 Vgl. etwa BOYTHA, Nutzungsorientierte Entwicklung im internationalen Urheberrecht, GRUR Int 1973, S. 247 ff.; eingehend dazu HANSEN, Warum Urheberrecht, S. 26 ff.

163 Die Frage, ob die Beschränkungen des Urheberrechts den Verwendern eigene Rechte gewähren oder ob sie nur die Berücksichtigung berechtigter Interessen der Allgemeinheit darstellen, wurde in der deutschen Literatur zuletzt vor allem mit Blick auf die Privatkopie problematisiert. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, nur der Urheber sei Inhaber von Rechten, während die Beschränkungen lediglich die Interessen der Allgemeinheit widerspiegeln; so etwa v. DIEMAR, Kein Recht auf Privatkopien, GRUR 2002, S. 587 (593); SCHACK, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung, ZUM 2002, S. 497 (504). Dagegen eingehend und überzeugend GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2004, S. 815 (818), der diesbezüglich ausführt, dass es sich jedenfalls bei den Beschränkungen des Urheberrechts, die auf Grundrechten basieren, um Rechte der Verwender handelt.

164 Vgl. eingehend und umfassend HILTY/NÉRISSON, Overview of National Reports About „Balancing Copyright“, S. 1 ff.

165 Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, BGBl. 2007 I, S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Juli 2015, BGBl. 2015 I, S. 1324 (nachfolgend TMG genannt).

gen Interessen der Verwender sowie die Zugangsinteressen der Allgemeinheit vor allem auf die Kommunikations- und Informationsgrundrechte sowie gelegentlich auf die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit und zudem auf die Allgemeinpflichtigkeit des Eigentums zurückgeführt.¹⁶⁶

2. Anbieter internetbasierter Dienste – Intermediäre

Die Entwicklung zu und in der Informationsgesellschaft geht Hand in Hand mit dem Ausbau einer globalen, auf Netzwerken basierenden digitalen Infrastruktur, die durch die Interaktion, Synthese und Konvergenz verschiedener Übermittlungsformen und Endgeräte gekennzeichnet ist. Die im Rahmen dieser Infrastruktur zum Tragen kommenden unzähligen wie mannigfaltigen Unterhaltungs-, Informations- und Kommunikationsdienste hier darzustellen, würde kaum die Erkenntnis fördern. Denn die Produkte und Dienstleistungen in der Informationsgesellschaft sind einem ständigen, überaus dynamischen und rasant fortschreitenden Wandel unterworfen. Das ist ein wesentlicher Umstand, der bei juristischen Debatten rund um die Informationsgesellschaft immer offen zu Tage tritt. Während die rechtliche Diskussion hinsichtlich der internetbasierten unautorisierten Zirkulation digitaler Kreativgüter vor einigen Jahren noch durch die Frage bestimmt war, wie Peer-to-Peer-Filesharing urheberrechtlich einzuordnen sei,¹⁶⁷ derhen sich, freilich ohne eine bisherige Lösung des Problems um Filesharing, heutige urheberrechtliche Auseinandersetzungen um Streamingangebote¹⁶⁸, einschließlich Streamingconvertern und intelligenter Aufnahme-software, sowie um das Phänomen des Cloudcomputing. Tag für Tag kommen neue Anbieter und neue Formate hinzu, während andere Angebotsformen vom Markt verschwinden. Obschon sich die insoweit angesprochenen Dienste und Produkte im Detail erheblich voneinander unterscheiden, haben sie eine wesentliche Gemeinsamkeit: Sie alle fungieren als Vermittler zwischen einem digitalen Kreativgut und einem Internetnutzer als Werkverwender und sind insofern wesensbildend für das technische Medium

166 Vgl. dazu KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 158 ff., mwN.

167 Vgl. dazu BRINKEL, Filesharing; FREIWALD, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, ENGELHARDT, Die rechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen in P2P-Netzwerken nach US-amerikanischem und deutschem Recht.

168 Vgl. dazu etwa OLG Hamburg, MMR 2009, 560; OLG Hamburg, ZUM 2009, S. 275.

Internet. Durch die Aufbereitung und verbesserte Zugänglichmachung von Daten und Inhalten liefern sie der Allgemeinheit einen Mehrwert.¹⁶⁹ Derartige Dienste werden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung einheitlich unter dem Begriff „Internetdienst“ zusammengefasst. Zur Definition wird auf die auf Art. 2 lit. a der E-Commerce-RL¹⁷⁰ zurückgehende und durch § 2 S. 1 Nr. 1 TMG in das deutsche Recht eingeführte Bezeichnung der „Dienste der Informationsgesellschaft“ zurückgegriffen. Dabei erfährt die Begriffsbestimmung aus der Richtlinie eine erhebliche Einschränkung, da vorliegend nur diejenigen Dienste im Fokus stehen, die digitale Kreativgüter zum Gegenstand haben. Mithin wird im Folgenden unter dem Arbeitsbegriff Internetdienst jede Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jeder gegen Entgelt oder unentgeltlich elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienst verstanden, der digitale Kreativgüter bereithält oder den Zugang zu ihrer Nutzung vermittelt, insbesondere das Auffinden, die Zugänglichmachung, die Speicherung, den Abruf oder die sonstige Kenntnisnahme eines digitalen Kreativgutes zum Gegenstand hat. Darunter fallen internetbasierte Suchmaschinen, elektronische Plattformen und Datenbanken sowie Content-, Host- und unter Umständen Access-Provider.¹⁷¹

Die Anbieter solcher Dienste und die Entwickler der ihnen zugrundeliegenden Soft- und Hardwareprodukte sind die neuen Akteure, die mittels internetbasierter Innovationen das digitale Verwertungsumfeld maßgeblich prägen.¹⁷² Als Hersteller von elektronischen Datenbanken und Entwickler von Software sind sie teilweise durch das Urheberrecht mit eigenen urheberrechtlichen und leistungsschutzrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten ausgestattet. Als Anbieter von Speicherplatz können sie unter Umständen gesetzliche Schuldner der Pauschalvergütungen für Privatkopien sein

169 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 68.

170 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. 2000, L 178/1 (nachfolgend E-Commerce-RL genannt).

171 Zur Erläuterung und Abgrenzung dieser Begriffe vgl. DUSTMANN, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 4 Rn. 7 und Rn. 90; FEDERRATH, Zur Kontrollierbarkeit des Internet, ZUM 1999, S. 177 (178 ff).

172 Vgl. KLOEPFER/NEUN, Rechtsfragen der europäischen Informationsgesellschaft, EuR 2000, S. 512 (513).

(§§ 53, 54).¹⁷³ Zudem sind sie als Vermittler bei der zwischen Dritten erfolgenden Übertragung von urheberrechtlich geschützten Inhalten gem. § 44a dahingehend privilegiert, dass die von ihnen vorgenommenen Vielfältigungshandlungen nicht erlaubnispflichtig sind, sofern sie sich im Rahmen des § 44a bewegen. Vermittler in diesem Sinne sind primär Access-Provider, die Zugang zu Netzen, insbesondere zum Internet, vermitteln.¹⁷⁴

Werden Immaterialgüterrechte internetbasiert verletzt, stellt sich immer die Frage, ob und inwieweit auch der jeweilige Internetdienst, über den eine Rechtsverletzung erfolgt und der diese Rechtsverletzung in gewisser Weise erst ermöglicht, haftbar gemacht werden kann.¹⁷⁵ Daher liegt der Schwerpunkt der Berücksichtigung von Internetdiensten durch das Recht in Fragen der Verantwortlichkeit sowie der daran anknüpfenden, im Wesentlichen durch Gerichte konkretisierten, Tatbestände der Täter-, Teilnehmer- und Störerhaftung.¹⁷⁶

173 Zu den vergütungspflichtigen Geräten und Speichermedien vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 54 Rn. 6.

174 Vgl. LOEWENHEIM, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, § 44a Rn. 11.; RADMANN, Kino.ko – Filmgucken kann Sünde sein, ZUM 2010, S. 387 (391).

175 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 53.

176 Vgl. dazu BOTT/u.a, Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI), GRUR Int 2011, S. 905 ff.; DUSTMANN, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 8 Rn. 18; GAMPP, Die Haftung der Technologie-Hersteller für mittels ihrer Produkte begangene Urheberrechtsverletzungen in den USA, ZUM 2005, S. 794 ff.; FITZNER, Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß?, GRUR Int 2012, S. 109 ff.; GERCKE, Die Bedeutung der Störerhaftung im Kampf gegen Urheberrechtsverletzungen, ZUM 2006, S. 593 ff.; GOUNALKIS/HELVIG, ACTA und die Meinungsfreiheit, K&R 2012, S. 233 (235); HARTE-BAVENDAMM/JÜRGENS, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 33 ff.; KITZ, in HILTY/JAEGER/ KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 101 (105 ff.); LEHMANN, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz, ZUM 1999, S. 180 ff.; eingehend auch LEHMENT, Neuordnung der Täter- und Störerhaftung, WRP 2012, S. 149 ff.; SCHAEFER/RASCH/BRAUN, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, S. 451 ff.; RINSCHIED, Dienstanbieter und das Urheberrecht, S. 15 ff.; SCHAPIRO, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionen und Internet-Meinungsforen, S. 3 ff.; SPINDLER, Verantwortlichkeit von Dienst Anbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, S. 199 ff.; SPINDLER, Urheberrecht und Haftung der Provider, ein Drama ohne Ende?, CR 2001, S. 324; ders., Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr, NJW 2002, S. 822 ff.; UFER, Die Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz, S. 30 ff.;

Gemeinschaftsrechtlich haben Vorschriften bezüglich der Verantwortlichkeit von Anbietern internetbasierter Dienste etwa in der E-Commerce-RL sowie in der Durchsetzungs-RL¹⁷⁷ Niederschlag gefunden. Im deutschen Recht sind insoweit die §§ 7-10 TMG¹⁷⁸ besonders relevant.

III. Verwertungsgesellschaften

Die Ubiquität und die Mannigfaltigkeit möglicher Werkverwendungen sowie die unüberschaubare Masse der Verwender, der Rechteinhaber und der Nutzungsmöglichkeiten rücken die Instrumente der kollektiven Rechteinhaberschaft in den Mittelpunkt der Debatten um die künftige Ausgestaltung des Urheberrechts.¹⁷⁹ Ursprünglich schlossen sich Rechteinhaber zusammen und organisierten sich in Verwertungsgesellschaften, um allgegenwärtige Nutzungen ihrer Güter, deren individuelle Überwachung aussichtslos erschien, im Rahmen kollektiver Strukturen zu erfassen.¹⁸⁰ Im analogen Umfeld gewährleisteten Verwertungsgesellschaften bis dato eine effektive Wahrnehmung sowie Durchsetzung von Rechten. Sie verwerten die ihnen in der Regel im Wege von Wahrnehmungsverträgen von den Rechteinhabern treuhänderisch eingeräumten Nutzungsrechte, Einwilligungsrechte oder Vergütungsansprüche für Rechnung der Rechteinhaber. Gleichzeitig überwachen die Verwertungsgesellschaften die Werknutzungen, ziehen die Entgelte für die durch sie autorisierten Verwertungen ein

-
- SODTALBERS, Softwarehaftung im Internet, S. 101 ff.; WIEBE, in LEUPOLD/ GROSSNER (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Teil 3 Rn. 183 ff.
- 177 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004, L 195/16 (nachfolgend auch Durchsetzungs-RL genannt).
- 178 Vgl. Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 I. Telemedienänderungsgesetz vom 31. Mai 2010, BGBl. I S. 692 ff.
- 179 Vgl. dazu etwa ENZINGER, Der europäische Rechtsrahmen für kollektive Rechteinhaberschaft, GRUR Int 2006, S. 985 ff.
- 180 Vgl. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 727; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1297 ff.; zu Wesen und Aufgaben von Verwertungsgesellschaften vgl. umfassend MELICHAR, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 45; zur Funktion von Verwaltungsgesellschaften vgl. REBER, Aktuelle Fragen zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, GRUR 2000, S. 203 ff.; zu Wesensmerkmalen der Verwertungsgesellschaft vgl. auch RIESENHUBER, Die Verwertungsgesellschaft i. S. v. § 1 UrhWahrMG, ZUM 2008, S. 625 ff.

und schütten die Einnahmen nach von ihnen aufzustellenden Verteilungsplänen an die Berechtigten aus. Auf diese Weise bleibt es dem Werkverwerter, beispielsweise einem Veranstalter oder einem Betreiber einer Diskothek, erspart, jeden einzelnen Rechteinhaber ausfindig zu machen und eine Vielzahl von Verwertungsverträgen mit den individuell Berechtigten abzuschließen. Grenzüberschreitende Nutzungen, ein verändertes Konsumverhalten und die neuartigen internetbasierten Geschäftsmodelle steigern einerseits die Bedeutung von Verwertungsgesellschaften und konfrontieren andererseits die in der Regel vereinsrechtlich ausgestalteten, ausschließlich national ausgerichteten Verwertungsgesellschaften mit neuen Herausforderungen.¹⁸¹ Die elementaren Gründe für die Existenz der von Verwertungsgesellschaften organisierten kollektiven Rechtswahrnehmung, die Minderung der Transaktionskosten für alle Beteiligten sowie die Vertretung der Interessen und die Solidarität unter Rechteinhabern, sind jedenfalls auch im digitalen Verwertungsumfeld vollumfänglich gegeben.¹⁸² Dem entspricht, dass Verwertungsgesellschaften in sämtlichen Vorschlägen zur Einführung von Pauschalvergütungsmodellen eine entscheidende Rolle spielen.¹⁸³

In Deutschland sind die Tätigkeiten sowie die Organisation der Verwertungsgesellschaften im UrhWahrnG¹⁸⁴ geregelt. Darin sind für Verwertungsgesellschaften unter anderem Erlaubnispflicht (§§ 1, 3 Abs. 1 UrhWahrnG), Wahrnehmungszwang (§ 6 Abs. 1 UrhWahrnG) und Abschlusszwang (§ 11 Abs. 1 UrhWahrnG) sowie staatliche Aufsicht (§§ 18-20 UrhWahrnG) vorgesehen. Die Organisation in einer bestimmten Rechtsform ist nicht gesetzlich bestimmt. In der Regel sind aber Verwertungsgesellschaften als wirtschaftliche Vereine oder als GmbH organisiert. Die Rechtsbeziehung zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern wird maßgeblich durch Wahrnehmungsverträge geprägt.¹⁸⁵ Das Rechtsverhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und den

181 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 70.

182 Vgl. dazu eingehend GILLIERON, *Collecting Societies and the Digital Environment*, IIC 2006, S. 939 (939).

183 Vgl. dazu statt vieler EUROPÄISCHES PARLAMENT (Hrsg.), *Die „Content-Flatrate“*, S. 9.

184 Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965, BGBl. 1965 I, S. 1294, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Oktober 2007, BGBl. 2007 I, S. 2513 (nachfolgend UrhWahrnG genannt).

185 Vgl. zum Wesen, zum Inhalt und zu einzelnen Wahrnehmungsverträgen SCHULZE, in DREEIER/SCHULZE (Hrsg.), *UrhG*, vor §§ 31 ff. Rn. 125 ff.; zur Auslegung von Wahrnehmungsverträgen vgl. RIESENHUBER, *Die Auslegung des Wahrnehmungsvertrags*, GRUR 2005, S. 712 ff.

Verwertern erfährt seine Ausgestaltung in Einzel- oder Pauschalverträgen. Die Gesellschaften sind aufgrund des Wahrnehmungszwangs verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche, die sie in ihrer Satzung festgelegt haben, zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen, wenn den Rechteinhabern eine wirksame Rechtewahrnehmung nicht möglich ist. Gleichzeitig sieht der Abschlusszwang vor, dass Verwertungsgesellschaften jedermann auf Verlangen einfache Nutzungsrechte zu angemessenen Bedingungen einräumen.

C. Die tangierten Rechte, ihre Verletzung und Durchsetzung

Digitale Kreativgüter werden beim Surfen im Internet aufgerufen, mitunter durch einfach zu handhabenden Datenverarbeitungsprogramme verändert, auf Bildschirmen sichtbar gemacht, als Vorschaubilder in der Trefferliste einer Suchmaschine angezeigt, im Rahmen von Pull- oder Push-Diensten abgerufen oder übertragen, per E-Mail, via Filesharing, über soziale Netzwerke oder durch andere Kanäle geteilt, gestreamt oder durch Speicherdienste bereitgehalten. Betrachtet man solche Vorgänge aus der Perspektive des Urheberrechts, stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit dadurch Verwertungsrechte (I) und Urheberpersönlichkeitsrechte (II) berührt werden. Daran anknüpfend rücken Aspekte der Rechtsverletzung (III) sowie der Rechtsdurchsetzung (IV) in das Blickfeld.

I. Verwertungsrechte

Es ist keine computer- oder internetbasierte Nutzung eines digitalen Kreativgutes denkbar, die nicht zumindest eine Vervielfältigung im Arbeitsspeicher voraussetzt.¹⁸⁶ Das Vervielfältigungsrecht (§ 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16) ist das ursprüngliche und wohl wichtigste Verwertungsrecht des Urhebers.¹⁸⁷ Auch sämtliche Leistungsschutzberechtigte haben hinsichtlich ihrer Schutzgüter das ausschließliche Vervielfältigungsrecht inne (§ 70 Abs. 1, §§ 71, 72 Abs. 1, § 77 Abs. 2, §§ 81, 85 Abs. 1, § 87 Abs. 1 Nr. 2, § 87b Abs. 1, § 94 Abs. 1).¹⁸⁸ Die Vervielfältigung von Computerprogrammen richtet sich nach § 69c Abs. 1 Nr. 1. Als Urform der urheberrechtlichen Verwertungsrechte wird das Vervielfältigungsrecht

186 Beim Browsen auf einer Webseite wird ein dort integrierter urheberrechtlicher Schutzgegenstand zunächst auf zwischen dem Nutzer und dem Anbieter zwischengeschalteten Servern zwischengespeichert. Erst nach Durchlaufen mehrerer Zwischenstationen erscheint der Inhalt auf dem Bildschirm des abrufenden Nutzers. Bei sämtlichen insoweit erforderlichen Zwischenspeicherungen handelt es sich um vom urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht umfasste Vervielfältigungen. Vgl. dazu DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), *Urheberrecht*, § 44a Rn. 10.

187 Umfassende Literaturangaben über das Vervielfältigungsrecht bei LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), § 16 vor Rn. 1. Zum früheren Recht und Rechtsentwicklung vgl. DUSTMANN, in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), *Urheberrecht*, § 16 Rn. 3.

188 Vgl. WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, *Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet*, § 8 Rn. 108 ff.

durch sämtliche internationalen Abkommen zum Urheberrecht gewährleistet. Insoweit sind Art. 9 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 RBÜ¹⁸⁹, Art. IV^{bis} WUA¹⁹⁰, Art. 7 WCT¹⁹¹, Art. 11 WPPT¹⁹² und Art. 14 TRIPS¹⁹³ zu nennen. Im Rahmen europäischer Rechtsetzung wurden Regelungen hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts in diversen Richtlinien¹⁹⁴ zunächst für besondere Bereiche getroffen. Mittlerweile sind aber vor allem die Art. 2 und 5 der Info-RL maßgeblich, die das Vervielfältigungsrecht generell erfassen.¹⁹⁵ Das Vervielfältigungsrecht verleiht seinem Inhaber die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sein Schutzgut reproduziert und dadurch einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht wird. Obgleich das Vervielfältigungsrecht zum Recht der Werkverwertung

189 Berner Übereinkunft vom 09. September zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der in Paris am 24. Juli 1971 beschlossenen Fassung, geändert am 2. Oktober 1979, BGBl. 1973 II, S. 1071; BGBl. 1985 II, S. 81 (nachfolgend RBÜ genannt); REIMER/ULMER, Die Reform der materiell rechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int 1967, S. 433 (444); vgl. dazu auch MASOUYÉ, übersetzt von WALTER, Kommentar zur Berner Übereinkunft, S. 57.

190 Vgl. Welturheberrechtsabkommen vom 24. Juli 1971, BGBl. 1973 II, S. 1069.

191 Urheberrechtsvertrag der World Intellectual Property Organisation vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, S. 754, 755 (nachfolgend WCT genannt). Die „World Intellectual Property Organisation“ mit Sitz in Genf (nachfolgend WIPO genannt) wurde 1967 als Sonderorganisation der vereinten Nationen und gemeinsame Einrichtung der Pariser und Berner Union gegründet.

192 WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, S. 754, 770, (nachfolgend WPPT genannt).

193 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, Anhang zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II, S. 1443/1625/1730; das Abkommen über Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (nachfolgend TRIPS genannt) ist nach der Uruguay-Runde des GATT als integraler Bestandteil des WTO-Übereinkommens von 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation in Kraft getreten; für einen Überblick über den Inhalt des TRIPS vgl. KATZENBERGER, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, Vor §§ 120 ff. Rn. 16.

194 Vgl. Art. 4 (a) der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. 2009, L 111/16 (nachfolgend auch Computerprogramm-RL genannt); Art. 5 (a) Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. 1996, L 77/20, (nachfolgend Datenbank-RL genannt).

195 Vgl. DUSTMANN, in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), Urheberrecht, § 16 Rn. 5; LOEWENHEIM, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 20 Rn. 3, mwN.

in körperlicher Form gehört,¹⁹⁶ besitzt es als Fundamentalverwertungsrecht auch im nicht physischen, digitalen Kontext besondere Relevanz.¹⁹⁷

Der Vorgang des internetbasierten Verfügbarmachens digitaler Kreativgüter wird juristisch durch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung abgebildet.¹⁹⁸ Bisweilen wird darauf auch unter dem Begriff „Onlinerecht“ oder „Internetrecht“ Bezug genommen.¹⁹⁹ Dieses Recht haben sowohl Urheber (§ 19a) als auch Leistungsschutzberechtigte (§ 78 Abs. 1 Nr. 1, § 85 Abs. 1 Nr. 1, § 87 Abs. 1 Nr. 1, § 87b Abs. 1 und § 94 Abs. 1 S. 1).²⁰⁰ Der Urheber eines gem. § 69a geschützten Computerprogramms ist im Falle der öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes nach § 69c geschützt.²⁰¹ Auf internationaler und europäischer Ebene finden sich Vorschriften zum Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in den Art. 8 WCT, Art. 10 und Art. 14 WPPT sowie in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 der Info-RL.²⁰²

Unter dem Aspekt wirtschaftlicher und technischer Konvergenz heutiger Medien bereitet die Einordnung der unterschiedlichen Formen der elektronischen Wiedergabe geschützter Werke unter das Onlinerecht (§ 19a)

196 Vgl. v. UGERN-STERNBERG/LOEWENHEIM, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, § 15 Rn. 40.

197 Vgl. dazu JOPPICH, Das Internet als Informationsnetz?, CR 2003, S. 504 ff.; KOCH, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, S. 147 ff.; v. LEWINSKI, Die Multimedia-Richtlinie, MMR 1998, S. 115 (116); REINBOTHE, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, S. 43 (48), der betont, dass die weite Definition der Vervielfältigungsakte von grundlegender Bedeutung für den Schutz des Urheberrechts im digitalen Umfeld ist.

198 Vgl. dazu umfassend GEY, Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i. s. d. § 19a, S. 24 ff.; LUO, Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach neuem Urheberrecht, S. 85; SCHULZE, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19 a UrhG, ZUM 2011, S. 2 ff.

199 Vgl. so etwa PEUKERT, in HILTY/PEUKERT (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11 (24); WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, §8 Rn. 134

200 Bzgl. der Leistungsschutzberechtigten vgl. WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, §8 Rn. 109 ff.

201 Vgl. v. UGERN-Sternberg, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 19a Rn. 3.

202 Vgl. zur Rechtslage vor der Umsetzung der Info-RL DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 19a Rn. 3. Auf sprachliche Unterschiede zwischen der deutschen Übersetzung und der englischen und französischen Fassung des Art. 8 WCT hinweisend v. UGERN-STERNBERG, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, § 19a Rn. 12.

einerseits oder das Senderecht (§ 20) andererseits mitunter Schwierigkeiten.²⁰³ Die Frage, ob das Onlinerecht oder das Senderecht betroffen ist, wird relevant, wenn es im Vorfeld des Erwerbs von Lizenzen zu ermitteln gilt, welche Nutzungsrechte von der beabsichtigten Nutzung betroffen und daher im konkreten Fall zu erwerben sind.

Sofern digitale Kreativgüter durch den Einsatz von Datenverarbeitungsprogrammen Veränderungen erfahren, ist stets das Bearbeitungsrecht betroffen. Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen²⁰⁴ dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.²⁰⁵ Bei bestimmten in § 23 Abs. 2 aufgeführten Umgestaltungen, z. B. im Falle der Verfilmung eines Werkes oder der Umgestaltung eines Datenbankwerkes, ist bereits die Bearbeitung oder Umgestaltung als solche erlaubnispflichtig. Das Gleiche gilt nach § 69c Abs. 1 Nr. 2 für Computerprogramme. Der Urheber hat nach Art. 12 RBÜ das ausschließliche Recht, Bearbeitungen, Arrangements und andere Umarbeitungen seines Werkes zu erlauben. Art. 9 Abs. 1 TRIPS bezieht die Art. 1–21 RBÜ vollständig in seinen Schutz ein, so dass er auch das Bearbeitungsrecht

203 Vgl. dazu statt vieler DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 19a Rn. 10, § 20 Rn. 13; SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 ff.; v. UNGERN-STERNBERG, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 20 ff. Rn. 58 führt die hier angesprochenen Abgrenzungsschwierigkeiten vor allem auf den ungenauen Wortlaut des § 19a zurück.

204 Je nach Art der Bearbeitung spricht man vom Recht des Urhebers zur Übersetzung, zur Dramatisierung, zur Adaption, zur Nachbildung, zur Synchronisation, zur Verfilmung etc. Vgl. dazu LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 23 Rn. 6. Charakteristisch ist bei jeglicher Bearbeitung und Umgestaltung, dass dabei wesentliche Züge des Originalwerks übernommen werden. Vgl. hinsichtlich der Abgrenzung LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 23 Rn. 3 ff., mwN; SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 23 Rn. 6; vgl. dazu auch DIETH, Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, S. 150.

205 Es ist umstritten, ob es sich bei diesem Recht um ein selbständiges Verwertungsrecht wie die anderen in § 15 aufgezählten Verwertungsrechte handelt oder ob das Bearbeitungsrecht nach § 23 lediglich den Schutzzumfang des Urheberrechts regelt. Vgl. dazu A.NORDEMANN, in FROMM/NORDEMANN, Urheberrecht, § 23/24 Rn. 2; SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 23 Rn. 9 ff, jeweils mwN, die § 23 als selbständiges Verwertungsrecht ansehen, und LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 23 Rn. 1, mwN, der die Auffassung vertritt, dass § 23 lediglich den Schutzzumfang regelt und kein eigenständiges Verwertungsrecht ist.

umfasst.²⁰⁶ Gemeinschaftsrechtliche Regelungen im Hinblick auf Bearbeitungen finden sich in Art. 4 lit. b der Computerprogramm-RL sowie in Art. 5 lit. b der Datenbank-RL.

II. Persönlichkeitsrelevante Rechte

Angesichts der nahezu beliebigen Veränderbarkeit digitaler Kreativgüter und der grenzenlosen Möglichkeit, sie miteinander zu verbinden, erlangt das Urheberpersönlichkeitsrecht in seiner Integrität während der Ausprägung,²⁰⁷ die Werkschutz vor Änderungen, Entstellungen und sonstigen Beeinträchtigungen zum Gegenstand hat, eine herausragende Bedeutung.²⁰⁸ Insbesondere ist im digitalen Verwertungsumfeld eine sichere Zuordnung online publizierter Inhalte zu bestimmten Rechteinhabern nur schwer zu gewährleisten. Unter dem Aspekt der Integrität ist außerdem die zunehmend zu beobachtende Einbindung und Verbindung von Werbung in und mit der Werkwiedergabe relevant.²⁰⁹ Das gilt insbesondere in Anbetracht der unzähligen und vielfältigen Vorgänge der nicht nur konsumierenden, sondern vor allem auch kreativen Nutzungen.

Anders als im Falle von Verwertungsrechten sind Urheberpersönlichkeitsrechte auf internationaler sowie supranationaler Normsetzungsebene nur rudimentär geregelt. So enthält die RBÜ erst seit der Rom-Konferenz von 1928 eine partielle, auf die Anerkennung der Urheberschaft und den Integritätsschutz des Werkes beschränkte Regelung (Art. 6^{bis} Abs. 3 RBÜ), welche die Verbandsstaaten zur Gewährung eines auch urheberpersönlichkeitsrechtlich relevanten Mindestrechts verpflichtet.²¹⁰

206 Vgl. A. NORDEMANN, in: FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), Urheberrecht, §§ 23/24 Rn. 7.

207 Vgl. zum Schutz der Werkintegrität KREILE/WALLNER, Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte im Multimediazeitalter, ZUM 1997, S. 625 (629).

208 Vgl. dazu DAVIS, Pixel Piracy, GRUR Int 1996, S. 888 ff.; KREILE/WALLNER, Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte im Multimediazeitalter, ZUM 1997, S. 625 ff.; SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 80 ff. Zur Betroffenheit des Urheberpersönlichkeitsrechts durch Streaming-Angebote vgl. BÜSCHER/MÜLLER, Urheberrechtliche Fragestellungen des Audio-Video-Streamings, GRUR 2009, S. 558 ff.

209 Vgl. dazu im Kontext von Film und Fernsehen PEIFER, Werbeunterbrechungen in Spielfilmen, S. 42 ff.

210 Vgl. dazu STRAUS, Der Schutz der ausübenden Künstler und das Rom-Abkommen von 1961, GRUR Int 1985, S. 19 ff.

III. Rechtsverletzungen – Internetpiraterie

Eine Urheberrechtsverletzung ist jede unerlaubte Verwendung eines urheberrechtlichen Schutzguts auf eine dem Rechteinhaber gem. §§ 15 ff. vorbehaltene Weise, insbesondere jede Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung, die von dem Rechteinhaber nicht privatrechtlich autorisiert ist und auch von keinem gesetzlichen Tatbestand freier Werknutzung oder einem sonstigen Rechtfertigungsgrund²¹¹ umfasst ist. Zudem kann das Urheberrecht in persönlicher Hinsicht, etwa durch einen Eingriff in die in den §§ 12-14 verbürgten Rechte, verletzt werden.²¹²

Bezüglich der Heftigkeit der Diskussion um internetbasierte Verletzungen des Urheberrechts ist relativierend darauf hinzuweisen, dass die Einführung jedweder Technik, welche die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke ermöglichte, stets von der Frage begleitet wurde, ob und inwieweit durch die jeweilige Neuerung auch das unerlaubte Nutzen von urheberrechtlich geschütztem Material erleichtert wird.²¹³ Das Besondere an der heutigen Debatte ist neben der hitzigen und mitunter polemischen Rhetorik die Tatsache, dass erstmals in der Geschichte des Immaterialgüterrechts solche Verletzungshandlungen Gegenstand der Auseinandersetzung sind, die durch Privatpersonen zum eigenen Gebrauch und ohne kommerzielle Zielsetzung stattfinden. Vor dem Zeitalter des Internets hatten die interessierten Kreise nur Schutzrechtsverletzungen im Visier, die planmäßig, gezielt, massenhaft und gewerbsmäßig auftraten. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das Ausmaß derartiger Verletzungshandlungen deutlich abnehmen wird, wenn und soweit ein Rechtsrahmen errichtet ist, der das Innovationsniveau und vor allem die Distributionskanäle des digitalen Verwertungsumfelds angemessen abbildet.²¹⁴

Im Zentrum der folgenden Ausführungen stehen diejenigen Verletzungshandlungen, die internetbasiert zu eigenen Informations-, Unterhaltungs-, und Mitteilungszwecken erfolgen und weder mittelbar noch unmittelbar kommerziell motiviert sind. Sie werden bisweilen unter den Bezeichnungen

211 Zur Widerrechtlichkeit und möglichen Rechtfertigungsgründen vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 14 ff.

212 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 4.

213 Vgl. DE GRAHL, Die Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Zeitalter, S. 25; vgl. dazu auch EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 39.

214 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 39.

„Internetpiraterie“ und „Raubkopie“ mit gewerblich erfolgenden Urheberrechtsverletzungen auf undifferenzierte sowie missverständliche Weise begrifflich zusammengefasst.²¹⁵

Bei sämtlichen Vorgängen im Internet, die ein digitales Kreativgut zum Gegenstand haben, ist regelmäßig eine Reihe urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte betroffen. Ein Lizenzvertrag, durch den der Verwender die erforderlichen Rechte für die konkrete Nutzung vom Rechteinhaber erwirbt, existiert zwischen den Beteiligten gemeinhin nicht. Eine Schrankenbestimmung als Tatbestand freier Werknutzung ist nur in den seltensten Fällen einschlägig. Mangels einer vertraglichen oder gesetzlichen Erlaubnis stellt das Verfügbarmachen einer fremden Text-, Bild-, Audio- oder Videodatei auf einer Internetplattform, wie etwa *YouTube*, auf einem sozialen Netzwerk, einem institutionellen Repositorium oder auf privaten Webseiten ebenso eine Urheberrechtsverletzung dar wie deren Herunterladen.²¹⁶ Eine Urheberrechtsverletzung stellen auch die Produktion und das Zugänglichmachen von Mashups²¹⁷ dar, bei denen ohne eine entsprechende Erlaubnis fremde Kreativgüter aus verschiedenen Quellen miteinander verknüpft werden und dabei ein neues, mitunter seinerseits urheberrechtlich geschütztes Kreativgut entsteht.²¹⁸ Insoweit besonders betroffene Schutzgüter sind Musik- und Filmwerke.²¹⁹ Maßgebliche Bedeutung kam zunächst Peer-to-Peer-Netzwerken zu, in denen die auszutauschenden Dateien von Rechner zu Rechner übertragen werden. Größer als der Verkehr in Peer-to-Peer-Netzwerken ist aber mittlerweile derjenige auf Streamingportalen. Internetnutzer verzichten zunehmend auf eine Kopie auf dem eigenen

215 Vgl. zu den negativen Folgen dieser begrifflichen Zusammenfassung kritisch, eingehend und zutreffend GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (22).

216 Bezüglich des Einstellens von Medieninhalten in Filesharing-Systemen, vgl. BGH, NJW 2010, S. 2061 ff. – Sommer unseres Lebens, LG Hamburg, ZUM 2006, S. 661 ff.; LG Düsseldorf, ZUM 2007, S. 553; Vgl. zum Ganzen auch POLL, Vom Broadcast zum Podcast, MMR 2011, S. 226 ff.; SASSE/WALDHAUSEN, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, ZUM 2000, S. 837 ff.; für einen Überblick über diverse Kanäle internet-basierter Urheberrechtsverletzungen, vgl. ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 36 ff.

217 Zum Begriff des Mashups und dessen urheberrechtlicher Behandlung vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 14 ff.; SCHRICKER/SPINDLER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 51 Rn. 53; für einen anschaulichen Fall am Beispiel des „White Album“ der Beatles und des „Black Album“ von Jay-Z vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 45.

218 Zum Phänomen des Mashups vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 14 ff.

219 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 58.

Rechner und greifen auf die ohnehin stets im Internet verfügbaren Inhalte zu.²²⁰ Wem das nicht reicht, der kann aus den auf Streamingportalen verfügbaren Inhalten, insbesondere aus Musikvideos, ohne Weiteres mittels einer speziellen Aufnahmesoftware eine Tonspur in relativ hoher Qualität extrahieren und als Datei auf seinen Rechner herunterladen. Ferner gewinnt das online-Hosting als Kanal für den urheberrechtswidrigen Bezug sowie die Verbreitung digitaler Kreativgüter zunehmend an Relevanz. Dabei stellt der Host-Provider Dritten Kapazität zum Speichern von Dateien zur Verfügung. Dort abgespeicherte Dateien können mittels an einem anderen Ort bekannt gemachter Zugangsdaten durch andere Nutzer unter Wahrung der Anonymität beider Seiten verwendet werden.

Ob und in welchem Umfang internetbasierte Urheberrechtsverletzungen zu Umsatzausfällen auf Seite der Kreativwirtschaft führen, wird kontrovers diskutiert. Es existieren zahlreiche Studien, die das Ausmaß, die Modalitäten und die Auswirkungen illegaler Downloads abbilden und zu diversen Faktoren, insbesondere zu Umsatzrückgängen in der Kreativwirtschaft, in Beziehung setzen.²²¹ Allerdings ist die Aussagekraft dieser Studien in vielerlei Hinsicht stark begrenzt.²²² Urheberrechtsverletzungen im Internet wirken sich auf die Unterhaltungsindustrie völlig anders aus als auf den Wissenschaftsmarkt. Die Musik- und Filmwirtschaft ist wiederum anders betroffen als Buch- und Zeitschriftenverlage oder Game- und Softwareunternehmen.²²³ Die Effekte und die Relevanz des digitalen Verwertungsumfelds hinsichtlich der einzelnen Branchen der Kreativwirtschaft sind höchst unterschiedlich. Dort, wo mit Unikaten gehandelt wird, etwa im Kunsthandel, gibt es nur wenige oder gar keine Auswirkungen, während sich andere Bereiche der Kulturwirtschaft grundlegend verändert haben. Zudem ist die Kreativtätigkeit selbst anders betroffen als die Aktivitäten der Verwerter bei der Produktion, Vermarktung und Verbreitung von Kreativgütern. Ebenso sind die Auswirkungen auf die verschiedenen Medien nicht

220 Vgl. dazu bereits 2003, BORTLOFF, internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 (672).

221 Vgl. dazu LIEBOWITZ, Pitfalls in Measuring the Impact of Filesharing on the Sound Recording Market, S. 439 ff.; PEITZ/WAELBROECK, The Effect of Internet Piracy on CD Sales, S. 1 ff.; vgl. auch BUCHMANN/BRÜGGMANN, Der Preis des „Filesharing“, K&R 2011, S. 368 (372); vgl. auch DE GRAHL, die Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Zeitalter, S. 32.

222 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 58 ff.

223 Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 23 ff.

gleichartig. Während beispielsweise der klassische Rundfunk und das Fernsehen infolge von unautorisiert verbreiteten Inhalten Hörer bzw. Zuschauer verlieren, gewinnen Internetradios und Plattformen wie *YouTube* immer mehr Nutzer.

IV. Rechtsdurchsetzung

Eine Urheberrechtsverletzung löst eine Reihe zivilrechtlicher Ansprüche seitens des Rechteinhabers aus, die dieser gem. § 105 vor den ordentlichen Gerichten gegen den Rechtsverletzer geltend machen kann.²²⁴ Die zentrale Vorschrift des Urheberdeliktsrechts ist § 97. Sie ist in ihrer Funktion und Zielrichtung mit den §§ 1004 und 823 Abs. 1 BGB vergleichbar und enthält die verschuldensunabhängigen Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung sowie den verschuldensabhängigen Anspruch auf Ersatz materieller und immaterieller Schäden. Ergänzt und flankiert werden diese Ansprüche durch weitere Rechte zur Durchsetzung des Urheberrechts gem. §§ 96 und 98 ff. sowie strafrechtliche Sanktionen gem. § 106. Bezüglich der digitalen Kreativgüter und ihrer internetbasierten Verwertung sind außerdem der rechtlich verbürgte Schutz technischer Schutzmaßnahmen nach § 95a sowie der gegen Dritte gerichtete Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 2 hervorzuheben. Die Ubiquität digitaler Kreativgüter konfrontiert die Rechtsdurchsetzung im digitalen Verwertungsumfeld jedoch mit erheblichen Akzeptanz- und Effizienzproblemen.

Der Kreis der potenziellen Urheberrechtsverletzer und damit der Anspruchsverpflichteten lässt sich grob in zwei Kategorien einteilen: zum einen die Werkverwender (1), zum anderen die Internetdienste (2).

1. Rechtsdurchsetzung gegen Werkverwender

Die Rechtsverfolgung gegenüber Werkverwendern geschieht in Deutschland in der Regel im Wege der kostenpflichtigen anwaltlichen Abmahnung. Grundlegende Voraussetzungen einer jeden Maßnahme zur Rechtsdurchsetzung und so auch einer Abmahnung sind die Identifikation und das Vorhandensein einer ladungsfähigen Anschrift des vermeintlichen Verletzers.

224 Für einen Überblick vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 1; zu allgemeinen Grundlagen der Urheberrechtsdurchsetzung im digitalen Kontext vgl. HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 39 ff.

Insoweit hat der Rechteinhaber gem. § 101 im Falle einer Urheberrechtsverletzung einen Auskunftsanspruch gegen die Anbieter internetbasierter Dienste. Diese sind verpflichtet, Angaben über die Identität des Verletzers zu machen, insbesondere dem Rechteinhaber den Namen und die Anschrift der Nutzer seiner Dienstleistung mitzuteilen, wenn sie die jeweilige Dienstleistung zur Begehung einer Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen haben.²²⁵ Die diesbezüglich bestehende Streitfrage, ob der Auskunftsanspruch nur dann geltend gemacht werden kann, wenn die betreffende Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß erfolgt ist, oder ob im Falle der Drittauskunft auf die Voraussetzung des gewerblichen Ausmaßes der Rechtsverletzung verzichtet werden kann, hat der BGH kürzlich im letzteren Sinne entschieden und damit zu einer weiteren Stärkung der Rechtsposition der Rechteinhaber beigetragen.²²⁶ Denn nach dieser Entscheidung reicht nunmehr in Ermangelung einer gesetzlichen Erheblichkeitsschwelle jegliche widerrechtliche Verletzung eines urheberrechtlich gewährten Rechts, um einen Anspruch auf Offenlegung von Nutzerdaten gegen den Betreiber eines Internetdienstes zu begründen. Ist der vermeintliche Verletzer ermittelt, veranlasst der Rechteinhaber, dass ihm eine anwaltliche Abmahnung zugeht. Verletzer und damit Adressat einer Abmahnung kann jeder Nutzer eines Internetdienstes sein, der ein Angebot im Internet abrufen oder auf seinem Rechner dauerhaft oder vorübergehend speichert und möglicherweise im Anschluss seinerseits, mitunter in modifizierter Form oder verknüpft mit anderen Inhalten über Plattformen wie *YouTube*, *Facebook* oder *Wikipedia*, verbreitet. Voraussetzung einer rechtmäßigen Abmahnung ist das Bestehen eines urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen den Abgemahnten. Dies setzt wiederum nur voraus, dass eine objektive Urheberrechtsverletzung vorliegt. Die Kenntnis der Rechtsverletzung seitens des Verletzers oder gar ein Verschulden ist nicht erforderlich.²²⁷ Durch die Abmahnung wird der Abgemahnte belehrt, dass er sich rechtswidrig verhalten habe, und aufgefordert, derartige Verstöße künftig zu unterlassen. Dazu wird eine durch den Anwalt des Rechteinhabers vorgeformulierte und durch den vermeintlichen Verletzer zu unterzeichnende Unterlassungserklärung mitgeliefert, die für jeden Fall einer künftigen

225 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 101 Rn. 10.

226 Vgl. BGH, MMR 2012, S. 689, 690 ff. – Alles kann besser werden; SPINDLER, Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflaute, S. 13; kritisch dazu UNGRN-STERNBERG, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2012, GRUR 2013, S. 248 (262).

227 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 17.

Zu widerhandlung eine erhebliche Vertragsstrafe vorsieht. Ferner wird die Durchführung eines gegen den Abgemahnten gerichteten Strafverfahrens angedroht. Schließlich wird dem Abgemahnten bei Vorliegen eines Verschuldens auferlegt, für die begangene Rechtsverletzung Schadensersatz in Form nachträglicher Lizenzgebühren, die bis zu mehreren tausend Euro reichen können, zu leisten.²²⁸ Hinzu kommen die mit der Abmahnung einhergehenden nicht unerheblichen Anwaltskosten. Für den Ersatz der erforderlichen Kosten einer berechtigten Abmahnung, die sich bisher nach der Rechtsprechung aus den allgemeinen Vorschriften des Aufwendersatzes bei Geschäftsführung ohne Auftrag ergab, enthält § 97a Abs. 1 S. 2 nunmehr eine ausdrückliche Anspruchsgrundlage.²²⁹ Hinsichtlich der Höhe der insoweit vom Verletzer zu tragenden Kosten wurde durch § 97a eine Privilegierung für erstmalige und einfach gelagerte Rechtsverletzungen geschaffen. Danach sind in derartigen Fällen die Abmahnkosten auf 100 EUR begrenzt. Allerdings enthält diese Bagatellklausel viele Einschränkungen und greift daher nur selten zugunsten von Internetnutzern.²³⁰

2. Rechtsdurchsetzung gegen Intermediäre

Angesichts der Massenhaftigkeit individueller Verletzungshandlungen können Urheberrechtsverletzungen im Internet mit verhältnismäßigem Aufwand kaum anders verfolgt werden als durch die Inanspruchnahme der häufig allein lokalisierbaren Intermediäre. Ihre Haftung unterscheidet sich nach der Funktion des betreffenden Dienstes, nämlich danach, ob der jeweilige Anbieter eigene oder zu eigen gemachte Kreativgüter auf eigenen oder fremden Servern zugänglich macht (Content-Provider), fremde Kreativgüter auf eigenen Servern speichert und zugänglich macht (Host-Provider) oder lediglich den technischen Zugang zu digitalen Netzen vermittelt (Access-Provider).²³¹ Nach § 7 Abs. 1 TMG sind Diensteanbieter, die als Content-Provider eigene Informationen zugänglich machen, für die Rechtmäßigkeit ihres Angebots nach den allgemeinen Gesetzen und damit uneingeschränkt verantwortlich. Das ist etwa bei dem Betreiber eines Blogs der Fall, der die dortigen Beiträge ausschließlich selbst gestaltet. Im Gegensatz

228 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 13.

229 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97a Rn. 1, mwN.

230 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 51.

231 Vgl. MECKEL, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 97 Rn. 32.

dazu gelten für fremde Informationen die Privilegierung des § 7 Abs. 2 S. 1 TMG sowie die Spezialtatbestände der §§ 8-10 TMG.²³²

Internetdienste tragen zu fremden Urheberrechtsverletzungen insofern bei, als die durch sie zur Verfügung gestellte Infrastruktur von der jeweilig täterschaftlich handelnden Person genutzt wird. Aufgrund der so gearteten Mittlerrolle und der diesbezüglich einschlägigen Haftungsprivilegierung des TMG basiert die Verantwortlichkeit von Internetdiensten im Wesentlichen auf dem Gesichtspunkt der mittelbaren Rechtsverletzung bzw. der Störerhaftung.²³³ Danach haftet derjenige, der, ohne selbst Verletzer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines absoluten Rechts beiträgt, wobei es ihm rechtlich und tatsächlich möglich sowie zumutbar sein muss, die unmittelbare Rechtsverletzung zu unterbinden.²³⁴ Um die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte zu erstrecken, setzt die Rechtsprechung als Korrektiv auf der Tatbestandsseite die Verletzung von zumutbaren Prüfungspflichten voraus.²³⁵ Zwar hat die Störerhaftung im Urheberrecht wegen der mittlerweile vielfach ergangenen Urteile des BGH und einiger Urteile des EuGH eine gewisse Konturierung erfahren.²³⁶ Dennoch fällt die Antwort auf die Frage, wo die Grenze der Zumutbarkeit von Prüfungspflichten zu ziehen ist, nach wie vor schwer.²³⁷

Der EuGH hat in seinen zur Providerhaftung ergangenen Entscheidungen an das Auferlegen eingriffsintensiver Maßnahmen wie die Herausgabe von Nutzerdaten²³⁸ und die Implementierung umfassender Filtersysteme²³⁹ zur Ermittlung von Urheberrechtsverletzern und Urheberrechtsverletzungen

232 Vgl. WEIDERT/MOLLE, in ENSTHALER/WEIDERT (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, S. 373.

233 Vgl. dazu eingehend LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 ff.

234 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 53.

235 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 33; WILD, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, § 97 Rn. 75b, mwN.

236 Vgl. LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 (722).

237 Vgl. OBERGFELL, Expansion der Vorbeugemaßnahmen und zumutbare Prüfungspflichten von File-Hosting-Diensten, NJW 2013, S. 1995 (1995); FITZNER, Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern, MMR 2011, S. 83 ff.

238 Vgl. EuGH, ZUM 2008, S. 288 ff. – Promusicae ./ . Telefónica.

239 Vgl. EuGH ZUM 2012, S. 29 ff. – SABAM ./ . Scarlet Extended; EuGH ZUM 2012, S. 307 ff – SABAM ./ . Netlog.

hohe Hürden geknüpft.²⁴⁰ In seinem *Promusicae*-Urteil²⁴¹ hatte der EuGH zu entscheiden, ob das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten gebiete, zur Gewährleistung eines effektiven Urheberrechtsschutzes eine Verpflichtung von Internetdiensteanbietern zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen. Der EuGH verneinte die Frage. Er stellte fest, dass die Mitgliedstaaten sich bei der Umsetzung der Richtlinien im Bereich des Immaterialgüterschutzes und des Schutzes personenbezogener Daten auf eine Auslegung derselben stützen müssten, die es ihnen erlaube, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen, durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen. Bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien hätten 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 stützten, die mit den Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiere. Diese, auf eine Art Herstellung praktischer Konkordanz²⁴² zwischen den betroffenen Grundrechtspositionen hinauslaufende Herangehensweise findet sich auch in den darauf folgenden *SABAM*-Entscheidungen wieder.²⁴³ Dort entschied der EuGH, dass die insoweit einschlägigen Richtlinien, nämlich die E-Commerce-RL, die Info-RL und die Durchsetzungs-RL, dahingehend auszulegen seien, dass sie der Anordnung eines nationalen Gerichts an einen Hosting-Anbieter entgegenstünden, ein präventives System der Filterung einzurichten, das unterschiedslos auf alle Nutzer anwendbar sei und mit dem sich Dateien ermitteln ließen, die musikalische, filmische oder audiovisuelle Werke enthielten, an denen der Antragsteller Immaterialgüterrechte zu haben behaupte.

240 Vgl. insoweit relativierend LEISTNER, Grundlage und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 (730).

241 Vgl. EuGH, ZUM 2008, S. 288 ff. – *Promusicae* ./.. Telefónica.

242 Vgl. Epping, Grundrechte, Rn. 91.

243 Vgl. LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 (732).

Teil 2: Digitales Dilemma – Symptome von Fehlfunktionen im Urheberrecht?

Nach der Illustration der gesellschaftlichen und rechtlichen Implikationen der Informationsgesellschaft soll der Frage nachgegangen werden, welche juristische Relevanz die im digitalen Verwertungsumfeld als Dilemma bezeichneten Sachverhalte aufweisen und insbesondere, ob sie auf Dysfunktionalitäten im Urheberrecht schließen lassen.

Gemeinhin bezeichnet der Begriff „Dilemma“ eine Sachlage, in der alle denkbaren Handlungsalternativen zu einem unerwünschten Resultat führen, wobei die darin bestehende Ausweglosigkeit als paradox empfunden wird.²⁴⁴ Als widersprüchlich wird auch die Ausgestaltung des Urheberrechts des Digitalen wahrgenommen, wenn etwa geschildert wird, das Urheberrecht im digitalen Kontext erscheine wie ein Gartenzaun, welcher errichtet werde, damit die Nachbarkinder die Äpfel nicht klauten, während eine Lawine auf das Haus zurolle.²⁴⁵ Für andere mutet es paradox an, dass in der Wissens- bzw. Informationsgesellschaft geistige Inhalte und intellektuelle Leistungen nicht unbeschränkt und durch jeden nutzbar sind.²⁴⁶ Solche Ausführungen sind Zustandsbeschreibungen. Sie mögen die Divergenz zwischen technisch Möglichem, rechtlich Zulässigem und ökonomisch Etabliertem zugespitzt zusammenfassen. Aber welcher Schluss ist aus derlei Beobachtungen zu ziehen, wenn der Versuch unternommen wird,

244 Zum Begriff „Dilemma“ im Kontext von Urheberrecht und Informationsgesellschaft vgl. DREIER, in BECKER/DREIER (Hrsg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, S. 123; HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (127); STERLING; *Philosophical and Legal Challenges in the Context of Copyright and Digital Technology*, IIC 2000, S. 508 (512). Mit dem Fokus auf dem Datenschutz HÄRTING/SCHNEIDER, *Das Dilemma der Netzpolitik*, ZRP 2011, S. 233 ff.; DAVIS, *Pixel Piracy*, GRUR Int 1996, S. 888 ff.; BORTLOFF, *Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie*, GRUR Int 2003, S. 669 (674); WANDTKE, *Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter*, UFITA (2011/III), S. 649 (650); zum „Dilemma“ der Netzpolitik, insbesondere mit Blick auf den Datenschutz, vgl. HÄRTING/SCHNEIDER, *Das Dilemma der Netzpolitik*, ZRP 2011, S. 233 ff.

245 Vgl. GRASSMUCK, *Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing* ZUM 2005, S. 104, 108.

246 Vgl. so HAEDICKE, *Patente und Piraten*, Vorwort.

das auf digitale Sachverhalte zur Anwendung kommende Urheberrecht zu bewerten und Optionen für seine künftige Ausgestaltung zu eruieren? Offenbaren die als „digitales Dilemma“ bezeichneten Sachverhalte möglicherweise Fehlstellungen bzw. Funktionsstörungen des Urheberrechts im digitalen Kontext? Das ist zu bejahen, wenn die Praxis des Urheberrechts – die Anwendung oder Nichtanwendung des materiellen Urheberrechts und des ihm zugrundeliegenden Durchsetzungsinstrumentariums auf digitale Sachverhalte – gemessen an den Kernfunktionen dieses Rechtsgebiets ganz oder teilweise dysfunktional ist. Vor diesem Hintergrund kann die im Folgenden vorzunehmende Analyse zugleich als „Lackmustest“ für die Effizienz und sachliche Angemessenheit des Urheberrechts im digitalen Kontext aufgefasst werden.²⁴⁷

Die Ermittlung von Dysfunktionalitäten im Urheberrecht erfordert, dass zunächst die Funktionen dieses Rechtsgebiets identifiziert werden (A). Darauf basierend wird untersucht, ob in den Phänomenen, auf die unter der Bezeichnung „digitales Dilemma“ Bezug genommen wird, funktionsrelevante Beeinträchtigungen zu erblicken sind (B).

A. Funktionen des Urheberrechts

Wie dem Recht im Allgemeinen sind auch dem Immaterialgüterrecht sowohl im Ganzen als auch in seinen Teilgebieten konkrete Aufgaben zugewiesen.²⁴⁸ Dabei handelt es sich um die juristisch geschützten Funktionen des betreffenden Rechtsgebiets und damit um das normative Leitbild.²⁴⁹ Diese Wirkungsrichtungen sind es, die das Bestehen eines Schutzrechts rechtfertigen und als Bezugspunkt der teleologischen Auslegung gleichzeitig dessen Voraussetzungen und Inhalt vorgeben.

247 Vgl. dazu KUR, in SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 23 ff.

248 Vgl. dazu eingehend KUR, in SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 23 ff., die diesbezüglich zwischen drei möglichen Funktionsebenen, nämlich der idealtypischen, der tatsächlichen und der rechtlich geschützten Funktion unterscheidet; zu den Funktionen des Urheberrechts, vgl. auch WANDTKE, in WANDTKE/BULIINGER (Hrsg.), UrhR, Einl. Rn. 15 ff.; DE GRAHL, Durchsetzung, S. 41 ff.; HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 38.

249 Für eine begriffliche Differenzierung von Zweck und Funktion in diesem Zusammenhang vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht, S. 8.

Das Urheberrecht weist gemäß seiner wirtschaftlichen, kulturellen und gesellschaftlichen Bedeutung diverse Funktionen auf.²⁵⁰ Dazu gehören im Einzelnen die Schutz-, die Kommunikations-, die Innovations- sowie die Vergütungsfunktion.²⁵¹

I. Schutz- und Vergütungsfunktion

Die verfassungsrechtlich vorgegebene Protektion von Urhebern und Inhabern verwandter Schutzrechte gebietet, dass das Urheberrecht in seiner subjektiven sowie objektiven Ausprägung die materiellen Interessen an kreativen Leistungen durch die Gewährung von Verwertungsrechten und die ideellen Belange von Urhebern durch die Gewährung von Persönlichkeitsrechten sicherstellt.²⁵² „Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes“, heißt es knapp im § 1 UrhG.

II. Kommunikations- und Innovationsfunktion

Über das Urheberrecht liest man, es sei das juristische Instrument zum Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation.²⁵³ Urheberrechtliche Schutzrechte regulieren den Gebrauch von Medien und prägen insofern die Kommunikation, als sie die Nutzung von Kreativgütern, etwa das Fotokopieren eines Textes, das Vorführen eines Films oder das Onlinestellen eines Fotos, an bestimmte Voraussetzungen, insbesondere das Vorliegen einer Erlaubnis des jeweiligen Rechteinhabers, knüpfen. Kreativgüter werden als Zeichen, Bilder, Farben, Töne etc. an die Außenwelt kommuniziert. Im Wege ihrer Wahrnehmung tritt wiederum der Werkkonsument seinerseits mit dem Kreativen in eine kommunikative Beziehung, insofern

250 Zu der Multifunktionalität des Urheberrechts vgl. GRÜNBERGER, in GRÜNBERGER/LEIBLE, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1 (8); vgl. auch SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 45.

251 Vgl. WANDTKE in WANDTKE/BULLINGER, Einl. Rn. 15 ff. Vgl. dazu auch A. NORDEMANN, in FROMM/NORDEMANN, Urheberrecht, Einl. Rn. 19 ff.

252 Vgl. WANDTKE, in WANDTKE/BULLINGER, Urheberrecht, Einl. Rn. 16.

253 Vgl. so SCHRICKER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, Einl. Rn. 7. Vgl. dazu auch WIELSCH, Zugangsregeln, S. 234, wonach qualifizierte Kommunikation das wesensbildende Element sozialer Systeme ist.

handelt es sich bei Werken um Netzgüter.²⁵⁴ Das hat zur Konsequenz, dass der Wert eines Werkes sich nur realisiert, wenn und soweit es in menschliche Kommunikationsakte eingebunden wird.²⁵⁵ Ein Text, der nicht gelesen, ein Lied, das nicht gesungen wird, vermag keinen Wert zu entwickeln, der über den Wert des Trägers, auf dem das Werk fixiert ist, hinausgeht.

Im Hinblick auf die Innovationsfunktion des Urheberrechts ist zu bemerken, dass der Entstehung urheberrechtlicher Werke stets ein Verarbeitungsprozess vorgeschaltet ist. Dabei schöpft der Kreative aus einem Fundus an Informationen und Kulturgütern der Vergangenheit sowie der Gegenwart. Bei all dem – Aneignung, Adaption, Distribution und Konsum von Kreativgütern – handelt es sich um Prozesse, die in den Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte fallen.²⁵⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Kommunikations- und Innovationsfunktion des Urheberrechts darin zu sehen, einen Rahmen zu schaffen, der die genannten Abläufe rechtlich abbildet, verhältnismäßige Zugangsregeln schafft und dabei den mitunter gegensätzlichen Interessen der Beteiligten gerecht wird.

Außerdem muss im Urheberrecht kontinentaleuropäischer Prägung eine unter dem Aspekt der Funktionen geführte Diskussion immer auch die den urheberrechtlichen Werken wesenseigene Verbindung zur Persönlichkeit des Urhebers im Fokus behalten. Diesbezüglich ist aber realistischerweise ebenfalls zu berücksichtigen, dass das Urheberrecht zunehmend als Wirtschaftsrecht wahrgenommen wird.

Als Schutzgegenstände stehen weniger die großen Werke deutscher Dichter und Denker im Mittelpunkt der allgemeinen Aufmerksamkeit als Software, Datenbanken und das Schaffen einer Unterhaltungsindustrie, bei dem weniger schöpferische Intuition als die Absatzzahlen auf dem Markt Pate stehen. Bei einigen Werkarten ist der Urheber austauschbar, seine Bedeutung verblasst gegenüber derjenigen des Investors. Auch beim rechtspolitischen Tauziehen um die Ausgestaltung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter werden die Rechteinhaber in erster Linie durch die Verbände der Verlage und Medienunternehmen vertreten. Gelegentlich hat es den Anschein, als sei vom Urheber als schöpferischer Persönlichkeit und von seinem geistigen Eigentum nur die Rede, um den wirtschaftlichen Interessen der Verwerter einen sympathischen Anstrich zu verleihen.²⁵⁷

254 Vgl. MILDNER, in Friedrichsen/Schenk (Hrsg.), *Globale Krise der Medienwirtschaft*, S. 121; HÖFFNER, *Geschichte und Wesen des Urheberrechts*, Bd. 2, S. 123.

255 Vgl. MILDNER, in Friedrichsen/Schenk (Hrsg.), *Globale Krise der Medienwirtschaft*, S. 121.

256 Vgl. WIELSCH, *Zugangsregeln*, S. 34.

257 OHLY, in DEPENHEUER/PEIFER, S. 141 (141).

B. *Digitales Dilemma und dessen funktionale Relevanz*

Diejenigen Phänomene, auf die mit dem Begriff „digitales Dilemma“ Bezug genommen wird, sind Symptome einer Dysfunktionalität im Urheberrecht, wenn sie erstens auf einen normativen urheberrechtlichen Bezugsrahmen zurückzuführen sind und zweitens jener Rahmen derart ausgestaltet ist, dass er, gemessen an einem oder mehreren rechtlich geschützten Funktionen des Urheberrechts, eine Störung aufweist.

Zunächst ist zu konkretisieren, welche Sachverhalte als digitales Dilemma bezeichnet werden, um anschließend zu ermitteln, ob in diesen Phänomenen Fehlstellungen hinsichtlich der Funktionen des Urheberrechts – der Kommunikations-, Innovations- sowie der Schutz- und Vergütungsfunktion – offenbar werden. Eine sich an den Funktionen des Urheberrechts orientierende Betrachtungsweise ist an dieser Stelle auch insofern geboten, als die traditionelle Schutzzweckbegründung mit dem individuell-schöpferisch tätigen Urheber als Leitbild in einer technologiegetriebenen Umgebung an ihre Grenzen stößt.²⁵⁸

Auffällig in der Diskussion um das richtige Urheberrecht ist, dass die Beteiligten ihre Situation, freilich mit unterschiedlichen Begründungen, gleichermaßen als unbefriedigend bewerten. Dem entspricht, dass die Bezeichnung „digitales Dilemma“ sowohl von Befürwortern als auch Gegnern von Pauschalvergütungsmodellen verwendet wird, wenn sie den Status quo kritisieren. Es mag zu einer Erhellung der Debatte beitragen, wenn im Folgenden die Aspekte dieses digitalen Dilemmas jeweils aus der Perspektive der beteiligten Akteure, der Rechteinhaber (I), der Werkverwender (II) und der Internetdienste (III), beleuchtet werden.

I. Das Dilemma der Rechteinhaber – Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion?

The enigma is [still] this: If our property can be infinitely reproduced and instantaneously distributed all over the planet without cost, without our knowledge, without it even leaving our possession, how can we protect it? How are we going

258 Vgl. dazu LEISTNER/HANSEN, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, GRUR 2008, S. 479 (479).

to be paid for the work we do with our minds? And, if we can't get paid, what will assure the continued creation and distribution of such work?²⁵⁹

Der faktische Ausgangspunkt derjenigen Phänomene, die Rechteinhabern als digitales Dilemma erscheinen, ist die Tatsache, dass die unzähligen im Internet kursierenden Werke in der Regel ohne eine Erlaubnis des Berechtigten in den digitalen Verkehr gelangen und massenhaft auf vielfältige Weise genutzt werden, ohne dass deren Inhaber in persönlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht beteiligt sind. Die grenzenlose Verfügbarkeit digitaler Kreativgüter wirkt sich auf Seiten von Rechteinhabern als Kontrollverlust aus (1). Das erzeugt dysfunktionale Effekte im Hinblick auf die Schutz- und Vergütungsfunktion des Urheberrechts (2).

Zur Klarstellung sei auch an dieser Stelle betont, dass die übergreifende Bezeichnung „Rechteinhaber“ nicht über die teilweise stark divergierenden Interessen und Bedürfnisse der von diesem Begriff umfassten Akteure hinwegtäuschen soll. Das gilt besonders mit Blick auf Kreativschaffende einerseits und Verwerter andererseits, aber auch hinsichtlich verschiedener Verwertertypen, etwa produzierender, distribuierender, handeltreibender und internetbasierter Verwerter.²⁶⁰ Die hier erfolgende begriffliche Vereinheitlichung ist insofern gerechtfertigt, als das unter dem Schlagwort Kontrollverlust zu analysierende Problem die unter dem Begriff Rechteinhaber zusammengefassten Personen weitgehend gleichermaßen tangiert.

1. Kontrollverlust trotz Schutzrechtsexpansion

Akteure der Kreativwirtschaft sind, wie auf jedem Wirtschaftsgebiet üblich, bestrebt, durch ihre Produkte und Leistungen Gewinne zu erzielen. Das kann im Wege direkter sowie indirekter Erlöse erfolgen.²⁶¹ Erstere werden dadurch erzielt, dass Inhalte gegen Entgelt an Konsumenten zur Nutzung überlassen werden. Das setzt voraus, dass diejenigen, die eine Vergütung nicht entrichten, vom Konsum des jeweiligen Gutes ausgeschlossen werden

259 BARLOW, zitiert nach DIMITA, *Copyright and shared Networking Technologies*, S. 207.

260 Für einen Überblick über verschiedene Verwerter Typen und deren unterschiedliche Bedürfnisse und Motivationen vgl. INTERNET & GESELLSCHAFT CO:LLABORATORY (Hrsg.), *Regelungssysteme für informationelle Güter* S. 23 ff.

261 Vgl. SCHUMANN/HESS, *Grundfragen der Medienwirtschaft*, S. 50 f.

können. Juristisch wird das gewährleistet, indem das Urheberrecht die Nutzung von Kreativgütern von der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers abhängig macht und insofern grundsätzlich unbegrenzt verfügbare Güter verknüpft. Damit die auf diese Weise juristisch konstruierte Verknüpfung auch tatsächlich funktioniert, muss jeder Nutzungsvorgang zu fassen sein und das zuganggewährende Medium die Nutzung vom Erwerb eines Nutzungsrechts abhängig machen.

Indirekte Erlöse werden erwirtschaftet, indem die Aufmerksamkeit der Rezipienten gegen Entgelt auf andere, insbesondere werbetreibende Unternehmen geleitet wird. Auch dafür muss der Konsum eines Inhalts mit der Rezeption einer Werbebotschaft unzertrennlich verknüpft werden können. Entsprechend ist Kontrollmacht eine elementare Voraussetzung der bis dato vorherrschenden Geschäftsmodelle der Kreativwirtschaft. Im analogen Umfeld ist das insoweit gewährleistet, als ein Werk mit einem Medium bzw. einem Träger untrennbar verbunden ist. Die Verkörperung etwa eines Musikstücks auf einer CD oder eines Textes auf Papier bildet einen effektiven Anknüpfungspunkt für die Ausübung von Kontrolle und die Realisierung einer Vergütung, denn ein Nutzungsentgelt kann Zug um Zug gegen die Überlassung eines Werkstücks verlangt werden. Dabei ist der geforderte Kaufpreis in der Regel so bemessen, dass die nach dem ersten Erwerb erfolgenden Nutzungen damit abgegolten sind. Dies hat zur Folge, dass die Anzahl sowie die Intensität der in der privaten Sphäre des Erwerbers erfolgenden Nutzungshandlungen für die Rechteinhaber irrelevant sind und sie nicht gehalten sind, Verbotsrechte gegenüber Privaten durchzusetzen, um ein Nutzungsentgelt zu erzielen. Die auch im Falle analoger Werke bestehende Möglichkeit des Kopierens vermag daran nichts zu ändern. Die Qualität analog erfolgreicher Vervielfältigungen ist schlecht und nimmt mit jeder weiteren Kopie ab. Das lässt sich besonders gut an überspielten Tonbandkassetten beobachten.²⁶² Dagegen sind im digitalen Kontext die auf die Verkörperung von Werken zurückzuführenden, faktisch wirkenden Schutzmechanismen aufgehoben.²⁶³ Jeder Internetnutzer wird so zu einem potentieller Intermediär, weshalb die althergebrachten Vertriebswege drohen, obsolet zu werden.²⁶⁴ Mit der Etablierung digitaler Informations- und

262 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 5.

263 Vgl. HASS, Geschäftsmodelle von Medienunternehmen, S. 83; LUO, Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach neuem Urheberrecht, S. 6.

264 Vgl. HENKEL, Das Internet als Herausforderung für Verlage, S. 1 ff.; SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 (639).

Kommunikationstechnologien ist die Herrschaft über Werke irreversibel verloren gegangen.²⁶⁵

Nichtsdestotrotz sind Rechteinhaber, insbesondere die Unterhaltungsindustrie, bestrebt, die massenhafte unautorisierte Zirkulation urheberrechtlicher Schutzgüter zu unterbinden. Die dafür zur Verfügung stehenden Instrumente sind im Wesentlichen drei verschiedenen Gebieten zuzuordnen: Kommunikation, Technik und Recht. Darüber hinaus wird versucht, illegale Plattformen durch die Etablierung eigener attraktiver Angebote vom Markt zu verdrängen.²⁶⁶ Im Wege der Kommunikation, insbesondere durch Medienkampagnen und Publizistik, versuchen Rechteinhaber präventiv auf das Rechts- bzw. Unrechtsbewusstsein der Werkverwender Einfluss zu nehmen. Mit technologischen Vehikeln, beispielsweise der Etablierung personenbezogener Downloads oder der Implementierung untrennbarer Bindungen von Dateien an eine bestimmte Hardware, versuchen sie die Distribution von digitalen Gütern zu kontrollieren.²⁶⁷ Sind Urheberrechtsverletzungen bereits erfolgt, bedienen sich Rechteinhaber juristischer Mittel zur Rechtsverfolgung und -durchsetzung. Es ist jedoch nahezu unmöglich, jedenfalls nur mit weitreichenden Technologieverböten unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Grundrechtseingriffe möglich, die massenweise stattfindenden unerlaubten Nutzungen digitaler Kreativgüter tatsächlich zu beschränken.²⁶⁸

Dieser Kontrollverlust ist die Folge tatsächlicher Entwicklungen und findet seine Ursache zunächst in technischen Gegebenheiten. Dabei ist der Gesetzgeber, stellt man auf die Rechtslage in Deutschland ab, aus der Institutsgarantie des Art. 14 GG verpflichtet, durch die Gestaltung eines effektiven Rechtsschutzsystems den verfassungsrechtlich geschützten Kern des Urheberrechts zu wahren.²⁶⁹

Die bisweilen diesbezüglich zur Anwendung kommenden legislativen Mittel sind Immaterialgüterrechte, die als subjektive, eigentumsähnliche Rechte de jure eine absolute Ausschlusswirkung haben.²⁷⁰ Die konkreten

265 Vgl. dazu BGH, I ZR 224/12, wo der BGH im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung unterstreicht, dass es in der Natur des Internets liege, dass sich dort eine Kontrollmacht über Informationen nicht etablieren lasse.

266 Vgl. GORDON, *The Future of Music Business*, S. 88.

267 Vgl. TERHAAG/TELLE, *Immaterielle Erschöpfung*, K&R 2013, S. S. 549 (549).

268 Vgl. GRASSMUCK, *Alternative Kompensationssysteme*, *Fiff-Kommunikation* 2004, S. 49 (49); ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, *Kulturfltrate*, *MMR* 2010, S. 8 (8); WEGENER, *Kulturfltrate*, S. 4 ff.

269 Vgl. FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 217.

270 Vgl. WOLF, *Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte*, S. 17.

Mittel zur Gewährung von Ausschließlichkeit bezüglich kreativer Güter sind die Ausgestaltung der Schutzvoraussetzungen und des Schutzzumfangs sowie das Zurverfügungstellen diverser Durchsetzungsinstrumentarien. Die damit gesetzlich geschaffene Ausschließlichkeitsmacht des Rechteinhabers ist gleichzeitig der normative Bezugsrahmen zur Gewährleistung von Kontrolle über urheberrechtliche Schutzgüter. Dieser Rahmen wird nachfolgend dargestellt, indem die Expansion der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit und ihre Anwendung betrachtet werden (a). Daran anknüpfend folgen Ausführungen zur Effektivität eines erstarkten Urheberrechts (b). Schließlich wird den Phänomenen der Rechtsunsicherheit und des Akzeptanzverlustes als Problemen der Rechtsdurchsetzung (c) nachgegangen.

a) Expansion des urheberrechtlichen Exklusivschutzes

Auf die technologischen Entwicklungen in der Informationsgesellschaft hat der Gesetzgeber bisher mit der Ausdehnung der urheberrechtlichen Ausschlußmacht reagiert. Diese auf Schutzrechtsexpansion gerichtete Tendenz des materiellen Urheberrechts, niedergelegt in den WIPO-Internetverträgen WCT und WPPT²⁷¹, der Info-RL und den entsprechenden Umsetzungsakten, findet ihre Entsprechung und Fortsetzung insbesondere im TRIPS, in der Durchsetzungs-RL sowie in den jeweiligen nationalen Umsetzungen. Die so geartete Transformation im „Dreiklang“²⁷² zwischen völkerrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Instrumenten auf der Ebene der Rechtssetzung wurde gleichzeitig auf mehreren Gebieten des Urheberrechts vollzogen. Auf der Ebene der Schutzgegenstände kamen mit

271 Im Dezember 1996 fand in Genf eine diplomatische Konferenz der WIPO statt, die in die Annahme dieser zwei völkerrechtlichen Verträge (WCT und WPPT) mündete. Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten haben an der Diplomatischen Konferenz von 1996 uneingeschränkt teilgenommen. Im Jahr 2000 haben die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten beschlossen, die WIPO-Verträge gemeinsam zu ratifizieren. Im Zuge der Verhandlungen über diese beiden Verträge wurde zum ersten Mal der Europäischen Union im Bereich des Urheberrechts der uneingeschränkte Status einer Vertragspartei gewährt, gegenüber dem Beobachterstatus, den sie zuvor in der WIPO in Urheberrechtssachen hatte. Die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten haben den WIPO-„Internet“-Verträge am 1.12.09 ratifiziert.

272 GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (19).

der Datenbank und dem Computerprogramm neue Güter hinzu.²⁷³ Im Rahmen des gesetzlichen Schutzzumfangs wurden die Ausschließlichkeitsbefugnisse der Rechteinhaber vergrößert. Insbesondere wurde das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, das zuvor als unbenanntes Recht im Recht der unkörperlichen Verwertung enthalten und nur Urhebern vorbehalten war, auf Leistungsschutzberechtigte ausgeweitet. Ferner erfuhr der urheberrechtliche Schutzzumfang insoweit eine Vergrößerung, als die Schutzfristen von Urheber- und Leistungsschutzrechten verlängert und die Möglichkeiten zur Schaffung von Ausnahmen und Beschränkungen von Ausschließlichkeitsrechten ihrerseits weitgehend beschränkt und teilweise gar untersagt wurden.²⁷⁴

Zudem sind Rechteinhaber bestrebt, ihre Schutzgüter, getreu dem Leitgedanken „The answer to the machine is in the machine“,²⁷⁵ präventiv mit technischen Schutzmaßnahmen zu versehen. Derartige Schutzvorkehrungen beinhalten, ausgehend vom heutigen Stand der Technik, verschiedene Ansätze. Gängig sind beispielsweise Software-Identifizierung oder Hardware-Authentication in Verbindung mit einer Zugriffssteuerung und unterschiedlichen Rechtemodellen.²⁷⁶ Da technische Schutzmaßnahmen ihrerseits mit technischen Mitteln unterwandert werden können, hat der Gesetzgeber einen juristischen Schutz gegen die unerlaubte Umgehung technischer Schutzmechanismen vorgesehen und damit eine zusätzliche Ebene für die Expansion des urheberrechtlichen Exklusivschutzes geschaffen.²⁷⁷ Im nationalen Recht finden sich in den §§ 95a ff. Regelungen dazu. Der diesbezüglich in § 97 gewährte zivilrechtliche Schutz wird durch straf- und bußgeldrechtliche Bestimmungen (§§ 108b, 111a) ergänzt. Danach ist es verboten, technische Schutzmaßnahmen zu umgehen. Durch die Untersagung des Herstellens, des Vertriebs sowie der Bewerbung sind auch entsprechende Vorbereitungshandlungen vom gesetzlichen Umgehungsverbot umfasst.

Parallel zu der Entwicklung auf dem Gebiet des materiellen Rechts wurden die Rechte der Rechteinhaber auch auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung und die Sanktionsmechanismen, etwa durch den flankierenden

273 Vgl. dazu Computerprogramm-RL.

274 Drei-Stufen-Test, abschließender Schrankenatalog vgl. dazu GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S.1 (15 ff.).

275 CLARK, in HUGENHOLTZ (Hrsg.), The Future of Copyright in a digital Environment, S. 139. Vgl. dagegen PATRY, How to fix Copyright, S. 231, zitiert nach DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 24.

276 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 22.

277 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 24.

Schutz technischer Maßnahmen und die Etablierung eines gegen Dritte gerichteten Auskunftsanspruchs, gestärkt.²⁷⁸ Entsprechend expansiv erfolgt auch die Rechtsanwendung.²⁷⁹ Der Kreis potenzieller Anspruchsverpflichteter lässt sich mit Werkverwendern einerseits und den Anbietern von Internetdiensten andererseits in zwei Kategorien einteilen.²⁸⁰ Diese bipolare Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten im digitalen Kontext ist eingriffsintensiv und weist eine erhebliche Grundrechtsrelevanz auf. Insoweit wirken sich einerseits die mangelnde Effektivität der konkreten Rechtsanwendung und andererseits Rechtsunsicherheit und Akzeptanzverlust beim Normadressaten als Probleme der Urheberrechtsdurchsetzung aus.

b) Mangelnde Effektivität als Problem der Urheberrechtsdurchsetzung

Die auf der Ebene der Legislative erfolgte Expansion der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnis hat ihre Entsprechung und Vertiefung auf dem Gebiet der Rechtsanwendung gefunden. Gleichwohl ist es Rechteinhabern nach wie vor kaum möglich, einzelne Nutzungshandlungen hinsichtlich einzelner Schutzgüter übergreifend und flächendeckend von der Zahlung von Nutzungsentgelten abhängig zu machen.²⁸¹ Die Rechtslage wird als ineffizient und unklar beschrieben.²⁸² Gegen Internetnutzer oder Internetdienste gerichtete Rechtsverfolgungsmaßnahmen haben den angestrebten Erfolg nicht herbeizuführen vermocht.²⁸³ Vielmehr haben sie, jedenfalls im Musikbereich, nur zu „einer Art Hase-und-Igel-Wettrennen“²⁸⁴ geführt.

Die Ermittlung der beteiligten Personen scheidet in der Praxis oft an der gezielt ausgenutzten oder zusätzlich geschaffenen Anonymität des Internets, dem transnationalen Charakter der Delikte, der massenhaften Deliktsbegehung, den

278 Vgl. GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (17).

279 Vgl. dazu Beispiele aus der Rechtsprechung, DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG § 97 Rn. 34.

280 Vgl. dazu SCHRICKER, Urheberrecht, § 97 Rn. 40b.

281 Vgl. GAMPP, Die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“ im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht, GRUR Int 2003, S. 991 (991).

282 Vgl. HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 202.

283 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattates, S. 72 ff. mwN.

284 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattate, S. 60.

beschränkten staatlichen Strafverfolgungskapazitäten sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für Eingriffe in das Telekommunikationsgeheimnis, das für eine Identifikation der Täter im Internet in vielen Fällen aufgehoben werden muss.²⁸⁵

Auf tatsächlicher Ebene ist zu berücksichtigen, dass Filesharer ständig Ausweichstrategien entwickeln, z. B. in Form von Verschlüsselungstechnologien, Anonymisierungsmethoden und Werkzeugen zur Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, zumal betroffene Nutzer stets auf andere Internetzugänge ausweichen können.²⁸⁶ Bezeichnend ist in diesem Kontext das folgende Zitat:

If a significant number or even a majority of technology users want to behave in a certain way and that behavior becomes part of the range of acceptable social norms, then a demand exists, and it is likely that technology will be created to empower the behavior in question. In other words the existence of a potential market motivates technologies to put the necessary tools at the disposal of this market. If policymakers then want to outlaw this socially acceptable, social behavior – and perhaps go further by trying to impose a behavior that falls outside the range of acceptable social norms – they will not generally be able to do so by simply declaring that the technology in question is illegal. If policymakers insist on making illegal social-accepted conduct, technology will adapt to the legal environment either by circumventing the legal norm or by making enforcement either impossible or too costly. That technology will often take the form of easily available and accessible via the Internet.²⁸⁷

In der Filesharingszene ist, wohl auch aufgrund der Zunahme des Verfolgungsdrucks, weltweit eine Tendenz weg von der Peer-to-Peer-Technologie hin zur Nutzung von Filehostern zu beobachten. Das Problem der unerlaubten und unbezahlten Zirkulation digitaler Kreativgüter ist damit, anders als das manche anzunehmen scheinen,²⁸⁸ nicht gelöst, sondern hat sich lediglich in einen anderen technischen Rahmen verlagert. Auch Vorgehensweisen wie „notice and take down“-Maßnahmen führen zwar im Einzelfall und kurzfristig möglicherweise zum Erfolg, aber letztlich resultieren sie in

285 SIEBER, in SIEBER / u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, S. 436.

286 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 52.

287 GERVAIS, *The Price of Social Norms*, S. 51; vgl. dazu auch CARRIER, *Copyright and Innovation*, S. 891 (911, 912).

288 Vgl. darauf hinweisend ELBEL, *Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflaute“*, *K&R*, 2013, S. 439 (440), der darin ein Argument für die Verfolgbarkeit von Urheberrechtsverletzungen im Internet sehen will.

der Regel darin, dass dieselben Kreativgüter an anderer Stelle wieder angeboten werden.²⁸⁹

Ein weiteres faktisches Problem der Rechtsdurchsetzung ist, dass sich der Geschäftssitz der betreffenden Plattformen sowie ihre Server oft in Ländern befinden, mit denen keine Vollstreckungsabkommen bestehen. Erschwerend kommt hinzu, dass, sobald ein Dienst in einem Land abgeschaltet wird, seine Betreiber ihn von einem anderen Territorium aus wieder anbieten – wie in einem „Katz-und-Maus-Spiel“.²⁹⁰

Urheberrechtliche Verbotsrechte können im Rahmen einer von Anonymität geprägten Netzwerkarchitektur nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand realisiert werden können.²⁹¹ Vor diesem Hintergrund müssen sich legale, aber kostenpflichtige Geschäftsmodelle gegen ein Überangebot rechtswidriger und für den Nutzer kostenloser Dienste behaupten,²⁹² die bislang nicht wirksam sanktioniert werden konnten.²⁹³ Zudem ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die hier skizzierte, wenig effektive Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten im digitalen Kontext teilweise mit schwerwiegenden Grundrechtseingriffen erkauft wird, so dass sie auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zweifelhaft ist.²⁹⁴

c) Akzeptanzverlust und Rechtsunsicherheit als Probleme der Urheberrechtsdurchsetzung

The consequences of the Napster decision and the labels' piracy campaign was to create a generation of kids who don't see infringement as a bad thing.²⁹⁵ Citizens increasingly hear the word copyright and hate what is behind it. Sadly, many see the current system as a tool to punish and withhold, not a tool to recognise and reward.²⁹⁶

289 Vgl. SPINDLER, *Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflaute*, K&R 2013, S. 544 (545); vgl. auch DIMITA, *Copyright and Shared Networking Technologies*, S. 168.

290 HAEDICKE, *Patente und Piraten*, S. 34.

291 Vgl. SUCKER, *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, S. 10.

292 Vgl. FISHER, *Promises to Keep*, S. 2.

293 Vgl. SCHWARTMANN, *Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H*, S. 4; DEUTSCHER KULTURRAT, *Kultur- und Kreativwirtschaft*, S. 3.

294 Vgl. dazu Teil 3, C. I. 3.

295 Vgl. CARRIER, *Copyright and Innovation*, S. 891 (911).

296 KROES, *who feeds the artist?*, S. 2.

Eine weitere erhebliche Einbuße erfährt die Urheberrechtsdurchsetzung aufgrund des Unverständnisses, das der Anwendung des als inkompatibel empfundenen Urheberrechts auf digitale Sachverhalte entgegengebracht wird. Es sei das Recht eines vergangenen Zeitalters, heißt es. Die Wahrnehmung des Urheberrechts als legitimes und wünschenswertes juristisches Werkzeug der Kreativitätsförderung und Autorenbelohnung ist, wenn überhaupt, nur wenig ausgeprägt. Vielmehr wird es als ein unberechtigtes Verbotssystem verstanden. Die Konsequenz einer solchen Haltung der Normadressaten ist ein als gerechtfertigt empfundener Normverstoß. Bei denen, die bestrebt sind, den Normbefehl zu befolgen und sich auch im digitalen Umfeld urheberrechtskonform zu bewegen, wirkt sich die bestehende Rechtsunsicherheit problematisch aus. Unsicher ist der Internetnutzer als Urheberrechtsadressat über das Bestehen und die Reichweite gesetzlicher Erlaubnistatbestände sowie über die Verantwortlichkeit von Dritten, etwa Anschlussinhabern, Arbeitgebern oder Eltern, als Störer.²⁹⁷ Im Hinblick auf die Rechtsunsicherheit²⁹⁸ in der Person des Normadressaten sei außerdem auf die umstrittene urheberrechtliche Bewertung der Nutzung von Streamingplattformen hingewiesen. Einige Experten erachten das Anschauen von Filmen und Serien in der Privatsphäre als zulässig, andere wollen darin eine Urheberrechtsverletzung sehen.²⁹⁹ Zudem ist es für den durchschnittlichen Nutzer ohnehin schwierig, zwischen freigegebenen Inhalten und solchen, an denen die Rechte vorbehalten sind, zu unterscheiden.³⁰⁰ Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass im Internet eine unermessliche Zahl an digitalen Gütern in Form von Bild-, Text- und Sounddateien existiert, die schon bei einem geringen Maß an Kreativität und Individualität für 70 Jahre nach dem Tod ihrer Urheber geschützt sind. Dennoch ist ihre Nutzung in vielen Fällen aus verschiedenen Gründen tatsächlich nicht rechtswidrig, ohne dass dies erkannt wird. Das trifft besonders auf den Musikbereich zu, wo Inhalte oft, etwa zu Werbezwecken auf der Grundlage freier Lizenzmodelle, zur Verfügung gestellt werden.

297 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, S. 149.

298 Vgl. BT.-Drs., 17/7899, S. 30, 56.

299 Vgl. etwa zur urheberrechtlichen Implikation von Streaming-Plattformen FANGEROW/SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, GRUR 2010, S. 677 (682), die zu dem Ergebnis kommen, dass das Ansehen von Filmen im Internet mittels Streaming durch die Schrankenbestimmungen des § 53 UrhG und des § 44a Nr. 2 UrhG gerechtfertigt sei; RADMANN, Kino.ko, ZUM 2010, S. 387 (392), der zu dem gegenteiligen Schluss kommt.

300 Vgl. zum Problem der Gewohnheit der Nutzer kostenloser Inhalte im Internet mit Bezug auf entgeltfreie Nachrichten PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 3.

Erschwerend kommt hinzu, dass im digitalen Kontext einschlägige Schranken, so die Regelungen bezüglich der digitalen Privatkopie, eine solche Komplexität aufweisen, dass sie von ihren Adressaten kaum verstanden werden und daher an Relevanz einbüßen.³⁰¹ Aber selbst wenn man annehmen wollte, dass die Mehrheit der Internetnutzer durchaus zwischen legaler und illegaler Verbreitung urheberrechtlicher Werke im Einzelfall unterscheiden kann, bleibt zu konstatieren, dass die Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Angeboten oft als unnatürlich bzw. willkürlich und jedenfalls als irrelevant angesehen und daher ignoriert wird.³⁰² Daraus folgt, dass Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext zu einem Akt zivilen Ungehorsams verklärt, als Zeichen des Protests des kleinen Konsumenten gegen die übermächtige Unterhaltungsindustrie verstanden werden und zumindest im Bewusstsein des Raubkopierers eine Rechtfertigung erfahren,³⁰³ zumal der ungehinderte Zugriff auf digitale Kreativgüter bisweilen eine Grundrechtsbetätigung darstellt.³⁰⁴

Zwar sind Regel- und Rechtsverstöße kein Novum. Auch ist die weite Verbreitung bestimmter Arten von Rechtsverstößen keine Seltenheit, man denke nur an die vielfach und alltäglich geschehenden Verkehrsdelikte oder den verbreiteten Drogenmissbrauch. Der Unterschied zwischen Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext und den genannten Rechtsverstößen besteht in der Selbstverständlichkeit und der Überzeugung von der Legitimität, mit der jene vorgenommen werden. Dem entspricht das Unverständnis, das dem Urheberrecht aus Teilen der Gesellschaft entgegengebracht wird und teilweise in dem Ruf gipfelt, das ewig gestrige Urheberrecht sei abzuschaffen.³⁰⁵ Eine solche Haltung ist auch darauf zurückzuführen, dass sich die schlagkräftige Verwerterlobby rechtspolitisch effektiv Gehör verschafft und maßgeblich auf die Legislative Einfluss genommen

301 Vgl. Sieber, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, MMR 2004, S. 715, 716.; zur Bedeutung des Verständnisses des Normadressaten als Geltungsbedingung einer Norm, eingehend KIRCHHOF, Sprachstil und System als Geltungsbedingung des Gesetzes, NJW 2002, S. 2760 ff.

302 Vgl. FISHER, Promises to keep, S. 3.

303 Vgl. dazu ZOMBIK, Der Kampf gegen Musikdiebstahl im Internet, ZUM 2006, S. 450 (450). Vgl. dazu auch SIEBER, in: SIEBER/u.a., Europäisches Strafrecht, S. 436.

304 Vgl. dazu Teil 5, B. I. 2. a).

305 Vgl. FISHER, Promises to keep, S. 3; PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 4; zu den Folgen eines Akzeptanzverlusts des Urheberrechts in breiten Teilen der Gesellschaft vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht, S. 75; LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 344.

hat, während dies den weniger gut organisierten Vertretern der Werkverwender nicht gelungen ist.³⁰⁶ Sofern demgegenüber das Schwinden der Akzeptanz des Urheberrechts auf einen Wertewandel zurückgeführt wird, ist das nicht nachvollziehbar. Aus der Tatsache, dass Urheberrechtsverletzungen im anlogenen Umfeld sowie gegen Sacheigentum gerichtete Delikte nicht im gleichen Maße stattfinden wie Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext, ist nicht zwingend der Schluss zu ziehen, dass die Wertmaßstäbe der Rechtsunterworfenen im digitalen Verwertungsumfeld andere sind als bei Sachverhalten in der körperlichen Welt.³⁰⁷ Insbesondere kann das unterschiedliche Verhalten der Verwender im analogen und digitalen Kontext auch auf unterschiedliche Bedürfnisse der Konsumenten im Rahmen analoger und digitaler Werknutzungen zurückgeführt werden und auf das Versäumnis der Kulturindustrie, darauf rechtzeitig und angemessen zu reagieren.³⁰⁸ Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass unautorisiertes Verfügbarmachen und Abrufen digitaler Kreativgüter als alltäglich und massenhaft erfolgende Nutzungshandlungen bewirken, dass Verstöße gegen das Urheberrecht in der öffentlichen Meinung, anders als Verletzungen von Sacheigentum, als Kavaliersdelikte angesehen werden, der Verletzer Sympathien genießt und die entsprechende Sanktionierung nicht respektiert wird.³⁰⁹ Die in der Vergangenheit von den Verwertern initiierten stigmatisierenden Medienkampagnen, die suggerieren, dass Raubkopierer Verbrecher seien, haben die negative Wahrnehmung des Urheberrechts verstärkt.³¹⁰ So verwundert es kaum, dass selbst berechnete anwaltliche Abmahnungen von den Adressaten als „Abzocke“ wahrgenommen werden.³¹¹ Erschwerend kommt hinzu, dass das Instrument der Abmahnung teilweise tatsächlich missbräuchlich genutzt wird. Mitunter werden im Rahmen von nur zu diesem Zweck entwickelten Geschäftsmodellen massenweise Abmahnungen ausgesprochen, die lediglich darauf gerichtet sind, Einnahmen zu erzielen, während die Rechtsverfolgung als solche in den Hintergrund tritt. Dies führt zu der unerwünschten Situation, dass oftmals

306 Vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 72.

307 Vgl. so SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H, S. 5.

308 Vgl. dazu HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 123 (125).

309 Vgl. PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 3 ff.

310 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 57.

311 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 14.

auch in den Fällen, in denen eine Abmahnung gerechtfertigt ist, sich diejenigen rechtfertigen müssen, die ihre Rechte durchsetzen wollen.³¹² Dasselbe gilt bezüglich technische Schutzmaßnahmen, von deren Einsatz Rechteinhaber nach anfänglicher Euphorie mittlerweile Abstand genommen haben.³¹³

Bezüglich der vorstehend aufgestellten These von der mangelnden Akzeptanz des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft ist zu beachten, dass sie die subjektive Sphäre von Werkverwendern zum Gegenstand hat. Daher kann sie nur durch entsprechende sozioempirische Untersuchungen seriös und belastbar beantwortet werden. Derartige Expertisen sind aber kaum vorhanden und nur begrenzt verlässlich.³¹⁴ Allerdings lassen sich hinsichtlich der Akzeptanz und der Effektivität eines Rechtsgebiets jenseits von empirischen Untersuchungen mitunter aus der Ausgestaltung des Normgefüges Folgerungen ziehen. Vernachlässigt etwa ein Rechtsgebiet die Interessen einer von ihm zu berücksichtigenden Personengruppe, verliert es an Überzeugungskraft innerhalb dieser Gemeinschaft,³¹⁵ zumal immaterialgüterrechtliche, insbesondere hier interessierende urheberrechtliche Verbote mitunter gesellschaftlich akzeptierte Verhaltensweisen sanktionieren.³¹⁶ Es kann nicht effektiv durchgesetzt werden, was dem Rechtsempfinden des Normadressaten widerspricht und daher keinen soziologischen Geltungsgrund aufweist.³¹⁷

312 Vgl. BT-Drs. 17/7899 S. 51.

313 Vgl. SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 149.

314 Vgl. dazu auch SPINDLER, *Ausschussdrucksache 17 (24) 009-E*, S. 2.

315 Vgl. zur gegenwärtigen Legitimationskrise des Urheberrechts, HANSEN, *Warum Urheberrecht?* S. 40 ff, insbesondere S. 69, wo der Verfasser den Akzeptanzverlust des Urheberrechts unter anderem auf die Vernachlässigung des Nutzerschutzes zurückführt.

316 Vgl. PEIFER, *Ausschussdrucksache 17 (24) 0009-D*, S. 4, der mit Blick auf das Urheberrecht ausführt, das ein Weg dieser Entwicklung entgegen zu wirken, darin liege, Banales und Alttägliches konsequenter vom Rechtsschutz auszunehmen.

317 Vgl. dazu RAISER, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, S. 241. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre I*, S. 19, zitiert nach DREIER, *Der Begriff des Rechts*, NJW 1986, S. 890 (891).

2. Gestörte Schutz- und Vergütungsfunktion

Der zulasten der Rechteinhaber eingetretene Kontrollverlust und das damit einhergehende Unbehagen im digitalen Kontext hat zunächst eine tatsächliche Ursache, nämlich die Entmaterialisierung von Werken. Dieser Verlust der Kontrollmacht ist insofern ein ungelöstes Problem des Urheberrechts, als der Gesetzgeber aufgrund der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie den rechtlichen Rahmen dafür schaffen muss, dass die vermögenswerte Substanz einer jeden geistig-schöpferischen Leistung grundsätzlich dem Urheber zugeordnet bleibt und ihm die Freiheit zukommt, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.³¹⁸ Die infolge von Digitalisierung und Vernetzung entglittene Kontrolle der Autoren über ihre Werke konnte bislang trotz einer beispiellosen Verschärfung des Urheberrechts nicht wiederhergestellt werden. Dieser als Dilemma beschriebene Sachverhalt ist das Symptom einer Fehlstellung des Urheberrechts hinsichtlich seiner Schutz- und Vergütungsfunktion.

Die Voraussetzungen und der Umfang des gesetzlich geschaffenen Schutzes kommen in den Ausschließlichkeitsrechten sowie in dem zugrundeliegenden Durchsetzungsinstrumentarium zum Ausdruck. Dabei handelt es sich zugleich um den normativen Bezugsrahmen, in dem sich der Gesetzgeber bewegt, wenn er auf den technologisch bedingten Kontrollverlust reagiert. Dieser Rahmen bietet dem Rechteinhaber weitreichende sowohl eigene als auch abgeleitete Ausschließlichkeitsrechte, die er im Wege diverser, auf das digitale Verwertungsumfeld zugeschnittener Rechtsbehelfe gegen Werkverwender einerseits und gegen Internetdienste andererseits de jure durchsetzen kann. De facto ist es trotz eingriffsintensiver Durchsetzungsmaßnahmen nicht gelungen, die Globalität sowie die dezentrale Struktur des Netzes als systeminduzierte Herausforderungen³¹⁹ zu überwinden und eine effektive sowie verhältnismäßige Rechtsdurchsetzung zu etablieren.³²⁰ So ist trotz der in den letzten zwanzig Jahren erfolgten übergreifenden Ausweitung der juristisch gewährten Ausschließlichkeit, die erklärtermaßen darauf gerichtet war, den Schutz der Rechteinhaber, auch und besonders auf dem Gebiet der Rechtsverfolgung, sicherzustellen, von verantwortlichen Stellen zu vernehmen: „Wie wir künftig die Durchsetzung

318 Vgl. dazu auch GRÜNBERGER, in HILTY, JAEGER, KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (28).

319 Vgl. so HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 223

320 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatterate, S. 20

des Urheberrechts sicherstellen, ist vielleicht die größte Herausforderung, vor der wir im Urheberrecht stehen.⁴³²¹

Ein derart erstarktes aber gleichsam zahnloses Urheberrecht wirkt sich hinsichtlich der Vergütungs- und Schutzfunktion jenes Rechtsgebiets dysfunktional aus.

II. Dilemma der Werkverwender – Störung der Kommunikations- und Innovationsfunktion?

Der Ausgangspunkt der Phänomene, die Werkverwendern als Dilemma erscheinen, ist, dass in einer in technischer Hinsicht von maximaler Freiheit geprägten Umgebung bezüglich der Verwendung urheberrechtlicher Schutzgüter überwiegend Verbote gelten.³²² Daran anknüpfend lautet ein Argument der Verfechter von Pauschalvergütungsmodellen, es sei paradox, dass private Verwendungen zu nicht gewerblichen Zwecken, sofern sie analog erfolgten, erlaubnisfrei vorgenommen werden dürften, während ebenso alltäglich und massenhaft im privaten Bereich und ohne kommerzielle Zielsetzung stattfindende Werkverwendungen im digitalen Verwertungsumfeld Gegenstand urheberrechtlicher Verbotsrechte seien.³²³ Die zur Wiederherstellung der verlorenen Kontrolle fortlaufend erfolgte Verschärfung des urheberrechtlichen Normensystems wirkt sich bei Werkverwendern als Freiheitsverlust aus (1). Das erzeugt dysfunktionale Effekte im Hinblick auf die Kommunikations- und Innovationsfunktion des Urheberrechts (2).

1. Freiheitsverlust wegen Schutzrechtsexpansion

Zeitgenössische Freiheitsdebatten in den offenen Gesellschaften der westlichen Hemisphäre haben vor allen Dingen das Streben nach individueller Freiheit im Alltag zum Inhalt. Die Auseinandersetzung um das Internet als Freiheitsraum, wie sie hier im Fokus steht und im folgenden Zitat überspitzt zum Ausdruck kommt, ist ein Aspekt dieser Debatten:

321 LEUTHEUSSER-SCHNARRENBURGER, Berliner Rede zum Urheberrecht, zitiert nach Hennemann, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 224.

322 Vgl. GRASSMUCK, Nutzungsfreiheit, Datenschutz und Urhebervergütung, S. 2.

323 Vgl. dazu PRIVATKOPIE.NET / u.a. (Hrsg.), Kompensation ohne Kontrolle, S. 3.

Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. [...] Cyberspace consists of transactions, relationships, and thought itself, arrayed like a standing wave in the web of our communications. [...] Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here. [...] In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media.³²⁴

Vorliegend wird Freiheit im digitalen Verwertungsumfeld verstanden als das Fehlen einer ausschließlichen Zuordnung von Nutzungsbefugnissen, die aufgrund der Nichtgewährung oder der Einschränkung von Verbotserrechten besteht.³²⁵ Sucht man im Urheberrechtsgesetz nach den Werkzeugen, mit denen eine solche Freiheit gewährleistet wird, fallen die durch die urheberrechtliche Schutzhinhaltsbestimmung und Schutzausgestaltung statuierten Zugangsregeln als einschlägiger normativer Bezugsrahmen ins Auge.³²⁶ Dabei bedeutet Zugang, abstellend auf die Perspektive des Werkverwendenden, die rechtliche Erlaubnis zur Vornahme einer Nutzungshandlung oder umgekehrt, aus der Sicht des Rechteinhabers, das Nichtvorhandensein eines Verbotsrechts.³²⁷ Zugangsregeln verschaffen damit jene Freiheit, die zur Nutzung von Immaterialgütern, insbesondere zur Wahrnehmung künstlerischer, wissenschaftlicher oder anderer Kommunikationsfreiheiten, erforderlich ist.³²⁸

Zur Verifikation der These, die hinsichtlich analoger Werke bestehende Freiheit existiere nicht im gleichen Maße im digitalen Verwertungsumfeld, werden nachfolgend der urheberrechtsfreie Raum im analogen (a) und im digitalen Kontext (b) herausgearbeitet und einander gegenübergestellt.

324 BARLOW, A Declaration of the Independence of Cyberspace. S. 1

325 Vgl. eingehend zum Begriff der Freiheit im Recht, SCHAPP, Über Freiheit und Recht, S. 1 ff.

326 Vgl. dazu auch GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (459)

327 Vgl. dazu WIELSCH, Zugangsregeln, S. 63 ff.

328 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 65.

a) Freie Werknutzungen im analogen Kontext

Typische, weil bestimmungsgemäße Verwendungen urheberrechtlicher Schutzgüter sind der Werkgenuss und die Werkvermittlung in der privaten Sphäre.³²⁹ Der rezeptive Werkgenuss im analogen Verwertungsumfeld ist erlaubnis- und vergütungsfrei möglich.³³⁰ Dasselbe trifft auf die nicht-öffentliche Werkvermittlung zu. Außerdem erlaubnisfrei, aber vergütungspflichtig sind Vervielfältigungshandlungen, die zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken vorgenommen werden. Zur Gewährleistung des damit einhergehenden Freiheitsraums hat sich der Gesetzgeber bislang zweier unterschiedlicher legislativer Mechanismen bedient: Entweder umfasst der Schutzzinhalte eines Ausschließlichkeitsrechts von vornherein bestimmte Nutzungen nicht (aa), oder aber die zunächst umfassend gewährte Reichweite eines Ausschließlichkeitsrechts ist durch Ausnahmen und Begrenzungen zugunsten gewisser Nutzungsfreiheiten im öffentlichen oder sonstigen Interesse derart beschränkt, dass Nutzungen zu bestimmten Zwecken nicht der Zustimmung des Schutzrechtsinhabers bedürfen (bb).

aa. Freiheitsgewährung durch Schutzzinhaltsbestimmung

Die Erlaubnisfreiheit der rein rezeptiven Wahrnehmung, der nicht öffentlichen Vermittlung sowie der transformativen Verwendung von analogen Werken ist Folge der urheberrechtlichen Schutzzinhaltsbestimmung, wie sie in den Verwertungsrechten zum Ausdruck kommt. Denn die Mehrzahl dieser Rechte ist derart zugeschnitten, dass ihr Umfang und ihre Reichweite hinsichtlich der zu regelnden Nutzungsart weder die bloße Benutzung noch die nicht öffentlich erfolgende Werkvermittlung erfassen.³³¹ So beinhalten

329 Zum Begriff „Werkgenuss“ vgl. umfassend und eingehend SUCKER, *Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, S. 30 ff.

330 Vgl. HEERMA, in WANDTKE/BULLINGER, *Urheberrecht*, § 15 Rn. 6; LAUBER-RÖNSBERG, *Urheberrecht und Privatgebrauch*, S. 143; SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, *UrhG*, § 15 Rn. 20; SCHULZE, *Wann beginnt eine urheberrechtlich relevante Nutzung?*, ZUM 2000, S. 126 (130); Zur Behandlung des privaten Gebrauchs in einem Modellgesetzbuch für das gesamte Immaterialgüterrecht, vgl. AHRENS/McGUIRE, *Modellgesetz für Geistiges Eigentum*, S. 63 ff.

331 Vgl. dazu LAUBER-RÖNSBERG, *Urheberrecht und Privatgebrauch*, S. 142 ff, die aber diesbezüglich, anders als hier vorgeschlagen, von „Freistellung des privaten Gebrauchs durch die Ausgestaltung der Verwertungsrechte“ spricht.

das Verbreitungsrecht (§ 15 Abs. 1, § 17), das Ausstellungsrecht (§ 15 Abs. 1, § 18) und außerdem sämtliche Ausprägungen des Rechts zur unkörperlichen Verwertung bzw. öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2, §§ 19 ff.) sowie das Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht (§ 23) nur Nutzungen, die an eine Öffentlichkeit gerichtet sind.³³² Rechtsfolge einer so gearteten Schutzzinhaltsbestimmung ist, dass wenn ein Werk lediglich wahrgenommen wird, wie das etwa beim Lesen eines Textes, beim Anhören von Musik, beim Schauen eines Films oder Betrachten eines Bildes der Fall ist, eine Nutzungshandlung im Sinne der §§ 15 ff. nicht stattfindet. Wird das Werk zwar wiedergegeben bzw. vermittelt, geschieht das aber nicht öffentlich, sondern im privaten Kreis, dann liegt ebenfalls keine Nutzung im Sinne der §§ 15 ff. vor.³³³ So sind das in der privaten Sphäre erfolgende Vorlesen aus einem Buch, das Singen eines Liedes, die Vorführung eines Spielfilms oder das Zeigen eines Bildes nicht Gegenstand urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte. Dasselbe gilt für Bearbeitungen analog vorliegender Werke. Jedermann darf ein Werk verändern, damit experimentieren und es ausgestalten, wie es ihm beliebt.³³⁴ Das gilt gem. § 23 S. 1 jedenfalls, soweit das geänderte Werk nicht veröffentlicht oder verwertet wird.³³⁵

Vgl. auch PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 32, 59, der die Privilegierung durch das Werkzeug der Schutzzinhaltsbestimmung anhand des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und dem Verbreitungs- und Ausstellungsrechtsrecht eingehend darstellt und zudem deutlich zwischen der Freiheit des rezeptiven Werkgenusses und der Freiheit der nichtöffentlichen Wiedergabe unterscheidet.

³³² Vgl. dazu SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 15 Rn. 20, der insoweit allerdings nur auf den unterschiedlichen Wortlaut des § 15 Abs. 1 und Abs. 2 abstellt, ohne zu berücksichtigen, dass auch das Verbreitungs- und das Ausstellungsrecht wie die Rechte der öffentlichen Wiedergabe eine Öffentlichkeit voraussetzen.

³³³ Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 15 Rn. 20. Die Frage wann eine Wiedergabe öffentlich ist, richtet sich nach § 15 Abs. 3, vgl. zum Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht eingehend Gerichthof der Europäischen Union, GRUR Int 2012, S. 150 ff.; PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 32 ff.

³³⁴ Zu Ausnahmen davon vgl. § 23 S. 2.

³³⁵ Weitere Einschränkungen können sich aus anderen Vorschriften ergeben. Handelt es sich um eine nur geringfügige Umgestaltung, die noch als Vielfältigkeit anzusehen ist, entfällt das Herstellungsrecht auch im privaten Bereich, soweit es nicht (z. B. gemäß § 53 Abs. 1) gesetzlich privilegiert ist. Hat die Umgestaltung einen entstellenden oder beeinträchtigenden Charakter, ist § 14 zu beachten; SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG § 23 Rn. 16.

bb. Freiheitsgewährung durch Schutzausgestaltung

Von der Freiheit des rezeptiven Werkgenusses, der nicht öffentlichen Werkvermittlung und der transformativen Werkverwendung ist im Hinblick auf deren gesetzestechnische Umsetzung die Zulässigkeit der Privatkopie zu unterscheiden. Sie knüpft nicht an die Nutzungshandlung selbst an, sondern an die Zweckrichtung der konkreten Nutzung. Zulässig sind damit nicht etwa solche Kopien, die im privaten Bereich angefertigt werden, sondern solche, die mit dem Zweck des privaten Gebrauchs hergestellt werden.³³⁶ Anders als die Tatbestände des Verbreitungs- und Ausstellungsrechts der öffentlichen Wiedergabe und des Bearbeitung- und Umgestaltungsrechts ist das Vervielfältigungsrecht (§ 15 Abs. 1, § 16) durch den Gesetzgeber umfassend formuliert. Die dort geregelte Ausschließlichkeitwirkung umfasst zunächst ausnahmslos jede Vervielfältigungshandlung. Ihre Reichweite ist nachträglich gezügelt. Durch eine entsprechende Schutzausgestaltung im Wege der Schrankenbestimmung des § 53 ist gewährleistet, dass Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch der Ausschließlichkeitwirkung des Vervielfältigungsrechts entzogen sind.

Die Freiheit der Privatkopie ist eine seit Anbeginn der deutschen Urheberrechtsgesetzgebung geregelte Schutzbereichsbegrenzung bzw. Schranke des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts.³³⁷ Sie war bereits in § 15 Abs. 2 LUG von 1901³³⁸ und in § 18 Abs. 1 KUG von 1907³³⁹ verankert, so dass zum persönlichen Gebrauch vorgenommene Reproduktionen nie

-
- 336 Vgl. PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 68. Für einen Vergleich zwischen der Freiheit der Vervielfältigung zu privaten Zwecken im Rahmen des § 53 und der Freiheit des „Privaten“ im Sinne der anderen Verwertungsrechte vgl. eingehend PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 74 ff.
- 337 Vgl. dazu DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, Urheberrecht, § 53 Rn. 1; FREIWALD, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 54 ff.; PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzungen im Recht des geistigen Eigentums, S. 70; ENGELS, Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatkopie, S. 14 ff.
- 338 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901, RGBl. 1901, S. 227; außerkraftgetreten am 1. Januar 1966, BGBl. 1966 I, S. 1273 (nachfolgend LUG genannt).
- 339 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 440-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 § 31 des Gesetzes vom 16. Februar 2001, BGBl. I S. 266 (nachfolgend KUG genannt).

vom urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht zur Vervielfältigung umfasst waren.³⁴⁰

b) Urheberrechtliche Behandlung digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken

Das auf analoge Sachverhalte anwendbare Urheberrecht gewährleistet, dass nicht öffentliche sowie nicht gewerbliche und zu privaten Zwecken vorgenommene Verwendungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände und damit gleichzeitig der Zugang zu jenen Gütern grundsätzlich erlaubnisfrei möglich sind. Auf diese Weise bleiben typische Nutzungshandlungen hinsichtlich analog vorliegender Werke der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit entzogen. So wirkt sich das Urheberrecht im analogen Umfeld fördernd auf die Kommunikation und Zirkulation von Werken aus und wird seiner Kommunikations- und Innovationsfunktion gerecht.³⁴¹ Gesetzestechisch ist diese Freiheit durch die urheberrechtliche Schutzinhaltsbestimmung und Schutzausgestaltung verwirklicht.

Im digitalen Verwertungsumfeld existiert eine derartige Freiheitssphäre nicht. Alltägliche Werknutzungen dürfen nicht im gleichen Maße vorgenommen werden. Zur Illustration werden nachfolgend die im Kontext von Digitaltechnologie und Internet typischen Nutzungshandlungen identifiziert (aa). Anschließend ist die diesbezüglich einschlägige urheberrechtliche Schutzinhaltsbestimmung (bb) sowie Schutzausgestaltung (cc) zu betrachten.

aa) Typische Kommunikations- und Kulturtechniken in der Informationsgesellschaft

Alltäglich und massenhaft erfolgende Nutzungen digitaler Kreativgüter und damit typische Kommunikations- und Kulturtechniken in der Informationsgesellschaft sind die internet- sowie die bildschirmbasierte Wiedergabe und Rezeption von Werken. Der Werkgenuss sowie die Werkdistribution über Plattformen wie *YouTube* oder soziale Netzwerke sind selbstverständlicher

340 Zum Begriff des „persönlichen Gebrauchs“ vgl. FROMM, Die Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch, GRUR 1966, S. 364 (364).

341 Vgl. dazu KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 281, mwN.

Usus.³⁴² Gewerbliche Zwecke spielen dabei typischerweise keine Rolle.³⁴³ Eine urheberrechtlich bedeutsame Folge dieser Entwicklung ist das Aufkommen neuer Formen der Äußerung, Zusammenführung und Rezeption kreativen Potentials. Insoweit typisch sind etwa nutzergenerierte Inhalte,³⁴⁴ Blog-Journalismus durch Nichtjournalisten, Schaffung von Collaborative Works durch einander nicht bekannte Schöpfer, Onlinerollenspiele mit von Internetnutzern kreierten virtuellen Spielfiguren, Appropriation Art, Fanfiction³⁴⁵ sowie Remixe und Mashups.³⁴⁶ Insbesondere Letzteres ist ein charakteristisches Beispiel für die sich dem Internetnutzer aufgrund des Web 2.0 bietenden Möglichkeiten. Dabei werden Texte, Bilder, Töne oder Videos miteinander verwoben, beispielsweise wird die Gesangsspur eines Liedes mit dem Instrumentalteil eines anderen Musikstücks verbunden und das Ganze mit einer oder mehreren Videosequenzen zu einem neuen Film zusammengeführt.

-
- 342 Vgl. dazu KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 54; vgl. auch WEGENER, Kulturfltrate, S. 1. Vgl. zu den durch das Internet veränderten Rahmenbedingungen für die Verwertung digitaler Kreativgüter mit Fokus auf Presseerzeugnisse EHMANN/SZILAGYI, Erforderlichkeit eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger, K&R 2009, S. 1 (8).
- 343 Vgl. WEGENER, Kulturfltrate, S. 1.
- 344 Zur ausgewählten Aspekten im Zusammenhang mit der juristischen Behandlung des Phänomens der nutzergenerierten Inhalte vgl. GROSSE RUSEKHAN/KLASS/v. LEWINSKI (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 1 ff.; vgl. auch BAUER, User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte, S. 1 (4 ff.), der in Anlehnung charakteristischer Merkmale folgende Begriffsbestimmung vorschlägt: „User Generated Content bezeichnet die Gesamtheit aller von Internetnutzern bewusst erzeugten wahrnehmbaren elektronischen Medieninhalte, die von diesen unmittelbar und unabhängig von einer vorherigen redaktionellen Auswahl über das Internet der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, sofern es sich hierbei nicht um professionell erstellte und zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Inhalte handelt.“
- 345 Vgl. zu Fanfiction als Rechtsproblem eingehend KNOPP, Fanfiction, GRUR 2010, S. 28 (28). Vgl. dazu eingehende Beschreibungen bei KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 61 ff.
- 346 Zum Begriff des Mashups und dessen urheberrechtlicher Behandlung, vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 14 ff.; SCHRICKER/SPINDLER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, § 51 Rn. 53; Vgl. dazu auch OTT, Mashups, K&R 2007, S. 623 ff.; HAEDICKE, in LEIBLE/HOFFMANN, Vernetztes Rechnen, S. 159; für einen anschaulichen Fall am Beispiel des „White Album“ der Beatles und des „Black Album“ von Jay-Z vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 45.

bb) Expansive Schutzinhaltsbestimmung

Was auf den ersten Blick als jüngste Erfolgsgeschichte des Urheberrechts aussieht, erweist sich auf den zweiten Blick freilich als eigentliche Problemquelle. [...] Nüchtern betrachtet stehen wir heute vor einem scheinbar nicht zu überwindenden Dilemma: Je mehr Werke online verfügbar sind, desto mehr Nutzungsmöglichkeiten hätten wir theoretisch; doch erweist sich die Nutzung als immer schwieriger, je weniger [...] physische Werkexemplare produziert werden. Denn wenn wir nur noch online Zugang haben, sind wir auf Gedeih und Verderb auf die Rechteinhaber angewiesen, welche für eine Werknutzung damit verlangen können, was sie wollen – wir haben ja gar keine andere Wahl, als ihre Bedingungen zu akzeptieren.³⁴⁷

Das in diesem Zitat zum Ausdruck kommende Problem ist in rechtlicher Hinsicht darauf zurückzuführen, dass jede internetbasierte Wahrnehmung und Wiedergabe digitaler Kreativgüter das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beanspruchen. Eine solche Schutzinhaltsbestimmung hat zur Folge, dass, anders als es sich im analogen Kontext verhält, die Rezeption sowie das Zurverfügungstellen eines Kreativguts auch dann Gegenstand urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte sind, wenn sie in der privaten Sphäre und ohne kommerzielle Zweckbestimmung erfolgen. Im Falle transformativer Werknutzungen ist in der Regel zudem das Bearbeitungsrecht tangiert.³⁴⁸

(1) Werkrezeption als Eingriff in das Vervielfältigungsrecht

Die Frage, ob und inwiefern der typischerweise vor Bildschirmen stattfindende Werkgenuss im digitalen Kontext erlaubnisfrei gestattet ist, wird aktuell bezüglich des Nutzens von Streamingdiensten kontrovers diskutiert.³⁴⁹ Bevor eine Datei im Wege eines Streams auf einem Bildschirm wahrgenommen werden kann, muss sie paketweise auf das Endgerät des jeweiligen Nutzers übertragen werden. Diese, der Sichtbarmachung oder Hörbarmachung vorausgehenden Digitalisierungs-, Konvertierungs- und

347 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (110).

348 Vgl. Teil 1, C. I. und Teil 2, B. II. 1. b) aa.

349 Für einen Überblick über die verschiedenen Arten des Streaming vgl. KOCH, Der Content bleibt im Netz, GRUR 2010, S. 574 (574 ff.). Vgl. zu den technischen Abläufen und zur urheberrechtlichen Implikation von Streaming-Plattformen FANGEROW/SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, GRUR 2010, S. 677 (682).

Komprimierungshandlungen erfordern vorübergehende Festlegungen.³⁵⁰ Dabei handelt es sich mitunter um lediglich technisch bedingte, aber dennoch urheberrechtlich bedeutsame Vervielfältigungen.³⁵¹ Ein derart weiter Anwendungsbereich des Vervielfältigungsbegriffs war vor seiner letzten, der Anpassung an das digitale Verwertungsumfeld geschuldeten Neufassung streitig.³⁵² Die Unklarheit wurde durch die Einfügung der Wörter „gleichviel, ob vorübergehend oder dauerhaft“ in § 16 zugunsten eines extensiven Vervielfältigungsbegriffs beseitigt.³⁵³ Während also das Lesen eines Buches oder das Schauen eines Filmes bisher nicht einem Verbotrecht unterworfen waren, greifen dieselben Betätigungen per se, sofern sie digital erfolgen, in das den Rechteinhabern ausschließlich zugewiesene Vervielfältigungsrecht ein.³⁵⁴

(2) Werkwiedergabe als Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichkeit

Wesensbildend für das Internet ist das Verfügbarmachen von Dateien zum individuellen, zeit- und ortsunabhängigen Abruf durch eine unbegrenzte

350 Vgl. BÜCHELE, Urheberrecht im World Wide Web, S. 54; LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, (Hrsg.), Urheberrecht, § 16 Rn. 17 ff., der betont, dass das zwar seit der Info-RL durch europäisches Recht vorgegeben sei, aber bereits vorher anerkannt war; vgl. auch WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 8 Rn. 126; WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 8 Rn. 135.

351 Vgl. dazu OLG Hamburg ZUM 2001, S. 512 (513); KG ZUM-RD 2001, S. 485 (488) – Fotos auf der Homepage eines Printmediums; OLG München GRUR 2001, 499 (503) – MIDI-Files; OLG Hamburg ZUM 2001, S. 512 (513); eingehend zum Ganzen LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, § 16 Rn. 23, mwN.

352 Bei Zugrundelegung der alten Rechtslage, eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung im Falle der vorübergehenden Vervielfältigung im Arbeitsspeicher bejahend, vgl. etwa BECHTOLD, Der Schutz des Anbieters von Information - Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, S. 427 (430); demgegenüber eine Vervielfältigung im Rechtssinne verneinend, KG ZUM 2002, S. 828 (830); HOEREN, in PRÜTTING/u.a., Die Zukunft der Medien hat schon begonnen, S. 57 (62).

353 Vgl. LAUBER-RÖNSBERG, Urheberrecht und Privatgebrauch, S. 355.

354 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 26; PEUKERT, in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11 (35).

Personenanzahl.³⁵⁵ Jedes Bereithalten eines urheberrechtlichen Schutzgegenstandes im Internet ist ein potentieller Eingriff in das ausschließliche Recht der Zugänglichmachung.³⁵⁶ Dabei greift nicht derjenige in das Onlinerecht ein, der etwa als Access-Provider den Zugang zum Internet bzw. als Host-Provider Speicherplatz zur Verfügung stellt, sondern das Verwertungsrecht wird von demjenigen beansprucht, der sich der technischen Mittel bedient, um eine Datei zugänglich zu machen.³⁵⁷ Ein solches Verständnis hat zur Folge, dass nicht etwa *Google* oder *Facebook* das jeweilig einschlägige Ausschließlichkeitsrecht in Anspruch nehmen, sondern die Nutzer dieser Dienste, wenn sie ein Kreativgut der Öffentlichkeit zugänglich machen.

Hinsichtlich der Frage, wann eine Werkwiedergabe öffentlich ist, gilt der Maßstab des § 15 Abs. 3. Danach ist eine Werkwiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Dazu zählt jeder, der nicht mit demjenigen, der das Schutzgut zugänglich gemacht hat, oder mit denjenigen, denen das Werk in unkörperlicher Form zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen familiärer oder freundschaftlicher Art verbunden ist.³⁵⁸ Folglich ist Öffentlichkeit und damit ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erst dann anzunehmen, wenn eine Datei der gesamten Weltbevölkerung oder allen an das Internet angeschlossenen Teilnehmern zugänglich gemacht wird, sondern kann bereits bei Netzen kleineren Zuschnitts gegeben sein. Rein technische Verbindungen einzelner Teilnehmer untereinander oder zu demjenigen, der das Werk zugänglich macht, reichen für die Schaffung einer persönlichen Verbundenheit und mithin den Ausschluss der Öffentlichkeit gem. § 15 Abs. 3 nicht aus.³⁵⁹ Ebenso wenig können das Vorliegen einer Öffentlichkeit und ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung dadurch vermieden werden, dass eine Datei in einem passwortgeschützten Bereich für einen begrenzten Teilnehmerkreis, etwa die Besucher einer Vorlesung, zur Verfügung gestellt wird. Entsprechend

355 Vgl. WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, §8 Rn. 134.

356 Dazu und zu weiteren unstreitigen Zuordnungen vgl. SCHULZE, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19 a UrhG, ZUM 2011, S. 2 (4); zu Vorschaubildern vgl. BGH, GRUR 2010, S. 628 ff. – Vorschaubilder.

357 Vgl. dazu BGHZ 141, 13/21 – Kopienversanddienst; Erwägungsgrund 27 der Info.-RL; v. UNGERN-STERBERG, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, § 19a Rn. 55.

358 Vgl. DREIER, in DREIER/Schulze (Hrsg.), UrhG, § 19a Rn. 6.

359 Vgl. BT-Drucks. 15/38, S. 17.

ist auch die Einstellung geschützter Werke und Leistungen in ein Intranet, z. B. in ein nur für die Studierenden und Mitarbeiter einer Lehr- und Unterrichtseinrichtung zugängliches Repositorium, eine öffentliche Zugänglichmachung gem. § 19a.

Aufgrund des gleichermaßen zugrundezulegenden Öffentlichkeitsbegriffs³⁶⁰ entspricht der gesetzliche Zuschnitt des Onlinerechts dem der im analogen Kontext relevanten unkörperlichen Verwertungsrechte. Hier wie dort ist eine Werkwiedergabe, die sich nicht an eine Öffentlichkeit richtet und somit in einer privaten Sphäre erfolgt, vom Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers nicht umfasst und daher frei. Allerdings wirkt sich der theoretisch gleich geartete Zuschnitt in der Praxis höchst unterschiedlich aus: Die in der privaten Sphäre erfolgende Wiedergabe von Werken – das Vorlesen eines Textes, das Zeigen eines Films, das Singen eines Liedes in der Gegenwart von Freunden und Familienmitgliedern – ist hinsichtlich physisch vorliegender Werke üblich und alltäglich, mit der Folge, dass sich die diesbezüglich bestehende Freiheit bemerkbar macht. Im Gegensatz dazu gibt es für die in einer privaten Sphäre erfolgende internetbasierte Wiedergabe kaum einen Anwendungsbereich. Stellt man ein Kreativgut ins Internet, ist es damit in der Regel der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Insbesondere bilden etwa Freunde auf sozialen Netzwerken, beispielsweise *Facebook*-Freunde, nicht per se einen privaten Kreis. Die Freiheit der nicht öffentlichen Wiedergabe, die theoretisch auch im digitalen Verwertungsumfeld besteht, bleibt de facto wirkungslos. Der dem Internet wesensimmanente Öffentlichkeitsbezug und ein darauf anzuwendendes Verwertungsrecht, das nur nicht öffentlich erfolgende Wiedergaben dem Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers entzieht, haben zur Folge, dass insoweit ein Freiheitsraum nicht existiert. Die Wiedergabe eines fremden Kreativguts im digitalen Verwertungsumfeld ist stets erlaubnispflichtig.

(3) Transformative Werknutzungen als Eingriff in das Bearbeitungsrecht

Transformative Nutzungshandlungen, etwa das Schaffen nutzergenerierter Inhalte in Form von Appropriation Art, Fanfiction, Remixen und Mashups, beanspruchen das Bearbeitungsrecht der jeweiligen Originalurheber.³⁶¹

360 Zum Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht vgl. auch WELP, Der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht und die Praxis der internationalen Rechtswahrnehmung, GRUR 2014, S. 751 ff.

361 Vgl. GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 75 ff., 178.

Dasselbe gilt hinsichtlich Multimediaproduktionen, in denen häufig Musik mit Werken anderer Gattungen verbunden und mit der Möglichkeit interaktiver Nutzung kombiniert wird.³⁶² Weitere, unzählig anzutreffende Beispiele für Bearbeitungen sind sogenannte Lip syncs³⁶³ sowie das Sampling von Musikstücken.³⁶⁴ Auch wenn ein Musikstück abgeändert oder verfremdet wird, etwa um es an ein eigenes Video anzupassen, findet eine Bearbeitung statt,³⁶⁵ deren Verwertung, etwa das Onlinestellen auf *YouTube*, der Zustimmung des jeweiligen Rechteinhabers bedarf.

cc) Restriktive Schutzausgestaltung

Wie im analogen Umfeld wird der Umfang urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte auch im digitalen Kontext durch eine entsprechende Schutzausgestaltung begrenzt. Sie vermag aber nicht denjenigen Freiraum zu schaffen, der zur Entfaltung der informationsgesellschaftstypischen Kommunikations- und Kulturtechniken erforderlich ist. Im hier interessierenden Zusammenhang sind die Zulässigkeit vorübergehender Vervielfältigungshandlungen (1) gem. § 44a, die „Privatkopie-Schranke“³⁶⁶ (2) gem. § 53 und der Erschöpfungsgrundsatz (3) relevant. Bezüglich transformativer Werkverwendungen (4) sind vor allem das Zitatrecht gem. § 51 und das Institut der freien Benutzung gem. § 24 von wesentlicher Bedeutung.³⁶⁷

362 Vgl. dazu VIANELLO, Lizenzierung von Musik in Nutzergenerierten Videos – Der steinige Weg zur Verwendung im Internet, MMR 2009, S. 90 (95).

363 Vgl. VIANELLO, Lizenzierung von Musik in Nutzergenerierten Videos, MMR 2009, S. 90 (91).

364 Vgl. zur Benutzung fremder Werke der Musik im Urheberrecht, DIETH, Musikwerk und Musikplagiat im Urheberrecht, S. 142 ff.

365 Vgl. VIANELLO, Lizenzierung von Musik in Nutzergenerierten Videos t, MMR 2009, S. 90 (91).

366 Vgl. SCHMID/WIRTH, IN SCHMID/WIRTH/SEIFERT (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, § 53 Rn. 1.

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

(1) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, § 44a

Wie oben am Beispiel des Streamings aufgezeigt, beansprucht jede digital erfolgende Werkrezeption zwangsläufig das dem Rechteinhaber vorbehalten Vervielfältigungsrecht. Der Werkgenuss ist aber dennoch erlaubnisfrei möglich, wenn das Vervielfältigungsrecht im Wege von Schrankenbestimmungen derart gezügelt ist, dass es Festlegungen, die zur Realisierung des rezeptiven Werkgenusses erfolgen, nicht umfasst. Dazu müssten die zur Wahrnehmung einer Datei zwingend erforderlichen Festlegungen, die im Arbeitsspeicher der einbezogenen Computer, durch Zwischenspeicherung auf Proxyservern, im lokalen Browsercache sowie auf der Festplatte des jeweiligen Verwenders erfolgen, durch § 44a und/oder § 53 gedeckt sein.

Nach § 44a sind lediglich technisch bedingte Festlegungen erlaubnis- und vergütungsfrei zulässig, wenn den betreffenden Vervielfältigungen kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt und ihr Zweck allein darin besteht, ein geschütztes Werk in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler zu übertragen oder eine rechtmäßige Nutzung zu ermöglichen.³⁶⁸ Die Vervielfältigungsakte, die bis zu dem Zeitpunkt erfolgen, in dem der gestreamte Medieninhalt vollständig abgespielt ist, mithin alle beim Ansehen bzw. Anhören erfolgenden Festlegungen, sind ephemere Vervielfältigungen i. S. v. § 44a.³⁶⁹ Zudem sind sie zur Realisierung des Streams unabdingbar und damit auch ein integraler und wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens. Ferner haben diese Vervielfältigungsakte keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, da sie keine neue Nutzungsmöglichkeit eröffnen.³⁷⁰ Insbesondere ermöglichen sie nur den einmaligen rezeptiven Werkgenuss und dienen nicht einer darüber hinausgehenden Verwertung der empfangenen Daten.³⁷¹ Dem steht auch nicht entgegen, dass im Wege der Manipulation des technischen Verfahrens, etwa

368 Vgl. GÖTTING, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rn. 207.

369 Vgl. dagegen RADMANN, Kino.ko, ZUM 2010, S. 387 (390), der wenig überzeugend das Vorliegen einer vorübergehenden Vervielfältigung mit der Begründung ablehnt, dass im Falle bestimmter Streaming-Verfahren eine automatische Löschung nach dem Abspielen nicht erfolge. Außerdem könne der Arbeitsspeicher so eingestellt werden, dass nicht jede dort angelegte Datei nach Schließung des Internetbrowsers gelöscht werde.

370 Vgl. FANGEROW/SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, GRUR 2010, S. 677 (680). Vgl. dazu auch DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 44a Rn. 9.

371 Vgl. FANGEROW/SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, GRUR 2010, S. 677 (680), die diesbezüglich verweist auf MESCHÉDE, Der

durch das Kopieren der Dateien in ein anderes Verzeichnis, der gestreamte Inhalt dauerhaft gespeichert und über die bloße einmalige Wiedergabe hinaus genutzt werden kann.³⁷²

Fraglich ist aber, ob die zur Rezeption erfolgenden ephemeren Vervielfältigungen auch dem durch § 44a vorausgesetzten Zweck entsprechen. Insoweit kann jedenfalls nicht auf § 44a Nr. 1 abgestellt werden. § 44a Nr. 1 privilegiert nach einhelliger Ansicht ohnehin nur Vermittler, insbesondere Access-Provider, und gerade nicht Werkverwender, die Empfänger der jeweiligen Übertragung sind.³⁷³ Die Nr. 2 des § 44a privilegiert solche Vervielfältigungen, deren Zweck die rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes ist. Ob davon auch Vervielfältigungshandlungen umfasst sind, die auf die Ermöglichung rezeptiven Werkgenusses gerichtet sind, wird kontrovers behandelt.³⁷⁴

Höchstrichterlich ist die Frage, soweit ersichtlich, noch nicht geklärt.³⁷⁵ Rechtmäßig im Sinne von § 44a Nr. 2 ist eine Nutzung jedenfalls dann, wenn sie vom jeweiligen Rechteinhaber erlaubt oder im Rahmen gesetzlicher Schrankenbestimmungen zulässig und auch sonst nicht durch Gesetz untersagt ist.³⁷⁶ Damit kann der Anwendungsbereich des § 44a Nr. 2 aber

Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S. 92.

372 Vgl. STIEPER, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung, MMR 2012, S. 12 (15), der insoweit auf die Entscheidung des EuGH bezüglich Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-RL abstellt. Vgl. dazu EuGH, Territoriale Exklusivitätsvereinbarungen bei der Übertragung von Fußballspielen; MMR 2011, S. 817, m. Anm. STIEPER. Dagegen RADMANN, Kino.ko, ZUM 2010, S. 387 (391), der zudem die Auffassung vertritt, dass schon die Möglichkeit des Vor- und des Zurückspulens des Streams eine eigene Nutzungsmöglichkeit begründe.

373 Vgl. BUSCH, Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, S. 496 (501); DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 44a Rn. 7, mwN.

374 Vgl. dafür etwa FANGEROW/SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, GRUR 2010, S. 677 (681), mwN; MESCHÉDE, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, S. 92; dagegen RADMANN, Kino.ko, ZUM 2010, S. 387 (391).

375 Vgl. EuGH, Urteil vom 4.10.2011 - verb. Rs. C-403/08 FAPL/Murphy, MMR 2010, S. 817 m. Anm. STIEPER hat die Satellitenübertragung zum Gegenstand. OLG Hamburg ZUM 2010, S. 434 ff. ist eine strafrechtliche Entscheidung.

376 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 44a Rn. 8; vgl. dazu auch aml. Begründung zu § 44a, der auf Erwägungsgrund 33 der Info-RL verweist, BT-Drs. 15/38, S. 18; vgl. ferner STIEPER, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung, MMR 2012, S. 12 (15), der überzeugend darauf

nicht erschöpft sein. Denn die Vorschrift soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der weit gefasste urheberrechtliche Vervielfältigungsbegriff im digitalen Umfeld zwangsläufig unzählige lediglich technisch bedingte Vorgänge als urheberrechtlich relevante Vervielfältigung erfasst.³⁷⁷ Dieser Zielrichtung kann nur Rechnung getragen werden, wenn durch § 44a auch Vervielfältigungen freigestellt werden, die ihrerseits lediglich Nutzungen ermöglichen, die als solche nicht urheberrechtlich relevant sind.³⁷⁸ Die Wahrnehmung eines urheberrechtlichen Schutzgutes in einer privaten Sphäre ist von den §§ 15 ff. nicht erfasst und damit unabhängig von einer Erlaubnis rechtmäßig.³⁷⁹ Konsequenterweise müssen die lediglich zur Ermöglichung jener Wiedergabe erforderlichen ephemeren Festlegungen als Vervielfältigungen zur Ermöglichung einer rechtmäßigen Nutzung gem. § 44a Nr. 2 vom urheberrechtlichen Verbot freigestellt sein.

Eine solche Auslegung des Tatbestandsmerkmals der rechtmäßigen Nutzung in § 44a Nr.2, wonach dieser den rezeptiven Werkgenuss umfasst, entspricht der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-RL, auf die auch § 44a zurückgeht.³⁸⁰ Im Hinblick auf eine Satellitensendung befand der EuGH, dass eine auf Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-RL basierende Schranke auch auf Vervielfältigungen anzuwenden ist, die beim Empfang von Satellitensendungen den ordnungsgemäßen Betrieb des Satellitendecoders oder Fernsehbildschirms ermöglichen. Begründet wurde dieser Befund mit der Feststellung, dass der bloße Empfang der Sendung einschließlich ihrer visuellen Darstellung im privaten Kreis keine rechtlich untersagte Handlung und somit auch rechtmäßig i. S. v. Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-RL sei. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das im Falle des internetbasierten

hinweist, dass auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes durch eine Schranke gedeckt sei, das nicht bedeute, dass auch dieser Nutzung vorgelagerte Vervielfältigungshandlungen privilegiert wären. Daher sei § 44a auch nicht in dem Fall überflüssig, sondern soll als „Hilfsschranke“ verhindern, dass die Zulässigkeit der Werknutzung allein dadurch unterlaufen werde, dass für die Nutzung aus technischen Gründen weitere Vervielfältigungshandlungen erforderlich seien.

377 Vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 44a Rn. 5.

378 Vgl. STIEPER, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung, MMR 2012, S. 12 (15).

379 Vgl. BERNHÖFT, Die urheberrechtliche Zulässigkeit der digitalen Aufzeichnung einer Sendung, S. 215; BORNHAUSER, Anwendungsbereich und Beschränkung des des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Rn. 377; POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 444 f.

380 Vgl. EuGH, Urteil vom 4.10.2011 - verb. Rs. C-403/08 FAPL/Murphy.

Empfangs sowie der Wiedergabe von Werken etwa im Wege des Streamings anders sein sollte. Diesbezüglich kann es auch nicht darauf ankommen, ob das betreffende Streamingangebot als solches rechtmäßig ist. Denn anders als im Rahmen der Privatkopiefreiheit hat der Gesetzgeber die Freiheit des Werkgenusses, die, wie oben dargestellt, Folge der Schutzinhaltsbestimmung der §§ 15 ff. ist, nicht an die Rechtmäßigkeit der verwendeten Quelle geknüpft. Auch der EuGH stellt im erwähnten Urteil nur auf die Rechtmäßigkeit des Empfanges als solchem ab und nicht auf die Rechtmäßigkeit der vorherigen Sendung.³⁸¹ Folglich steht selbst die Nutzung einer rechtswidrigen Quelle einer Freistellung des rezeptiven Werkgenusses als rechtmäßige Nutzung i. S. v. § 44a Nr. 2 nicht entgegen.³⁸² Ein solches Verständnis entspricht auch der urheberrechtlichen Behandlung desselben Sachverhalts im analogen Kontext: Es würde niemand auf die Idee kommen, jemandem, der ein gestohlenen Buch liest, oder jemandem, der eine gestohlene DVD schaut, eine Urheberrechtsverletzung vorzuwerfen. Es ist auch hier kein Grund ersichtlich, warum ein solcher Sachverhalt im digitalen Kontext anders behandelt werden sollte. Diese Lesart des § 44a Nr. 2 widerspricht auch nicht vermögensrechtlichen Interessen der Rechteinhaber, zumal ihren den Partizipations- und Kontrollinteressen durch die Erfassung der dem Werkgenuss vorgelagerten Verwertungshandlungen Genüge getan wird.³⁸³ Dementsprechend können sich Rechteinhaber im Falle der durch sie nicht autorisierten Verfügbarmachung ihrer Medieninhalte auf Streamingplattformen an die Betreiber dieser Dienste halten.

Als Zwischenergebnis lässt sich feststellen, dass zwar jede digitale erfolgreiche Werkrezeption zwangsläufig das dem Rechteinhaber vorbehaltene Vervielfältigungsrecht beansprucht und insofern von der Ausschließlichkeitsbefugnis der Rechteinhaber umfasst ist. Die bloße Wahrnehmung eines

381 Vgl. dazu eingehend STIEPER, *Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung*, MMR 2012, S. 12 (15).

382 Vgl. dazu auch BORNHAUSER, *Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext*, Rn. 378; FANGEROW/SCHULZ, *Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to*, GRUR 2010, S. 677 (682). Dagegen BUSCH, *Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten*, GRUR 2011, S. 496 (503), der den Rechtsgedanken des § 53 Abs. 1 auf § 44a Nr. 2 übertragen will.

383 Vgl. so auch FANGEROW/SCHULZ, *Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to*, GRUR 2010, S. 677 (682); vgl. dazu auch POEPEL, *Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld*, S. 444 (446).

digitalen Kreativguts ist aber dennoch erlaubnisfrei möglich. Denn das Vervielfältigungsrecht ist wegen § 44a derart beschränkt, dass es Festlegungen, die zur Realisierung des rezeptiven Werkgenusses erfolgen, nicht umfasst. Die zur Wahrnehmung einer Datei zwingend erforderlichen Festlegungen, die im Arbeitsspeicher der einbezogenen Computer, durch Zwischenspeicherung auf Proxyservern, im lokalen Browsercache sowie auf der Festplatte des jeweiligen Verwenders erfolgen, sind durch § 44a gedeckt.

(2) Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch, § 53

Von der Privilegierung in § 44a nicht umfasst sind aber Vervielfältigungen, wenn die betreffenden Daten nicht nur im Display- oder Arbeitsspeicher, sondern auch anderweitig abgespeichert werden, um z. B. einen zeitlich versetzten Werkgenuss zu ermöglichen.³⁸⁴ Auch auf Dauer gerichtete Vervielfältigungsvorgänge, wie das Brennen einer Datei auf CD-ROM oder das Abspeichern auf der Festplatte, fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 44a.³⁸⁵ Fraglich ist, ob derartige Fixierungen als Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch nach § 53 frei sind. Diese gesetzliche Nutzungsbefugnis ist eines der wichtigsten Vehikel zur Ausbalancierung der im Urheberrecht Befriedigung suchenden Interessen.³⁸⁶ Mit dem Aufkommen von Computern in privaten Haushalten sowie der Verbreitung des Internets und den damit verbundenen Vervielfältigungs- und Distributionsmöglichkeiten hat dieser Tatbestand erheblich an Bedeutung gewonnen und gehört zu den relevantesten Schrankenbestimmungen des Urheberrechts im digitalen Kontext.³⁸⁷

384 Vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 44a Rn. 10.

385 Vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 44a Rn. 5.

386 Vgl. LOEWENHEIM, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rn. 22.

387 Vgl. WIRTZ, in BRÖCKER, CZYCHOWSKI/SCHÄFER (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, § 8 Rn. 155; SCHMID/WIRTH, in SCHMID/WIRTH/SEIFERT, Urheberrechtsgesetz, § 53 Rn. 1; zu Entstehungsgeschichte der Norm vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 53 Rn. 1; vgl. auch mit Fokus auf Musikwerke, STAUDACHER, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 1 ff.; zu den insoweit relevanten europarechtlichen Vorgaben vgl. WALTER, in WALTER (Hrsg.), europäisches Urheberrecht, IV. Kapitel Rn. 115.

Die Zulässigkeit der digitalen Privatkopie ist im Rahmen der letzten Änderung des § 53 an einschränkende Bedingungen geknüpft worden. Nunmehr sind nach § 53 Abs. 1 S. 1 einzelne digitale Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch nur dann erlaubt, wenn und soweit zur Vervielfältigung keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Entsprechend kann sich ein Internetnutzer schon dann nicht beim Herunterladen eines urheberrechtlich geschützten Inhalts auf die Freiheit aus § 53 berufen, wenn das betreffende Angebot in irgendeiner Hinsicht gegen das Urheberrecht verstößt.³⁸⁸ Dies wirkt sich im Zusammenhang mit dem Internet problematisch aus. Denn im Hinblick auf die urheberrechtliche Einordnung internetbasierter Werkverwendungen herrscht, wie am Beispiel des Streamings aufgezeigt, selbst unter Experten Streit und Unsicherheit. Ferner erscheinen solche Werkverwendungen als alltägliche Phänomene sozial adäquat, so dass mancher trotz der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit einer Vorlage nicht davon ausgeht, mit deren Vervielfältigung Unrecht zu tun. Diese bei der Auslegung³⁸⁹ des Merkmals „offensichtlich rechtswidrige Vorlage“ zu beachtenden Aspekte relativieren die Bedeutung des § 53 für die hier interessierenden internetbasierten Werknutzungen.

(3) Erschöpfungsgrundsatz

Fraglich ist des Weiteren, ob der in § 17 Abs. 2 und für Computerprogramme gesondert in § 69c Nr. 3 S. 2 geregelte Erschöpfungsgrundsatz geeignet ist, die vorliegend im Fokus stehenden Kultur- und Kommunikationstechniken erlaubnisfrei zu ermöglichen.³⁹⁰ Dazu müssten das Vervielfältigungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung der Erschöpfung unterworfen sein.

Der urheberrechtlichen Erschöpfung liegt die Erwägung zugrunde, dass der Rechteinhaber durch das erstmalige Indenverkehrbringen des Schutzgutes seine Herrschaft über das Werk, das auf diese Weise verkehrsfähig

388 Vgl. umfassend zum Tatbestandsmerkmal „offensichtlich rechtswidrige Vorlage“ JANI, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen?, ZUM 2003, S. 842 ff.

389 Vgl. dazu DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 53 Rn. 25, mwN; STICKELBROCK, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, S. 736 (738).

390 Vgl. dazu umfassend und eingehend SUCKER, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 153 ff.

wird, aufgibt. Damit verbraucht er das ihm gesetzlich zugeordnete Verwertungsrecht. Dieses ist dann erschöpft, so dass bestimmte, auf die erste vom Rechteinhaber veranlasste Verwertungshandlung folgende Nutzungshandlungen nicht mehr vom Schutzrecht erfasst werden.³⁹¹ Der Grundsatz der Erschöpfung dient einem Ausgleich zwischen den Verwertungsinteressen des Schutzrechtsinhabers und dem Allgemeininteresse an einem freien Warenverkehr sowie an übersichtlichen Rechtsverhältnissen im Geschäftsverkehr.³⁹²

Auf diesen Gedanken basierend könnte argumentiert werden, dass der Urheber durch das erstmalige, von seiner Zustimmung gedeckte Verfügbarmachen eines Schutzgutes über das Internet die in seinem Recht liegenden Vorteile hinreichend wahrnehme und ausnützte. Dies hätte zur Folge, dass sein Schutzbedürfnis bezüglich nachfolgender internetbasierter Verwertungshandlungen entfiel und nachgelagerte Nutzungshandlungen, etwa das erneute Wahrnehmbarmachen eines bereits anderweitig online gestellten digitalen Kreativguts und die damit einhergehenden Eingriffe, insbesondere in das Vervielfältigungsrecht und in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, erlaubnis- und vergütungsfrei möglich würden. Einer solchen Auffassung steht zunächst der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Danach ist lediglich die Weiterverbreitung eines Werkes mit Ausnahme der Vermietung zulässig, wenn das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werks mit Zustimmung des Rechteinhabers im Wege der Veräußerung im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum in Verkehr gebracht worden sind. Die Verwendung des Wortes Vervielfältigungsstücke legt den Schluss nahe, dass begrifflich nur ein körperliches Verwertungsrecht der Erschöpfung unterliegen kann. Gleichwohl haben Gerichte gelegentlich über den Gesetzeswortlaut hinaus von dem Grundsatz, dass nur das körperliche Verbreitungsrecht Gegenstand der Erschöpfung sein könne, eine Aus-

391 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, UrhG, § 17 Rn. 24; Zu den Strukturen des Erschöpfungsgrundsatzes vgl. SACK, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2000, S. 610 ff.; vgl. zum Erschöpfungsgrundsatz umfassend NIETHAMMER, Erschöpfungsgrundsatz und Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 33 ff.; vgl. auch eingehend TERHAAG/ TELLE, Immaterielle Erschöpfung, K&R 2013, S. 549 ff.

392 Vgl. BGH GRUR 1985, S. 924 (925) – Schallplattenimport II; zu den Rechtsquellen der Erschöpfung im deutschen und europäischem Immaterialgüterrecht vgl. SACK, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2000, S. 610 (610).

nahme gemacht. Der Rechtsprechung konnte zeitweilig durchaus eine Tendenz zur Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere Verwertungsrechte entnommen werden.³⁹³ Das kam deutlich in der vom BGH formulierten These zum Ausdruck, beim Erschöpfungsgrundsatz handle es sich um eine allgemeine Rechtsregel, die im gesamten gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Anwendung finde.³⁹⁴

Die hier im Fokus stehenden internetbasierten Nutzungshandlungen, insbesondere die nachgelagerte Wiedergabe eines bereits online gestellten Kreativguts, aufgrund der genannten Rechtsprechung vom Erschöpfungsgrundsatz umfasst sehen zu wollen, würde aber zu weit gehen. Ein extensives Verständnis der Erschöpfung ist de lege lata auch angesichts der deutlichen Sprache der einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen nicht angezeigt. So heißt es in Art. 4 Abs. 2 Info-RL, in dem der Erschöpfungsgrundsatz auf europarechtlicher Ebene Niederschlag gefunden hat, dass sich das Verbreitungsrecht erschöpfe. Von dem im Rahmen der Wiedergabe digitaler Kreativgüter betroffenen Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist insoweit keine Rede. Im Gegenteil, hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung ist in Art. 3 Abs. 3 Info-RL geregelt, dass diese Rechte nicht der Erschöpfung unterlägen. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des EuGH.³⁹⁵ Zudem heißt es in Erwägungsgrund der Richtlinie, dass Dienstleistungen im Allgemeinen und Onlinedienste im Besonderen nicht der Erschöpfung unterlägen. Die oben angesprochene, vor mehr als dreißig Jahren vom BGH aufgestellte These von der Erschöpfung als allgemeinem Grundsatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht stieß auf heftige Kritik und kann

393 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, UrhG § 17 Rn. 30 mit Verweis auf BGHZ 79, 350 (357) = BGH, GRUR 1981, S. 413 (416) – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten; BGH, GRUR 1995, S. 673 (676) – Mauer-Bilder; EuGH, GRUR Int 1981, S. 229; vgl. dazu auch KUR, Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR Int 1999, S. 24 ff.

394 Vgl. BGHZ 79, S. 350 (357) – Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten.

395 Vgl. dazu auch EuGH Rs. 62/79, Slg. 1980, 881 – Coditel I, und Rs. 262/81, Slg. 1982, 381 – Coditel II, wo das Gericht anführt, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht der Erschöpfung unterliegt; vgl. dazu auch REINBOTHE, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, S. 733 (736), der insoweit von der Klarstellung eines an sich selbstverständlichen Grundsatzes spricht.

angesichts der danach folgenden Regelung des § 20b, der die Kabelweiter-
sendung von einer angemessenen Vergütung des Urhebers abhängig macht,
als überholt angesehen werden.³⁹⁶

Sofern der EuGH die Erschöpfung über das Verbreitungsrecht hinaus
auch auf das Vervielfältigungsrecht anwendet, liegen dem Sachverhalte
zugrunde, in denen im Zuge des Vertriebes eines Produkts die urheberrecht-
lich geschützte Gestaltung dieser Ware zum Zweck der Werbung abgebildet
und mithin vervielfältigt wird. Demzufolge ging es in der Rechtsprechung
des EuGH darum, einen Konflikt aufzulösen, der sich zwischen dem Recht
zur freien Vermarktung von Produkten nach Erschöpfung des Verbreitungs-
rechts hinsichtlich dieser Produkte einerseits und dem fortbestehenden Ver-
vielfältigungsrecht an den Produkten bzw. ihren Abbildungen andererseits
abspielt. Lediglich mit Blick auf solche Fallgestaltungen hat der EuGH
geurteilt, dass die Geltendmachung des Vervielfältigungsrechts zur Verhin-
derung der Abbildung geschützter Produktgestaltungen in der Werbung für
die Produkte unzulässig sei, wenn die Verbreitung der Produkte selbst nicht
verhindert werden könne und die Art und Weise der Abbildung nicht aus
sonstigen Gründen zu untersagen sei.³⁹⁷ Diese Fälle sind dadurch gekenn-
zeichnet, dass die in ihrem Rahmen stattfindenden Vervielfältigungen,
deren Erschöpfung das Gericht vorschreibt, keine eigenständige wirtschaft-
liche Bedeutung haben. Denn unter ökonomischen und tatsächlichen
Gesichtspunkten steht der Produktvertrieb im Mittelpunkt. Die Übertra-
gung der hier in Bezug genommenen, eher markenrechtlich geprägten
Rechtsprechung des EuGH und die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes
auf die vorliegend interessierenden eigenständigen Verwertungshandlungen
käme einer Überstrapazierung der besagten Rechtsprechung
gleich.³⁹⁸ Auch das jüngste Urteil des EuGH in Sachen Erschöpfung ver-
mag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen: Dort entschied der EuGH mit

396 Vgl. so etwa SACK, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüter-
recht, GRUR Int 2000, S. 610 (616); zur Kritik an der These von der
Erschöpfung als allgemeinen Grundsatz im Urheberrecht vgl. ULMER, Die Ent-
scheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte
urheberrechtlicher Grundsätze, GRUR Int 1981, S. 372 (375); NIETHAMMER,
Erschöpfungsgrundsatz und Verbraucherrecht im Urheberrecht, S. 145 ff.

397 Vgl. KUR, Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher Sicht,
GRUR Int 1999, S. 24 (26).

398 Vgl. dazu KUR, Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher
Sicht, GRUR Int 1999, S. 24 (24), die es als für zu weitgehend erachtet, dem
EuGH die bewusste Intention zu unterstellen, den Grundsatz der Erschöpfung
über das Markenrecht und das Verbreitungsrecht des Urhebers hinaus auch auf
das urheberrechtliche Vervielfältigungsrecht hinaus auszudehnen.

Blick auf Computerprogramme, dass Vervielfältigungsstücke auch unkörperliche Programmkopien, also Downloads, sein könnten und urteilte, dass Erschöpfung auch bei Softwaredownloads eintrete, wenn die Lizenz dem Nutzer zuvor vollumfänglich und zeitlich unbegrenzt entgeltlich überlassen worden sei.³⁹⁹ Allerdings hatten die Richter sich nur mit der Auslegung des § 69c Nr. 3 S. 2 zu befassen und die entsprechende Computerprogramm-Richtlinie zugrunde zu legen. Das insoweit ergangene Urteil kann nicht ohne Weiteres auf den allgemeinen Grundsatz der Erschöpfung gem. § 17 Abs. 2 und auf die in der Info-RL zurückgehenden Verwertungsrechte übertragen werden.⁴⁰⁰

Eine Ausdehnung des Erschöpfungsgrundsatzes auf vorliegend interessierende Verwertungsrechte, namentlich das Vervielfältigungsrecht und das Zurverfügungstellungsrecht, würde nicht, wie es dem Erschöpfungsgrundsatz eigen ist, dem Ausgleich zwischen den Verwertungsinteressen des Schutzrechtinhabers und dem Allgemeininteresse an einem freien Warenverkehr sowie an übersichtlichen Rechtsverhältnissen im Geschäftsverkehr dienen. Eine vergleichbare Interessenlage als Grundvoraussetzung einer Analogie ist vorliegend nicht zu erkennen. Zudem ist eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes wegen der damit einhergehenden Vergütungsfreiheit mit Blick auf die Eigentumsgarantie bedenklich.⁴⁰¹ Selbst bei Sachverhalten, bei denen *de lege ferenda*, die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf andere, unkörperliche Verwertungsrechte diskutiert wird, handelt es sich um Fallgestaltungen, in denen die sich erschöpfenden urheberrechtlichen Nutzungshandlungen lediglich dem Vertriebszweck untergeordnete Mittel der Visualisierung oder inhaltlichen Identifizierung des Vertriebsobjekts darstellen. Beispielhaft sei der Vorschlag zur Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung bei der Onlineübertragung von musikalischen Hörproben genannt.⁴⁰²

Es bleibt festzustellen, dass das ausschließlich den Rechteinhabern zugewiesene Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, wie im digitalen Kontext beansprucht, durch den Erschöpfungsgrundsatz nicht beschränkt sind.

399 Vgl. EuGH, 3.07.2012 – C-128/11, K&R 2012, S. 493 ff. – *Usedsoft*.

400 Vgl. dagegen TERHAAG/TELLE, *Immaterielle Erschöpfung*, K&R 2013, S. 549 (552).

401 Vgl. dazu FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 470.

402 Vgl. weitere Beispiele bei KUR, *Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher Sicht*, GRUR Int 1999, S. 24 (30).

(4) Zitatrecht / Freie Benutzung

Weitere im Kontext von Internet und Digitaltechnologie relevante Tatbestände freier Werknutzung sind die Zitatzfreiheit gem. § 51 sowie das Institut der freien Benutzung gem. § 24. Die Zitatschranke beschränkt de lege lata sämtliche Verwertungsrechte.⁴⁰³ Fraglich ist, ob und inwieweit vorliegend interessierende schöpferische Kulturtechniken wie Sampling, Mashing, Remixing, Adaption, Collage und Appropriation Art⁴⁰⁴, mithin bestimmte Erscheinungsformen sogenannter Aneignungskunst sowie user-generated Content durch die Freiheit des Zitats und der freien Benutzung erlaubnisfrei ermöglicht werden.

Die Zitierfreiheit setzt grundsätzlich Zitatzweck, Werkcharakter sowie Selbständigkeit des zitierenden Werkes voraus. Außerdem muss sich das Zitat auf einen Umfang beschränken, der dem Zweck des Zitats im konkreten Fall entspricht. Die freie Benutzung setzt voraus, dass ein fremdes Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird. Daher muss es sich bei dem neu geschaffenen Werk um eine „völlig selbstständige Neuschöpfung“ handeln.⁴⁰⁵ Die eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes müssen angesichts der Eigenart des neuen verblassen.⁴⁰⁶

Die Zitatzfreiheit erweist sich im vorliegend interessierenden Zusammenhang wegen der Erforderlichkeit eines Zitatzwecks als wenig zielführend. Dieses Tatbestandsmerkmal ist aber eine entscheidende Voraussetzung der Zitierfreiheit. Dadurch wird das freie Zitieren von der unzulässigen Materialübernahme abgegrenzt.⁴⁰⁷ Zulässige Zwecke etwa im Rahmen des Musikzitats sind das Untermalen einer Stimmung oder das Herstellen eines örtlichen, zeitlichen, emotionalen oder antithematischen Bezugs, um eine wie auch immer geartete Assoziation zwischen dem eigenen und dem zitierten Werk hervorzurufen.⁴⁰⁸ Stets muss eine innere Verbindung und Beziehung zwischen dem eigenen und dem zitierten Werk hergestellt

403 Vgl. DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL (Hrsg.), Urheberrecht, § 53 Rn. 58.

404 Vgl. zu Appropriation Art umfassend BLUME HUTTENLAUCH, Appropriation Art, S. 22 ff.; besprochen durch PFENNIG, Appropriation Art, ZUM 2012, S. 269 ff. Vgl. zum Ganzen auch DREIER, Copy & Paste, GRUR 2011, S. 1059 ff.

405 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, UrhG, § 24 Rn. 5.

406 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE, UrhG, § 24 Rn. 7, mwN.

407 Vgl. SALAGEAN, Sampling, S. 111.

408 Vgl. SALAGEAN, Sampling, S. 110, mwN.

werden.⁴⁰⁹ Diese Belegfunktion ist regelmäßig nicht gegeben, wenn beispielsweise im Rahmen von Mashups oder sonstigem user-generated Content fremde Videos-, Musik- sowie Bilddateien miteinander verbunden werden, ohne dass eine nähere Auseinandersetzung mit den jeweiligen Werken erfolgt.⁴¹⁰ Entsprechend haben in der Pop- und elektronischen Musik gesampelte Tonfolgen im neuen Werk meist nur Materialfunktion und dienen eher selten dazu, auf das Ausgangswerk zu verweisen.⁴¹¹

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Zitatrechts auf user-generated Content wirkt sich außerdem das Tatbestandsmerkmal „selbständiges Werk“ hinderlich aus. Jedes Zitat setzt nicht nur ein fremdes „zitiertes Werk, sondern denknötwendig auch ein eigenes zitierendes, selbständiges Werk voraus.⁴¹² Darin kommt zum Ausdruck, dass ein Zitat nur dann zulässig ist, wenn der Zitierende seinerseits eine persönliche geistige Schöpfung i. S. v. § 2 Abs. 2 erbringt und damit nicht lediglich ein Verwender, sondern ein Urheber ist. Entsprechend ist es unzulässig, wenn das zitierende Werk sich als Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung des zitierten Werkes darstellt.⁴¹³ Die dabei entstehende Auswahl und Anordnung kann zwar ihrerseits unter Umständen als Bearbeitung gem. § 3 oder als Sammel- bzw. Datenbankwerk gem. § 4 geschützt sein.⁴¹⁴ Aber mangels Unabhängigkeit

409 Vgl. BGH GRUR 1959, S. 197 – Verkehrskinderlied; BGH GRUR 1968, S. 607 – Kandinsky I; SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 545.

410 Vgl. dazu BIGGES, Grenzen des Zitatrechts im Internet, GRUR 2009, S. 730 (731); vgl. dazu auch DUSTMANN, in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), Urheberrecht, § 51 Rn. 17, mwN.

411 Vgl. SALAGEAN, Sampling, S. 111. Vgl. dazu auch v. LEWINSKI, in LEHMANN (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 152.

412 Vgl. dazu SCHMID/WIRTH, in SCHMID/WIRTH/SEIFERT (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, § 51 Rn. 3.

413 Vgl. SCHRICKER, in SCHRICKER, Urheberrecht, § 51 Rn. 21.

414 Anders als Sammel- oder Datenbankwerke weisen Datenbanken i. S. v. § 87a keinen Werkcharakter auf, sondern genießen nur verwandten Leistungsschutz und kommen daher schon deshalb nicht als zitierendes Werk in Frage. Das gilt selbstredend auch für andere Leistungen, die keinen Urheberrechtsschutz im engeren Sinne, sondern nur Leistungsschutz genießen. Im Falle von Webseiten als Multimediawerke ist zu beachten, dass diese nicht für sich in eine urheberrechtliche Werkkategorie eingeordnet und daher nicht im Ganzen als zitierendes Werk behandelt werden können. Vielmehr kommen insoweit als zitierende Werke die einzelnen, das jeweilige Multimediawerk ausmachenden, Texte, Fotos, Graphiken, Musik sowie Videosequenzen in Betracht, vorausgesetzt sie sind persönliche geistige Schöpfungen i. S. d. urheberrechtlichen Werkbegriffs. Ist dies nicht der Fall, darf innerhalb der enthaltenen Texte, Bilder, Videosequenzen und Musik und damit auf der Internetseite nicht zitiert werden; vgl. dazu BIGGES, Grenzen des Zitatrechts im Internet, GRUR 2009, S. 730 (731).

von den entlehnten Fremdwerken stellen derartige Ansammlungen keine selbständigen Werke i. S. d. § 51 dar. Sie können in der Regel nicht als eigenständige Schöpfungseinheit fortbestehen, wenn die übernommenen Werke herausgenommen werden.⁴¹⁵ Ein Abstellen auf das Zitatrecht, insbesondere mit Blick auf Mashups, wird zudem meist misslingen, wenn der angemessene Umfang an Zitationen überschritten ist.⁴¹⁶

Der Versuch, das Institut der freien Benutzung für die Privilegierung der hier im Fokus stehenden Ausdrucksformen fruchtbar zu machen, scheidet daran, dass im Rahmen von user-generated Content, beispielsweise in Mashups, fremde Werke bzw. Werkteile in dem neu geschaffenen Kreativgut nicht verblassen, sondern deutlich hervortreten. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die kreative Leistung in derartigen Phänomenen des Web 2.0, etwa einem Mashup, wie in einer herkömmlichen Collage gerade darin erblickt wird, dass bereits bestehende Inhalte erkennbar neu und gleichzeitig sinnstiftend arrangiert werden.

Die das digitale Verwertungsumfeld prägenden Formen der kreativen Entäußerung sind weder durch die Zitatzfreiheit noch durch das Institut der freien Benutzung gedeckt. Das Zitatrecht und das Institut der freien Benutzung erweisen sich insofern als unzureichend, als sie die Freiheit der kreativen Interaktion mit bestehenden Werken von der Schaffung eines neuen, eigenständigen, vom Ausgangswerk völlig unabhängigen Werkes i. S. d. § 2 abhängig machen und außerdem die durchaus kreative, aber bloß vermittelnde Aneinanderreihung und Verknüpfung von Werken im digitalen Kontext nicht privilegieren.

c) Unfreiheit digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken

Nach der versuchten legislativen Anpassung des Urheberrechts an die Informationsgesellschaft sind die durch die urheberrechtliche Schutzinhaltsbestimmung sowie Schutzausgestaltung geschaffenen Zugangsregeln so geartet, dass Freiheiten, die hinsichtlich analoger Sachverhalte schon immer bestanden haben, im digitalen Verwertungsumfeld nicht mehr gelten. Dasselbe gilt für die im digitalen Kontext üblichen Kulturtechniken,

415 Vgl. GÖTTING, in LOEWENHEIM (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rn. 168; POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, S. 245; vgl. dazu auch BGH GRUR 1973, S. 216 ff. – Handbuch moderner Zitate.

416 Vgl. KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 62.

insbesondere für transformative Werknutzungen. Eine Ausnahme besteht im digitalen Kontext nur hinsichtlich der bloßen Wahrnehmung eines Werkes, etwa im Wege eines Streams. Der beschriebenen Ausweitung des Schutzzinhalts steht keine äquivalente Entwicklung der Schutzausgestaltung gegenüber. Auf diese Weise wirkt sich die erfolgte Schutzrechtsexpansion zu Lasten der zuvor bestehenden Freiheitsräume aus.⁴¹⁷

In der digitalen Umgebung hat sich der Adressatenkreis urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte drastisch erweitert. Das bringt es mit sich, dass urheberrechtliche Verbotsrechte weit in die private Sphäre hineinragen. So umfasst die Masse der Urheberrechtsverletzungen im digitalen Umfeld auch Verhaltensweisen, die, wenn sie analog vorgenommen werden, keinerlei urheberrechtliche Relevanz aufweisen. Während das Lesen eines gestohlenen Buches nicht gegen das Urheberrecht verstößt, kann das Lesen eines unerlaubt verfügbar gemachten E-Book am Bildschirm wegen der dazu erforderlichen Vervielfältigungshandlungen eine Urheberrechtsverletzung darstellen, wenn im konkreten Fall keine urheberrechtliche Schranke einschlägig ist. Bemerkenswert ist, dass mit Blick auf analoge und digitale Werknutzungen das Urheberrecht einen Unterschied macht und nicht seine Adressaten. Daher kann auch nicht ohne Weiteres von einem Wertewandel in der Person des Verwenders gesprochen werden, wie dies häufig der Fall ist, wenn die urheberrechtlichen Implikationen des Internets im Hinblick auf dessen Nutzer diskutiert werden.

2. Gestörte Kommunikations- und Innovationsfunktion

Die Kehrseite der in medientechnologischer Hinsicht bestehenden Freiheitssphäre ist aus der Perspektive von Werkverwendern das Bestehen urheberrechtlicher Verbote. Dieser als Dilemma wahrgenommene Sachverhalt und der damit einhergehende Freiheitsverlust sind Symptome einer Fehlstellung des Urheberrechts hinsichtlich seiner Kommunikations- und Innovationsfunktion.

Bisher erfüllt das Urheberrecht seine Innovations- und Kommunikationsfunktion durch ein austariertes Verhältnis der Ausschließlichkeitsrechte und ihrer Beschränkungen. Der insoweit einschlägige normative Bezugsrahmen ist die einfachgesetzliche Schutzzinhaltsbestimmung (Verwertungsrechte) sowie Schutzausgestaltung (Schranken, Ausnahmen). Die zwecks

417 Vgl. dazu auch KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 497.

Anpassung des Urheberrechts an die verwertungstechnische Umgebung in der Informationsgesellschaft erfolgten Veränderungen dieses Rahmens hatten zur Folge, dass der zur Entfaltung der urheberrechtlichen Kommunikationsfunktion erforderliche Freiraum nicht mehr besteht. Und dies, obwohl es sich bei der Freiheit der privaten Sphäre von urheberrechtlichen Verbotsrechten um ein Phänomen handelt, das sich durch die gesamte Geschichte des Urheberrechts zieht.⁴¹⁸ Im Widerspruch dazu bedingen die im digitalen Kontext relevanten Verwertungsrechte durch ihr Zusammenspiel, dass schon die Wahrnehmung sowie jede wie auch immer geartete Wiedergabe eines Werkes Gegenstand des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts sind und allenfalls geringfügig vom geltenden Schrankensystem erfasst werden. Dabei schützt das Schrankensystem nicht nur das Vergütungsinteresse des Urhebers, der bereits geschöpft hat, sondern auch die Interessen des Urhebers in der Schöpfungsphase. Es darf nicht vergessen werden, dass urheberrechtliche Beschränkungen in dieser Phase den Urhebern selbst am meisten zu Nutzen kommen. Wie könnten sich Urheber mit bestehenden Werken auseinandersetzen, wenn sie kein Zitatrecht hätten? Die vom Gesetz gewährten Freiräume sichern ihnen eine freie Werkschöpfung. Diesbezüglich weist jedoch das bestehende System noch Schwächen auf, denn es trägt dem Umstand zu wenig Rechnung, dass der Schöpfer – und dies zunehmend, weil die technischen Vervielfältigungsmöglichkeiten es leichter machen als früher – im Schöpfungsprozess Elemente aus bestehenden Werken verwendet und urheberrechtlich geschütztes Material kreativ nutzt, um neue Werke entstehen zu lassen. Die Technik des Samplings ist ein beliebtes, häufig angeführtes Beispiel unter vielen anderen.⁴¹⁹

Die bislang durch einen entsprechenden Zuschnitt der Verwertungsrechte und durch Schrankenbestimmungen vom Urheberrecht freigehaltenen Räume umfassen die nicht öffentliche Kommunikation von Werken sowie zu privaten Zwecken vorgenommene Vervielfältigungen. Somit sind analoge Werknutzungen nur mittelbar über ein Stufensystem erfasst. Entsprechend ist der Werkverwender, außer im Falle der Herstellung eines

418 Vgl. dazu PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 83; SCHACK, Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB 1985, S. 621 (622). Vgl. auch SUCKER, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 29, mwN.

419 Vgl. dazu GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (462 und 464); vgl. dazu auch DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, Einl. Rn. 10 und 14.

Werkexemplars, nicht direkter Adressat urheberrechtlicher Verwertungsrechte. Im Gegensatz dazu gehen gesetzlich gewährte Freiheitsräume im digitalen Verwertungsumfeld völlig ins Leere. Typische Kommunikations- und Kulturtechniken in der Informationsgesellschaft sind ausnahmslos Gegenstand urheberrechtlicher Verbotsrechte. Sie beanspruchen zumindest das ausschließlich dem Rechteinhaber vorbehaltene Vervielfältigungsrecht. Zudem ist jede Verfügbarmachung eines digitalen Kreativguts im Internet per se öffentlichkeitsbezogen und greift in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ein. Begrenzungen und Ausnahmen von der Ausschließlichkeit zur Gestattung freier Werknutzungen sind im digitalen Kontext allenfalls rudimentär ausgeprägt. Die Möglichkeit der legislativen Einführung neuer Ausnahmen und Begrenzungen des Ausschließlichkeitsrechts zur Berücksichtigung von Interessen von Verwendern digitaler Kreativgüter ist durch das Recht, insbesondere den abschließenden Schranken-katalog der Info-RL, weitgehend beschränkt oder gar untersagt.⁴²⁰ Außerdem werden digitale Kreativgüter regelmäßig im Wege von Lizenzen vertrieben, die einseitig vorformulierte weitgehende Nutzungsbeschränkungen enthalten. Ferner können als Besonderheit des digitalen Verwertungsumfelds DRM⁴²¹-Systeme zum Einsatz kommen.⁴²² Damit ist es weitgehend in das Belieben der Rechteinhaber gestellt, selbst die gesetzlichen, rudimentär vorhandenen Zugangsregeln für digitalisierte Schutzgegenstände außer Kraft zu setzen. In einer so gearteten Umgebung erscheinen Aussagen wie die folgende wirklichkeitsfremd: „Die Gedanken sind frei. Ideen, Erkenntnisse und Informationen dürfen nicht monopolisiert werden, sonst käme die kulturelle Freizügigkeit im Austausch und in der Weiterentwicklung von Gedanken rasch zum Erliegen.“⁴²³

Die im analogen Kontext existierende Urheberrechtsfreiheit gilt im digitalen Verwertungsumfeld nicht. So mündet die Anwendung des geltenden Urheberrechts auf Sachverhalte, die ein digitales Kreativgut zum Gegenstand haben, unabhängig davon, ob der betreffende Sachverhalt einen kommerziellen Charakter hat oder sich in der privaten Sphäre abspielt, regelmäßig in der Feststellung: Das Urheberrecht ist verletzt. Das hindert die Masse der Internetnutzer freilich nicht daran, besagte Nutzungen dennoch vorzunehmen und zum „Raubkopierer“ und „Internetpiraten“ zu werden.

420 Vgl. dazu Art. 5 der Info-RL; dazu auch KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 295 ff.

421 Digital Rights Management (nachfolgend DRM genannt).

422 Vgl. dazu grundlegend STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 171 ff., 433 ff.

423 SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 194.

Das hat zu einem Missverhältnis zwischen kommunikationstechnischer Wirklichkeit und urheberrechtlicher Regelung geführt. Die so eingetretene Verschiebung der Gewichte zugunsten bestimmter Branchen im Wettbewerb und zulasten von Zugangs-, Kommunikations- und Nutzungsinteressen, aber auch zum Nachteil der Kreativen ist in der Literatur konsequent als Problem beschrieben worden.⁴²⁴ Die oben erfolgte Untersuchung hat dieses Fazit aus einem Vergleich der Reichweite urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte, dem Zusammenspiel von Schutzinhaltsbestimmungen und Schutzausgestaltung, im analogen Kontext einerseits und im digitalen Kontext andererseits wiederum bestätigt.

Es wirkt sich für Werkverwender wie ein Dilemma aus, dass im digitalen Verwertungsumfeld, einer Umgebung also, in der das Netz die Basis der Kommunikation darstellt und in medientechnischer Hinsicht maximale Freiheit besteht, die Nutzung von Kreativgütern repressiveren Regelungen unterworfen ist, als das im analogen Kontext der Fall war. Das ist paradox: Eine Urheberrechtsordnung, die in einer von Freiheit geprägten Umgebung seit jeher gewährte Freiheiten aufhebt, ist hinsichtlich ihrer Kommunikations- und Innovationsfunktion dysfunktional.

III. Das Dilemma der Internetdienste – Störung der Innovationsfunktion?

Copyright has an innovation problem. Judicial decisions, private enforcement, and public dialogue ignore innovation and overemphasize the harms of copyright infringement. Just to pick one example, piracy, theft, and rogue websites were the focus of debate in connection with the PROTECT IP Act (PIPA) and Stop Online Piracy Act (SOPA). [...] Innovation is crucial to economic growth. But the difficulty of accounting for it leads courts and policymakers to ignore it in today's debates.

424 Vgl. BECHTOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.; ders. in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 67, 72; DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, Einl. Rn. 40 sowie vor §§ 120 ff. Rn. 19; GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 815 (819); GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (17); HANSEN, Urheberrecht, S. 70; HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, S. 179 (180); LESSIG, Code. Version 2.0, S. 31 ff.; VAVER, in DREXL/ u. a. (Hrsg.), FS für Ullrich, S. 331 (333), (342); Geiger, Flexibilising Copyright, IIC 2008, S. 178 (178); GRASSMUCK, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing ZUM 2005, S. 104 ff.; BT-Drs. 17/7899, S. 69.

Any discussion of the appropriate role of copyright law must consider the effects on innovation.⁴²⁵

Die Ende-zu-Ende-Struktur des World Wide Web gewährleistet nicht nur hinsichtlich der Entstehung und Nutzung von Werken maximale Handlungsfreiheit. Vielmehr betrifft jene Freiheit auch die Etablierung neuer Produkte und Dienstleistungen, die digitale Kreativgüter zugänglich, zirkulierbar und damit verkehrsfähig werden lassen. Diese technologisch bedingte Freiheit findet ihre Entsprechung nicht im Urheberrechtsgesetz. Das hat zur Folge, dass es in einer von Informationstechnologien geprägten Welt, der Informationsgesellschaft, an einem rechtlichen Umfeld fehlt, das Innovationen auf dem Gebiet der Digital- und Kommunikationstechnologien fördert (1). Fraglich ist, ob eine solche Diskrepanz zwischen der Medienwirklichkeit und der Rechtswirklichkeit dysfunktionale Effekte hinsichtlich der Innovationsfunktion des Urheberrechts auslöst (2).

1. Diskrepanz zwischen tatsächlichem und rechtlichem Umfeld

Die bisherigen Geschäftsmodelle der Unterhaltungsindustrie, etwa zur Musikverwertung, waren primär auf die Verbreitung verkörperter Werke ausgerichtet. Das dem zugrundeliegende sogenannte „sales-based revenue model“, wie es in der entgeltlichen Überlassung von CDs und DVDs zum Ausdruck kommt, und das dahinterstehende Prinzip, Kreativität mit Verkaufserlösen zu entlohnen, ist unter Druck geraten.⁴²⁶

Während die Märkte bisher von Eigentumsübertragung geprägt waren, wird die Neue Ökonomie durch Nutzungsüberlassung bestimmt. Im Vordergrund steht dabei der Zugang zu Gütern, mit der Folge, dass die Bedeutung des Erwerbs und Besitzes von Werken signifikant abgenommen hat.⁴²⁷ Der Verkäufer avanciert zum Dienstanbieter und der Käufer zum Nutzer. Die entsprechenden Rechtsbeziehungen werden weniger durch Kaufverträge und zunehmend durch Nutzungsüberlassungsverträge bzw. Lizenzverträge geregelt.⁴²⁸ Der Markt ist geprägt von neuartigen Distributions-

425 CARRIER, Copyright and Innovation, S. 891 (891, 959).

426 Vgl. FISHER, Promises to keep, S. 1; LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (8); vgl. dazu auch BT-Drs.17/7899, S. 37 ff.

427 Vgl. dazu HANDELSBLATT, Nr. 120 vom 26. Juni 2013, digitale Welt, Motor für neue Jobs, S. 14 ff.

428 Vgl. dazu BT.-Drs. 17/7899, S. 32.

und Vergütungsformen, die sich in Form mannigfaltiger Internetdienste etablieren (a). Soweit diese Dienste Kreativgüter zum Gegenstand haben, erfordert die nötige Organisation des Rechteerwerbs gemäß der technischen Umgebung flexible Lösungen. Insofern wirken sich die Fragmentierung der betroffenen Rechte und Rechteinhaber (b), die Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen (c), das Fehlen einer den Erfordernissen des digitalen Verwertungsumfelds genügenden Praxis kollektiver Rechtswahrnehmung (d) und nachteilige Implikationen der Störerhaftung (e) als systeminduzierte Hemmnisse aus.⁴²⁹

a) Innovative Distributions- und Vergütungsformen im Internet

Die digitale netzwerkbasierte Architektur des Internets gewährleistet einen diskriminierungsfreien Medienzugang. Die durch die Verbindung unzähliger Server und Netze initiierten Optionen im World Wide Web werden nicht etwa einem Eigentümer oder einer sonstigen ausschließlich berechtigten Person exklusiv zugeordnet, sondern sind wegen der technologischen Ausgestaltung und der prinzipiellen Neutralität des zugrundeliegenden Netzwerks dezentralisiert. Insofern ist das Internet als Gemeinschaftsgut konstruiert,⁴³⁰ so dass innovative Internetdienste grundsätzlich ohne Weiteres von jedermann geschaffen und angeboten werden können, ohne dass es auf die Zustimmung eines anderen ankäme.⁴³¹ Diese in der Informationsgesellschaft entstandenen Möglichkeiten zur dezentralen Verwertung von Kreativgütern haben sich hinsichtlich innovatorischen Verhaltens, verstanden als Entwicklung und Einführung von Neuerungen,⁴³² als äußerst förderlich erwiesen, zumal das Internet bislang von der im Rundfunkrecht praktizierten staatlichen Regelungsdichte verschont geblieben ist. Private Zugangshindernisse haben sich trotz der juristisch gewährleisteten Möglichkeit ihrer Einführung nicht durchsetzen können.⁴³³

Wie die zunehmende Zahl von video on demand-Diensten und das Interesse an E-Books und digitalen Fach- und Wirtschaftsinformationen zeigen, bestimmen elektronische Kanäle die Vertriebswege auch auf anderen

429 Vgl. dazu KÖKLÜ, in HILTY/JAEGER/LAMPING, Herausforderung Innovation, S. 150.

430 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 239.

431 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 245.

432 Vgl. EICHELBERGER, in HILTY, JAEGER, LAMPING (Hrsg.), Herausforderung Innovation, S. 45.

433 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 239.

Gebieten der Kreativbranche.⁴³⁴ Nachhaltig und stetig steigende Umsätze etwa für Downloads widerlegen die These, wonach Internetnutzer nicht bereit seien, für den internetbasierten Bezug von Kreativgütern ein Entgelt zu zahlen.⁴³⁵ Neben mietzinsähnlichen Vergütungsformen für befristete, in der Regel einmalige Nutzungen haben sich auf dem Marktplatz Internet diverse andere Alternativen herausgebildet.⁴³⁶ Werbefinanzierte Geschäftsmodelle ermöglichen eine kostenfreie Nutzung digitaler Kreativgüter und gewährleisten, dass auch nicht professionelle Anbieter durch die Einbindung von Bannern und Ähnlichem auf ihren Webseiten, Foren oder Blogs Einnahmen erzielen können. Premiumdienste stellen ihren Nutzern bestimmte Inhalte und Funktionen gratis zur Verfügung und bieten daneben qualitativ hochwertigere Nutzungsmöglichkeiten, z. B. Werbefreiheit, höhere Auflösung, dauerhafte Verfügbarkeit und Zusatzmaterial, kostenpflichtig an. Flatrateangebote ermöglichen gegen Zahlung einer festen Gebühr einen während der vereinbarten Laufzeit unbeschränkten Zugriff auf ein bestimmtes Repertoire. Einnahmen werden aber auch unabhängig vom zur Verfügung gestellten Kreativgut erzielt. So kann etwa im Falle von open source-Software die Wertschöpfung durch Dienstleistungen erfolgen, die mit einem kostenlos angebotenen Grundprodukt zusammenhängen, aber ihrerseits zahlungspflichtig sind. Im Bereich der Musik und des Films werden Studioprojekte, wie ein einzelnes Lied aus einem Album oder ein Filmausschnitt, unentgeltlich verfügbar gemacht, um positive Effekte auf den Absatz des Gesamtprodukts zu erzielen.

Die hier nur grob gezeichnete internetspezifische Diversifizierung betrifft aber nicht nur die Möglichkeiten der Bezahlung, sondern vor allem und maßgeblich die Angebote. Gerade in der Mannigfaltigkeit der Vermittlung von Werken und der Entstehung neuer Intermediäre und Dienste drückt sich die innovatorische Wirkung des Internets aus. Es war *Napster*, der es seinen Nutzern als erster internetbasierter Vermittler von Musik ermöglichte, einzelne Musiktitel losgelöst von einem Album zu beziehen und damit den Konsum von Unterhaltung grundlegend und nachhaltig veränderte:

Consumers were just tired of overpaying and spending twenty dollars when they only wanted one song. Napster blew open the doors to let users decide. [...] There was clearly a strong demand that was proven by Napster. [...] Absent Napster

434 Zu den urheberrechtlichen Implikationen auf dem Gebiet der Wissenschaftskommunikation vgl. eingehend KRUIJATZ, *Open Access*, S. 65 ff.

435 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 37.

436 Vgl. BT-Drs. 17/7899, S. 38.

coming onto the scene the music industry would not have moved forward but would be another five or ten years behind where it is today.⁴³⁷

Hinzu kommt, dass jede Veränderung des verwertungstechnischen Umfelds ihrerseits neue Nachfragen erzeugt. So kam beispielsweise mit den Mobiltelefonen das Bedürfnis auf, über persönliche, auf Musikstücken basierende Klingeltöne zu verfügen, durch Smartphones wurde ein Bedarf nach erweiterten Applikationen in Form sogenannter „Apps“ hervorgerufen. Digital- und Internettechnik haben auch die Möglichkeiten der Einführung adressatengerechter Dienstleistungen erheblich erweitert. Beispielsweise wird es Internetnutzern durch intelligente Aufnahmesoftware in Verbindung mit Internetradios und Streamingangeboten ermöglicht, Musik nach individuellen Präferenzen zu beziehen. Ferner haben sich Geschäftsmodelle wie etwa *iTunes* in Verbindung mit *iPod*, *iPad* etc. der Firma *Apple* etabliert, die auf einer Kombination zwischen Kreativgütern und der dazugehörigen Hardware basieren.⁴³⁸ Bemerkenswert ist, dass *Apples iTunes* lange Zeit, nämlich bis zum Aufkommen von Streamingplattformen wie etwa *Spotify*, die einzige internetbasierte Innovation auf dem Gebiet der Musik war, die urheberrechtskonform funktioniert. Dies wiederum ist auch auf die wirtschaftliche Stellung eines Weltunternehmens wie *Apple* zurückzuführen, das gegenüber den Rechteinhabern mit einer anderen Verhandlungsmacht auftreten kann und es entsprechend leichter hat, die erforderlichen Rechte zu erwerben, als das bei einem durchschnittlichen Startup-Unternehmen der Fall ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die dynamische Innovationskraft der Digital- und Internettechnologien und das damit einhergehende weite Handlungsspektrum nicht nur auf dem Gebiet der Produktion von Inhalten zu beobachten sind, sondern auch die heutigen Medienformate, Anwendungsprogramme sowie Geschäftsmodelle und schließlich die Kommunikation als solche wesentlich prägen.⁴³⁹

437 CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (907).

438 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflaute, S. 22; zu der kontrovers diskutierten Frage, welche Auswirkung das Napster-Urteil auf die Entstehung und Entwicklung von *Apple's iPod* und *iTunes* hatte, vgl. CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (917 ff).

439 Vgl. CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (893).

b) Fragmentierung der relevanten Rechte

Die technologisch bedingte Freiheit im Internet wird juristisch beschränkt, soweit ein Internetdienst fremde digitale Kreativgüter zum Gegenstand hat.⁴⁴⁰ Denn hinsichtlich der Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter gilt: Alles ist verboten, was die jeweiligen Rechteinhaber nicht ausdrücklich im Wege von Lizenzen gestattet haben. Der so geartete Erlaubnisvorbehalt als solcher ist Ausfluss der Ausschließlichkeit urheberrechtlicher Verwertungsrechte. Vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Eigentumschutzes, auf den sich Inhaber immaterieller Güter berufen können, ist dieser Vorbehalt auch ohne Weiteres nachvollziehbar, zumal die Ausschließlichkeitsbefugnis der Urheber wesentlich dazu beiträgt, dass immaterielle Güter wirtschaftlich nutzbar und juristisch verkehrsfähig werden.⁴⁴¹ Allerdings erweist sich im digitalen Verwertungsumfeld der Erwerb der erforderlichen Erlaubnis im Wege von Lizenzverträgen als ein schwieriges rechtliches und finanzielles Unterfangen.⁴⁴²

Urheberrechtliche Verwertungsrechte können prinzipiell unabhängig voneinander beansprucht und verletzt werden.⁴⁴³ Nach der urhebervertraglichen Regelung des § 31 steht es dem Urheber frei, Nutzungsrechte auch nur für bestimmte Nutzungsarten zu vergeben.⁴⁴⁴ Diese juristisch vorgegebene Trennbarkeit der Anwendungsbereiche verschiedener Verwertungs-

440 Vgl. dazu HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, S. 123 (125).

441 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 39.

442 Vgl. dazu KÖKLÜ, in HILTY/JAEGER/LAMPING, *Herausforderung Innovation*, S. 150; SPOHN/HULLEN, *Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung*, GRUR 2010, S. 1053 (1053); FISHER, *Promises to keep*, S. 1; LINCOFF, *Common Sense*, *J. Int'l Media & Entertainment Law*, 2008, S. 2 (8).

443 Vgl. LOEWENHEIM, in LOEWENHEIM (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 20 Rn. 2.

444 Vgl. SPOHN/HULLEN, *Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung*, GRUR 2010, S. 1053 (1057); Auf diese Weise gewährleistet das Urheberrecht, dass bei mehrstufigen Werknutzungen der Urheber auf jeder Nutzungsstufe beteiligt wird. Außerdem wird die Werkverwertung damit weitgehend auf den Stufen erfasst, die dem Werkgenuss vorgelagert sind. Vgl. dazu LOEWENHEIM, in LOEWENHEIM (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 19 Rn. 2; vgl. zum Stufensystem der mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers BVerfG GRUR 1997, S. 123 – Kopierladen I.

rechte lässt sich im digitalen Kontext auf tatsächlicher Ebene nicht konsequent aufrechterhalten.⁴⁴⁵ Bei internetbasierten Nutzungshandlungen wird in der Regel im Rahmen eines einzigen Nutzungsvorgangs und durch ein und denselben Nutzungsakt in mehrere Verwertungsrechte eingegriffen. Beispielsweise werden durch das Anbieten eines Kreativguts zum Herunterladen das Vervielfältigungs- sowie das Verbreitungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gleichzeitig beansprucht.⁴⁴⁶ Ferner kann in Grenzbereichen zwischen TV-, Rundfunk- und Internetnutzungen, nämlich bei Angeboten wie „near on demand“-Diensten, zeitgleichem Programm- bzw. live-Streaming, Webcasting und Internetradio, das Sende-recht betroffen sein. Das bereitet nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten auf rechtlicher Ebene, sondern konfrontiert den Lizenznachfrager beim Versuch des Erwerbs von Nutzungsrechten auch mit praktischen Hürden. Diese sind besonders schwer zu überwinden, wenn der jeweilige Urheber die einschlägigen Rechte auf verschiedene Verwerter übertragen hat.⁴⁴⁷ Soll das betreffende Werk in abgeänderter oder verfremdeter Form oder in einem anderen Zusammenhang als ursprünglich geschehen zugänglich gemacht werden, wie das oftmals mit Musikwerken im Rahmen nutzergenerierter Inhalte passiert, ist zudem regelmäßig das Bearbeitungsrecht einschlägig.⁴⁴⁸

Aus alledem folgt, dass Internetdienste, die Kreativgüter zugänglich machen, Lizenzen erwerben müssen, die alle genannten Verwertungsrechte umfassen. Hierbei wirkt es sich problematisch aus, dass die erforderlichen Rechte in der Regel bei unterschiedlichen Rechteinhabern oder Wahrnehmungsberechtigten liegen.⁴⁴⁹ Das Ausmaß der Zersplitterung wird deutlich, wenn man sich beispielsweise die Vielzahl von Personen vergegenwärtigt, die verschiedene Rechtspositionen mit durchaus unterschiedlichen Schutzfristen an einem Musikstück haben können. Mehrere Autoren bzw. Komponisten können an dem Liedtext bzw. an der Komposition beteiligt sein, wobei diese Autoren jeweils an verschiedene Verlage gebunden sein können und es möglich ist, dass ihre unterschiedlichen Verwertungsrechte,

445 Vgl. dazu LG München I, ZUM 2009, S. 788 ff. – MyVideo; OLG München, GRUR-RR 2011, S. 1 ff.; BT.-Drs. 17/7899, S. 41; VIANELLO, Lizenzierung von Musik in nutzergenerierten Videos, MMR 2009, S. 90 ff.

446 Vgl. LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (8).

447 Vgl. SCHMID/WIRTH, in SCHMID/WIRTH/SEIFERT (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, § 20 Rn. 7.

448 Vgl. dazu VIANELLO, Lizenzierung von Musik in nutzergenerierten Videos, MMR 2009, S. 90 (91).

449 Vgl. dazu eingehend HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 123 (135).

beispielsweise das Vervielfältigungsrecht einerseits und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung andererseits, von unterschiedlichen Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Zudem sind die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller zu berücksichtigen, die wiederum ihre Rechte entweder individuell wahrnehmen oder diese auf andere als die Verwertungsgesellschaften der Autoren und Komponisten übertragen haben.⁴⁵⁰ Außerdem entstehen über lange Zeiträume und infolge mehrfacher Rechteübertragungen mitunter unentwirrbare Rechteketten, sodass die Rechterecherche und -klärung zusätzlich kostenintensiver und komplizierter wird.⁴⁵¹

c) Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen

Die durch die Fragmentierung der relevanten Rechte bewirkte Hemmung der urheberrechtlichen Innovationsfunktion wird durch ein weiteres Phänomen, die Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen, verstärkt. Denn internetbasierte Vorgänge unterscheiden sich in einem für die Lizenzierung entscheidenden Aspekt, nämlich ihrer geographischen Reichweite, von analog erfolgenden Nutzungen. Beispielsweise kann der Verkauf von CDs oder eine Aufführung eindeutig einem bestimmten Staatsgebiet zugeordnet und daher von lokalen Verwertungsgesellschaften einfach erfasst und durch entsprechende territorial beschränkte Lizenzen erlaubt werden. Demgegenüber sind internetbasierte Angebote aufgrund der deterritorialen Natur des Mediums per se potentiell grenzüberschreitend.

Dabei stellt sich aufgrund des im Urheberrecht geltenden Territorialitätsprinzips das Problem ein, dass sich die Fragen der Schutzbedingungen, etwa der Inhaberschaft und der Rechtsnatur von Rechten sowie der Dauer von Schutzfristen und der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe, nach dem Urheberrecht des jeweiligen Landes richten, in dem das Angebot abrufbar ist. Infolgedessen muss der Anbieter des betreffenden Internetdienstes die Rechtesituation hinsichtlich seines Angebots für jedes Land, in dem sein Dienst bestimmungsgemäß abrufbar ist, gesondert klären. Da nicht mit Sicherheit vorherzusagen ist, in welchen Ländern die Abrufbarkeit der betreffenden Angebote als bestimmungsgemäß angesehen wird, ist

450 Vgl. VIANELLO, Lizenzierung von Musik in nutzergenerierten, MMR 2009, S. 90 (93).

451 Vgl. CARRIER, Copyright and Innovation, Wisconsin Law Review, 2012, S. 891 (923).

Rechtssicherheit nur im Falle des Erwerbs einer global geltenden Lizenz gewährleistet, die sich idealerweise auf die Territorien aller Staaten erstreckt.⁴⁵² Außerdem ist die unterschiedlich ausgestaltete Praxis der kollektiven Rechtswahrnehmung im angloamerikanischen Raum einerseits und auf kontinentaleuropäischem Gebiet andererseits zu beachten.⁴⁵³ Während etwa in Deutschland insbesondere Musikurheber, bildende Künstler und Fotografen sowohl ihre mechanischen Rechte als auch ihr Recht der öffentlichen Zugänglichmachung auf Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung übertragen haben,⁴⁵⁴ wird in den USA und Großbritannien nur das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung kollektiv wahrgenommen. Die mechanischen Rechte werden durch die jeweiligen Verlage lizenziert.⁴⁵⁵

d) Herausforderungen für die kollektive Rechtswahrnehmung

Die Erforderlichkeit des Erwerbs multiterritorialer Lizenzen bei gleichzeitiger Zersplitterung von Rechten und Rechteinhabern konfrontiert Internetdienste als Intermediäre mit einem weiteren Problem. Die Rede ist von den Herausforderungen, denen sich die kollektive Rechtswahrnehmung im digitalen Verwertungsumfeld stellen muss.⁴⁵⁶

Das erfolgreiche Überwinden dieser Hürde ist umso wichtiger, wenn man sich die Bedeutung kollektiver Rechtswahrnehmung im digitalen Kontext vor Augen führt. In diesem Zusammenhang ist folgendes Zitat bezeichnend: „[...] the relevance and possibly the survival of copyright depend on efficient and organized rights management.“⁴⁵⁷ Die Bündelung der erforderlichen Rechte in einer Verwertungsgesellschaft und die Möglichkeit ihres Erwerbs aus einer Hand sind nach wie vor ein wichtiges Instrument zur Senkung von Transaktionskosten, zumal ein auf Individualverträgen

452 Vgl. SPOHN/HULLEN, Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung, GRUR 2010, S. 1053 (1055); BORTLOFF, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 (673).

453 Vgl. NERISSON, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 185 (189).

454 Vgl. DUSTMANN, in FROMM/NORDEMANN, Urheberrecht, § 16 Rn. 32 und § 19a Rn. 32.

455 Vgl. NERISSON, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 185 (189).

456 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 70 ff.; dazu auch HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 123 (127).

457 GERVAIS, Application of an Extended Collective Licencing Regime in Canada, S. 7.

basierender Direktvertrieb oftmals gar nicht möglich ist. Auch deshalb besteht seitens der Internetdienste ein erhebliches Bedürfnis, die erforderlichen Nutzungsrechte mit multiterritorialer Wirkung von einer Stelle im Sinne eines „One-Stop-Shops“ erwerben zu können.⁴⁵⁸

Diesbezüglich stellt sich zunächst das Problem, dass entsprechend des dem Urheberrecht zugrundeliegenden Prinzips der Territorialität der Tätigkeitsbereich der Verwertungsgesellschaften auf das jeweilige Inland beschränkt ist und die von ihnen erteilten Lizenzen dementsprechend nur auf dem Staatsgebiet Geltung entfalten, auf dem sie ansässig sind. Im Hinblick auf musikalische Werke reagierten Verwertungsgesellschaften der Urheber und Verleger in den Jahren 2000 und 2001 auf ihre geographisch beschränkte Reichweite durch den Abschluss zweier Abkommen. Diese sahen für Aufführungsrechte (Santiago-Abkommen) und den Bereich der Vervielfältigungsrechte (Barcelona-Abkommen) Regelungen vor, die es ermöglichen sollten, von einer Verwertungsgesellschaft fortan Lizenzen mit weltweiter Geltung zu erwerben.⁴⁵⁹ In sogenannten Gegenseitigkeitsverträgen, die zwischen inländischen und ausländischen Verwertungsgesellschaften abgeschlossen wurden, verpflichteten sich Verwertungsgesellschaften wechselseitig, die Rechte am Repertoire des jeweils anderen auf dem eigenen Territorium wahrzunehmen.⁴⁶⁰ Das begründete seitens der Verwertungsgesellschaften die Pflicht, in ihrem Tätigkeitsbereich auch anstelle ausländischer Gesellschaften Nutzungsrechte zu erteilen, Nutzungen zu überwachen und eingezogene Entgelte wechselseitig zu verrechnen. Insofern hatten Gegenseitigkeitsverträge die positive Folge, dass Verwertungsinteressenten das Weltrepertoire zur Nutzung im Inland aus einer Hand angeboten werden konnte. Aber gleichzeitig ging mit diesen Verträgen eine Monopolstellung der Verwertungsgesellschaften bezüglich des von ihnen jeweils wahrgenommenen Repertoires auf dem jeweiligen Staatsgebiet einher.⁴⁶¹ Insbesondere war es nach den Gegenseitigkeitsverträgen den Vertragspartnern untersagt, Mitglieder der jeweils anderen Verwertungsgesellschaft bzw. Staatsangehörige aus dem jeweils anderen Land bei

458 Insoweit relativierend vgl. HANSEN/SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, *Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften*, GRUR Int 2007, S. 461 (479).

459 Vgl. SPOHN/HULLEN, *Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung*, GRUR 2010, S. 1053 (1055).

460 Vgl. REHBINDER, *Urheberrecht*, Rn. 879 ff.

461 Vgl. dazu eingehend unten unter Darstellung des internetbasierten Musikgeschäfts de lege lata. BT.-Drs. 17/789, S. 77.

sich aufzunehmen und deren Rechte wahrzunehmen (Mitgliedschaftsklausel bzw. Customer Allocation Clause). Außerdem sahen die Gegenseitigkeitsverträge vor, dass Nutzer nur bei derjenigen Verwertungsgesellschaft Lizenzen erwerben konnten, die in ihrem Land ansässig war (Territorialitätsklausel).

Dies führte dazu, dass zwischen den auf der Basis von Gegenseitigkeitsverträgen tätigen Gesellschaften ein Wettbewerb nur eingeschränkt möglich war. Daraus resultierten Bedenken hinsichtlich der kartellrechtlichen Zulässigkeit, die schließlich in eine Empfehlung der EU-Kommission mündeten.⁴⁶² Danach sollten sich Rechteinhaber aussuchen dürfen, welche europäische Verwertungsgesellschaft ihre Rechte wahrnimmt und ob insoweit die Gegenseitigkeitsverträge zur Anwendung kommen sollten.⁴⁶³ Die großen Musikverlage reagierten auf die Onlineempfehlung der Kommission, indem sie die mechanischen Rechte an den angloamerikanischen Werken ihres Repertoires den europäischen Verwertungsgesellschaften entzogen. Sie gründeten unter Beteiligung ausgewählter Verwertungsgesellschaften Zentrallizenzierungsinitiativen. Seitdem können die mechanischen Rechte der Autoren und Komponisten an britischen und amerikanischen Werken nicht mehr von den herkömmlichen Verwertungsgesellschaften erworben werden, sondern müssen bei den neu gegründeten Stellen, etwa hinsichtlich des Repertoires von *EMI Publishing* bei *CELAS* und bezüglich *Sony Music* bei *PAECOL*, nachgefragt werden. Damit sehen sich Rechteinhaber zwei weiteren Stellen gegenüber, von denen Lizenzen zu erwerben sind.⁴⁶⁴

Wie die Musikautoren und Komponisten reagierte auch die Tonträgerindustrie auf das digitale Verwertungsumfeld mit der Etablierung eines Geflechts von Gegenseitigkeitsverträgen.⁴⁶⁵ Auf die von der Europäischen Kommission geäußerten kartellrechtlichen Bedenken hin verzichtete sie

462 Vgl. dazu die Empfehlung der Kommission vom 18. Mai 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden, ABl. 2005, L 276/54.; vgl. dazu auch die Stellungnahme des MPI zuhanden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet vom 18. Oktober 2005 (2005/737/EG), GRUR Int 2006, S. 222 ff.

463 Vgl. SPOHN/HULLEN, Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung, GRUR 2010, S. 1053 (1056).

464 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 77.

465 Vgl. dazu eingehend BORTLOFF, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 ff.

aber auf Regelungen wie die Mitgliedschaftsklausel. Ihre Gegenseitigkeitsverträge sehen vor, dass ein Lizenznachfrager, dessen zu lizenzierender Dienst in einem Land der Europäischen Union angesiedelt ist, sich hinsichtlich der erforderlichen Lizenz an jede Verwertungsgesellschaft wenden kann, die ihren Sitz in der Europäischen Union hat. Dies hat zur Folge, dass im Hinblick auf Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller an Musikstücken auch nach der Onlineempfehlung der Kommission Lizenzen mit grenzüberschreitender Wirkung bei einer Verwertungsgesellschaft erworben werden können.

Vor diesem Hintergrund sieht die Lizenzierungspraxis im Hinblick auf Musik im digitalen Verwertungsumfeld folgendermaßen aus: Der Betreiber eines Internetdienstes, der seinen Nutzern europaweit abrufbar Musik anbieten will, muss hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung der Musikurheber und -verleger für jedes Gebiet gesondert mit allen jeweils zuständigen Verwertungsgesellschaften kontrahieren. Bezüglich des Vervielfältigungsrechts der Musikurheber und -verleger muss sich der Dienstanbieter daneben auch an die neu gegründeten Wahrnehmungsinstitutionen halten. Nutzungsrechte hinsichtlich Leistungsschutzrechten der Tonträger können von der zuständigen Verwertungsgesellschaft für den gesamten europäischen Raum erworben werden. Bearbeitungsrechte müssen individuell bei den jeweiligen Rechteinhabern beschafft werden. Alternativ kann der Dienstanbieter eine auf das Inland beschränkte Lizenz erwerben und dabei das Risiko von Urheberrechtsverletzungen in einer Mehrzahl von Staaten und unter einer Vielzahl von Rechtsordnungen in Kauf nehmen. Die mit dem Auffinden der jeweiligen Rechteinhaber und der Wahrnehmungsberechtigten einhergehenden Transaktionskosten und der insoweit zu betreibende Verwaltungsaufwand wird um ein Vielfaches potenziert, wenn der nachfragende Internetdienst Musik aus unterschiedlichen Repertoires und zusätzlich audiovisuelle oder sonstige Werke in sein Angebot aufnehmen will.⁴⁶⁶

Die Zersplitterung der Rechte und der Rechteinhaber erfährt eine weitere Komplexität, wenn ein Rechteinhaber, auf sein Ausschließlichkeitsrecht abstellend und auf die durch die Digitaltechnik eröffneten Möglichkeiten der Individuallizenzierung setzend, als Torhüter agiert und neuartigen Geschäftsmodellen, die der analogen Werkverwertung nicht entsprechen, die nötigen Lizenzen nicht erteilt oder einem potentiellen Vertragspartner weitgehende, durch technische Schutzmaßnahmen flankierte Restriktionen

466 Vgl. NERISSON, *Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften*, ZUM 2013, S. 185 (189).

hinsichtlich der Abspielhäufigkeit bestimmter Titel, des zu nutzenden Datenformats, der Struktur, des Grades an Interaktivität bis hin zur Benutzeroberfläche des jeweiligen Dienstes auferlegt.⁴⁶⁷

Ob und inwieweit die im Februar 2014 verabschiedete Wahrnehmungsrichtlinie⁴⁶⁸ geeignet ist, die eben skizzierten, dem digitalen Kontext entspringenden Herausforderungen der kollektiven Rechtswahrnehmung zu bewältigen, bleibt abzuwarten. Ausweislich der ihr zugrundeliegenden Erwägungsgründe ist besagte Richtlinie jedenfalls unter anderem darauf gerichtet, den Mängeln in der Funktionsweise von Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung und der damit einhergehenden ineffizienten Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten im gesamten Binnenmarkt zu begegnen.⁴⁶⁹ Insbesondere sollen hohe Standards für die Leitungsstrukturen, das Finanzmanagement, die Transparenz und das Berichtswesen der Verwertungsgesellschaften in Europa gesetzt werden. Ferner soll die Richtlinie der Einräumung von Mehrgebietslizenzen für Onlinerechte an Musikwerken den Weg ebnen. Die diesbezüglich zu vernehmenden Bewertungen und Stellungnahmen aus Wissenschaft und Wirtschaft geben aber eher Anlass zur Sorge als zur Hoffnung.⁴⁷⁰

467 Vgl. CARRIER, Copyright and Innovation Wisconsin Law Review, 2012, S. 891 (956).

468 Richtlinie 2014/26/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. 2014 L 84/72 (nachfolgend Wahrnehmungs-RL genannt).

469 Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 5 und 39 der Wahrnehmungs-RL.

470 Die erhebliche Kritik am Richtlinienentwurf ist bereits Gegenstand einer Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht gewesen. Arbeitssitzung „Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7.12.2012; dazu die Beiträge STAATS, Der EU-Richtlinienvorschlag über die kollektive Rechtswahrnehmung, ZUM 2013, S. 162 ff.; HOLZMÜLLER, Der Entwurf der Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, ZUM 2013, S. 168 ff.; GERLACH, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 174 (174); JANIK/TIWISINA, Neuer europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 177 (180); KROGMANN, ZDF zur Richtlinie Kollektives Rechtmanagement (CRMD), ZUM 2013, S. 180 ff.; MAIER-HAUFF, Privatsender fördern ein gebündeltes Musikrechteclearing und die Anwendung der Governancevorgaben auf sogenannte Tochtergesellschaften von Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 182 ff.; NERISSON, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 185 (187); vgl. auch PEIFER, Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht,

e) Innovationshemmende Implikationen eines restriktiven Haftungsrahmens

Internetdienste wie *Facebook*, *YouTube* und *Rapidshare* ermöglichen es ihren Nutzern, Freunden, Bekannten oder unbekanntem Dritten, Dateien zugänglich zu machen. Die jeweiligen Dienste selbst sind an der Veröffentlichung oder am Herauf- oder Herunterladen der Dateien in der Regel nicht beteiligt. Vielmehr bieten sie nur Speicherplatz und ermöglichen den Kontakt zwischen Nutzern, die Kreativgüter anbieten, und jenen, die solche Güter nachfragen. Nichtsdestotrotz verletzt die über derartige Plattformen vermittelte Distribution von Medien aller Art das Urheberrecht, wenn ihr, wie das oft der Fall ist,⁴⁷¹ weder die erforderliche Erlaubnis des Rechteinhabers noch eine urheberrechtliche Schrankenbestimmung zugrundeliegen. Für die von ihren Nutzern begangenen Urheberrechtsverletzungen müssen Internetdienste unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Rechtsverletzung bzw. der Störerhaftung einstehen.

Ein auf Aspekten der mittelbaren Rechtsverletzung begründetes Gerichtsurteil, das eines der ersten dieser Art war und weltweit für Aufsehen sorgte, ist die in den USA ergangene *Napster*-Entscheidung.⁴⁷² *Napster* war der erste Peer-to-Peer Service und eine internetbasierte Musiktäuschbörse mit einer Vielzahl von Nutzern. Der Dienst ging 1999 online und musste infolge des besagten Urteils bereits nach zwei Jahren abgeschaltet werden. In dieser kurzen Zeit war es *Napster* gelungen, über 80 Millionen Nutzer zu gewinnen.⁴⁷³ Bei *Napster* handelte es sich um eine grundlegende Innovation auf dem Gebiet der internetbasierten Distribution und des Konsums von Unterhaltungsmedien sowie des Transfers von Dateien im Allgemeinen. Denn *Napster* ermöglichte es, MP3-Dateien auf einfache Art und Weise zu senden und zu empfangen. Das Innovative war, dass in Abgren-

ZUM 2014, S. 453 (453); vgl. auch Stellungnahme des MPI, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market COM (2012) S. 372.

471 Eine australische Studie aus dem Jahre 2010 geht davon aus, 89 % aller über BitTorrent-Seiten angebotenen Inhalte urheberrechtsverletzend sind; zitiert nach HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 32.

472 Vgl. Court of Appeals for the 9th Circuit, *A&M Records vs. Napster Inc.*, CR Int 2001, S. 50 (50).

473 Vgl. KING, *The Day Napster Died*, S. 1.

zung von dem zuvor üblichen Client-Server-Model, bei dem ein Computernutzer (Client) Informationen von Webseiten (Server) abrufen, bei *Napster* der Transfer der Dateien direkt und unmittelbar zwischen den Nutzern (Peer-to-Peer) erfolgte.⁴⁷⁴ Auf diese Weise ermöglichte es *Napster* seinen Nutzern, anstelle des Erwerbs von Alben mit einer Vielzahl von Titeln einzelne bevorzugte Lieder über eine zentrale Anfrage gezielt zu suchen und direkt von dem Computer des jeweiligen Nutzers, der über die entsprechende Datei verfügt, zu beziehen.

Im Hinblick auf das *Napster*-Urteil wird in einer umfangreichen und viel beachteten Studie,⁴⁷⁵ die Auffassung vertreten, dass das auf der Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten beruhende Verbot von *Napster* die Entwicklung der Musikbranche, insbesondere die Etablierung internetbasierter Distributionskanäle, nachhaltig beeinträchtigt hat: „What we have lost from the Napster decision and from copyright litigation generally [...] are losses to innovation, venture capital, markets, licencing, and the magic of music.“⁴⁷⁶

Um das Risiko zu verringern, für von ihren Nutzern begangene Rechtsverletzungen haften zu müssen, sind Sharehoster gehalten, nach den Grundsätzen der Störerhaftung zumutbare Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Insbesondere müssen sie Filtermechanismen implementieren, die urheberrechtsverletzende Angebote auf der jeweiligen Plattform auffinden und unter Umständen Folgemaßnahmen veranlassen, wie etwa das Informieren des Rechteinhabers über die vermeintliche Rechtsverletzung. Daneben müssen sie Mechanismen schaffen, über die Rechtsverletzungen einfach gemeldet und beendet werden können. Sobald dem Anbieter eines Internetdienstes eine auf seiner Plattform erfolgende Rechtsverletzung gemeldet wird und er davon Kenntnis erlangt, setzen bestimmte Prüfpflichten ein. Als mittelbarer Verletzer (Störer) muss der Diensteanbieter die betreffende Datei, soweit ihre Nutzung rechtswidrig ist, sperren und zudem Vorsorge dafür treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Rechtsverletzungen desselben Verletzers kommt. Das hat zur Folge, dass ein Internetdienst trotz des Ausschlusses einer proaktiven Überwachungspflicht nach § 7 Abs. 2 S. 1 TMG jedenfalls im Falle grober, mittels des betreffenden

474 Vgl. CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (901).

475 Vgl. CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (901).

476 CARRIER, Copyright and Innovation, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (894).

Dienstes erfolgreicher Rechtsverletzungen zu stichprobenartigen, aber regelmäßigen Überwachungen verpflichtet sein kann.⁴⁷⁷ Das Ausmaß der zu sichtenden Datensätze und der damit einhergehende Aufwand werden einem bewusst, wenn man sich einige in diesem Zusammenhang relevante Zahlen vergegenwärtigt. Beispielsweise werden auf *YouTube* laut dessen eigenen Angaben pro Minute hundert Stunden Videomaterial hochgeladen, so dass das *YouTube*-eigene Content-ID-System täglich über 250 Jahre an Videomaterial prüfen muss. Dabei enthält die Content-ID-Datenbank über 15 Millionen Datensätze als Referenzdateien, mit denen jede neu hochgeladene Datei abgeglichen wird.

Derartige Maßnahmen können sich in zweierlei Hinsicht innovationshemmend auswirken. Erstens ist die Einrichtung und Unterhaltung von Filtermechanismen äußerst aufwändig und kostenintensiv, so dass nur finanzstarke und etablierte Anbieter dem nachkommen können. Für einen neuen Anbieter, dem zur Beginn seines Vorhabens die entsprechende Wirtschaftsmacht fehlt, kann sich die Pflicht zur Einrichtung solcher Präventionsmechanismen als Hindernis für den Zutritt zum Markt und damit als Innovationshemmnis auswirken.⁴⁷⁸ Zweitens neigen Diensteanbieter dazu, auf Hinweise vermeintlicher Rechteinhaber durch Löschung oder Sperrung der beanstandeten Datei zu reagieren, ohne die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche zu prüfen. Vor allem dort, wo über einen Haftungsausschluss in der Vertragsbeziehung, insbesondere im Verhältnis zwischen Diensteanbieter und Nutzer, Schadensersatzforderungen ausgeschlossen sind, tendieren Diensteanbieter zu einem unkritischen Löschen aller als möglicherweise rechtsverletzend gemeldeten Inhalte.⁴⁷⁹ Das wirkt sich insofern als Innovationshemmnis aus, als auch die Verbreitung nicht urheberrechtswidriger, mitunter innovativer Kreativgüter verhindert wird. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass auch nur eine zeitweilige Sperrung eines Inhalts im Bereich origineller audiovisueller Angebote unter Umständen dessen internetbasierte Popularisierung nachhaltig be- oder verhindern kann.⁴⁸⁰

Ob und inwieweit das auf der Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten beruhende Verbot neuartiger Internetdienste tatsächlich Innovationen auf diesem Gebiet beeinträchtigt hat, ist schwer zu ermitteln und

477 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 97 Rn. 33a, mwN.

478 Vgl. KÖKLÜ, in HILTY/JAEGER/LAMPING, Herausforderung Innovation, S. 151.

479 Vgl. BT-Drs., 17/7899 S. 57.

480 Vgl. LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 ff.

wird kontrovers diskutiert.⁴⁸¹ Besonders problematisch wirkt sich auch hier das in der Urheberrechtswissenschaft grundsätzlich bestehende Problem des Mangels an statistischen Daten aus. Erschwerend kommt hinzu, dass die Antwort auf die Frage nach unterbliebener Innovation notwendigerweise hypothetisch ist.

Das damit angesprochene Problem des Fehlens empirisch gesicherter Informationen versucht die oben erwähnte Studie zu überwinden, indem einerseits namhafte Vertreter der Musikindustrie und andererseits Gründer innovativer Technologiefirmen bezüglich ihres Verhaltens infolge des Verbotes von *Napster* befragt werden.⁴⁸² Basierend auf der Auswertung der geführten Interviews zeichnet die Studie die Situation nach, in der sich die involvierten Akteure nach dem *Napster*-Urteil befanden, und zieht den Schluss, infolge des Verbots von *Napster* seien Innovationen und Risikokapital verloren gegangen und die Erschließung neuer Märkte sei unterblieben.⁴⁸³ Die innovationshemmende Wirkung des Urteils ist unter anderem insofern nachvollziehbar, als sie auf das sogenannte „Innovatorendilemma“⁴⁸⁴ zurückgeführt wird, das infolge der *Napster*-Entscheidung verstärkt worden sei. Danach seien große Unternehmen gut darin, vorhandene Ideen weiterzuentwickeln, reagierten aber schwerfällig auf disruptive Technologien, die etablierten Produkten zunächst unterlegen seien, diese aber langfristig ablösten. Die *Napster*-Entscheidung, insbesondere die darin ausgesprochene Verpflichtung der Betreiber von *Napster*, Schadensersatz in Höhe von 26 Millionen US-Dollar zu zahlen, hat demzufolge die großen Akteure der Musikbranche darin bestärkt, kurzfristig ihre veralteten Geschäftsmodelle im Wege von Urheberrechtsklagen aufrechtzuerhalten und die Klagen ihrerseits als Einkommensquellen zu betrachten, anstatt das Potenzial des Internets als Vertriebsplattform zu nutzen und langfristig im Wege von Lizenzentgelten an der internetbasierten Distribution von Musik finanziell zu partizipieren.⁴⁸⁵

481 Vgl. für die innovationshemmende Wirkung, FARIVAR, Attorney helps Software Creators, *The Daily Californian*, 11. April 2001, S. 1; dagegen MENELL, *Indirect Copyright Liability and Technological Innovation*, *Columbia J.L. & Arts*, 2008, S. 375 (378).

482 Vgl. CARRIER, *Copyright and Innovation*, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (894).

483 Vgl. auch KÜHL, *Mit Napster starb die Innovation*, *ZEITONLINE*, 13. Juli 2002, S. 1.

484 Vgl. dazu CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma*, S. 1 ff.

485 Vgl. CARRIER, *CARRIER, Copyright and Innovation*, *Wisconsin Law Review*, 2012, S. 891 (895).

2. Gestörte Innovationsfunktion

Sofern ein Internetdienst Kreativgüter zum Gegenstand hat, wird seine Etablierung und Entwicklung wegen der Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen bei gleichzeitiger Fragmentierung der betroffenen Rechte und Rechteinhaber, dem Fehlen einer funktionierenden Praxis kollektiver Rechtswahrnehmung und nachteiliger Implikationen der Störerhaftung behindert. Für die betroffenen Betreiber dieser Dienste mutet es paradox an, dass sie in einer durch sie selbst mitgestalteten, von Schnelligkeit und Flexibilität bestimmten Umgebung,⁴⁸⁶ derartigen Hemmnissen ausgesetzt sind. Auf tatsächlicher Ebene ist darin das Dilemma der Intermediäre zu erblicken. Paradox ist außerdem, dass sich die Musikindustrie in einer Zeit, in der sich der Musikkonsum als solcher größter Beliebtheit erfreut⁴⁸⁷ und die Möglichkeiten zur Schaffung und Verbreitung von Musik so zahlreich und mannigfaltig sind wie nie zuvor,⁴⁸⁸ in einer Krise befindet.⁴⁸⁹

Fraglich ist aber, ob in den skizzierten Hemmnissen zugleich das Symptom einer Fehlstellung des Urheberrechts hinsichtlich seiner Innovationsfunktion zum Tragen kommt. Dazu müsste das Fördern der Entstehung und Entwicklung von Intermediären auch von der Innovationsfunktion des Urheberrechts umfasst sein. Gewiss ist es der Markt, der primär die Kunst- und Kulturproduktion zu erbringen hat. Aber die notwendige rechtliche Infrastruktur wird durch das Urheberrechtsgesetz zur Verfügung gestellt.⁴⁹⁰ Das Urheberrecht ist in seiner Innovationsfunktion darauf gerichtet, die Entstehung urheberrechtlicher Schutzgegenstände, von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst, zu fördern. Davon sind internetbasierte Intermediäre zumindest nicht unmittelbar umfasst. Aber wie soll die Innovationsfunktion des Urheberrechts realisiert werden, wenn die entsprechenden Produktions- und Distributionstechnologien sich nicht entfalten können? Anders als in der Zeit, in der sich Kreative des Pinsels oder der Schreibmaschine bedienten, wenn sie innovativ tätig wurden, ist kreatives Schaffen heute technologiegetrieben. Es entstehen neue Werkarten und neue Kulturindustrien, die sich wiederum gegenseitig bedingen.⁴⁹¹ So prägt beispielsweise die Softwareindustrie die Musikindustrie und umgekehrt.

486 Vgl. KRÖGER, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 4 ff.

487 Vgl. GORDON, *The Future of the Music Business*, S. 84.

488 Vgl. BAIERLE, *Der Online-Vertrieb von Musikwerken im Internet unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten*, S. 40.

489 Vgl. dazu PETSCHULAT, *Kulturfltrate*, S. 3.

490 Vgl. SIEVERS, *Die Freiheit der Kunst durch Eigentum*, S. 14.

491 Vgl. dazu WANDTKE, in WANDTKE/BULLINGER, *UrhR*, Einl. Rn. 15.

Computerspiele gelten mitunter als treibender Motor auf dem Gebiet der Hardwareentwicklung und fungieren oft als Vorlagen für Filmproduktionen, die wiederum als Inspiration für Fanfiction dienen. Es treten komplementäre Innovationen auf, bei denen sich in einem Produkt eine Vielzahl von Neuerungen vereinigt. Innovatoren organisieren sich als Teams und Innovationen entstehen auch losgelöst von einer geistigen Schöpfung.

Diese Aspekte haben dazu geführt, dass Grundannahmen des Immaterialgüterrechts – ein Schöpfer, eine Schöpfung, ein Produkt – zu Ausnahmen werden. [...] Statt des Anreizes zur einzelnen Innovation sind ganze Innovationsfelder zu betrachten. Der Innovationstransfer in Netzwerken wird zum bestimmenden Regelungszweck. Statt geistiger Schöpfung ist jede Art der Schaffung unkörperlicher Güter in den Blick zu nehmen.⁴⁹²

Ohnehin ist Urheberrecht heute als Recht der Kulturwirtschaft anzusehen und muss deren mannigfaltigen Produktionsweisen und Marktbedingungen gerecht werden:⁴⁹³

Dabei ist dieser Begriff nicht nur im Sinne einer künstlerischen Kultur zu verstehen. Unter Kulturwirtschaft ist die Erwerbswirtschaft zu verstehen, die mit kulturellen Gütern oder Dienstleistungen Gewinne erzielen will. Zur Kulturwirtschaft gehören auch Bereiche wie [...] die elektronische Datenverarbeitung.⁴⁹⁴

Folglich kann in einer Informationsgesellschaft die Innovationsfunktion des Urheberrechts nicht zum Tragen kommen, wenn sie lediglich auf die unmittelbare Förderung der Entstehung von Werken gerichtet ist, ohne die Tätigkeit der Internetdienste als Intermediäre zu berücksichtigen. Das widerspricht der tatsächlichen Umgebung, in der urheberrechtliche Schutzgüter heute geschaffen und genutzt werden. „Die grundsätzliche Erlaubnisspflichtigkeit verträgt sich nicht mit dem konzeptionell offenen, virtuellen Raum, in welchem die gesellschaftliche Kommunikation (heute) stattfindet.“⁴⁹⁵ Vielmehr muss die Innovationsfunktion des Urheberrechts dahingehend verstanden werden, dass das Urheberrecht als Rechtsgebiet darauf gerichtet ist, einen Rahmen zu schaffen, der Innovationsprozesse, sofern sie auch nur

492 ZECH, in HILTY/JAEGER/LAMPING, Herausforderung Innovation, S. 81, 103.

493 Vgl. LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 4; dagegen SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 5.

494 LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 4.

495 ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 273.

mittelbar ein urheberrechtliches Schutzgut zum Gegenstand haben, nicht hemmt, sondern initiiert und fördert.⁴⁹⁶

Ein innovationsoffenes Urheberrecht dürfte dabei nicht in der Konservierung einer bestimmten historischen Auffassung von Kreativität verharren, sondern sollte vielmehr die produktive Interaktivität zwischen den involvierten Akteuren ermöglichen. Letzteres wird im juristischen Diskurs aufgrund des dominanten Leitbildes des auktorialen Urhebers kaum hinreichend beachtet.⁴⁹⁷

Das Dilemma der Intermediäre in Form der Diskrepanz zwischen den für die Informationsgesellschaft typischen Innovationsprozessen und der juristischen Umgebung, in der sie stattfinden, wirkt sich lähmend auf die kreativ-wirtschaftliche Entwicklung der Kulturwirtschaft und der Internetdienste aus. Dadurch wird zumindest mittelbar auch schöpferisches Schaffen im Sinne des Urheberrechts erschwert. Darin ist eine Störung der Innovationsfunktion des Urheberrechts zu sehen.

496 Vgl. dazu WANDTKE, in WANDTKE/BULLINGER, UrhR, Einl. Rn. 19.
497 SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 16.

C. Digitales Dilemma – Symptome funktionsrelevanter Störungen

Die als digitales Dilemma bezeichneten Phänomene sind Symptome funktionsrelevanter Störungen im Urheberrecht der Informationsgesellschaft. Das ist das Ergebnis der Untersuchung dieser Sachverhalte bei Zugrundelegung der wesentlichen Funktionen des Urheberrechts als Prüfungsmaßstab. Die Akteure im digitalen Verwertungsumfeld bewerten das Urheberrecht gleichermaßen, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, oft als Quelle des Übels, gelegentlich als potentiellen Heilsbringer und immer als unzureichend und unangemessen. „So erstaunt es nicht, dass das Urheberrecht gleichsam zum Sündenbock für all jene geworden ist, die ihre Interessen gefährdet sehen: Jene, die sich in ihren Freiheiten behindert fühlen, genauso wie jene, welche ihre Gewinnmargen schrumpfen sehen.“⁴⁹⁸ In Anbetracht dessen sieht sich mancher renommierte Urheberrechtswissenschaftler an eine „schlechte Theaterinszenierung“ erinnert.⁴⁹⁹

Mit dem Ziel, diese offensichtlich bestehende, aber diffuse Unzufriedenheit der an urheberrechtlich relevanten Sachverhalten beteiligten Personen im digitalen Kontext zu systematisieren und juristisch zu erfassen, wurden vorstehend diejenigen Phänomene eruiert, die von den jeweiligen Akteuren als ihr Dilemma beschrieben werden. So war der Verlust der Kontrolle der Rechteinhaber auf eine Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion zurückzuführen. Der Verlust von urheberrechtsfreien Räumen wurde als Symptom der Störung des Urheberrechts in seiner Kommunikations- und Innovationsfunktion identifiziert. In der Diskrepanz zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Umgebung, in der internetbasierte Innovationen stattfinden, wurde eine Fehlstellung des Urheberrechts im Hinblick auf die urheberrechtliche Innovationsfunktion ausgemacht. Die aufgedeckten Fehlstellungen im Urheberrecht sind zugleich ein Zeichen der Ineffizienz und der punktuellen sachlichen Unangemessenheit des Urheberrechts im digitalen Kontext.

Die ermittelten urheberrechtlichen Dysfunktionalitäten erhöhen den Rechtfertigungsdruck, der ohnehin auf diesem Rechtsgebiet lastet. Deshalb ist der Begriff der „Legitimationskrise des Urheberrechts“⁵⁰⁰ aufschlussreich, wobei sich die Phänomene Akzeptanzverlust und Legitimationskrise

498 HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (107).

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

500 INTERNET & GESELLSCHAFT CO:LLABORATORY (Hrsg.), Regelungssysteme für informationelle Güter, S. 17.

gegenseitig bedingen. So stellt sich der Akzeptanzverlust einerseits als Ursache und andererseits als Folge der Legitimationskrise des Urheberrechts dar.⁵⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist es unzutreffend, wenn gelegentlich behauptet wird, staatliche Stellen machten sich für den Erosionsprozess und den Akzeptanzverlust des Urheberrechts mitverantwortlich, wenn sie „Flatrates für den Download geistigen Eigentums“ diskutierten.⁵⁰² Vielmehr ist es zielführend, die Ursache der Missstände in den aufgezeigten Dysfunktionalitäten zu suchen.

501 Vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 74.

502 Vgl. so aber SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009- H, S. 7, der behauptet Pauschalvergütungsmodelle für internetbasierte Nutzungen kämen einer Sachlage gleich, in dem der Staat, da er den Ladendiebstahl nicht in Griff bekomme, die Regel aufstelle: „Zahle am Eingang des Kaufhauses 100,- € und nimm mit, so viel du tragen kannst.“

Teil 3: Perspektiven des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Im Anschluss an die Darstellung des juristischen Status quo des internetbasierten Umgangs mit Kreativgütern wurden im vorangegangenen Kapitel die im digitalen Verwertungsumfeld als Dilemma beschriebenen Phänomene als Symptome von Fehlstellungen bzw. Funktionsstörungen im geltenden Urheberrecht identifiziert. Welche Schlüsse sind nun aus den eruierten Dysfunktionalitäten zu ziehen?

Im Folgenden werden die Tendenzen in der diesbezüglich stattfindenden Debatte skizziert. Gleichzeitig sollen die angebotenen Lösungsansätze diskutiert und gegeneinander abgewogen werden. Insofern stehen sich im Wesentlichen zwei Optionen gegenüber: Einerseits besteht die Neigung zum Ausbau der rechtlich gewährten Ausschließlichkeit (A), andererseits mahnen Stimmen aus Gesellschaft und Wissenschaft die Berücksichtigung berechtigter Interessen der Werkverwender und die Beachtung der Belange des Allgemeinwohls im Rahmen künftiger Urheberrechtsgesetzgebung an (B). Der insoweit bestehende Gegensatz kommt anschaulich in dem Begriffspaar Kontrolle und Kompensation zum Ausdruck, wobei bislang Politik und Gesetzgebung vom Ausbau der Kontrollmacht geprägt sind (C). Nach einer kritischen Würdigung der Logik, die der Expansion des Urheberrechtsschutzes zugrunde liegt, wird vorliegend für einen Perspektivenwechsel von der Kontrolle hin zur Kompensation plädiert (D).

A. Ausschließlichkeitsrechte zur Steigerung von Kontrollmacht

„Geistiges Eigentum“, der „Schmierstoff der Informationsgesellschaft“, sei als unverrückbare Institution in Gefahr geraten und müsse daher verteidigt werden.⁵⁰³ Dieser Logik folgend, hat die sachliche Reichweite des Urheberrechts seit dem Aufkommen der Computer- und Internettechnologie, wie aufgezeigt, eine Ausweitung erfahren. Ebenso sind die Mechanismen der

503 Vgl. Verband Deutscher Drehbuchautoren e. V., offener Brief von 51 Tatort-Autoren, S. 1.

Rechtsdurchsetzung erheblich ausgedehnt worden.⁵⁰⁴ Trotz dieser auf sämtlichen Normsetzungsebenen erfolgten Expansion, die in einer Vielzahl von Kommentaren als Problem beschrieben worden ist,⁵⁰⁵ wird von denjenigen, die eine Erweiterung des Rechtsschutzes befürworten, beklagt, dass das geltende Urheberrecht das Interesse der Rechteinhaber an einer wirksamen Kontrolle über ihre Schaffensergebnisse nicht angemessen berücksichtige und daher die urheberrechtlich gewährte Ausschließlichkeit weiter auszubauen sei.⁵⁰⁶ Im Zuge der zuletzt erfolgten Urheberrechtsreformen sei der Schranken-katalog auf bedenkliche Weise erweitert, eine Schranken-Schranke nach dem Vorbild des Dreistufentests nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Außerdem seien erforderliche Regelungen unterblieben, die eine Durchbrechung der Anonymität im Internet und damit die Durchsetzung der Ausschließlichkeitsrechte ermöglichten.⁵⁰⁷

504 Vgl. dazu mit besonderem Augenmerk auf das Strafrecht SIEBER, in SIEBER u.a. (Hrsg.) Europäisches Strafrecht, S. 439.

505 Vgl. dazu BECHTOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.; ders. in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 67 (72); BELDIMAN, in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 187 (205); DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, Einl. Rn. 40 sowie vor §§ 120 ff. Rn. 19; GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 815 (819); GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ (Hrsg.), S. 1 (17); HANSEN, Urheberrecht, S. 70; HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, S. 179 (180); NIELEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 67 ff.; VAVER, in DREXL/ u. a. (Hrsg.), FS für Ullrich, S. 331 (333, 342).

506 Vgl. MARX, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischen Urheberrecht, S. 168, WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/III), S. 649 (660); vgl. auch THEISELMANN, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, S. 97.

507 Vgl. beispielsweise MARX, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischen Urheberrecht, S. 48 ff., 68, die etwa den § 52a UrhG, also die Schranke zur Privilegierung der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung bemerkenswerter Weise unter anderem deshalb kritisiert, weil diese mit der Studentenschaft eine Gruppe in den Schutzbereich mit aufgenommen habe, die eine besondere Affinität zum Internet und zu Film und Musik habe. Insoweit bezeichnend ist auch die daran anschließende Feststellung von MARX, dass gegen den gänzlichen Ausschluss der Privatkopie keinerlei Bedenken bestehe, zumal dank technischer Schutzmechanismen die Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten nicht mehr mit der Unverletzlichkeit der Wohnung kollidiere. Freilich verkennt die Autorin offenbar den – mit dem Versuch der Durchsetzung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte im Internet einhergehenden – Grundrechtskonflikt zwischen der Eigentumsgarantie seitens der

Die Anwendungsbereiche bestehender Schrankenregelungen, etwa der Privatkopierfreiheit, seien zu reduzieren.⁵⁰⁸

Dahinter könnte die Hoffnung stehen, für zahlreiche der bislang durch gesetzliche Erlaubnisse den Verbotsrechten der Rechteinhaber entzogene und pauschal vergütete Nutzungen im Rahmen digitaler Vertriebsmodelle eine vertraglich vereinbarte Vergütung erlangen zu können. [...] Entsprechend dieser Strategie schätzen Organisationen der Rechteinhaber die Erfolgsaussichten einer Eindämmung unautorisierter Nutzungen positiver ein als andere Beobachter. Sie gehen davon aus, dass vor allem ein Zusammenspiel aus scharfer Rechtsverfolgung und attraktiven digitalen Geschäftsmodellen in der Lage sein wird, [...] die Vergütungsinteressen der Rechteinhaber zu verwirklichen.⁵⁰⁹

Abstellend darauf, dass Ausschließlichkeit die Regel darstelle und ihre Beschränkung die zu begründende Ausnahme sei, wird gegen eine bereichsspezifische Begrenzung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte durch das Schaffen gesetzlicher Lizenzen ins Feld geführt, dass die Voraussetzungen ihrer Einführung, nämlich das Bestehen eines zu korrigierenden Marktversagens, nicht dargelegt seien.⁵¹⁰ Ein Marktversagen dahingehend, dass die Transaktionskosten des Erwerbs vertraglicher Lizenzen unverhältnismäßig hoch seien, bestehe im digitalen Verwertungsumfeld nicht. Im Gegenteil, das Internet ermögliche flexible und einfache Lösungen der Vertragsanbahnung und -gestaltung. Insoweit wird davon ausgegangen, dass durch eine Kombination restriktiver Rechtsverfolgung mit attraktiven legalen Angeboten Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext erfolgreich zurückgedrängt werden könnten.⁵¹¹

Gegen die partielle Ersetzung von Ausschließlichkeitsrechten durch Vergütungsansprüche wird zudem ins Feld geführt, dass gesetzliche Vergütungsansprüche zu einer nicht unerheblichen Erhöhung der Preise von Geräten und Datenträgern führten, wobei die Verteuerung auch diejenigen betreffe, welche die erworbenen Geräte nicht zur Herstellung von Kopien

Rechteinhaber einerseits und der Privatsphäre und Kommunikationsfreiheiten der Nutzer andererseits.

508 Vgl. EVERS/POLL, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts, S. 1 ff.

509 ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 79, unter Bezugnahme auf BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, Musikindustrie in Zahlen 2009, S. 28 ff.

510 Vgl. MERGES, Compulsory Licensing vs. The Three „Golden Oldies“ Property Rights, Contracts, and Markets, 2004, No 508, S. 1 ff.

511 Vgl. EVERS/POLL, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts „Dritter Korb“, Stellungnahme der Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e. V., S. 4 ff. zit nach ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 79.

verwendeten. Basierend auf diesem Argument der „Preisgerechtigkeit und angemessenen Kostenverteilung“ wird geltend gemacht, das bereits bestehende System der pauschal vergüteten Privatkopie sei im digitalen Kontext an seine Grenzen gestoßen und müsse daher aufgegeben werden.⁵¹² Als Alternative wird vorgeschlagen, „in klar definierten Einzelfällen besondere Informationszugangsrechte“ sowie „vertraglich unabdingbare Mindestrechte“ vorzusehen und auf diese Weise die weitere „Erosion des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ zu verhindern.⁵¹³ Die Idee vom Ausbau der juristisch gewährten Ausschließlichkeit zur Steigerung der Kontrollmacht des Rechteinhabers über seine Schutzgüter findet ihren Niederschlag insbesondere in der zu beobachtenden Tendenz zur Verschärfung der Rechtsdurchsetzung, die sich einerseits gegen Internetnutzer (I) und andererseits gegen Dritte als mittelbare Verletzer (II) richtet.

Die Bestrebung, den durch rechtliche Exklusivität geschaffenen Raum im Wege der Etablierung weiterer Ausschließlichkeitsrechte im materiellen Urheberrecht zu vergrößern, wurde zuletzt durch die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger im deutschen Urheberrecht realisiert.⁵¹⁴

Durch Einführung eines Leistungsschutzrechts im Urheberrechtsgesetz soll Presseverlegern das ausschließliche Recht eingeräumt werden, Presseerzeugnisse oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken im Internet öffentlich zugänglich zu machen. Geschützt werden sollen die Presseverleger vor systematischen Zugriffen

512 „Der Gesetzgeber sollte tun, was aufgrund des geänderten technischen Umfelds zum Schutz der Urheberrechte nicht nur an Musik, sondern an allen digitalisierbaren Werken erforderlich ist. Er ist gut beraten, wenn er sich für ein Verbot der digitalen Privatkopie ausspricht und damit den neuen technischen Gegebenheiten Rechnung trägt. Er würde damit das folgerichtig zu Ende führen, was bei typischerweise ausschließlich digital vorliegenden Werken wie Computerprogrammen und elektronischen Datenbanken auch bislang schon gegolten hat. Die Privatkopie auf analoge Trägermedien sollte hingegen zulässig bleiben, um den Zugang zu Informationen und zu Kulturgütern zu ermöglichen. Damit ist zugleich eine klare Trennlinie zwischen digitaler und analoger Nutzung gezogen.“ BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, S. 257 (265).

513 Vgl. BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1, ZUM 2004, S. 257 (265).

514 Vgl. dazu ENSTHALER/BLANZ, Leistungsschutzrecht für Presseverleger, GRUR 2012, S. 1104 ff.; STIEPER, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2013, S. 10 ff.; Stellungnahme des MPI zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, S. 1 ff.

auf die verlegerische Leistung durch die Anbieter von Suchmaschinen und solchen Diensten, die Inhalte entsprechend einer Suchmaschine aufbereiten.⁵¹⁵

Die im Vordringen befindlichen Bestrebungen zur Ausweitung der urheberrechtlich gewährten Ausschließlichkeit und die insoweit vorgeschlagenen und teilweise realisierten Maßnahmen sind im Wesentlichen dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zuzuordnen. Insoweit setzen einzelne Staaten stark auf die private Regulierung und insbesondere eine provider-gestützte Rechtsdurchsetzung.⁵¹⁶

I. Gegen Internetnutzer gerichtete Ansätze

Den Internetnutzer in den Fokus nehmend werden eine Erleichterung der rechtlichen Verfolgung sowie die Erhöhung des Verfolgungsdrucks und die Einführung abschreckender Sanktionen, auch strafrechtlicher Natur, diskutiert. Insbesondere geht die Entwicklung in Richtung der Graduated Response- bzw. Three Strike-Modelle, die in unterschiedlichen Variationen in einigen Staaten, insbesondere Taiwan, Südkorea, Neuseeland, Frankreich, Großbritannien, Irland und Schweden, bereits praktiziert werden.⁵¹⁷ Derartige Durchsetzungsmechanismen sehen vor, dass der Inhaber eines Internetanschlusses, der zu Urheberrechtsverletzungen genutzt wird, von einer dazu eigens eingerichtete Behörde gewarnt und davon in Kenntnis gesetzt wird, dass seine persönlichen Daten sowie sein Surfverhalten gespeichert werden. Kommt es danach zu weiteren Urheberrechtsverletzungen, die auf den betreffenden Anschluss zurückgeführt werden können, folgen Sanktionen, die bis zur Sperrung des Internetanschlusses reichen.⁵¹⁸ Diesbezüglich kam mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland eine im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorgelegte Studie zu folgendem Fazit:

Das Modell der vorgerichtlichen Mitwirkung der Zugangsanbieter, das ein aufklärendes Warnhinweismodell mit einer Effektivierung des Auskunftsanspruchs verbindet, erscheint vor dem Hintergrund des internationalen und europäischen Rechtsrahmens zulässig. Insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen

515 BT-Drs. 17/12534, S. 1.

516 Vgl. SIEBER, in SIERBER / u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, S. 439.

517 Für einen Überblick über ausländische Ansätze der Rechtsdurchsetzung im Internet vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 54 ff.; EUROPÄISCHES PARLAMENT (Hrsg.), *The „Content-Flatrate*, S. 50 ff.

518 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 54.

Gerichtshofs legt ein Prävention und Repression verbindendes Modell zum Urheberrechtsschutz nahe. Verfassungsrechtlich ist eine aus technischen Gründen unabdingbare Inpflichtnahme der Zugangsanbieter vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit nicht zu beanstanden und stellt mit einer Kombination aus Aufklärung und Warnhinweis ein verhältnismäßiges Mittel beim Vorgehen gegen Urheberrechtsverletzungen im Internet dar.⁵¹⁹

Ein anderes Konzept in der Diskussion um die Verschärfung der Urheberrechtsdurchsetzung im Internet ist die Etablierung ausforschender Filtertechnologien, insbesondere die Einführung von „Deep Packet Inspection“. Dabei handelt es sich um Technologien, die aus den via Internet durchzuleitenden Datenpaketen nicht lediglich die zum Datentransport relevanten Informationen verarbeiten, sondern auch den transportierten Inhalt auslesen. Sie ermöglichen es, den Internetverkehr flächendeckend und verdachtsunabhängig auf Urheberrechtsverletzungen zu untersuchen.⁵²⁰

Ausgehend davon, dass die Rechte des Urhebers erst durch das Zivilrecht definiert werden, steht zwar dieses Rechtsgebiet im Mittelpunkt der aktuellen Tendenzen zur Ausdehnung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit. Gleichwohl ist mit Blick auf das Urheberstrafrecht zu bedenken, dass die nationalen Strafgesetze innerhalb der Europäischen Union und damit auch in Deutschland die urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse umfassend schützen, mit der Folge, dass die Ausweitung des materiellen Urheberrechts stets und gleichzeitig die Ausdehnung der strafrechtlichen Tatbestände in sich birgt.⁵²¹ Zudem ist festzustellen, dass sich die Aufmerksamkeit in den letzten Jahren sowohl weltweit als auch in Europa zunehmend ebenfalls auf die Vereinheitlichung und Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen richtet. Der Vertrag von Lissabon hat diesen Trend verstärkt, da er mit Art. 118 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁵²² erstmals eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung einheitlicher Schutzmaßnahmen für Immaterialgüterrechte bietet. So spricht das Stockholmer Programm, das Leitlinien für eine gemeinsame Innen- und Sicherheitspolitik der Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Jahre

519 SCHWARTMANN, Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen, S. 344.

520 Vgl. dazu BEDNER, zitiert nach ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 139.

521 SIEBER, in SIEBER / u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, S. 448.

522 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 26. Oktober 2012, ABl. 2012 C 326/ 47 (nachfolgend AEUV genannt).

2010 bis 2014 enthält, explizit strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Urheberrechts an.⁵²³

II. Gegen Dritte als mittelbare Verletzer gerichtete Ansätze

Vor allem Internetdienste als Intermediäre, aber auch sonstige Dritte, die internetbasierte Urheberrechtsverletzungen mittelbar begünstigen, als beteiligte Gruppe betrachtend, geht eine starke Tendenz dahin, mittelbare Verletzer stärker in Anspruch zu nehmen. In Spanien z. B. sieht ein gesetzliches „notice and take down“-Verfahren vor, dass ein Rechteinhaber eine vermeintliche internetbasierte Rechtsverletzung dem betreffenden Internetdienst anzeigt und dieser nach erfolgter Prüfung Abhilfe schafft. Diese Vorgehensweise unterscheidet sich von dem französischen und dem britischen Graduated Response-Modell insofern, als es den Internetnutzer als unmittelbaren Verletzer ausklammert. Dabei ist zu beachten, dass dem Rechteinhaber außerdem alle anderen Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere zivil- und strafrechtlicher Art, weiterhin zur Verfügung stehen.⁵²⁴

Eine deutliche Tendenz zur Intensivierung und Ausweitung von Kontroll- und Handlungspflichten von Internetdiensten ist auch in der deutschen Rechtsprechung zu beobachten.⁵²⁵ Dies lässt sich an den diversen in Sachen *Rapidshare* und *YouTube* ergangenen Urteilen illustrieren. In Sachen *GEMA/YouTube* hat das LG Hamburg⁵²⁶ entschieden, dass der Einsatz geeigneter automatischer Filtersysteme zumutbar sei. Dazu zählten nach besagter Rechtsprechung neben dem auf die Identität von Dateien gerichteten MD5-Filter und dem *YouTube*-eigenen Content-ID-System der Einsatz qualifizierter zukunftsgerichteter Wortfilter, die Interpreten- und Titelbezeichnungen erfassen.⁵²⁷

Die andere Konstellation, in der die Expansion von Präventivmaßnahmen und Prüfpflichten zum Tragen kommt, lässt sich anhand der Entscheidungspraxis des OLG Hamburg und der vorerst letzten BGH-Entscheidung

523 Vgl. dazu SIEBER, in SIEBER / u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, S. 449.

524 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, *The „Content-Flatrate“*, S. 55.

525 Vgl. dazu LEISTNER, *Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet*, ZUM 2012, S. 722 (732).

526 Vgl. LG Hamburg, MMR 2012, S. 404, mit Anmerkung von LEUPOLD.

527 Diesbezüglich ist aus der Sicht der Werkverwender sowie der Internetdienste problematisch, dass ein automatischer Wortfilter auch eine gewisse Zahl falsch positiver Treffer produziert, so dass zunächst auch eine bestimmte Anzahl rechtmäßig verfügbar gemachter Videos erfasst würde.

in Sachen *Rapidshare* erläutern. Bei *Rapidshare* handelt es sich um einen werbefinanzierten Host-Provider, der nicht eigene Kreativgüter verfügbar macht, sondern es seinen Nutzern ermöglicht, Dateien und Dokumente jeglicher Art, insbesondere Computerprogramme, Videospiele, Musik, Filme, Texte etc., abzuspeichern und anderen Internetnutzern zum Abruf verfügbar zu machen. Der Nutzer, der dort eine Datei einstellt, erhält vom Dienstanbieter eine individuelle Adresse, mit der er die eingestellte Datei beziehen kann. Diese Adresse kann der Nutzer aber auch an andere weitergeben bzw. veröffentlichen und auf diese Weise die Datei einzelnen oder einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen. Funktional entspricht der Dienst von *Rapidshare* einer Schließfachanlage, deren Fächer mittels eines Codes zu öffnen sind.⁵²⁸ Das OLG Hamburg hat in Fortführung seiner Rechtsprechung auf diesem Gebiet⁵²⁹ zuletzt geurteilt, dass neben dem Einsatz von MD5-Identitätsfiltern auch die ständige, umfassende und effektive Kontrolle externer Linksammlungen sowie die Registrierung der Nutzer, Download-Beschränkungen und letztlich auch die Löschung von Nutzer-Accounts zumutbare Präventionsmaßnahmen seien.⁵³⁰

Die dieser Tendenz entgegenstehende Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf ist durch den BGH zurückgewiesen worden. Das OLG Düsseldorf hatte in Sachen Atari/Rapidshare geurteilt, der Dienstanbieter hafte nicht als Störer für Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer.⁵³¹ Eine manuelle Überprüfung der bei *Rapidshare* gespeicherten Dateien durch den Dienstanbieter sei nicht zumutbar und die automatisierte Überprüfung von Dateien sei ungeeignet. Dieses Urteil hob der BGH auf.⁵³² Obgleich er feststellte, dass eine besondere Gefahrgeneignis im Falle von *Rapidshare* nicht zu erkennen sei, außerdem für den Dienst ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis bestehe und dieser eine große Anzahl an legalen Nutzungsmöglichkeiten aufweise,⁵³³ verwies der BGH die Sache

528 Vgl. BREYER, Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten, MMR 2009, S. 15 (15).

529 Vgl. OLG Hamburg ZUM 2011, S. 500 –Sevenload; ZUM 2010, S. 440 – Rapidshare III; ZUM-RD 2009, S. 246 – Usenet I; ZUM-RD 2009, S. 439 – Usenet II; ZUM-RD 2008, S. 527 – Rapidshare I; ZUM 2006, S. 414 – Cybersky.

530 Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 14.3.2012 – 5U87/09, Rn. 222 ff., S. 239 – Rapidshare III.

531 Vgl. OLG Düsseldorf, ZUM 2010, S. 600 ff.

532 Vgl. BGH, MMR 2013, S. 185 ff, – Alone in the Dark, m. Anmerkung HOEREN.

533 Vgl. BGH, MMR 2013, S. 185 (189) – Alone in the Dark, m. Anmerkung HOEREN.

mit der Maßgabe zurück, dass es *Rapidshare* möglicherweise zumutbar sei, bezüglich der auf eigenen Servern befindlichen Dateien auf den Titel des streitgegenständlichen Spiels gerichtete Wortfilter einzusetzen. Ferner soll die Kontrolle einer überschaubaren Anzahl externer Linksammlungen hinsichtlich Links, die mit dem Titel des Spiels bezeichnet sind und auf *Rapidshare* verweisen, zumutbar sein. Auffällig ist, dass die Rechtsprechung Sharehosting als erwünschtes und legitimes Geschäftsmodell einordnet, aber gleichzeitig auf der Basis der Störerhaftung den betroffenen Internetdiensten Maßnahmen bis hin zur Registrierung, Überwachung und Einschränkung bzw. Sperrung von Nutzer-Accounts auferlegt.

Diese Rechtsprechung fügt sich – wenn sie Bestand hat – unter rechtsvergleichender Perspektive in einen Trend, mögliche und wirklich effektive Kontroll- und Handlungspflichten schon im Rahmen der europäischen Vermittlerhaftung zu entwickeln, womit die Gerichte sich zum Teil sogar in einen Bereich vorantasten, der bisher unter dem Stichwort der „Two-Strikes“- oder „Three-Strikes-out“-Modelle bis hin zu umstrittenen Netzsperrungen [...] diskutiert wurde.⁵³⁴

Im Hinblick auf mittelbare Verletzer wird zudem teilweise vorgeschlagen, die Störerhaftung in ihrer persönlichen Reichweite auszudehnen. Beispielsweise wird angeregt, Werbetreibende oder Anbieter von Zahlungsdiensten für fremde Urheberrechtsverletzungen in Anspruch zu nehmen. Werbetreibende sollten haften, wenn sie ihre Werbung auf Plattformen platzierten, deren Angebot urheberrechtsverletzend sei. Ebenso sollten Zahlungsdienstleister für Urheberrechtsverletzungen einstehen, die auf den Plattformen passierten, deren Zahlungsverkehr sie organisierten.⁵³⁵ Auf diese Weise sollen die Betreiber derartiger Plattformen finanziell unter Druck gesetzt werden. In diesem Zusammenhang wird betont, dass auf dem Gebiet der technischen Schutzmaßnahmen weitere Möglichkeiten zur Verbesserung des Rechtsschutzes bestünden, die noch nicht voll ausgeschöpft seien. Insofern werden beispielsweise die verpflichtende Implementierung und der Ausbau von bereits verfügbaren Technologien gefordert, die Inhalte im Internet identifizieren können.⁵³⁶ Dazu zählen neben der erwähnten „Deep Packet Inspection“ insbesondere die Hashing-, Fingerprinting- und Watermarking-Technologien.

534 LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 (735).

535 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate“, K&R 2013, S. 439 (440).

536 Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 50 ff., BT-Drs, S. 31.

Die mangelnde Effektivität der urheberrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien veranlasst manche auch zu mitunter kreativen Ansätzen. Beispielsweise sei auf den Vorschlag hingewiesen, Peer-to-Peer-Filesharing sowie Filehosting durch systematisches Fluten der Datenströme mit Scheinangeboten zu bekämpfen. Insoweit sollten als gesuchte Angebote maskierte Dateien, die fehlerhaft benannt wären oder sogar Schadsoftware enthielten, Internetnutzer davon abschrecken, illegale Angebote in Anspruch zu nehmen.⁵³⁷ Unabhängig von der Erfolgsaussicht eines solchen Vorgehens besteht hierbei das Problem, dass das Versenden von Inhalten mit Schadsoftware seinerseits eine Rechtsverletzung darstellen kann, die mit Blick auf §§ 303a und 303b StGB strafrechtlich relevant ist.⁵³⁸

537 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate“, K&R 2013, S. 439 (441).

538 Vgl. darauf hinweisend SPINDLER, Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate K&R 2013, S. 544 (545).

B. Kompensierte Zugangsfreiheit durch Relativierung von Verbotsrechten

Die Tendenz zur Ausdehnung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsschutzes kommt in Formulierungen wie „age of expansion“⁵³⁹, „Hypertrophie der Schutzrechte“⁵⁴⁰ und „Expansion des Urheberrechts – und kein Ende?“⁵⁴¹ plastisch zum Ausdruck. Auf diese Entwicklung kritisch Bezugnehmend heißt es an einer Stelle plakativ: „enough is enough“.⁵⁴² Derartige Rufe nach einer Begrenzung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit sind aus der Rechtswissenschaft sowie aus anderen Wissenschaftsdisziplinen, aber auch aus Gesellschaft und Politik vermehrt zu vernehmen. Sie üben mitunter heftige Kritik an der Entwicklung des Urheberrechts.⁵⁴³ Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend einige der Vorschläge, welche die Interessen der Werkverwender und der Allgemeinheit besonders betonen, umrissen: ein transparenter und differenzierter Urheberrechtsschutz (I), die Flexibilisierung urheberrechtlicher Schranken (II), die bereichsspezifische Reduktion von Verbotsrechten (III) sowie die Optimierung des Systems kollektiver Rechtswahrnehmung (IV). In den Kanon der Forderungen nach kompensierter Zugangsfreiheit ist auch die Idee eines Pauschalvergütungsmodells einzuordnen.⁵⁴⁴

I. Transparenter und differenzierter Urheberrechtsschutz

Als Ansatzpunkt zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs wird in der Rechtswissenschaft auf einer grundlegenden Ebene Transparenz und Differenzierung in der Debatte hinsichtlich der Belange der unterschiedlichen

539 CORNISH in SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 9.

540 ZYPRIES, Hypertrophie der Schutzrechte?, GRUR 2004, S. 977 (978).

541 GYERTYANFY, Expansion des Urheberrechts, GRUR Int 2002, S. 557 ff.

542 KUR/GROSSE RUSE-KHAN, Enough is Enough, S. 1.

543 Vgl. dazu grundlegend HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 26 ff.; STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 530; KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 394; GEIGER, Copyright and Free Access to Information, EIPR 2006, S. 366 ff.; FREIE UND HANSESTADT HAMBURG (Hrsg.), Diskussionspapier Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts, S. 1 ff; HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (108, 110); Ders. Copyright Law and the Information Society, IIC 2007, S. 135 (135).

544 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 79.

Interesseninhaber eingefordert.⁵⁴⁵ Die vom Urheberrecht zu berücksichtigende Interessenlage sei nicht bipolarer, sondern mindestens tripolarer Natur. Sie beinhalte nämlich die Belange der Kreativen, der Verwerter und der Konsumenten.⁵⁴⁶

Wir vereinfachen das Urheberrecht in unserem Sprachgebrauch und reduzieren jene Gegenseite, die den Konsumenten gegenübersteht, auf „den Rechteinhaber“. [...] Wir blenden schon auf terminologischer Ebene aus, dass die Kreativen auf der einen Seite und diese dritte Kategorie der „Verwerter“ auf der anderen keineswegs stets übereinstimmende Interessen haben. [...] Wir sollten transparenter machen, von wem wir wirklich sprechen. Wenn etwa die Frage auftaucht, ob wir zu viel oder zu wenig Schutz gewähren, sollten wir als erstes zurückfragen: für wen denn? Es ist nämlich so sicher wie das Amen in der Kirche, dass die Urheberrechtsindustrie durchgängig den Urheber vorschoben wird, wenn sie selbst mehr Rechtsschutz will – obwohl ein Mehr an Rechtsschutz der Verwerter ein Weniger an Rechtsschutz der Urheber sein kann.⁵⁴⁷

Vor diesem Hintergrund wird aber auch bezüglich der Interessen der Konsumenten zu mehr Differenzierung aufgerufen. Insbesondere sei mit Blick auf Schutzbedürftigkeit der jeweiligen Belange hinsichtlich „verbrauchendem“ und „kreativem“ Gebrauch von Werken sowie Gebrauch, der zwar nicht zu einem kreativen, wohl aber zu einem wirtschaftlichen Mehrwert führe, zu unterscheiden. Während die „verbrauchende“ Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter nicht einfach (entgelt-)frei sein dürfe, da demgegenüber berechnete monetäre Interessen der Verwerter und der Werk schöpfer in Ansatz zu bringen seien, stünden im Falle von vermittelndem sowie kreativem Gebrauch dem rein individuellen (Gewinn-)Interesse gewichtige öffentliche Interessen gegenüber.⁵⁴⁸ Ferner wird angeregt, den Umfang und die Reichweite des zu gewährenden Urheberrechtsschutzes in Abhängigkeit von der Bedeutung des betreffenden Schutzgegenstandes für die Allgemeinheit zu bestimmen. Ohnehin sei kaum nachvollziehbar, dass das Urheberrecht bei Schutzzumfang und Schutzausgestaltung hinsichtlich der sehr unterschiedlichen Schutzgüter nicht differenziere. So genieße etwa ein Zeitungsartikel, der am Tag nach seiner Veröffentlichung in der Regel

545 Vgl. dazu eingehend GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (30 ff.).

546 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (113 ff.).

547 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (114).

548 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (119).

seinen wirtschaftlichen Wert eingebüßt habe, denselben rechtlichen Schutz wie ein Sachbuch, das zwecks Amortisation über Jahre hinweg verkauft werden müsse. Im gleichen Umfang und auf die gleiche Art seien auch eine Oper, Werke der Architektur oder ein Computerprogramm geschützt.⁵⁴⁹

Soll es nicht bei einem bloßen Lippenbekenntnis bleiben, dass wir dynamischen Wettbewerb als zugrunde liegendes Prinzip betrachten und dass Rechtsschutz nur ausnahmsweise gewährt werden darf – nämlich nur dann, wenn daraus positivere Wirkungen zu erwarten sind, als der freie Wettbewerb sie hervorbringen könnte –, so müssen uns diese Beispiele zu denken geben.⁵⁵⁰

Insoweit wird eine Neukonzeption der urheberrechtlichen Schutzfristen als der Kernpunkt jeder Differenzierung hinsichtlich des Rechtsschutzes erachtet.⁵⁵¹

II. Flexibilisierung urheberrechtlicher Schranken

Der urheberrechtliche Schranken katalog erscheint als der am besten geeignete Ort, an dem den Interessen der Werkverwender und der Allgemeinheit zur Geltung verholfen werden kann.⁵⁵² Das gilt unter systematischen Gesichtspunkten sowohl in Bezug auf Gesetzesanwendung als auch hinsichtlich künftiger legislativer Lösungen. Mit Augenmerk auf das geltende Recht wird gefordert, das Prinzip der engen Auslegung urheberrechtlicher Schranken aufzugeben. „Das Ammenmärchen von der ‚engen Auslegung von Schrankenbestimmungen‘ dürfte mittlerweile als entlarvt angesehen werden.“⁵⁵³

Daran anknüpfend wird etwa für Mashups und sonstige derivative Kreativgüter eine erweiternde Auslegung des Instituts der freien Benutzung und

549 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (125 ff.).

550 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (127).

551 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (130).

552 Vgl. dazu HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (116), der diesbezüglich auch auf Stimmen, die das Kartellrecht als ein Instrument zum Aufbau eines „Gegenschutzes“ für Werkverwender thematisieren, Bezug nimmt und diese ablehnt.

553 Vgl. HILTY, Vergütungssystem und Schrankenregelungen, GRUR 2005, S. 819 (823); dazu auch GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (459).

der Zitatschranke gefordert.⁵⁵⁴ Mit Blick auf künftige legislative Lösungen im Rahmen des Schrankenkatalogs wirkt sich Art. 5 Abs. 1 Info-RL, der es nationalen Gesetzgebern untersagt, andere als in der InfoRL vorgesehene Schranken für die im digitalen Kontext relevanten Ausschließlichkeitsrechte vorzusehen, als unüberwindbares Hindernis aus.⁵⁵⁵ Als ebenso hinderlich erweist sich der Dreistufentest, der als Schranken-Schranke bei der Einführung neuer Schranken durch die Legislative zu beachten ist und dessen herrschende Interpretation den Blick der Legislative unweigerlich auf die Belange der Rechteinhaber, insbesondere der Verwerter, verengt.

Stets aber liegen Schranken naturgemäß im Interesse jener Nutzer, für welche sie aufgestellt werden – doch deren Interessen werden im urheberrechtlichen Dreistufentest merkwürdigerweise gänzlich übergangen. Denn anders als im Markenrecht (Art. 17 TRIPS), im Geschmacksmusterrecht (Art. 26 Abs. 2 TRIPS) und im Patentrecht (Art. 30 TRIPS) fehlt im Art. 13 TRIPS der Zusatz „taking account of the legitimate interests of third parties.“⁵⁵⁶

Eine solche Rechtslage als zu starr für die technologiegetriebene Umgebung, in der sie wirkt, kritisierend,⁵⁵⁷ geht eine Forderung dahin, besagte Richtlinie derart zu überarbeiten, dass sie flexible, dem digitalen Kontext entsprechende legislative Lösungen des Problems des Zugangs sowie der Verwertung urheberrechtlicher Schutzgüter ermöglicht.⁵⁵⁸ Für den Dreistufentest wird eine flexiblere Anwendung gefordert, um etwa an Vergütungsansprüche geknüpften Schranken Raum zu geben. „Greift stattdessen der Dreistufentest dergestalt weit, dass eine Schranke nicht zum Einsatz gelangt, so bleibt es beim uneingeschränkten Verbotswort des Rechteinhabers. Rechteinhaber ist aber in Wirklichkeit [...] der Verwerter.“⁵⁵⁹

554 Vgl. so etwa OTT, Mashups, K&R 2007, S. 623 (625); für einen Überblick über Ansätze zur künftigen Regelung von Mashups, vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 198 ff.

555 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (130).

556 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (122)

557 Vgl. dagegen NIELEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 151.

558 Vgl. dazu BT.-Drs. 17/7899, S. 29.

559 HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (124).

Die Öffnung der InfoRL voraussetzend und eine alternative Lesart des Dreistufentests⁵⁶⁰ zugrunde legend werden diverse neue bzw. die Modifikation bestehender Schranken verlangt. So wird etwa die Einführung einer Schranke vorgeschlagen, welche sämtliche bisher für Bildung und Wissenschaft relevanten, mitunter komplexen und für den Adressaten kaum verständlichen Schrankenbestimmungen, insbesondere die in den §§ 52a, 52b, 53, und 53a, in einer universellen Bildungs- und Wissenschaftsschranke zusammenfassen soll, um einen unkomplizierten, aber nicht zwangsläufig unentgeltlichen Zugang zu Kreativgütern für Forschende, Lehrende und Lernende im digitalen Kontext zu gewährleisten. Andere fordern eine Schranke, die kreative Nutzungen im digitalen Verwertungsumfeld erlaubnisfrei, aber vergütungspflichtig ermöglichen soll.⁵⁶¹ Wieder andere vertreten die Ansicht, dass das System eines Schranken catalogs angesichts des raschen Wandels von Nutzungsweisen nicht flexibel genug sei, und fordern in Anlehnung an das angloamerikanische Fair Use System die Etablierung einer generalklauselartigen Universalschranke.⁵⁶²

III. Bereichsspezifische Reduktion von Verbotsrechten

Abstellend auf die Massenhaftigkeit der Rechtsverletzungen im digitalen Verwertungsumfeld und die insoweit problematische Rechtsdurchsetzung wird die Frage aufgeworfen, ob Verbotsrechte, deren Durchsetzung im digitalen Kontext eine erhebliche Grundrechtelevanz aufwiesen, ohne gleichermaßen effektiv zu sein, nicht zu relativieren seien.⁵⁶³ Die damit einher-

560 Vgl. GEIGER/HILTY/GRIFFITHS/SUTHERSANEN (Initiatoren), Declaration - A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law, S. 1 ff.; GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 ff.

561 Vgl. GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (463).

562 Vgl. dazu grundlegend KLEINEMENKE, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht, S. 519 ff. Vgl. auch HÜTTNER, Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen in Deutschland, S. 1 ff.

563 Vgl. dazu HILTY, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schrickler, S. 325 (331), der abstellend auf Dt. BGHZ 151, S. 300, 312 = GRUR 2002, S. 963 (966) – Elektronischer Pressespiegel – die Frage aufwirft, „ob das Verbotsrecht – wenn es denn in der Praxis ohnehin nicht vom Urheber selbst geltend gemacht werden kann – im Interesse des Urhebers in einen bloßen Vergütungsanspruch umgewandelt werden sollte.“; KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 472.

gehende Forderung nach bereichsspezifischer Reduktion von Verbotsrechten wird auch auf die Beobachtung gestützt, dass Urheber ihre Ausschließlichkeitsrechte vollumfänglich und umfassend auf Verwerter, etwa auf Zeitungsverleger oder im Falle von Musikern auf Musikverlage, übertragen. Abstellend auf die dadurch entstehende tripolare Interessenlage wird für bestimmte Sachlagen zur Verbesserung der Situation der Urheber einerseits und zur gleichzeitigen Berücksichtigung berechtigter Nutzerinteressen andererseits die Herabstufung von Ausschließlichkeitsrechten zu verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsansprüchen favorisiert.⁵⁶⁴

Die Ersetzung urheberrechtlicher Verbots- bzw. Ausschließlichkeitsrechte durch Vergütungsansprüche oder gar der Verzicht auf sie ist auch ein wesentliches Charakteristikum der immer wieder diskutierten alternativen Verwertungsmodelle im digitalen Kontext. Zu nennen sind insoweit die open source-, open access- und Creative Commons-Initiativen, die vorliegend im Mittelpunkt des Interesses stehende Forderung nach einer Kulturflatrate sowie schließlich das „Google-Book-Settlement“.⁵⁶⁵ Diese genannten Vorschläge und Initiativen sind teilweise bereichsspezifisch und unterscheiden sich stark voneinander,⁵⁶⁶ aber sie alle fordern gleichermaßen ein partielles Entfallen des Zustimmungsbedürfnisses für jede Verwertungs- bzw. Nutzungshandlung im digitalen Kontext. Eine gewisse Relativierung des Prinzips der Ausschließlichkeit zugunsten von Vergütungsansprüchen solle jedenfalls dann in Erwägung gezogen werden, wenn Ausschließlichkeitsrechte in einem bestimmten Bereich, etwa im Internet, ihre Schutz- und Vergütungsfunktion nicht oder nur unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Folgen zu erfüllen vermöchten. Hinsichtlich wettbewerbswidriger Zustände auf urheberrechtlich relevanten Märkten, insbesondere dem Markt wissenschaftlicher Literatur, wird der Zwanglizenz das Potential zugesprochen,

564 Vgl. HILTY, in OHLY/ u.a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 325 ff.; WENZL, Musiktauschbörsen im Internet, S. 200, die mit Bezug auf das von Netanel vorgeschlagene Modell ausführt, dass das Problem der Filesharing-Netze nicht durch juristische Ahndung gelöst werden könne, sondern durch „Legalisierung des Filesharings unter gleichzeitiger finanzieller Inanspruchnahme der Medien, die den Tausch ermöglichen und von ihm profitieren.“; FLECHSIG, in HILTY, DREXL, NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 97 ff.

565 Vgl. dazu DREIER, in OHLY/u.a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 283 (284).

566 So hat die Open Source Initiative ausschließlich Computerprogramme zum Gegenstand, die Open-Access-Bewegung hat vor allem die Wissenschaft im Blick und die Contentflatrate wird soweit ersichtlich lediglich im Zusammenhang mit dem Austausch von Unterhaltungsinhalten im Wege von Filesharing-Netzen diskutiert.

Wettbewerb sinnvoll aufrechtzuerhalten.⁵⁶⁷ Andere wiederum schlagen eine grundsätzliche, sich auch an Nutzerinteressen orientierende Neuausrichtung des Urheberrechts vor.⁵⁶⁸ Demnach sei vor allem eine neue Schutzzweckbestimmung des Urheberrechts erforderlich.

Eine andere Stoßrichtung in der Diskussion um die Frage des richtigen urheberrechtlichen Schutzniveaus zielt auf die Implementierung eines verbindlichen Höchstmaßes an Urheberrechtsschutz. Im Wege eines „Ceiling-Approach“ könne auf internationaler Ebene eine nicht derogative Schutzobergrenze installiert werden, welche die jeweiligen Unterzeichnerstaaten etwa hinsichtlich der zu schützenden Werkarten und Leistungen, der Dauer des Schutzes sowie im Hinblick auf zu schaffende Ausnahmen und Beschränkungen von Ausschließlichkeitsrechten bände.

IV. Optimierung des Systems kollektiver Rechtswahrnehmung

Ein weiterer wesentlicher Baustein im Rahmen der Herstellung eines Interessenausgleichs im digitalen Urheberrecht wird in der Optimierung und der Weiterentwicklung des Systems kollektiver Rechtswahrnehmung erblickt. Ausgangspunkt der Forderung nach einer Optimierung des Systems kollektiver Rechtswahrnehmung ist die Feststellung, dass die mit der Einführung des rechtlichen Schutzes technischer Schutzmaßnahmen aufgekommene Erwartungshaltung, unerlaubte Massennutzungen könnten nunmehr effektiv unterbunden und einzelne Nutzungshandlungen zum Gegenstand individueller Verträge und Abrechnungen gemacht werden, sich nicht bewahrheitet habe. Jene Illusionen entlarvend⁵⁶⁹ werden vor allem Vorteile kollektiver Rechtswahrnehmung, im Vergleich zu einer „Privatisierung des Urheberrechts im Rahmen technischer Schutzmaßnahmen“, sowie das Potential von Verwertungsgesellschaften als Garanten dafür aufgeführt, dass Schranken sowie sonstige Schutzausschlüsse nicht entgegen den

567 Vgl. HILTY, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, S. 633 (639 ff.).

568 Angelehnt an HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 312 ff.; FREIE UND HANSESTADT HAMBURG (Hrsg.), Diskussionspapier Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts, S. 6 ff.

569 Vgl. dazu eingehend HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 123 (124), mwN.

Gemeinwohlbelangen unterwandert würden.⁵⁷⁰ Entsprechend sehen auch die meisten Vorschläge zur Einführung von Pauschalvergütungsmodellen vor, dass die damit einhergehenden Einnahmen und deren Verteilung an die Rechteinhaber von Verwertungsgesellschaften zu organisieren seien.⁵⁷¹

570 Vgl. dazu HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (138).

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

C. Kontrolle vs. Kompensation

Die hier skizzierten Vorschläge zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs im digitalen Urheberrecht und zur Etablierung von gewissen Freiheiten für Werkverwender stellen denkbare, teilweise progressive Ansatzpunkte zur Lösung des Verwertungs- und Zugangsproblems im digitalen Kontext vor, ohne das Urheberrechtsregime als bewährtes Schutzsystem in Frage zu stellen.⁵⁷² Demgegenüber plädieren andere sogar für die Abschaffung des Urheberrechts. Zu derartigen Forderungen sei angemerkt, dass die Lösung nicht darin zu finden sein wird, die Legitimität des urheberrechtlichen Schutzregimes als solche in Frage zu stellen oder gar die Suspension des Urheberrechts zu verlangen. Dies würde in der Tat dem Verzicht auf die Einziehung von Steuern oder dem Verzicht auf die Erhebung von Beförderungsentgelten gleichkommen, die damit begründet würde, jeder Zweite hinterziehe Steuern und die öffentlichen Verkehrsmittel würden vielfach ohne gültigen Fahrausweis benutzt.⁵⁷³

Die Suche nach der optimalen legislativen Reaktion auf das Problem der Verwertung von und des Zugangs zu digitalen Kreativgütern reduziert sich auf die folgende Frage: Ist auf die Fehlstellungen im heutigen Urheberrecht durch einen weiteren Ausbau des (Exklusiv-)Rechtsschutzes oder besser mittels einer punktuellen Relativierung bzw. Verkürzung von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnissen, in die auch die untersuchungsgegenständlichen Pauschalvergütungsmodelle einzuordnen sind, zu reagieren? Klärungsbedürftig ist insoweit, welche Kriterien bei der Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage zugrunde zu legen sind.

Die zur Verfügung stehenden rechtlichen Werkzeuge zur Behebung oder Reduktion einzelner Dysfunktionalitäten sind, wie skizziert, mannigfaltig. In Betracht kommen die Modifikation der materiellen und/oder formellen Schutzvoraussetzungen und des Schutzzinhalts, die Statuierung von Schutzausschlüssen sowie die Etablierung vergütungsfreier und/oder vergütungspflichtiger gesetzlicher Lizenzen und Zwangslizenzen. Außerdem werden verschiedene Ausprägungen kollektiver Rechtswahrnehmung als mögliche Lösungsansätze diskutiert. Schließlich stehen diverse Instrumentarien auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung. Bevor aber eines oder

572 Vgl. dazu auch WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, (Hrsg.), Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet, S. 577 ff.; SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 (639), der betont, dass sich das Urheberrecht „auch unter den Bedingungen des Internets konzeptionell bewährt“ habe.

573 Vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 74.

mehrere der genannten Werkzeuge als denkbare Lösung konkret durchdacht werden können, muss die essentielle Frage beantwortet sein, ob das Problem der Verwertung von und des Zugangs zu digitalen Kreativgütern durch eine weitere Expansion des Urheberrechts oder im Wege der Relativierung von Verbotsrechten bei gleichzeitiger Sicherstellung einer Vergütung der Rechteinhaber zu lösen ist. Diese grundsätzlich zu treffende Richtungsentscheidung kommt zugespitzt in dem Antagonismus von Kontrolle und Kompensation zum Ausdruck. Die bisherige Urheberrechtspolitik in der Informationsgesellschaft ist geprägt von dem Versuch, die Kontrollmacht der Rechteinhaber über urheberrechtliche Schutzgüter weiter auszubauen. Dem liegt ein hohes Schutzniveau im Urheberrecht als Leitgedanke zugrunde. Dies soll nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

I. Hohes Schutzniveau – ein allgemein gültiges Prinzip?

Forderungen nach mehr Kontrollmacht über Werke durch den weiteren Ausbau urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte sind weder neu, noch besondere Phänomene des digitalen Verwertungsumfelds. Bereits im Vorfeld des Erlasses des deutschen UrhG im Jahr 1963 wurde die Legitimation inhaltlicher Beschränkungen des Urheberrechts bezweifelt.⁵⁷⁴ Es hieß: „Mit dem Märchen von der besonderen Sozialgebundenheit des Urheberrechts“⁵⁷⁵ sei aufzuräumen. Unter anderem sah man in der zeitlichen Begrenzung des Urheberrechts eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der Kreativen im Vergleich zum Sacheigentümer. Heute liest man entsprechend:

Der Computer ist wie Pinsel oder Bleistift ein Arbeitsinstrument der Kreativen. Deshalb sind Vorstellungen und Ideen abzulehnen, die darauf abzielen, das individualistische Begründungsmodell des Urheberrechts, das im Kern das Werk im Verhältnis zum Urheber schützt, durch Nützlichkeits-theorien abzulösen und eine weitere Verschiebung oder Schutzrichtung zugunsten der Verwerter und der Verbraucher einzuleiten.⁵⁷⁶

574 Vgl. RICHARTZ, zitiert nach STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 26.

575 RICHARTZ, zitiert nach STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 26.

576 WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter?, UFITA (2011/III), S. 649 (657).

Wie damals finden auch heute derartige Positionen ihre theoretische Grundlage vor allem in der Negation der Lehre von der besonderen Sozialbindung von Immaterialgüterrechten. Auffällig ist, dass diejenigen Argumente, die für mehr Kontrollmacht durch Schutzrechtsexpansion vorgebracht werden und insofern die Diskussion um die künftige Ausrichtung des Urheberrechts prägen, teilweise als unverrückbare Wahrheit dargestellt werden. Sie erscheinen aber bei genauerem Hinsehen zumindest fragwürdig. Dennoch hat die ständige, teilweise unreflektierte Wiederholung der erwähnten Behauptungen zur Folge gehabt, dass ein hohes Schutzniveau für Immaterialgüterrechte als allgemeines Prinzip wahrgenommen wird. Insofern ragen besonders zwei Argumentationsstränge heraus: zum einen die Theorie von der Korrelation zwischen mehr Rechtsschutz und der Entstehung von Kreativgütern und zum anderen die Theorie von der Wechselbeziehung zwischen dem unerlaubten Beziehen von Kreativgütern und dem Umsatzrückgang in der Kulturwirtschaft.

Insbesondere die legislative Verankerung der These, nur ein hohes Schutzniveau setze einen Anreiz für schöpferisches Schaffen und fördere die Entstehung kultureller Güter, legt die Annahme nahe, dass es auf diesem Gebiet nur eine richtige Politik geben könne, nämlich die der stetigen Ausdehnung des Rechtsschutzes.⁵⁷⁷ Ohne das philosophische, politische und ökonomische Fundament, das der hier angesprochenen Expansionslogik zugrunde liegt, umfassend analysieren zu wollen,⁵⁷⁸ wird nachstehend aufgezeigt, dass die für die Expansion des Urheberrechts mitunter formelartig vorgebrachten Argumente nicht derart absolut gelten, wie das in der Debatte um das Urheberrecht der Zukunft regelmäßig behauptet wird (1 und 2). Anschließend wird ausgeführt, dass insbesondere völker- und verfassungsrechtliche Erwägungen jenem Absolutheitsanspruch entgegenstehen (3).

1. Hohes Schutzniveau – ein absolutes Mittel zur Innovationsförderung?

Die Theorie von der Anreizfunktion durch Monopolisierung, welche die Förderung von Innovationen, Kreativität und Investitionen von einem

577 Vgl. PEUKERT, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 47 (48).

578 Vgl. dazu PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 31 ff.; Vgl. dazu auch PEUKERT, in BERGER/MACCIACCHINI, FS für R. Hilty, S. 39 ff.

hohen Schutzniveau abhängig macht, weist nicht nur eine politische Dimension auf. Durch ihre Erwähnung in den Erwägungsgründen diverser europäischer Richtlinien⁵⁷⁹ ist diese These gewissermaßen in das geltende Recht eingespießt.⁵⁸⁰ Umso mehr bedarf sie zumindest im digitalen Kontext einer kritischen Würdigung. Es heißt, längst sei der blinde Glaube erschüttert, dass der laufende Ausbau des Urheberrechts die Situation der Kreativen verbessere, damit das Hervorbringen neuer Werke begünstige und letztendlich der Allgemeinheit zugutekomme.⁵⁸¹

Selbst bei aller Vorsicht und unter Zugrundelegung von „worst case“-Szenarien deutet die ökonomische Tendenz offenbar zumindest auf eine Gleichgewichtigkeit der Effekte hin, so dass keine eindeutige Aussage zugunsten einer Verschärfung der Rechtsverfolgung gemacht werden kann. [...] Auch ökonomische Vertreter eines starken urheberrechtlichen Schutzes verkennen nicht die Bedeutung von Geräteabgaben als mögliche Alternative.⁵⁸²

Zudem sind es gerade neuzeitliche Phänomene wie etwa open source und Creative Commons, in denen deutlich zum Ausdruck kommt, dass das monetäre Interesse der Urheber nicht absoluter Natur ist, sondern Werk-schöpfer vielmehr von einem Bündel an Interessen geleitet werden. Das lässt sich auch mit unzähligen aktuellen sowie historischen Sachverhalten belegen: So fordern mitunter prominente Musiker die Fans auf, ihre Musik unentgeltlich und vorbei an Verlagen und Produzenten aus Internetquellen herunterzuladen⁵⁸³ und schon *Voltaire* willigte selbst darin ein, dass sein

579 Dieser Ausgangspunkt ist in verschiedenen Ausprägungen in den Erwägungsgründen diverser immaterialgüterrechtlich relevanter Richtlinien verankert. Vgl. etwa Erwägungsgründe 10, 11, Richtlinie 93/98 EWG des Rates zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte v. 29.10.1993, ABl. L. 290/9; Erwägungsgrund 12 Datenbank-RL; Erwägungsgründe 4, 9, 11, 22 Info-RL. Im Erwägungsgrund 11 der Info-RL heißt es: „Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.“ Vgl. dazu auch SCHULZE, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19a UrhG, ZUM 2011, S. 2 (5).

580 Vgl. so PEUKERT, in BERGER/MACCIACCHINI (Hrsg.), FS für R. Hilty, S. 39 (40).

581 Vgl. HILTY, in HILTY/DREXL/NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 119 (119).

582 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 54, mwN.

583 Vgl. Robbie Williams ruft zum illegalen Download seiner Musik, HEISE.DE, 19.01.2003.

letztes großes Werk *Questions sur l' Encyclopédie*, vorbei an dem rechtmäßigen, weil mit dem königlichen Privileg zum Drucken ausgestatten Verleger,⁵⁸⁴ auch im Wege des Raubdrucks verbreitet wurde. Es gefiel *Voltaire*, dass er einen Raubdruck von sich selbst herstellen lassen konnte, denn das erhöhte die Anzahl der Exemplare und förderte die Verbreitung der Aufklärung.⁵⁸⁵

Selbst die Antworten, welche das geltende Recht bereithält, sind keineswegs so selbstverständlich, wie es scheinen mag: Dass es sich bei der Idee vom absoluten Urheberrechtsschutz als Garant der Entstehung von Kreativität und Innovation um kein allgemeingültiges Prinzip handelt, wird auch deutlich, wenn man sich die Entwicklung der Wissens- und der Kulturerzeugung sowie deren Verbreitung und damit einhergehend die Geschichte der Zuordnung von Wissen bzw. Information zu Individuen bzw. zur Allgemeinheit vergegenwärtigt. Bereits die Gesellschaften ohne Schriftsprache verfügten über bedeutende Wissens- und Kulturbestände, die von jeder Generation auf die nachfolgende übertragen und so ständig weiterentwickelt wurde, ohne dass es auf einen Autor ankam.⁵⁸⁶ Auch die Verschriftlichung führte nicht unmittelbar dazu, dass die Figur bzw. die Rolle eines Autors allgemein anerkannt, geschweige denn mit so etwas wie Ausschließlichkeitsrechten ausgestattet wurde. Im Mittelalter wurden Wissens- bzw. Textproduktionen nicht als etwas Eigenständiges, Personifizierbares wahrgenommen oder einer wie auch immer gearteten Kategorie zugeordnet, welche die Existenz etwaiger Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers hätte rechtfertigen können. Vielmehr galt der mittelalterliche Werkschöpfer als bloßer Mittler zwischen Gott und den Menschen, denen er Gottes Idee nahebrachte. Das heute selbstverständlich erscheinende und gelegentlich als natürlich vorgegeben dargestellte Verhältnis zwischen Werk und Autor und damit einhergehend die Gleichung vom Rechtsschutz als Garantie für Kulturschöpfung und -verbreitung musste erst geschaffen werden.

584 Im 18. Jahrhundert war ein Rechtsschutz für Geisteswerke und deren Schöpfer nicht bzw. nur rudimentär anerkannt. Es existierte ein Privilegienwesen, in dem Träger öffentlicher Gewalt Verleger bzw. Drucker durch Erteilung eines Privilegs zu Monopolisten machten und auf ihrem Territorium das Nachdrucken der jeweiligen Werke durch andere Drucker verboten; vgl. dazu REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 14.

585 Vgl. DARNTON, Die Wissenschaft des Raubdrucks, S. 35.

586 Vgl. WALTER J, Orality and Literacy, S. 16 ff.

2. Raubkopien – Hauptursache für den Umsatzrückgang der Kulturwirtschaft?

Das Argument vom unerlaubten Beziehen digitaler Kreativgüter als Hauptursache für den Umsatzrückgang geht zugespitzt dahin, dass jede unerlaubt erfolgende Nutzung eines digitalen Kreativguts einen Umsatzrückgang auf der Seite des Rechteinhabers im analogen Kontext auslöse. Dem liegt die Theorie zugrunde, die Zahlungsbereitschaft für kreative Leistungen sei gesunken, da digitale Kreativgüter massenhaft kostenlos verfügbar seien, und das unerlaubte und kostenlose Beziehen sei die Ursache für die signifikanten Umsatzeinbußen der betroffenen Kreativwirtschaft.⁵⁸⁷ Studien, welche die Klärung dieser Fragen zum Gegenstand haben, existieren durchaus. Denn seit mehr als zehn Jahren werden die Beschaffenheit, die Erscheinungsformen sowie die Folgen des internetbasierten unerlaubten Beziehens von Unterhaltungsmedien in zahlreichen Untersuchungen behandelt.⁵⁸⁸ Allerdings ist die Aussagekraft jener Analysen begrenzt. Sie sind lediglich in der Lage, die Spuren der unerlaubten Medienzirkulation zu sichern. Übereinstimmend gelangen sie allesamt zu dem Ergebnis, dass erstens der Absatz von physischen Unterhaltungsmedien wie CDs und DVDs zurückgehe. Zweitens diagnostizieren die Untersuchungen, dass Peer-to-Peer-Netzwerke, Downloaddienste, Streamingplattformen usw. von einem Großteil der Internetnutzer beständig und zunehmend für das unlicenzierte und kostenlose Beziehen, den Konsum sowie die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Inhalten verwendet würden. In diesen beiden Aspekten erschöpft sich die Aussagekraft der Studien. Das Nebeneinanderbestehen dieser Sachverhalte stellt aber nicht zwangsläufig einen Kausalitätsbeweis dar.⁵⁸⁹ Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Unterhaltungsindustrie, insbesondere der Musiksektor, seit jeher eine risikoreiche Branche ist. Schon vor dem Aufkommen der Digitaltechnik und des Internets waren neun von zehn Alben kommerziell erfolglos.⁵⁹⁰ Andererseits sind ebenfalls im digitalen Zeitalter, wenn auch vereinzelt, Verkaufserfolge von Tonträgern zu verzeichnen. So wurde das Album der zuvor völlig unbekanntes Sängerin

587 Vgl. PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 3.

588 Eine Auflistung einer Vielzahl solcher Studien findet sich in EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 114 ff.

589 Vgl. SANTANGELO, Der urheberrechtliche Schutz digitaler Werke, S. 6. Diesbezüglich vertritt ZWENGEL, Kulturflrates, S. 63 wohl eine andere Auffassung.

590 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 25.

Susan Boyle, nachdem sie infolge eines Fernsehauftritts bei einem britischen Talentwettbewerb bekannt geworden war, in den Jahren 2009 und 2010 weltweit 9 Millionen Mal als CD verkauft.⁵⁹¹

Eine weitere Schwäche besagter Studien liegt darin, dass sie den Umfang der Verletzungshandlungen in der Regel durch Befragungen ermitteln, wodurch sich Probleme der Dunkelzifferforschung ergeben. Außerdem sind die Studien mit Blick auf die Ermittlung von Handlungsoptionen insofern lückenhaft, als sie kaum Daten liefern über die Kenntnis der rechtlichen Regeln und ihrer Akzeptanz durch die Handelnden oder darüber, wie sie handeln würden, wenn die rechtswidrigen Quellen geschlossen würden. Schließlich widersprechen sich die einschlägigen Studien in einigen Ergebnissen teilweise diametral.⁵⁹² Bei Berücksichtigung dieser Unzulänglichkeiten drängt sich die Folgerung auf, dass es schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, eine verbindliche Aussage über die tatsächlichen Folgen internetbasierter Urheberrechtsverletzungen für die Kreativwirtschaft zu treffen.

Jedenfalls lässt sich festhalten, dass Digitalisierung und Netzwerktechnologien, insbesondere Peer-to-Peer-Systeme, vornehmlich jene Medienunternehmen tangieren, deren Inhalte digital genutzt werden können, sich ohne großen Aufwand an weitere Nutzer übertragen lassen, ein Nutzer gezielt sucht und sich an private Endkonsumenten richten.⁵⁹³ Diesbezüglich kann unabhängig von den bestehenden Schwächen auf dem Gebiet der Empirie davon ausgegangen werden, dass internetbasierte Urheberrechtsverletzungen in beträchtlichen Ausmaß stattfinden und das Vergütungsinteresse von Rechteinhabern nicht unerheblich beeinträchtigen.⁵⁹⁴ Dabei darf aber nicht unterstellt werden, dass mit jeder aus illegalen Quellen erworbenen digitalen Kopie der jeweilige Rechteinhaber die Einnahme für eine verkaufte Kopie einbüßt.⁵⁹⁵ In dieser Hinsicht geht selbst der Bundesverband der Musikindustrie davon aus, dass nur zehn bis zwanzig Prozent der illegal erworbenen Musikstücke ohne die Möglichkeit des illegalen Erwerbs gekauft worden wäre.⁵⁹⁶

591 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), *The „Content-Flatrate“*, S. 25.

592 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 61 ff.

593 Vgl. HESS, in FRIEDRICHSEN/SCHENK (Hrsg.), *Globale Krise der Medienwirtschaft*, S. 82.

594 Vgl. so auch ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 63.

595 Insoweit unpräzise vgl. ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 63.

596 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 61 ff.

Insofern erscheint ein monokausaler Begründungsansatz unangebracht, der den Rückgang der Einnahmen der Kreativwirtschaft, etwa der Musikindustrie, auf nur einen Faktor, nämlich die urheberrechtswidrigen Nutzungen im Internet, zurückführt. Das immer wieder in diesem Kontext zu vernehmende Fazit, der Einbruch des Umsatzes der Kreativwirtschaft, etwa der Musikindustrie, sei die Kehrseite der rechtswidrigen internetbasierten Distribution von Musik, ist unberechtigt.⁵⁹⁷

3. Grundrechtliche Implikation der Urheberrechtsdurchsetzung

Teilweise bereits praktizierte sowie beabsichtigte Instrumente zur Durchsetzung des Urheberrechts, insbesondere die oben skizzierten gegen Internetnutzer gerichteten Maßnahmen, die in Sanktionen münden können, wie etwa der Drosselung der Bandbreite bis hin zur Verwehrung des Zugangs zum Internet oder der zwangsweisen Einstellung von Internetdiensten, erscheinen bei Zugrundelegung grundrechtlicher Aspekte zweifelhaft.⁵⁹⁸ Ungeachtet der möglicherweise vorhandenen pädagogischen Sinnhaftigkeit sind sie geeignet, sich störend auf das Interessengleichgewicht auszuwirken, welches durch das Urheberrecht idealerweise herbeizuführen ist. Zudem weisen sie eine verfassungsrechtliche Dimension auf, die es bei der Frage der Verhältnismäßigkeit jeder Durchsetzungsmaßnahme zu bedenken gilt. Insoweit kollidiert die Eigentumsgarantie für die Rechteinhaber mit dem Schutz der Privatsphäre, dem informationellen Selbstbestimmungsrecht sowie dem Kommunikationsgrundrecht der Internetnutzer (a).

597 Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), *The „Content-Flatrate“*, S. 25 und S. 113, wo die Autoren zu dem Ergebnis kommen: „The markets for CDs and DVD/VHS rental are the only sectors of the entertainment industry that are suffering from a slump in sales. Whereas this may be attributed in part to file-sharing activity, file-sharing is not solely to blame for the decline. The markets for DVDs and console games continued grow impressively after P2P services were introduced, and the cinema market showed sustained growth between 1999 and 2007.“; vgl. dazu auch SPINDLER, *Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate*, S. 38 ff., mwN; dagegen offenbar SCHWARTMANN, *Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H*, S. 5.

598 Vgl. dazu Teil 3, A. II.; zu Grundrechten mit besonderem Bezug zum Medien- und Telekommunikationsrecht vgl. FINK, in SPINDLER/SCHUSTER, *Recht der elektronischen Medien*, (B. Europarecht, Rn. 29). Zur Relevanz des Immaterialgüterrechts als Menschenrecht vgl. SEBASTIAN, *Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht*, GRUR Int 2013, S. 524 ff.

Außerdem ist eine Reihe anderer Grundrechte betroffen (b), die in einem Spannungsverhältnis zur Eigentumsgarantie stehen (c).

a) Private Kommunikation und personenbezogener Daten

Im Anbetracht der Verschriftlichung der Unionsgrundrechte ist es angezeigt, die im Fokus stehende, mit eingriffsintensiven Maßnahmen der Urheberrechtsdurchsetzung einhergehende Grundrechtskollision anhand der Europäischen Grundrechtscharta⁵⁹⁹ darzustellen⁶⁰⁰, zumal die Europäische Union und deren Organe gem. Art. 51 EGRCh an die Charta gebunden sind und diese bei der künftigen Ausgestaltung des Immaterialgüterrechts zu beachten sein wird.⁶⁰¹

Bei Internetsperren ist zwischen der Sperrung des Zugangs eines einzelnen Nutzers zum Internet (Anschlussperre) und der Unterbindung des Zugriffs auf bestimmte Internetdienste (Zugriffssperre) zu unterscheiden.⁶⁰² Durch eine Anschlussperre wird das Recht auf Achtung der privaten Kommunikation der betroffenen Internetnutzer beschnitten und damit in den Schutzbereich des Art. 7 EGRCh eingegriffen.⁶⁰³ Danach hat jede Person

599 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 30. März 2010, ABl. 2010, C 83/389 (nachfolgend EGRCh genannt); Vgl. dazu LUDWIG, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen, EuR 2011, S. 715 ff.

600 AMINI/SLOWINSKI, in HILTY/JAEGER (Hrsg.), Lissabonprojekt, Abschnitt 3.3.2.2.

601 Vgl. GEIGER, in DERCLAYE (Hrsg.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 27 (28).

602 Der Begriff „Anschlussperre“ wird hier in Abgrenzung zur „Zugriffssperre“ eingeführt, um die folgende Diskussion übersichtlicher zu gestalten. In der Literatur werden die unterschiedlichen Sperrmaßnahmen soweit ersichtlich meist unter dem einheitlichen Begriff der „Netzperre“ diskutiert. Zur Bedeutung und Entwicklung von Sperrmaßnahmen im Internet vgl. FREY/RUDOLPH/OSTER, Internetsperren und der Schutz der Kommunikation im Internet, MMR Beil. 2012, S. 1 ff.

603 Vgl. BVerfG, NJW 2010, S. 833 (833); SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 81; vgl. dazu Art. 5 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. 2002, L 201/37; vgl. dazu auch SCHAAR, Datenschutz im Internet, S. 63; SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 83; Gegen die Einordnung von IP-Adressen als personenbezogene Daten MEYERDIERKS, Sind

das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Der Schutzbereich erfasst die private Kommunikation mit einem ortsabwesenden Partner, die durch Vermittlung Dritter zustande kommt.⁶⁰⁴ Als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 7 EGRCh ist jede Maßnahme anzusehen, die den Übermittlungsvorgang betrifft und zur Kenntnis der Kommunikationsinhalte oder der Kommunikationsumstände, beispielsweise Absender, Empfänger, Zeitpunkt, Kommunikationsweg etc., führt.⁶⁰⁵ Anschlussperren, die an eine widerrechtliche Handlung des Internetnutzers anknüpfen, setzen, ganz gleich, wie sie im Einzelnen umgesetzt werden, die Analyse und Überwachung der Internetkommunikation des jeweiligen Nutzers voraus. Das ist ohne vorherige Erfassung der einem Teilnehmer zugeordneten Internetverkehrsdaten sowie Kommunikationsumstände nicht möglich.⁶⁰⁶ Insoweit ist eine auf Vorrat erfolgende Speicherung der Daten durch die Internet Access-Provider erforderlich.⁶⁰⁷ Wegen der möglichen Personenbezogenheit der bei digitaler Fernkommunikation übermittelten Daten stellt die im Vorfeld einer Anschlussperre vorzunehmende Verarbeitung der Daten zugleich einen Eingriff in das Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 EGRCh dar.⁶⁰⁸ Diese mit der Erfassung sensibler Internetverkehrsdaten einhergehende Gefährdung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit privater, über informationstech-

IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, S. 8 (9). Bei Zugrundelegung deutschen Verfassungsrechts ist insoweit das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG einschlägig.

604 Vgl. BERNSDORFF, in MEYER (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 7 Rn. 24.

605 Vgl. JARASS, EU-Grundrechte, S. 168.

606 Vgl. GERCKE, Zugangsprovider im Fadenkreuz der Urheberrechtshaber, CR 2000, S. 210 (216); vgl. auch FREY, Netzsperrungen, MMR, 2009, S. 221 (221); Zu technischen Grundlagen und Durchführbarkeit von Sperrmaßnahmen, vgl. SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 36 ff.

607 Vgl. GREVE/SCHÄRDEL, Zwischenruf Internetsperren wegen Urheberrechtsverstößen, ZRP 2009, S. 54 (55); über die Verfassungsmäßigkeit der vorsorglichen und anlasslosen Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Dienstanbieter zum Zwecke der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr hat zuletzt das Bundesverfassungsgericht entschieden, vgl. dazu BVerfG, NJW 2010, S. 833 (833).

608 Bei Zugrundelegung deutschen Verfassungsrechts ist insoweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen.

nische Systeme vermittelter Kommunikation, gleicht der bei der Vorratsdatenspeicherung nach § 113a TKG, den das Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen Art. 10 GG für nichtig erklärt hat.⁶⁰⁹

b) Betroffenheit weiterer Grundrechte

Die einem Internetnutzer auferlegte Anschlussperre tangiert potentiell noch weitere Grundrechte. Insbesondere können Netzsperrern jeglicher Art die in Art. 11 Abs. 1 EGRCh gewährte Meinungs- und Informationsfreiheit beschneiden. Insoweit ist zu beachten, dass auch reine Unterhaltung, etwa leichte Musik, vom Schutzbereich umfasst ist.⁶¹⁰ Freilich gilt das Grundrecht auch für Äußerungen im Internet. Als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe sind nicht nur präventiv wirkende Verbote und nachträgliche Sanktionen zu werten, sondern jegliche Behinderungen der Kommunikation.⁶¹¹

Wird einem Internetnutzer der Zugang zum Internet infolge von Urheberrechtsverletzungen verwehrt, wird ihm das Kommunikations- und Informationsmedium schlechthin genommen. Durch eine solche Sanktion wird gleichzeitig in sämtliche Teilgewährleistungen und damit umfänglich in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit eingegriffen. Die ohnehin weitreichende Einschränkung von Nutzungsfreiheiten wird auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung vertieft, wenn die Schutzrechte durch Maßnahmen durchgesetzt werden, die eine Überwachung der internetbasierten Kommunikation erfordern und in letzter Konsequenz zum Ausschluss eines Nutzers vom Internet führen können.⁶¹² Angesichts der essentiellen Bedeutung des Internets im Alltagsleben und in Anbetracht seiner Relevanz für die politische und gesellschaftliche Partizipation ist die Verschärfung der Urheberrechtsdurchsetzung, wie sie etwa in den Three Strikes-Regelungen zum Ausdruck kommt, auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit problematisch, zumal technisch versierte Internetnutzer davon kaum betroffen sind. Ohnehin bedarf es längst keiner lokalen Schnittstellen mehr, um

609 Vgl. Urteil vom 02. März 2010 - 1 BvR 256/08.

610 Vgl. zur Musik als soziale Aktivität, eingehend LORENZ, *Lyrics and the Law*, S. 3 ff; dagegen offenbar ELBEL, *Kritik des Gutachtens über die "Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate"*, K&R 2013, S. 439 (443).

611 Vgl. EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, S. 544; FEISE, *Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtscharta*, S. 144.

612 Vgl. KÜHLING, *Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht*, NVwZ 2014, S. 681 ff.

Daten zu tauschen. Dank *Bluetooth* muss dies nicht einmal mehr über das Internet stattfinden.

Netzsperrern in der Gestalt von Zugriffssperren, d.h. die Unterbindung des Zugriffs auf bestimmte Angebote, gefährden zudem eine Reihe von Grundrechten der Internetdienstanbieter, wie etwa die Berufsfreiheit aus Art. 15 EGRCh sowie die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 EGRCh. Außerdem sind Kommunikationsgrundrechte, insbesondere die Medienfreiheit aus Art. 11 Abs. 2 EGRCh, betroffen. Dem Schutzbereich des Art. 11 Abs. 2 EGRCh unterfällt neben der Informationsvermittlung sowie wertenden Stellungnahmen ebenso die Unterhaltung.⁶¹³ Auch hinsichtlich der Medienfreiheit gilt der Grundsatz, dass jegliche Behinderung der Kommunikation einen Eingriff in das Grundrecht darstellt. Die Sperrung eines Internetdienstes als die wohl schwerwiegendste Art der Beschränkung stellt folglich einen Eingriff dar, der zudem wegen seiner Intensität spezielle Anforderungen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit verlangt.⁶¹⁴ In diesem Zusammenhang ist außerdem zu betonen, dass die Ausweitung der Störerhaftung auf weitere mittelbar Beteiligte, wie etwa Werbetreibende oder Zahlungsdienstleister, wie es teilweise gefordert wird,⁶¹⁵ deutlich über die Grundsätze der Störerhaftung hinausgehen würde.⁶¹⁶ Die als Störer in Anspruch zu nehmende Person muss auf irgendeine Weise willentlich und adäquat kausal zu der betreffenden Rechtsverletzung beigetragen haben, wobei es ihr rechtlich und tatsächlich möglich sowie zumutbar sein muss, die unmittelbare Rechtsverletzung zu unterbinden. Das ist bei Werbetreibenden oder Zahlungsdienstleistern nicht der Fall. Denn ihnen ist oft nicht einmal bewusst, dass die Plattform, auf der sie Werbung schalten bzw. Zahlungsverkehr abwickeln, zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen genutzt wird,⁶¹⁷ zumal viele Internetdienste, insbesondere Sharehoster, über die urheberrechtswidrig Kreativgüter verbreitet werden, auch eine ganze Reihe legaler Nutzungsmöglichkeiten bieten, für die ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis besteht. Neben einer Verwendung als virtueller Aufbewahrungsort für große Dateien können sie dazu

613 Vgl. EHLERS, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 542.

614 Vgl. BERNSDORFF, in MEYER (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 11 Rn. 20.

615 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, K&R 2013, S. 439 (440)

616 Vgl. SPINDLER, Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate, K&R 2013, S. 544 (545).

617 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, K&R 2013, S. 439 (440).

eingesetzt werden, eigene oder gemeinfreie Dateien anderen zur Nutzung bzw. zur Bearbeitung verfügbar zu machen. Das kommt sowohl für Geschäftskunden in Betracht, die ihren Kunden Zugang zu bestimmten Informationen gewähren wollen, als auch für Privatpersonen, die z. B. eigene Fotos und Filme mit Freunden und Bekannten austauschen wollen.⁶¹⁸ Die auf Grundsätzen der Störerhaftung beruhende Rechtsdurchsetzung zieht schon heute weite Kreise, ohne tatsächlich effektiv zu sein. Potentielle Anspruchsverpflichtete sind neben Internetdiensten private wie öffentliche WLAN-Betreiber, etwa Hotels, Cafés, Restaurants, Bahnhöfe, Flughäfen oder Universitäten und andere öffentliche Einrichtungen.⁶¹⁹

c) Eigentumsgarantie im Spannungsverhältnis von Kommunikations- und Datenschutz

Sanktionen wie Netzsperrern sind geeignet, die Vertraulichkeit der Kommunikation, den Datenschutz sowie die Medienfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und je nach Einzelfall eine Reihe anderer Bürgerrechte zu beeinträchtigen. Diese Grundrechtspositionen seitens der Adressaten von Durchsetzungsmaßnahmen füllen zusammen eine Waagschale. Ihr gegenüber befindet sich der grundrechtliche Eigentumsschutz, der nach Art. 17 Abs. 2 EGRCh nunmehr auch explizit das „geistige Eigentum“ umfasst.

Die auf diese Weise miteinander kollidierenden fundamentalen Güter sind im Sinne einer praktischen Konkordanz⁶²⁰ in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dabei darf keine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Sofern ein Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen nicht gelingt, liegt eine Grundrechtsverletzung vor. Netzsperrern begünstigen den Eigentumsschutz insbesondere gegenüber den Kommunikationsfreiheiten und dem Datenschutzgrundrecht. Derartige Durchsetzungsinstrumente lösen das Spannungsverhältnis zwischen Rechteinhabern und Internetnutzern dahingehend auf, dass sie weitreichende Einschränkungen der Grundrechte der Internetnutzer in Kauf nehmen. Gleichzeitig ver-

618 Vgl. so mit Bezug auf Rapidshare BGH, GRUR 2013, S. 370 (371) – Alone in the Dark.

619 Vgl. BGHZ 185, 330 ff. – Sommer unseres Lebens; SPINDLER, Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflaute, S. 6, mwN.

620 Vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 91.

leihen sie dem Eigentumsschutz seitens der Rechteinhaber maximale Geltung. Denn Netzsperrern erfordern eine Analyse sensibler Internetverkehrsdaten, die geeignet ist, das Kommunikationsverhalten der Betroffenen in signifikantem Ausmaß zu rekonstruieren. Zudem wirken sie auf Alltagsgewohnheiten ein, die elementar für die Teilnahme eines jeden am gesellschaftlichen Leben von heute sind. Sie beeinträchtigen die Vertraulichkeit heutiger Kommunikationsmittel erheblich und erschüttern damit auch das Vertrauen in deren Nutzung. Die Missbrauchsmöglichkeiten, die mit solchen Durchsetzungsinstrumenten verbunden sind, verschärfen die belastende Wirkung. Sie sind daher geeignet, die von ihnen beschnittenen Grundrechte gänzlich ihrer Wirksamkeit zu berauben. Überdies widerspricht ein uneingeschränkter Schutz von Immaterialgütern den auch für die Europäische Union verbindlichen völkerrechtlichen Vorgaben, etwa des Art. 7 TRIPS.⁶²¹

II. Hohes Schutzniveau – ein zweifelhaftes Prinzip!

Die der heutigen Urheberrechtsdiskussion anhaftende Expansionslogik wird im Wesentlichen von zwei Leitgedanken bestimmt. Ersterer besagt, die Forderung von Innovation und kreativem Schaffen, Entwicklung des Arbeitsmarktes und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit in der Kreativbranche sei nur möglich, wenn das Urheberrecht rigoros und auf hohem Niveau geschützt werde. Daneben steht die Gleichung, wonach jeder unerlaubt erfolgenden Nutzung eines digitalen Kreativguts ein entsprechender Umsatzrückgang auf der Seite des betreffenden Rechteinhabers gegenüberstehe. Diese Prämissen der Ausweitung des Urheberrechts im digitalen Kontext sind nicht uneingeschränkt zutreffend.⁶²² Das verdeutlicht eine kritische Betrachtung dieser mitunter formelartig kommunizierten Gleichungen. Außerdem steht der einer Expansionslogik zugrundeliegenden Negation der Sozialbindung des Urheberrechts eine Reihe verfassungs- sowie völkerrechtlicher Vorgaben entgegen. Schließlich kollidieren aktuell diskutierte und teilweise bereits praktizierte Maßnahmen zur Durchsetzung des Urheberrechts mit Schutz- und Teilhaberechten, welche für eine funktio-

621 Vgl. dazu die Stellungnahme des MPI zum Vorschlag für eine Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums. S. 1 ff.

622 Vgl. dazu GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (2).

nierende Informationsgesellschaft von elementarer Bedeutung sind. Inso-
weit sind vor allen Dingen der Schutz personenbezogener Daten, die Privat-
sphäre sowie die Kommunikations- und Mediengrundrechte tangiert.

D. Plädoyer für einen Perspektivenwechsel – Kompensation ohne Kontrolle

Die eingangs erwähnte Richtungsentscheidung, die zugespitzt den Antagonismus von Kontrolle und Kompensation auflöst, stellt eine zentrale Herausforderung dar, zumal der behauptete Akzeptanzverlust des Urheberrechts im digitalen Kontext eine gesellschaftliche Wirklichkeit beschreibt.⁶²³ Sie ist die Kehrseite einer einseitig orientierten Urheberrechtspolitik und -gesetzgebung. Dies wiegt umso schwerer, wenn man bedenkt, dass die Verweigerung der Urheberrechtsnormbefolgung als ein weit verbreitetes soziales Verhaltensmuster nicht ohne negative Rückwirkung auf die Legitimität und Effektivität des Urheberrechts bleiben kann.⁶²⁴ In diesem Kontext findet auch die Warnung, der Verlust der Überzeugungskraft des Urheberrechts sei für die Akzeptanz des Rechtssystems überhaupt abträglich, ihren Widerhall im rechtswissenschaftlichen sowie rechtspolitischen Diskurs.⁶²⁵ Angesichts der aufgezeigten ungleichen Gewichtung der betroffenen Belange im digitalen Urheberrecht verwundert es, dass die Forderung, nunmehr auch berechnete Interessen anderer Beteiligter, insbesondere von Werkverwendern, zu berücksichtigen, als Negation und Versuch der Zurückdrängung der Grundrechte von Urhebern gewertet wird.⁶²⁶

In Abkehr von der Expansionslogik wird vorliegend darauf abgestellt, welche der zur Verfügung stehenden Alternativen, einerseits die Kontrolle im Wege von Schutzrechtsexpansion, andererseits die Kompensation durch Relativierung von Verbotsrechten, es am besten vermag, die Fehlstellungen im digitalen Urheberrecht – Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion zulasten der Rechteinhaber, Störung der Innovations- und Kommunikationsfunktion zulasten der Werkverwender sowie Störung der Innovationsfunktion zulasten der Intermediäre – zu beseitigen bzw. zu reduzieren und dabei den Funktionen des Urheberrechts Rechnung zu tragen.

623 Vgl. so HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 75; dazu auch HILTY, Vergütungssystem und Schrankenregelungen, Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, S. 819 (824); DREIER, in DREIER/SCHUZE, UrhG, § 106 Rn. 2.

624 Vgl. dazu HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 75; zum Geltungsgrund des positiven Rechts vgl. grundlegend WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16 ff.; kritisch dazu LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, S. 28.

625 Zu derartigen Warnungen vgl. etwa PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 4; SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H, S. 5.

626 Vgl. dazu v. LEWINSKI, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 401 (401).

Die auf politischer Ebene im Vordringen befindlichen Bestrebungen zum weiteren Ausbau von Schutzrechten sind ausschließlich auf die Förderung der Schutz- und Vergütungsfunktion des Urheberrechts gerichtet. Auf die übrigen Funktionen des Urheberrechts wirken sie sich eher nachteilig aus. Die im Wesentlichen dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zuzuordnenden Konzepte setzen einerseits auf gegen Internetnutzer gerichtete Durchsetzungsinstrumente (Netzsperrern) und andererseits auf private Regulierung, insbesondere providergestützte Durchsetzungsmechanismen. Insgesamt zielen sie auf den abermaligen Ausbau sowie die Verschärfung der heute schon zur Anwendung kommenden Durchsetzungsinstrumente ab. Konzepte zur Überwindung der systeminduzierten Herausforderungen⁶²⁷ der digitalen Verwertungsumgebung, nämlich der Globalität sowie der dezentralen Struktur des Netzes, weisen sie nicht auf. Ihr Erfolg im Rahmen der Realisierung des gesteckten Zieles der Sicherstellung der Schutz- und Vergütungsfunktion des Urheberrechts ist daher zweifelhaft. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die bisherige, auf einer Expansionslogik basierende legislative Reaktion auf den technologischen Wandel nicht den gewünschten Erfolg erzielt hat. Vielmehr hatte die so geartete Gesetzgebung zur Folge, dass die mit den heutigen Digital- und Netzwerktechnologien entstandenen Kommunikations- und Informationsfreiheiten nicht der Umgebung angemessen zum Tragen kommen. Statt Kreativität und Innovationen zu stimulieren, verkleinert ein solches Urheberrecht den für kulturelle Entfaltung verfügbaren Raum.

Warum aber eine auf Schutzrechtsexpansion setzende Ausweitung des Urheberrechts, die bereits in einer Krise des Rechtsgebiets gemündet ist, nunmehr andere Ergebnisse erzielen sollte, ist nicht ergründbar, zumal die Maxime vom durch das Urheberrecht zu schaffenden Interessenausgleich weiterhin unbeachtet bliebe. Vielmehr ist ein Perspektivenwechsel von der Kontrolle hin zur Kompensation vorzunehmen. Dort, wo der urheberrechtliche Anspruch auf wirtschaftliche Partizipation an jeder Werkverwertung mit Ausschließlichkeitsrechten mangels einer entsprechenden Kontrollmacht nicht durchgesetzt werden kann, ist es gerade auch im Hinblick auf die Schutz- und Vergütungsfunktion sinnvoll, über Vergütungskonzepte nachzudenken, die eine Kontrolle jeder Nutzungshandlung nicht erfordern.

627 Vgl. so HENNEMANN, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, S. 223.

Teil 4: Pauschalvergütungsmodelle – systemimmanente Lösungen?

Ob und inwieweit die zu untersuchenden Pauschalvergütungsmodelle geeignet sind, den Dysfunktionalitäten des digitalen Urheberrechts entgegenzuwirken, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Die Verfechter der gelegentlich als „dritter Weg“⁶²⁸ bezeichneten Modelle sind jedenfalls der Auffassung, die heutigen Digital- und Internettechnologien versprechen für alle Beteiligten gleichermaßen gewinnbringend zu sein.⁶²⁹

Mit Blick auf die Situation der Internetnutzer und der urheberrechtlichen Kommunikations- und Innovationsfunktion sind die alternativen Konzepte darauf gerichtet, die nicht gewerbliche Nutzung digitaler Kreativgüter für den eigenen Werkgenuss und zu persönlichen Informations- oder Unterhaltungszwecken sowie zu transformativen Zwecken rechtssicher zu ermöglichen. Dabei soll darauf verzichtet werden, für jedes urheberrechtlich relevante Verhalten eine Erlaubnis des Rechteinhabers einzuholen und für jede Nutzungshandlung gesondert und individuell zahlen zu müssen. Die Interessen der Rechteinhaber und die Schutz- und Vergütungsfunktion in den Fokus nehmend intendieren Pauschalvergütungsmodelle die Sicherstellung einer entgeltlichen Verwertung. Dies soll auf der Basis von privatautonom oder gesetzlich geregelten und im letzteren Fall kollektiv wahrgenommenen Pauschalzahlungen erfolgen.⁶³⁰

Dieser utilitaristisch geprägten Stoßrichtung mag entgegengehalten werden, es handele sich um eine ökonomische Warte, welche das Urheberpersönlichkeitsrecht vernachlässige und nicht hinreichend berücksichtige, dass die Persönlichkeit um der Menschenwürde Willen niemals zum Objekt von Nützlichkeitsabwägungen gemacht werden dürfe.⁶³¹ Eine solche Kritik blendet aber aus, dass es sich beim Urheberrecht, insbesondere dem für den

628 RENNER, Die Kulturfltrate als dritter Weg, S. 1.

629 Zu den insoweit Bezug genommenen Versprechen der neuen Medien vgl. FISHER, Promises to Keep, S. 11 ff.

630 PRIVATKOPIE.NET / u.a. (Hrsg.), Kompensation ohne Kontrolle, S. 8; WEGENER, Kulturfltrate, S. 2.; PETSCHULAT, Kulturfltrate, S. 5.

631 Vgl. so SCHACK, in DEPENHEUER/PEIFER (Hrsg.), Gesitiges Eigentum, S. 124 (133), der sich allgemein und deutlich gegen utilitaristische Ansätze in der Diskussion um die Ausgestaltung des Urheberrechts wendet.

digitalen Kontext relevanten Urheberrecht, zumindest auch um Wirtschaftsrecht handelt,⁶³² zumal vorliegend letztlich eine Lösung zu favorisieren sein wird, die allenfalls geringe urheberpersönlichkeitsrechtliche Implikationen aufweist.

Verfechter von Pauschalvergütungsmodellen sind bestrebt, ihre Konzepte den urheberrechtlichen Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung zuzuordnen.⁶³³ Das ist auf die Maxime zurückzuführen, das bestehende Verwertungs- und Zugangsproblem durch systemimmanente Instrumentarien zu lösen, ohne das Urheberrecht als bewährtes Schutzregime in Frage stellen zu müssen.⁶³⁴ Diesen Ansatz aufgreifend, wird nachfolgend der Versuch unternommen, die vor allem in der US-amerikanischen Literatur thematisierten, teilweise sehr unterschiedlichen Pauschalvergütungskonzepte nach denjenigen gesetzlichen Instrumentarien zu kategorisieren, mit denen das jeweilige Modell umzusetzen wäre (A). Wenn und soweit ein bestimmtes Pauschalvergütungsmodell mit den herkömmlichen Mitteln der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht realisiert werden könnte, steht das jeweilige Modell nicht außerhalb des Urheberrechtssystems. Man wird dann jedenfalls mit Bezug auf das betreffende Konzept im Falle seiner Implementierung nicht vom Untergraben des Wesenskerns des Urheberrechts oder gar von einer Erosion dieses Rechtsgebiets sprechen können.⁶³⁵

632 Vgl. dazu eingehend, KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 201 ff., vgl. auch DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, Einl. Rn. 17a.

633 Einen derartigen Versuch unternimmt etwa GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommunikation, 4/2004, S. 49 (50), der zwischen „Schrankenbestimmungen“, „Zwangslizenzen“ und „gesamtvertraglichen Lösungen“ unterscheidet. Wobei er offenbar – begrifflich unscharf – Zwangslizenzen als zwingende kollektive Rechtswahrnehmung verstanden wissen will. Vgl. dazu aber PFENNIG, Informationsgesellschaft und Kulturfltrate, Kulturpolitische Mitteilungen, IV 2009, S. 34 (34), der diesbezüglich die Behauptung aufstellt, dass derartigen Konzepten umso mehr Unterstützung zuteil werde, je weiter der Abstand von der urheberrechtlichen Realität sei.

634 Vgl. dazu GEIGER, Rethinking Copyright Limitations in the Information Society, IIC 2008, S. 943 ff; ders., Die »Elektronische Pressespiegel«-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts, ZUM 2009, S. 49 ff., der anhand der Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, Urteil vom 26.6.2007 - 4C.73/2007 (Elektronische Pressespiegel), GRUR Int 2007, S. 1046 ff. aufzeigt, wie vereinzelt die Rechtsprechung durch eine liberale Interpretation von bestehenden restriktiven Vorschriften die Entwicklung einer wissens- und informationsbasierten Wirtschaftsordnung in der Informationsgesellschaft fördert.

635 Vgl. dies betonend WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/III), S. 649 (650). Vgl. dazu auch RÖSLER, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte, GRUR Int 2005, S. 991 (991), der

Das Gegenteil ist der Fall: Im Ergebnis wird dann zu konstatieren sein, dass das Urheberrecht auch auf grundlegende Veränderungen der Medienkultur und der Kommunikationstechnologie mit altbewährten Lösungen sach- und interessengerecht reagieren kann (B). Eine Kategorisierung nach den gesetzlichen Werkzeugen ist auch hilfreich beim Auffinden von möglichen Anknüpfungspunkten im geltenden nationalen und internationalen Recht für die Einführung von alternativen Verwertungskonzepten.

A. Zuordnung zu Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht

Die durch das Urheberrecht herzustellende Balance wird mittels einer Reihe legislativer Werkzeuge herbeigeführt.⁶³⁶ Zur Schaffung der erforderlichen Schutzbegrenzungen hat sich der Gesetzgeber bisher von der Zwangslizenz bis zur gänzlichen Erlaubnis- und Vergütungsfreiheit unterschiedlicher Mechanismen bedient. Diese können nach der Intensität des durch sie in ein Ausschließlichkeitsrecht bewirkten Eingriffs differenziert werden.⁶³⁷ Zudem können sie danach unterteilt werden, ob sie eine Einschränkung hinsichtlich der Reichweite oder der Ausübung des betreffenden Ausschließlichkeitsrechts vorsehen.⁶³⁸ Um Regelungen der Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts handelt es sich bei den verschiedenen Spielarten der kollektiven Rechtswahrnehmung sowie der Zwangslizenz. Demgegenüber geht es bei den urheberrechtlichen Schranken bzw. den gesetzlichen Nutzungsbefugnissen um eingriffsintensive Tatbestände, welche die Reichweite eines Ausschließlichkeitsrechts regeln. Es wird zwischen vergütungsfreien und vergütungspflichtigen Nutzungsbefugnissen unterschieden.⁶³⁹

unter Bezugnahme auf den mit der Digitalisierung einhergehendem Kontrollverlust der Urheber bemerkt: „Dass die bisherigen Methoden des Urheberschutzes angesichts dieser Umstände nicht mehr recht greifen, ist längst erkannt.“

636 Vgl. dazu PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 10. Vgl. dazu auch RESCHKE, Die Verfassungs- und dreistufenfentestkonforme Auslegung der Schranken des Urheberrechts, S. 17 ff.

637 Vgl. GÖTTING, in LOEWENHEIM, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 14; DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, vor §§ 44a Rn. 11 ff.

638 Vgl. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 434.

639 Vgl. dazu HILTY, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 325 (334); diesbezüglich hat sich in der Literatur scheinbar noch keine einheitliche Terminologie durchgesetzt. REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 432 ff.; GÖTTING, in LOEWENHEIM, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 14 und DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG vor §§ 44a Rn. 14 benutzen den Begriff der

Im Folgenden sollen ausgewählte Pauschalvergütungsmodelle den legislativen Werkzeugen zugeordnet werden, mit denen sie zu realisieren wären. Es kommen die gesetzliche Nutzungsbefugnis (I), die Zwangslizenz (II), verschiedene Varianten der kollektiven Rechtswahrnehmung (III) und schließlich auf Freiwilligkeit basierende Konzepte (IV) in Betracht.

I. Vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis

Ein durch eine vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis zu realisierendes Pauschalvergütungskonzept wird hier als Schrankenmodell bezeichnet. Unter einer vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis, wofür im deutschen Urheberrecht der Begriff der Schranke⁶⁴⁰ gängig ist, wird ein Tatbestand verstanden, der die (nachträgliche) Begrenzung eines urheberrechtlichen Schutzrechts zum Gegenstand hat. Aus ihm erwächst eine unmittelbar auf Gesetz beruhende und damit unabhängig von der Einwilligung des Berechtigten bestehende Erlaubnis zur Nutzung eines durch das Urheberrecht geschützten Guts. Die Nutzungsbefugnis ist gleichzeitig an einen gesetzlich verankerten Vergütungsanspruch des Rechteinhabers geknüpft. Der Einstufung eines Tatbestandes als gesetzliche Nutzungsbefugnis steht es nicht entgegen, dass die damit einhergehende Vergütungs-

„gesetzlichen Lizenz“ für die Bezeichnung vergütungspflichtiger gesetzlicher Nutzungsbefugnisse und sprechen im Falle der vergütungsfreien Nutzungsbefugnisse von „Freistellung“ (Rehbinder), „ersatzloser Aufhebung“ (Götting) und von der Zustimmungs- und Vergütungsfreiheit“ (Dreier). Auf derartige Tatbestände, in denen sich das Nutzungsrecht ohne die Einwilligung des Berechtigten unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, wird in der Urheberrechtswissenschaft bisweilen unter dem Begriff „gesetzliche Lizenz“ Bezug genommen. Vgl. SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 483; MELICHAR, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 44a ff. Rn. 6; DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor §§ 44a ff. Rn. 14. Kritisch zum Begriff „gesetzliche Lizenz“, GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (467).

640 Vgl. dazu HILTY, in OHLY/ u.a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, 325 (332 ff.), der an dem im deutschen UrhG üblichem Begriff der „Schranke“ wegen dessen dogmatischer Unschärfe Kritik übt.

regelung mit zwingender kollektiver Wahrnehmung verbunden wird. Entscheidend ist, dass sich die Nutzungserlaubnis⁶⁴¹ des Privilegierten einerseits und der Vergütungsanspruch des Rechteinhabers andererseits unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.

Die gesetzliche Lizenz erscheint überall dort als das geeignete Instrument, wo aufgrund der Massenhaftigkeit urheberrechtsrelevanter Vorgänge und/oder der unüberschaubaren Zahl der betroffenen Rechteinhaber und/oder Nutzer eine Kontrolle nicht möglich ist und Einzelverhandlungen zu umständlich bzw. zu langwierig wären. [...] Gesetzliche Lizenzen sind dasjenige Instrument, dessen sich das deutsche UrhG bei seinen Schrankenbestimmungen am meisten bedient. Im Einzelnen enthält das UrhG gesetzliche Lizenzen und mithin gesetzliche Vergütungsansprüche in den Fällen der §§ 45a (Behinderte Menschen), 46 (Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch), 47 Abs. 2 (Aufnahmen von Schulfunksendungen [...]), 49 Abs. 1 (Nachdruck und öffentliche Wiedergabe von Rundfunkkommentaren und Artikeln; Pressespiegel), 52 (bestimmte öffentliche Wiedergaben), 52a (öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung), 52b (Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven) sowie 53, 54 ff. (Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch) und 53 a (Kopienversand auf Bestellung), wobei eine Reihe von Vergütungsansprüchen erst im Nachhinein aufgrund erfolgreicher Verfassungsbeschwerden in das Gesetz aufgenommen wurde.⁶⁴²

641 An dieser Stelle kann die Entscheidung der dogmatisch durchaus bedeutenden Frage, ob es sich bei dieser Nutzungserlaubnis um ein gesetzliches Nutzungsrecht i. S. d. § 31 und somit ein subjektives Recht handelt oder ob, damit der Schutzhalt der dem Urheber gewährten Ausschließlichkeitsrechts mitbestimmt wird und somit lediglich objektiver Natur und nicht einklagbar sei, unterbleiben. Vgl. dazu STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 149, 153 ff. Für die hiesige Diskussion ist es insoweit nur wichtig, dass für die Vornahme der privilegierten Nutzungshandlungen es keines weiteren Aktes – etwa eines Vertragsschlusses – bedarf, sondern die Nutzung schon dann rechtmäßigerweise vorgenommen werden kann, wenn die im Gesetz statuierten Voraussetzungen erfüllt sind.

642 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, vor §§ 44a Rn. 14. Mit dem Begriff der gesetzlichen Lizenz ist in der zitierten Quelle die gesetzliche Nutzungsbefugnis im hier verstandenen Sinne gemeint. Diese Begriffe sowie der Begriff der Schranke werden oft unscharf synonym verwendet. Vgl. etwa ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 107, wo von der gesetzlichen Lizenz die Rede ist und S. 112 ff, wo von gesetzlichen Nutzungserlaubnissen gesprochen wird.

1. Stallman: „The Right Way to Tax DAT“

Der Vordenker der freien Software, *Richard Stallman*, entwickelte 1992, soweit ersichtlich, als einer der ersten Autoren mit dem Fokus auf Musik ein Modell zur Einführung einer Pauschalvergütung für die internetbasierte Verwertung digitaler Kreativgüter. Dabei übertrug er einen ursprünglich bezüglich digitaler Aufnahme- und Vervielfältigungstechnologien ersonnenen Vorschlag, der weitgehend dem Konzept der Privatkopie- und Geräteabgabe entspricht, auf das Phänomen des Peer-to-Peer-Filesharing.⁶⁴³ Er führt aus:

Through due attention to the ends of copyright rather than past means, we can design a system which supports musicians while giving citizens full freedom to copy music as they wish. [...] The same method can support musicians and other artists in a world where sharing copies on the Internet has been legalized.⁶⁴⁴

Zwar kann die Befugnis des Einzelnen, Musik uneingeschränkt zu vervielfältigen und über das Internet verfügbar zu machen, grundsätzlich auch im Wege anderer legislativer Maßnahmen als der vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis, etwa durch eine Zwangslizenz, realisiert werden. Aber die Freiheit, fremde urheberrechtliche Schutzgüter unmittelbar zu nutzen, wie das in den Formulierungen von *Stallman* „giving citizens full freedom to copy music“ und „a world where sharing copies on the Internet has been legalized“ zum Ausdruck kommt, kann nur erreicht werden, wenn die entsprechenden Verbotsrechte der Rechteinhaber aufgehoben werden und so die Nutzung des jeweiligen Schutzgutes ohne Einwilligung des Berechtigten zulässig wird.⁶⁴⁵ Hingegen dürfen im Falle der Zwangslizenz oder der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit Nutzungshandlungen erst vorgenommen werden, nachdem mit dem Rechteinhaber ein entsprechender Lizenzvertrag geschlossen worden ist.⁶⁴⁶

643 Insoweit heißt es: „The original article addressed the (then hypothetical) issue of sharing music using (then just appearing) digital audio tape recorders, since that is what the proposed US tax law was supposed to address. Nowadays it could be applied to Internet file sharing.“ STALLMANN, *The Right Way to Tax DAT*, *Wired Magazine* 1992.

644 STALLMANN, *The Right Way to Tax DAT*, *Wired Magazine* 1992.

645 Das erfolgt nur im Falle gesetzlicher Nutzungsbefugnisse; vgl. dazu GÖTTING, in LOWENHEIM (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 30 Rn. 17.

646 Wobei insoweit der Rechteinhaber freilich einem Kontrahierungszwang unterworfen ist, vgl. dazu SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 481, 482.

2. Netanel: „Noncommercial Use Levy“

Die Etablierung gesetzlicher Nutzungsbefugnisse ist auch das von *Neil W. Netanel* favorisierte legislative Instrument zur Realisierung der von ihm zur Debatte gestellten „Noncommercial Use Levy“. ⁶⁴⁷ *Netanel* beschreibt eine Vielzahl gesetzlicher Nutzungsbefugnisse in diversen Urheberrechtsgesetzen verschiedener Rechtsordnungen. Er stellt fest, dass in keiner Jurisdiktion gesetzliche Nutzungsbefugnisse existierten, die auf über File-sharingplattformen stattfindende Verwendungen digitaler Kreativgüter anwendbar seien. ⁶⁴⁸ Sein Pauschalvergütungsmodell geht über alle bestehenden gesetzlichen Erlaubnistatbestände zur Vornahme von Vervielfältigungshandlungen zu privaten Zwecken hinaus und umfasst Werkverwendungen mit kommunikativem Charakter im digitalen sowie nicht digitalen Kontext.

It would allow private digital and nondigital copying of all types of communicative expression. It would also permit individuals' noncommercial remixing and dissemination of existing works through P2P networks. In return, it would impose a levy on a far broader range of goods and services than is imposed under current private copy levy regimes. ⁶⁴⁹

Von dritter Seite heißt es dazu:

The levy has to be paid by providers of products and services whose value is enhanced by file swapping (Internet access, p2p software and services, computer hardware, consumer electronic devices such as CD writers, MP3 players, digital video recorders and storage media such as blank CDs). The allocation of the collected money is made in accordance with the actual use of the content as measured by technology that tracks and monitors the use. Apparently, *Netanel* does not concede to copyright holders the right to withdraw their works from the levy system and to opt for exclusive exploitation on the basis of digital rights management instead. ⁶⁵⁰

647 Vgl. NETANEL, *Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing*, Harv. J. L. & Technology, 2003, S. 2 (35 ff.); Vgl. dazu auch ZWENGEL, *Kulturflutrates*, S. 81.

648 Vgl. NETANEL, *Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing*, Harv. J. L. & Technology, 2003, S. 2 (32).

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

650 PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, S. 14

3. Fisher: „Alternative Compensation System“

Auch *William W. Fisher*, der einen detaillierten Vorschlag zur Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells für internetbasierte Verwendungen digitaler Kreativgüter vorgebracht hat, erachtet die vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis als das geeignete legislative Werkzeug zur Etablierung seines Konzepts.⁶⁵¹ Dieser Schluss findet eine Bestätigung in dem von *Fisher* diesbezüglich unterbreiteten Gesetzesvorschlag, in dem es heißt:

Congress could and should add a new provision to the list of exceptions. The new provision (call it section 107A) would permit the following: Reproduction of a musical composition, sound recording, or motion picture for noncommercial purposes (that is, consumption, not resale); Preparation of a derivative work of a sound recording or motion picture registered pursuant to the new scheme, provided that the derivative work is also so registered before it is made available to the public; Distribution of a sound recording (including a musical composition embodied therein) or motion picture via the Internet; Public performance of a sound recording (including a musical composition embodied therein) via a digital audio transmission; Public performance of a motion picture via a digital video transmission.⁶⁵²

Fishers Konzept ist nicht zwingend ausgestaltet, sondern enthält einige erhebliche fakultative Elemente. Die gesetzliche Ausgangslage solle dabei das Umfasstsein digitaler Kreativgüter von der gesetzlichen Nutzungsbefugnis bilden (Opt-out).⁶⁵³ Sofern ein Rechteinhaber aber die Anwendung der gesetzlichen Nutzungsbefugnis hinsichtlich seiner Kreativgüter nicht

651 Vgl. FISHER, *Promises to Keep*, S.199 ff.; vgl. dazu auch ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 85; vgl. zu urheberrechtlichen Schranken im US-Amerikanischen Recht, STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, S. 10 ff.

652 FISHER, *Promises to Keep*, S. 247.

653 RÖSELER, *Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte*, GRUR Int 2005, S. 991 (1995) beschreibt *Fishers* Konzept mit folgenden Worten: „Im Einzelnen funktioniert *Fishers* System wie folgt: Ein Rechteinhaber an einer Musik- oder Filmaufnahme, der über das System vergütet werden möchte, muss sich online für eine geringe Gebühr beim Urheberrechtsamt registrieren lassen. Sodann erhält er eine individuelle Dateibezeichnung, mit der die Verteilung, Nutzung und Veränderung der Datei nachvollzogen werden kann. Der Staat würde dann - vorzugsweise über eine Steuer für Geräte (MP3-Abspielgeräte, CD-Brenner) und Dienste für den Zugang zu digitaler Unterhaltung - die entsprechenden Mittel betreiben und die Rechteinhaber hiermit vergüten.“; vgl. dazu FISHER, *Promises to keep*, 43, der ausdrücklich von „Opt-out“ spricht.

wünscht, sondern sein Ausschließlichkeitsrecht im vollen Umfang aufrechterhalten will, ist er darauf angewiesen, sein Werk mit technischen Schutzmaßnahmen zu versehen.⁶⁵⁴

Die von *Fisher* vorgesehene Wahlfreiheit des Rechteinhabers hinsichtlich seiner Partizipation am alternativen Verwertungssystem hat keine Auswirkung auf die Einordnung des Modells als vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis. Für die Einstufung kommt es nämlich nur darauf an, dass die Nutzungsberechtigung sowie der damit einhergehende Vergütungsanspruch sich aus dem Gesetz ergeben, und nur dann ausgeschlossen sind, wenn ein Rechteinhaber gegen die Verwertung seines Schutzguts im Rahmen des Pauschalvergütungssystems optiert hat. Das ist bei *Fishers* Modell der Fall. Entzieht der Rechteinhaber kraft seiner Wahlfreiheit sein digitales Kreativgut nicht dem Pauschalvergütungsmodell, hat der privilegierte Verwender eine aus dem Gesetz abgeleitete Nutzungserlaubnis und der Rechteinhaber einen gesetzlichen Anspruch auf Beteiligung an den durch das Modell erzielten Einnahmen. Die Finanzierung des Systems solle nach *Fisher* idealerweise durch die Erhebung von Steuern gewährleistet werden. Alternativ schlägt er eine Variante vor, in der die Vergütung der Rechteinhaber durch Beitragszahlungen der Verwender erfolgen solle.⁶⁵⁵

4. Litman: „Sharing and Stealing“

Ein weiteres trotz der vorgesehenen Wahlfreiheit des Rechteinhabers als Schrankenmodell einzuordnendes Konzept ist der von *Jessica Litman* vorgebrachte Vorschlag.⁶⁵⁶ Er sieht eine umfassende, gesetzlich zu schaffende Freistellung von über Peer-to-Peer-Netzwerke vermittelten Nutzungshandlungen vor. Insbesondere sollten danach die nicht gewerblich motivierte Vervielfältigung sowie die öffentliche Zugänglichmachung von Musikaufnahmen von Gesetzes wegen dem Verbotsrecht der Rechteinhaber entzogen werden. Die dem Gesetz zu entnehmende Erlaubnis zur Nutzung der betreffenden Kreativgüter ist auch hier ausschlaggebend für die Einordnung als Schrankenmodell. Insofern wäre die legislative Gestattung des Filesharing der Regelfall, wobei es dem Rechteinhaber freistünde, im Wege

654 Vgl. ZWENGEL, Kulturflattates, S. 114.

655 Vgl. dazu ZACHOW, S. 122 ff.

656 Vgl. LITMAN, Sharing and Stealing, S. 1 (39).

der Kennzeichnung seiner Werke und unter Verwendung von DRM-Technologien die gesetzliche Wirkung hinsichtlich seiner Werke auszuschließen.⁶⁵⁷

One important goal of online music copyright reform, I would argue, should be to encourage music file sharing, as distinguished from merely tolerating it. To do that, it should incorporate some licensing mechanism that can cut through the thicket of overlapping and conflicting rights. In addition, the legal defaults of such a system need to be reset to “share” rather than “hoard.”⁶⁵⁸

5. Die französische Initiative: Licence globale

Teilweise hatte auch das in Frankreich zunächst vom Parlament verabschiedete, letztlich aber nicht in Kraft getretene Regelungsmodell eine gesetzliche Nutzungsbefugnis im hier verstandenen Sinne zum Inhalt.⁶⁵⁹ Die Initiative sah vor, dass das Herunterladen von Dateien aus dem Internet durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch Gegenstand einer vergütungspflichtigen Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht wird. Vorgeschlagen war insoweit eine Regelung entsprechend der im französischen Urheberrecht bezüglich der Anfertigung von Vervielfältigungsstücken zum privaten Gebrauch bestehenden Vorschrift. Das Hochladen digitaler Kreativgüter sollte daneben Gegenstand zwingender kollektiver Rechte-wahrnehmung sein.⁶⁶⁰

6. Debatte in Deutschland

Die in Deutschland geführte Diskussion um das Thema Kulturfltrate wurde durch die Initiative *privatkopie.net* angestoßen. Unter der Devise „Kompensation ohne Kontrolle“ setzte sie sich für die Einführung eines Pauschalvergütungsmodells für über das Internet verfügbar gemachte

657 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 84.

658 LITMAN, Sharing and Stealing, S. 1 (39).

659 Vgl. dazu BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 15 ff.; vgl. auch ZWENGEL, Kulturflrates, S. 89 ff. mwN; vgl. auch GELGER, Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI), IIC 2011, S. 457 (459).

660 Vgl. BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 43 ff.

Werke ein.⁶⁶¹ In ihrem Konzept ist zu lesen: „Eine Schrankenbestimmung oder ein Gesamtvertrag erklärt das Vervielfältigen und öffentliche Zugänglichmachen urheberrechtlich geschützter Werke für nicht kommerzielle private Zwecke für zulässig und vergütungspflichtig.“

Die zitierte Formulierung ist hinsichtlich der Frage nach dem gesetzgeberischen Realisierungswerkzeug zunächst missverständlich, da es insoweit heißt „eine Schrankenbestimmung oder ein Gesamtvertrag“. Aber eine Deutung dieser Passage unter Einbeziehung einer Gesamtbetrachtung des Textes lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Autoren eine vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnis im Sinn haben.

Unter dem Begriff des Gesamtvertrages versteht man herkömmlicherweise im Urheberrecht Rahmenverträge zwischen einer Verwertungsgesellschaft und einer Nutzervereinigung. Darin werden vor allem die zu zahlenden Lizenzgebühren festgelegt. Derartige Verträge werden privatautonom zwischen Rechteinhabern, etwa im Falle eines Rechteübergangs auf Verwertungsgesellschaften, und Verwertern abgeschlossen. Um etwas anderes handelt es sich bei privatautonom zu verwirklichenden Pauschalvergütungskonzepten, die dadurch zu realisieren sind, dass die Beteiligten, also die Rechteinhaber und die Internetdiensteanbieter sowie Letztere und Internetnutzer, vertragliche Regelungen vereinbaren. Auf solche Möglichkeiten wird mitunter, wiederum begrifflich unscharf, unter der Bezeichnung „gesamtvertragliche Lösung“ Bezug genommen.⁶⁶²

Die Fokussierung der in Deutschland geführten Debatte auf vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnisse kommt auch an anderen Stellen zum Ausdruck, z. B. dort, wo es heißt, juristisch bedeute die Kulturfltrate, dass das exklusive Recht der öffentlichen Zugänglichmachung des Urhebers bzw. des Verwerter „von einem weitgehenden Kontrollrecht über Nutzungen auf einen Vergütungsanspruch für Nutzungen reduziert“ werde.⁶⁶³ Dem entspricht, dass der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum „zweiten Korb“ auf den Vorschlag der Initiative *privatkopie.net* unter der Bezeichnung „Schrankenregelung“ Bezug nimmt.⁶⁶⁴ Auf dieser Linie bewegt sich auch ein im Auftrag von Bündnis 90/Die Grünen erstelltes

661 Vgl. PRIVATKOPIE.NET/ u.a., Kompensation ohne Kontrolle, S. 8.

662 Vgl. so etwa GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommunikation, 4/2004, S. 49 (50).

663 Vgl. GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommunikation, 4/2004, S. 49 (50).

664 „Dem Vorschlag von *privatkopie.net*, eine Schrankenregelung für die Online-nutzung zu schaffen und vergütungspflichtig zu gestalten, wird nicht gefolgt.“ BT-Drs. 16/1828, S. 20.

Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht, in dem zu lesen ist: „Zur Einführung der Kulturfltrate ist eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes erforderlich. Eine der Dogmatik des Gesetzes entsprechende Möglichkeit ist die Einführung einer Schrankenbestimmung [...]“⁶⁶⁵

Höchste Aufmerksamkeit auch auf politischer Ebene wurde dem Thema Urheberrecht im Internet im Allgemeinen und Pauschalvergütungsmodellen im Besonderen mit dem Aufkommen der Piratenpartei zuteil, deren Kernforderung die grundlegende Reform des Urheberrechts ist.⁶⁶⁶ Jedwede nicht kommerzielle Nutzung von Werken, insbesondere das Vervielfältigen und das Zugänglichmachen sei „nicht nur zu legalisieren, sondern explizit zu fördern, um die allgemeine Verfügbarkeit von Information, Wissen und Kultur zu verbessern, denn dies [stellt] eine essentielle Grundvoraussetzung für die soziale, technische und wirtschaftliche Weiterentwicklung unserer Gesellschaft dar.“⁶⁶⁷ Für die vorliegende Untersuchung relevant ist der Vorschlag zur Erweiterung der Privatkopieschranke.

Einen Ausgleich für die Beschränkung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte und der damit einhergehenden Nutzungserlaubnis seitens der Werkverwender in Form eines Vergütungsanspruchs sieht die Piratenpartei nicht explizit vor. Demzufolge ist mit Blick auf den Vorschlag als legislatives Realisierungsinstrument die vergütungsfreie gesetzliche Nutzungsbefugnis einschlägig. Durch ein solches Instrumentarium kann der Gesetzgeber ein bereits gewährtes Schutzrecht nachträglich begrenzen, indem er eine unmittelbar auf Gesetz beruhende, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ohne Einwilligung des Inhabers bestehende und vom Berechtigten nicht zu vergütende Nutzungserlaubnis für ein geschütztes Gut erteilt. Dieses legislative Werkzeug entspricht etwa dem in § 51 geregelten Zitatrecht.

665 Vgl. ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMAN, Die Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 11, vgl. dazu auch ZWENGEL, Kultuflrates, S. 91 ff.; Auch ZACHOW, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter favorisiert ein Schrankenmodell, S. 159 ff., wobei er nur das Vervielfältigungsrecht einschränken will und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung völlig außer Acht lässt.

666 Vgl. BECKER/FLEICHHAUER/PFISTER, Aufstand der Autoren, Der Spiegel 16/2012, S. 20 -22 (21).

667 Vgl. PIRATENPARTEI DEUTSCHLNAD, Grundsatzprogramm, S. 6; PIRATENPARTEI DEUTSCHLNAD, Argumentationspapier, Urheberrechtsgesetz - Änderungen und Begründungen, Rn. 1 ff., 37.

Die Balance zwischen den Belangen der Urheber und der Öffentlichkeit sei durch eine umfassende Anerkennung urheberrechtlicher Persönlichkeitsrechte herbeizuführen, meinen die Vertreter der Piratenpartei. Verwertungsrechte vermöchten in ihrer heutigen Form dem Gebot eines fairen Ausgleichs zwischen den ökonomischen Belangen der Urheber und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu Wissen und Kultur nicht gerecht zu werden. Jedes neu geschaffene Werk baue in erheblichem Maße auf vorangegangene Schöpfungen auf. Daher sei ihre kostenlose Rückführung in den öffentlichen Raum nicht nur berechtigt, sondern für die „Nachhaltigkeit menschlicher Schöpfungsfähigkeiten von essentieller Wichtigkeit.“⁶⁶⁸

II. Zwangslizenzen

Ein Pauschalvergütungsmodell, das gesetzestechnisch mittels einer Zwangslizenz umzusetzen wäre, wird im Folgenden als Zwangslizenzmodell bezeichnet. Von einer Zwangslizenz spricht man, wenn dem Inhaber eines Ausschließlichkeitsrechts die gesetzliche Pflicht auferlegt wird, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen seine Erlaubnis zur Nutzung seines Schutzgutes zu erteilen und dem Interessenten ein Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen einzuräumen.⁶⁶⁹ Insofern ist die Privatautonomie in Gestalt der Abschlussfreiheit seitens des Rechteinhabers eingeschränkt. Weigert sich der Rechteinhaber, kann seine Zustimmung durch ein richterliches Urteil ersetzt werden. Auf diese Weise wird eine im Gesetz abstrakt geregelte Zwangslizenz konkret. Um Regelungen einer Zwangslizenz handelt es sich bei § 42a. Im Hinblick auf die Abgrenzung zur gesetzlichen Nutzungsbefugnis ist zu betonen, dass die Zwangslizenz keine unmittelbar dem Gesetz zu entnehmende Nutzungserlaubnis statuiert.⁶⁷⁰ Erst das infolge des jeweiligen Vertrages einzuräumende Nutzungsrecht berechtigt zur Vornahme der beabsichtigten Nutzungshandlung.⁶⁷¹

Zwangslizenzen, die jeden Rechteinhaber verpflichten, der internetbasierten Verwertung seines Werkes gegen Zahlung einer angemessenen

668 Vgl. PIRATENPARTEI DEUTSCHLAND, Grundsatzprogramm, S. 6.

669 Vgl. zu Zwangslizenzen ULMER, Urheber- und Verlagsrecht, S. 293; GÖTTING, in LOEWENHEIM, (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 18; ZWENGEL, Kulturflutrates, S. 108.

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

671 Vgl. SCHRICKER, in SCHRICKER (Hrsg.), Urheberrecht, vor §§ 28 ff. Rn. 114.

Vergütung zuzustimmen, wurden bereits 1995, also noch vor der gesetzlichen Etablierung des Zurverfügungstellungsrechts, thematisiert.⁶⁷² Ein wegen seiner Ausführlichkeit herausragendes Zwangslizenzmodell ist das Konzept von *Bennett Lincoff*. Das bereits im Jahre 2002 vorgeschlagene Modell ist nach dem Schrankenmodell von *Stallman*, soweit ersichtlich, eines der ersten Konzepte, das ein umfassend durchdachtes Pauschalvergütungsmodell für das digitale Verwertungsumfeld vorsieht.⁶⁷³

Lincoff nimmt für seinen Vorschlag in Anspruch, er habe das Potenzial, es Internetnutzern zu ermöglichen, ort- und zeitunabhängig unbegrenzt Musik zu konsumieren und so deren Verbreitung zu steigern und überdies Innovationen sowie auf digitaler Musik basierende Geschäftsmodelle zu fördern. Von der Rechtslage in den USA ausgehend schlägt *Lincoff* vor, die bei internetbasierten Nutzungen mitunter gleichzeitig tangierten Verwertungsrechte in einem einzigen einheitlichen Recht zur Übertragung („digital transmission right“) zu kumulieren. Dies würde dazu führen, dass im Rahmen digitaler Übertragungen die „reproduction, public performance und distribution rights“ weder nebeneinander noch separat zu Anwendung kämen. Es wäre nur noch das digital transmission right einschlägig, wenn Musik internetbasiert verfügbar gemacht würde.⁶⁷⁴ Dabei sollte das digital transmission right zwar als Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet sein, so dass dem Rechteinhaber sein Verbotrecht verbliebe und jede über das Internet vermittelte Nutzung grundsätzlich der Erlaubnis des Rechteinhabers bedürfte. Aber der Rechteinhaber sollte in der Ausübung seines Ausschließlichkeitsrechts so weit eingeschränkt sein, dass eine Lizenz durch den Rechteinhaber zu gesetzlich definierten Bedingungen erteilt werden müsste. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung, jeder Person, die die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, Nutzungsrechte zu angemessenen Bedingungen zu gewähren, ist der Vorschlag von *Lincoff* als Zwangslizenzmodell einzuordnen.

672 Vgl. VAHRENWALD/MISKIN, Copyright im Netz – Urheberrecht auf dem Informations-Superhighway, FAZ, Beilage Kommunikation und Medien, 29.08.1995, S. 1.

673 Vgl. LINCOFF, A Full And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing, zitiert nach PRIVATKOPIE.NET / u.a. (Hrsg.), Kompensation ohne Kontrolle, S. 12.

674 „Under the digital transmission right the only acts that would require a license, or payment of a license fee, would be the digital transmission, retransmission, or further transmission of recorded music.“ LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (29).

Neben der Pflicht zur Lizenzerteilung schlägt *Lincoff* weitere damit im Zusammenhang stehende Einschränkungen der Ausübung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte vor. So dürfe die Lizenzerteilung nicht davon abhängig gemacht werden, auf welche Weise der potentielle Lizenznehmer Musik verfügbar machen wolle. Ferner solle es unerheblich sein, zu welchem Zweck der Lizenznachfrager Musik über das Internet zu verbreiten beabsichtige. So solle es insbesondere ohne Belang sein, ob der Lizenznachfrager einzelne Titeln kostenpflichtig zum Herunterladen anbiete, gar kostenlos zugänglich mache oder ein auf Werbeeinnahmen basierendes Geschäftsmodell betreibe, einen interaktiven, etwa mit user-generated Content einhergehenden Musikdienst offeriere oder lediglich seine private Webseite mit Hintergrundmusik bespielen wolle. Es solle ihm in jedem Fall die entsprechende Lizenz zu angemessenen Bedingungen gewährt werden. Ebenso solle es für das Ob der Lizenzerteilung unerheblich sein, in welchem Format und mittels welcher Technologie der Lizenznehmer die Übertragung der Musik beabsichtige. Ohnehin werde bei Geltung des digital transmission right im digitalen Verwertungsumfeld nicht mehr zwischen reproduction, distribution und performance zu unterscheiden sein. Demzufolge komme es im Zuge der Lizenzerteilung auch nicht darauf an, ob und, wenn ja, wie viele Vervielfältigungen im Rahmen einer internetbasierten Verfügbarmachung stattfänden sowie in welchem Umfang die Endkunden des Lizenznehmers die betroffenen Schutzgüter nutzen.⁶⁷⁵

Ein Zwangslizenzmodell hat auch *Tim Renner* im Blick, wenn er ausgehend von einem Versagen des Musikmarktes das Einschreiten des Gesetzgebers fordert. Da der Markt nur durch ein vollständiges und zeitgleiches Angebot der Kulturgüter wiederhergestellt werden könne, müsse der Staat hier als Mediator zwischen den vermeintlichen Partnern agieren, nämlich den Apologeten des prinzipiellen freien Zugangs und den Verbänden mit ihrem Ruf nach Verbot und Verfolgung. Als Lösung schlägt *Renner* die legislative Etablierung eines Kontrahierungszwangs zwischen Rechteinhabern und Internetdiensteanbietern vor. Danach müssten einerseits alle Produzenten von Inhalten verpflichtet werden, nach der Erstveröffentlichung in die internetbasierte Nutzung ihrer Inhalte einzuwilligen. Andererseits müssten Anbieter von Internetzugängen verpflichtet werden, „Angebote in Form von Flatrates zu entwickeln, ihren Kunden zusammen mit ihren Anschlüssen anzubieten und mit den Produzenten bzw. Rechteinhabern

675 Vgl. LINCOFF, A Full, Fair And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing, S. 6.

gemäß realer Downloadzahlen ‚pro rata numeris‘ (im Verhältnis zur Anzahl) abzurechnen.“⁶⁷⁶

III. Kollektive Rechtewahrnehmung

Pauschalvergütungsmodelle, deren Realisierung ein gesetzlich flankiertes System kollektiver Rechtewahrnehmung erforderte, werden hier als Kollektivverwertungsmodelle bezeichnet.

Urhebern und Leistungsschutzberechtigten steht es frei, ihre vermögensrelevanten Rechte individuell oder kollektiv wahrzunehmen bzw. wahrnehmen zu lassen. Im ersteren Fall verwertet der Urheber bzw. der Leistungsschutzberechtigte seine Rechte durch eine Vielzahl nicht exklusiver Lizenzverträge, indem er anderen Personen nicht ausschließliche Nutzungsrechte an seinem Schutzgegenstand einräumt. Der Urheber oder Leistungsschutzberechtigte kann auch einen anderen mit der individuellen Wahrnehmung seiner Rechte betrauen. So kann der Urheber bzw. der Leistungsschutzberechtigte etwa einen Agenten einschalten, der beispielsweise gegen eine prozentuale Beteiligung an allen Erlösen, den Abschluss von Lizenzverträgen vermittelt. In der Regel räumt aber der Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigte einem Verleger oder einem sonstigen kommerziellen Werkverwerter Nutzungsrechte mit Ausschließlichkeitwirkung ein und legt auf diese Weise die unmittelbare Werknutzung in die Hände des Lizenznehmers. Dieser wird dann als Rechteinhaber an dem jeweiligen Schutzgut im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig.⁶⁷⁷ Die kollektive Wahrnehmung von Rechten ist dagegen auf die massenhafte Verwaltung und Verwertung fremder Rechte in fremden Namen ausgerichtet. Dabei werden Rechte an zahlreichen Kreativgütern für eine Vielzahl von Urhebern und Leistungsschutzberechtigten für massenhaft stattfindende Verwendungen zu einheitlichen Tarifen treuhänderisch wahrgenommen. Zwar bedeutet kollektive Rechtewahrnehmung nicht zwangsläufig, dass das Verbotsrecht, welches Ausschließlichkeitsrechten innewohnt, durch Vergütungsansprüche ersetzt werden muss, sondern lediglich, dass ein Verwertungsrecht nicht durch den Rechteinhaber selbst, sondern durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen wird.⁶⁷⁸ Aber es fällt auf, dass Ideen zur

676 RENNER, Die Kulturflatrate als dritter Weg, S. 1.

677 Vgl. SCHULZE, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 31 Rn. 118 ff.

678 Vgl. dazu GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 8.

Ersetzung von Verbotsrechten durch Vergütungsansprüche in der Regel mit der Forderung nach einer verstärkten kollektiven Rechtswahrnehmung Hand in Hand gehen. Entsprechend sehen (fast) alle Vorschläge zur Etablierung von Pauschalvergütungskonzepten, insbesondere sämtliche Schrankenmodelle, vor, dass die Organisation des jeweiligen Verwertungssystems, insbesondere die damit einhergehenden Einnahmen und deren Verteilung, von Verwertungsgesellschaften zu verwalten seien.⁶⁷⁹ Aber anders als im Falle der Schrankenmodelle ist bei den Kollektivverwertungskonzepten die kollektive Rechtswahrnehmung nicht nur eine reflexive bzw. notwendige Konsequenz, sondern das legislative Umsetzungsinstrument, mit dem das Modell steht und fällt. Von Zwangslizenzmodellen, die auch an die Rechtsausübung anknüpfen, unterscheiden sich die Kollektivverwertungsmodelle insofern, als im Rahmen von Zwangslizenzmodellen auch eine individuelle Rechtswahrnehmung denkbar ist.

Einheitlicher Ausgangspunkt der Verfechter von Kollektivverwertungsmodellen ist die Identifikation der im Kontext von Digitaltechnik und Internet bestehenden Schwierigkeiten individueller Rechtswahrnehmung, insbesondere die Fragmentierung der für internetbasierte Nutzungen erforderlichen Rechte als Hauptproblem des digitalen Verwertungsumfelds.⁶⁸⁰ Das stelle ein kaum zu überwindendes Hindernis beim Zugang zu digitalen Kreativgütern und bei ihrer Verwertung dar. Dieser Prämisse entspricht es, dass Verfechter von Kollektivverwertungsmodellen übereinstimmend davon ausgehen, die von ihnen vorgeschlagenen Konzepte zur erweiterten kollektiven Lizenzierung sollten nur dann zum Einsatz kommen, wenn auf dem jeweiligen Gebiet ein funktionierender Markt privatautonom, individueller Lizenzierung nicht existiere bzw. nicht angemessen funktioniere.⁶⁸¹ Gemeinsam ist den Kollektivverwertungsmodellen außerdem der Anspruch, eine aus der Sicht der Rechteinhaber wenig eingriffsintensive und mit höherrangigem Recht zu vereinbarende Lösung anzubieten.⁶⁸² Im

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

680 Vgl. Teil 2, III. 1. b.

681 Vgl. BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 50; EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 9; GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 6; ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law, S. 155 (177).

682 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 10; ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law, S. 155 (157).

Hinblick auf das legislative Instrument kollektiver Rechtswahrnehmung ist zwischen fakultativer, erweiterter und zwingender Wahrnehmung zu unterscheiden.

Von fakultativer kollektiver Rechtswahrnehmung spricht man, wenn der Gesetzgeber flankierend die Voraussetzungen für Entstehung und Ausübung der Rechtswahrnehmung festlegt, aber es darüber hinaus dem Belieben der Rechteinhaber überlässt, ob sie ihre Schutzgüter individuell oder kollektiv verwerten. Insofern beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die Tätigkeit der Organisationen zur kollektiven Rechtswahrnehmung zu regeln. Derartige Bestimmungen finden sich im UrhWahrnG.

Von zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung spricht man dagegen dann, wenn die Legislative dem Rechteinhaber die Möglichkeit der individuellen Rechtswahrnehmung entzieht und gleichzeitig anordnet, dass bestimmte, an einem Schutzgegenstand bestehende Rechte zwingend durch einen Dritten, nämlich eine Verwertungsgesellschaft, ausgeübt werden müssen.⁶⁸³ Ein Beispiel zwingender kollektiver Rechtswahrnehmung findet sich in § 20b, in dem die Ausübung des Kabelweitersenderechts geregelt ist.⁶⁸⁴

Die erweiterte kollektive Rechtswahrnehmung bezeichnet die Möglichkeit, bestehende Vereinbarungen zwischen einer Verwertungsgesellschaft und einer Gruppe von Werknutzern bzw. Verwertern über die Nutzung geschützter Güter kraft einer gesetzlichen Vermutungsregelung auf solche Schutzrechte und Schutzgüter von Rechteinhabern auszudehnen, die der betreffenden Verwertungsgesellschaft gar nicht angehören. Unter dem Begriff der „extended licences“ ist die erweiterte kollektive Rechtswahrnehmung aus den nordischen Staaten bekannt.⁶⁸⁵ Dort werden für bestimmte Bereiche der Werkverwendung bzw. -verwertung zwischen Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften ausgehandelte tarif-

683 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, vor § 44a Rn. 11; vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflirates, S. 109.

684 Vgl. DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), UrhG, § 20b Rn. 10.

685 Zur Rechtslage in Schweden vgl. ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law, S. 155 ff. Ein eingehender Überblick über Vorschriften hinsichtlich erweiterter kollektiver Rechtswahrnehmung in den nordischen Staaten findet sich bei GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 47 ff.

ähnliche Verträge für allgemein verbindlich erklärt und umfassen infolgedessen sämtliche Rechteinhaber und Schutzgüter auf einem bestimmten Markt.⁶⁸⁶ In einer treffenden Beschreibung heißt es insoweit:

In place in all Nordic countries, the extended collective licence combines a voluntary assignment with a legal extension of the repertoire to encompass non-represented rights holders, thus accelerating the acquisition of rights. Some call it a backup legal licence, but this term may be misleading since the rights holder can choose to opt out of the system. This is not possible under a compulsory (also known as a legal) licence. The extended collective licence works as follows: as soon as a substantial (or considerable) number of rights holders in a given category agree to join forces in a collective, the repertoire of the appropriate CMO is extended (by the competent authority and on request) not only to other domestic rights holders of works in the same category, but also to all relevant foreign rights holders. The licence also extends to deceased rights holders, particularly in cases where the estates have yet to be properly organized.⁶⁸⁷

1. Kollektivverwertungsmodell durch zwingende Rechtewahrnehmung

Die Idee eines Pauschalvergütungskonzepts mit zwingender kollektiver Rechtewahrnehmung wurde, soweit ersichtlich, 2005 durch eine Studie von *Bernaut* und *Lebois* in die Diskussion eingebracht.⁶⁸⁸ Abstellend auf die Rechtslage in Frankreich und mit dem Fokus auf Onlinerecht kommen die Autoren zu dem Ergebnis, dass die Etablierung eines Systems zur pauschalen Vergütung und Kompensation internetbasierter Werknutzungen sowohl im Interesse der Rechteinhaber als auch der Zugangsfreiheit geboten sei. Ferner kommt die Studie zu dem Schluss, ein solches System lasse sich in den durch das geltende Urheberrecht vorgegebenen Rahmen einfügen.

Auch *Volker Grassmuck* hat ein durch zwingende kollektive Rechtewahrnehmung zu realisierendes Pauschalvergütungsmodell im Sinn, wenn er von „einer gesetzlich vorgeschriebenen kollektiven Verwaltung des exklusiven Online-Rechtes“ spricht.⁶⁸⁹

686 Vgl. PFENNIG, Informationsgesellschaft und Kulturfltrate, Kulturpolitische Mitteilungen, IV 2009, S. 34 (36).

687 GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 15.

688 BERNAULT/LEBOIS, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, S. 1 ff.

689 Vgl. GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommuikation, 4/2004, S. 49 (50). Insoweit nimmt er Bezug auf v. LEWINSKI, Mandatory

2. Kollektivverwertungsmodell durch erweiterte kollektive Rechtswahrnehmung

Vorschläge zur Einführung eines auf erweiterter kollektiver Rechtswahrnehmung basierenden Pauschalvergütungsmodells finden sich aus der Perspektive schwedischen Rechts bei *Jan Rosén*⁶⁹⁰ und mit Blick auf die Rechtslage in Kanada bei *Daniel J. Gervais*.⁶⁹¹ Außerdem kommt eine Studie, die im Auftrag des Ausschusses für Bildung und Kultur des Europäischen Parlaments erstellt wurde, zu dem Ergebnis, dass ein auf dem Instrument der erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung basierendes Pauschalvergütungsmodell einen realistischen Weg darstelle, um das im Zusammenhang mit Tauschbörsen bestehende Verwertungsproblem einer Lösung zuzuführen. Zusammenfassend heißt es:

Ein Content-Flatrate-System gibt Rechteinhabern die Gelegenheit, Verbrauchern eine legale Nutzung von P2P-Tauschbörsen zu ermöglichen, und beruht auf einer erweiterten kollektiven Lizenzierung von Aktivitäten, die nicht durch geschäftliche Vereinbarungen erfasst sind. Beschränkt auf das absolut Notwendige für das Herunterladen von einem P2P- Netzwerk (d.h. ein Vervielfältigungsrecht und ein eng begrenztes Recht der Zugänglichmachung), eingezogen durch Internetanbieter (ISP) und weiterverteilt durch eine paneuropäische Ad-hoc-Verwertungsgesellschaft, könnte eine Content-Flatrate eine brauchbare Lösung für die Wertgenerierung im legalen Markt und für die Verringerung der Attraktivität und des Umfangs der Online-Piraterie darstellen.⁶⁹²

Die in der Studie enthaltenen Ausführungen zur Funktionsweise eines Kollektivverwertungsmodells entsprechen im Wesentlichen den Vorschlägen von *Gervais* und *Rosén*. Insoweit ist allerdings einschränkend zu beachten, dass, während die im Auftrag des Europäischen Parlaments entstandene Studie die Möglichkeiten einer gesamteuropäischen Lösung eruiert, sowohl *Gervais* als auch *Rosén* einen nationalen Ansatz verfolgen. Die internationale Dimension des digitalen Verwertungsumfelds lassen freilich auch sie nicht unberücksichtigt.

Collective Administration of Exclusive Rights, Unesco e-Copyright Bulletin, 2004, Nr. 1, S. 7 ff.

690 Vgl. ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law – From Maglite to Pirate Bay, S. 155 ff.

691 Vgl. GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 1 ff.

692 EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 5.

In der Studie heißt es mit Blick auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, dass sie nur von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden sollten. Habe ein Rechteinhaber die Erstsending, Darstellung oder Zugänglichmachung eines Schutzguts in der Europäischen Union gestattet, solle die gesetzlich angeordnete Vermutung greifen, dass er mit der kollektiven Verwertung seiner im Rahmen von Peer-to-Peer-Tauschbörsen relevanten Rechte hinsichtlich nicht kommerzieller Nutzungen einverstanden sei. Habe der Rechteinhaber die Wahrnehmung seiner Rechte keiner Verwertungsgesellschaft übertragen, solle diejenige Verwertungsgesellschaft berechtigt sein, seine Rechte wahrzunehmen, die Rechte dieser Art wahrnehme.

Die Frage, ob nur eine oder mehrere Verwertungsgesellschaften berechtigt sein sollten, Lizenzen mit erweiterter Wirkung anzubieten, wird nicht einheitlich beantwortet. Die im Auftrag des Europäischen Parlaments entstandene Studie spricht an einer Stelle von einer „paneuropäischen Ad-hoc-Verwertungsgesellschaft“ zur Weiterverteilung der durch ein Pauschalvergütungsmodell generierten Einnahmen.⁶⁹³ Das legt den Schluss nahe, dass die Verfasser der Studie von der Berechtigung nur einer Verwertungsgesellschaft zur Vergabe erweiterter kollektiver Lizenzen ausgehen. Im weiteren Verlauf der Studie ist aber zu lesen, dass es dem Rechteinhaber bei Bestehen mehrerer einschlägiger Verwertungsgesellschaften freistehe, unter diesen diejenige auszuwählen, die als zur Wahrung seiner Rechte bevollmächtigt gelten solle. *Rosén* und *Gervais* favorisieren hingegen nach eingehender Abwägung eine Lösung, bei der nur eine Verwertungsgesellschaft zur erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung berechtigt sein soll.⁶⁹⁴ Einigkeit besteht demgegenüber hinsichtlich eines wesentlichen Mechanismus zur Wahrung der Interessen der Rechteinhaber. Denn es wird von allen als essentiell erachtet, im Rahmen des Kollektivverwertungsmodells einen Opt-out-Mechanismus vorzusehen. Danach solle der Rechteinhaber jederzeit die Möglichkeit haben, sein Schutzgut dem System kollektiver Lizenzierung zu entziehen.⁶⁹⁵

Zu den vermögensrelevanten Belangen der Rechteinhaber wird zudem vertreten, das System der kollektiven erweiterten Lizenzierung solle nicht

693 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“, S. 5.

694 Vgl. GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 36; ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law, S. 155 (175).

695 Vgl. dazu GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 5; ROSÉN, in LIDGARD (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law, S. 155 (170).

unmittelbar nach der Veröffentlichung greifen, sondern die unterschiedlichen Auswertungsfenster⁶⁹⁶ verschiedener Werkarten gebührend beachten.⁶⁹⁷ Vor diesem Hintergrund wird betont, eine effektive Rechtsdurchsetzung im digitalen Kontext werde auch bei Implementierung eines Kollektivverwertungsmodells erforderlich sein. Es werde nicht nur darum gehen, die Ausschließlichkeit während der Sperrfristen zur Geltung zu verhelfen, sondern darauf ankommen, den begrenzten und nur für nicht gewerbliche Nutzungen vorgesehenen Rahmen des Kollektivverwertungsmodells insgesamt durchzusetzen.

Basierend auf den vorstehenden Ausführungen lässt sich ein durch das Instrument der erweiterten kollektiven Rechtswahrnehmung zu realisierendes Pauschalvergütungsmodell folgendermaßen zusammenfassend charakterisieren:⁶⁹⁸ Eine Verwertungsgesellschaft, die von einer erheblichen Anzahl von Rechteinhabern zur Wahrnehmung ihrer im digitalen Kontext relevanten Rechte betraut worden ist, wird durch Hoheitsakt oder auf sonstige Weise zur Vergabe von erweiterten Lizenzen berechtigt. Gesetzlich wird geregelt, dass ein Lizenzvertrag mit der jeweiligen Verwertungsgesellschaft über die Nutzung digitaler Kreativgüter sich auch auf Schutzgegenstände solcher inländischer wie ausländischer Rechteinhaber erstreckt, die diese Verwertungsgesellschaft nicht aktiv mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betraut haben. Damit könnten auch verwaiste Werke, also Schutzgüter, deren Rechteinhaber nicht auffindbar sind, sowie Schutzgüter ausländischer Rechteinhaber unkompliziert einer Verwertung zugeführt werden.⁶⁹⁹ Daher muss die betreffende Verwertungsgesellschaft geeignete Maßnahmen ergreifen, um die jeweiligen Rechteinhaber aufzufinden und sie an dem Vergütungsaufkommen zu beteiligen. Der auf ausländische Rechteinhaber entfallende Anteil wird zur Weiterverteilung an eine dafür zuständige Verwertungsgesellschaft in dem jeweiligen Land transferiert.

696 Zum Auswertungsfenster und zur Sperrfristregelungen *de lege lata* insbesondere im Bereich Film und zu der Frage einer europaweit einheitlichen Verwertungsabfolge vgl. SCHWARZ, Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film, ZUM 2011, S. 699 (701).

697 Insofern werden in der Studie je nach betroffenem Werkart bis zu 12 Monate andauernde Sperrfristen vorgeschlagen; vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, Die „Content-Flatrate“ S. 11. Bei den anderen hier in Bezug genommenen Expertisen wird auf der Frage der Berücksichtigung von Auswertungsfenstern, soweit ersichtlich, nicht eingegangen.

698 Vgl. dazu GERVAIS, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada, S. 17, 41.

699 Zu verwaisten Werken vgl. umfassend GRAGES, Verwaiste Werke, S. 13 ff.

Folglich kann ein Verwender oder Verwerter, der mit einer zur Vergabe von erweiterten Lizenzen befugten Verwertungsgesellschaft einen Lizenzvertrag schließt, davon ausgehen, dass er berechtigt ist, sowohl das Repertoire der betreffenden Verwertungsgesellschaft als auch die Kreativgüter derjenigen Rechteinhaber zu nutzen, die diese Verwertungsgesellschaft nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betraut haben. Dies hat zur Folge, dass nur diejenigen Kreativgüter von der Wirkung erweiterter Lizenzen ausgenommen sind, deren Rechteinhaber von der Opt-out-Möglichkeit Gebrauch gemacht haben. Durch eine zwingend vorzusehende Opt-out-Möglichkeit wird Rechteinhabern die Freiheit vorbehalten, die legislativ vorgegebene ausdehnende Wirkung erweiterter Lizenzen hinsichtlich ihrer Kreativgüter auszuschließen. Einem Rechteinhaber, der weder von der Opt-out-Möglichkeit Gebrauch gemacht noch besagte Verwertungsgesellschaft aktiv mit der Wahrnehmung seiner Rechte betraut hat, wird gesetzlich ein Anspruch auf Beteiligung an dem Vergütungsaufkommen eingeräumt. Dieser richtet sich nach dem Tarif, der auch für die Mitglieder der Verwertungsgesellschaft gilt. Tarife für die angemessene Vergütung der Rechteinhaber und weitere Modalitäten erweiterter Lizenzen werden durch Vertreter von Rechteinhabern und Werkverwertern sowie Werkverwendern gemeinsam ausgehandelt. Zur Beilegung von Streitigkeiten wird ein Schlichtungsmechanismus vorgesehen.

IV. Freiwilligkeit, „A Bipolar Copyright System“

Ein anderer Mechanismus, dessen sich die Rechtsordnung nicht nur im Urheberrecht, sondern im Allgemeinen bedient, um einen Ausgleich zwischen den an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen herzustellen, ist die Gewährung bzw. Einschränkung der Vertragsfreiheit. Geschützt ist die Freiheit des Abschlusses oder Nichtabschlusses sowie der Gestaltung privatrechtlicher Verträge.⁷⁰⁰ Die Vertragsfreiheit als Grundsatz ist Bestandteil der umfassend gewährten Privatautonomie, die ihrerseits von grundlegender Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit ist und verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 2 Abs. 1 GG genießt.⁷⁰¹ Zugleich ist

700 Vgl. MANSEN, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, S. 183 ff.; HEINRICHS, in PALANDT, BGB, vor §§ 104 ff. Rn. 1.

701 Vgl. etwa BVerfGE 8, S. 274 (328) – Preisgesetz; BVerfGE 70, S. 115 (123) – AGB-Gesetz; BVerfGE 88, S. 384 (403) – Zinsanpassungsgesetz.; DI FABIO, in MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 2 Rn. 101 ff., mwN.

sie Leitidee des zivilrechtlichen Denkens und prägt das grundgesetzliche Menschenbild.⁷⁰²

Im Urheberrecht ist das Prinzip der Selbstbestimmung der Rechteinhaber über das Ob und Wie der Verwertung zudem auf das Eigentumsgrundrecht und das in diversen inter- und supranationalen Rechtsordnungen verbürgte Wesen urheberrechtlicher Verwertungsrechte als Ausschließlichkeitsrechte zurückzuführen. Vorwiegend auf völker- und europarechtliche Vorgaben stellen einige Vertreter von auf Freiwilligkeit basierenden Pauschalvergütungsmodellen ab, wenn sie das Prinzip der Selbstbestimmung in das Zentrum ihrer Vorschläge stellen.⁷⁰³

Das von *Alexander Peukert* vorgeschlagene „Bipolar Copyright System“ ist ein Pauschalvergütungskonzept, in dessen Mittelpunkt das Selbstbestimmungsrecht des Rechteinhabers steht. Entsprechend lässt sich das System nicht einem der eingangs genannten gesetzlichen Werkzeuge zuordnen, *Peukert* selbst nimmt mit der Formulierung „freiwillige Beteiligung an einem gesetzlich etablierten Vergütungssystem“ Bezug auf seinen Vorschlag.⁷⁰⁴ Zwar müsste zur Realisierung seines Konzepts eine gesetzliche Nutzungsbefugnis sowie ein gesetzlicher Vergütungsanspruch geschaffen werden, so dass man geneigt sein könnte, auch hier ein Schrankenmodell anzunehmen. Aber das wesensbildende Element des Bipolar Copyright Systems ist die Wahlfreiheit des Rechteinhabers hinsichtlich der Teilnahme am gesetzlichen Vergütungssystem. Die Nutzungsbefugnisse und die damit korrespondierenden Vergütungsansprüche bestehen nur hinsichtlich solcher Kreativgüter, bei denen die Rechteinhaber für die Verwertung im Pauschalvergütungssystem optieren (Opt-in).⁷⁰⁵

Die Nutzungserlaubnis der Werkverwender erwächst zwar in letzter Konsequenz aus dem Gesetz. Aber anders als bei den Schrankenmodellen oder den Kollektivverwertungsmodellen soll in einem Bipolar Copyright System das umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers der gesetzliche Regelfall sein. Ein solches System steht und fällt mit der Bereit-

702 Vgl. zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und Privatautonomie als verfassungsrechtlicher Maßstab für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Privatrechtsordnung und für die Rechtsanwendung durch die Zivilgerichte, DI FABIO, in MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Rn. 105 ff.

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

704 Vgl. PEUKERT, Die Kulturfltrate, Vortrag auf dem 22. medienforum.nrw.

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

schaft der Rechteinhaber, ihre Kreativgüter einem gesetzlichen Vergütungssystem zu unterwerfen. Entsprechend heißt es: „[...] The bipolar copyright [...] offers the right holder an additional business model.“⁷⁰⁶ Im Folgenden wird auf derartige Konzepte unter dem Begriff „Fakultativmodell“ eingegangen.

Peukert stellt seinem Modell die These voran, dass sich sowohl für den Bestand von Ausschließlichkeitsrechten als auch für ihre Relativierung im digitalen Kontext gute, insbesondere auch ökonomische Argumente finden ließen. Außerdem sei der Punkt der optimalen Balance zwischen der Anreizfunktion des Urheberrechts einerseits und dem Interesse an Zugangsfreiheit andererseits nicht exakt zu bestimmen. Daher favorisiert er eine positivistische Sichtweise, die nicht nach der in jeglicher Hinsicht idealen Lösung des Verwertungs- und Zugangsproblems im digitalen Kontext fragt, sondern den Anspruch erhebt, im Hinblick auf die inter- und supranationalen Verpflichtungen, die nationale Gesetzgeber bei jeglicher Urheberrechtssetzung zu beachten haben, einen gangbaren Weg aufzuzeigen.⁷⁰⁷ Entsprechend stellt er die Vereinbarkeit mit der RBÜ, TRIPS und den WIPO-Verträgen als die entscheidende Maßgabe seinem Vorschlag voran,⁷⁰⁸ dieser genüge sein Bipolar Copyright System. Ausgangspunkt ist insoweit die Feststellung, dass das internationale Urheberrecht nunmehr zwei unterschiedliche Ebenen für den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten enthalte: „There are now two protection layers for a copyrightable work. The first one is exclusive rights under copyright. The second one is the application of technological measures and the legal rules against circumventing this factual exclusivity.“⁷⁰⁹ Das Bipolar Copyright System bilde die Zweipoligkeit des Urheberrechtsschutzes ab, indem es den Rechteinhaber mit einer entsprechenden Wahlfreiheit ausstatte.⁷¹⁰

Beim Fakultativmodell wird das Ausschließlichkeitsrecht der Rechteinhaber nur auf einer der beiden Schutzebenen eingeschränkt. Denn die mittels DRM mögliche Sicherstellung von Ausschließlichkeitsrechten

706 PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 41.

707 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 18.

708 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 36.

709 PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 26.

710 Vgl. PEUKERT, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, S. 28.

bleibt unberührt. Insofern stelle ein solches System laut *Peukert* lediglich ein zusätzliches Geschäftsmodell für die Rechteinhaber dar und sei daher grundsätzlich mit höherrangigem Recht vereinbar.⁷¹¹

711 Vgl. dazu mit Blick auf das Konventionsrecht, ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 212.

B. Systemimmanente Lösung – Pauschalvergütungsmodelle

Bei der Kulturflatrate geht es darum, den Urhebern und Verwertern Einnahmen für die unbegrenzte Zugänglichmachung und Vielfältigung von urheberrechtlich geschütztem Material in Tauschbörsen zu verschaffen, indem solche Handlungen gegen Pauschalvergütungen, also per gesetzliche Lizenz, legalisiert werden.⁷¹² Deutlicher noch kommt die Fokussierung auf vergütungspflichtige gesetzliche Nutzungsbefugnisse als gesetzestechnisches Werkzeug zur Realisierung eines Pauschalvergütungsmodells dort zum Ausdruck, wo es heißt, was die Privatkopieschranke im analogen Kontext sei, könne die Content-Flatrate im digitalen Zusammenhang werden. Juristisch bedeute die Content-Flatrate, dass das exklusive Recht der öffentlichen Zugänglichmachung des Urhebers bzw. des Verwerthers „von einem weitgehenden Kontrollrecht über Nutzungen auf einen Vergütungsanspruch für Nutzungen reduziert“ werde.⁷¹³

Derartige Beschreibungen⁷¹⁴ legen den Schluss nahe, dass ein Pauschalvergütungsmodell für internetbasierte Werknutzungen zwangsläufig durch das Instrument der vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis etabliert werden müsse. Die Omnipräsenz gesetzlicher vergütungspflichtiger Nutzungsbefugnisse in der Diskussion um alternative Verwertungskonzepte ist nicht überraschend. Derartige Schutzbegrenzungen haben sich weltweit in vielen Jurisdiktionen bei der Handhabung von massenhaft stattfindenden Nutzungshandlungen bewährt.⁷¹⁵ So sind weltweit in mindestens 42 Ländern gesetzliche Lizenzen hinsichtlich Privatkopien statuiert.⁷¹⁶ Dementsprechend hat auch die hier vorgenommene Analyse der die Debatte prägenden Pauschalvergütungsmodelle offenbart, dass unter den Verfechtern alternativer Verwertungssysteme die Idee der Ersetzung von Verbotssystemen durch Vergütungsansprüche im Wege der Einführung gesetzlicher Nutzungsbefugnisse weit verbreitet ist.

712 Vgl. KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 8; vgl. auch ROBNAGEL/JANDT/SCHBABEL, Kulturflatrate, MMR 2010, S. 8 (8).

713 Vgl. GRASSMUCK, Alternative Kompensationssysteme, Fiff-Kommunikation, 4/2004, 49 (50).

714 Vgl. so etwa die im Online-Lexikon *Wikipedia* gegenwärtig angebotene Definition von Kulturflatrate; ähnlich GRUNDMANN, Schutzrechte, GRUR 2011, S. 89 (90).

715 Vgl. dazu NETANEL, Impose A Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer Filesharing, Harv. J. L. & Technology 2003, S. 2 (32).

716 Vgl. GRASSMUCK, Von der Privatkopieschranke zur Content-Flatrate, S. 1.

Zugleich hat die Einordnung der diskutierten Pauschalvergütungsmodelle auch verdeutlicht, dass es sich um kein einheitliches Regelungskonzept handelt,⁷¹⁷ sondern dass neben der gesetzlichen Nutzungsbefugnis alle anderen legislativen Werkzeuge zur Herstellung eines Interessenausgleichs im Urheberrecht als Umsetzungsinstrument in Betracht kommen. Das sich insoweit bietende Spektrum von der gesetzlichen Nutzungsbefugnis über Zwangslizenzen bis zu den verschiedenen Spielarten der kollektiven Rechtswahrnehmung ist begrenzt. Gleichwohl hat das Urheberrecht bis dato mittels eben dieser Instrumentarien auf grundlegende Veränderungen der Medienkultur sach- und interessengerecht reagieren können. Derartige Mechanismen eröffnen der Legislative seit jeher die Möglichkeit, den mittels Ausschließlichkeitsrechten absolut gewährten Rechtsschutz der Urheber in bestimmten Konstellationen zugunsten schutzwürdiger Belange der Allgemeinheit, einzelner Werkverwender sowie der Kulturwirtschaft oder zur Korrektur eines Marktversagens⁷¹⁸ zu relativieren.⁷¹⁹

Basierend auf den gefundenen Ergebnissen ist jedenfalls festzustellen, dass es sich bei Pauschalvergütungsmodellen um systemimmanente Lösungen handelt.

717 So auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 95.

718 Insbesondere die Vorschriften bezüglich der Privatkopierfreiheit, bei denen die Vereinbarung individueller Lizenzen für massenweise stattfindende Nutzungen angesichts der damit einhergehenden Transaktionskosten unrentabel wäre, werden mitunter als Regelungen zur Korrektur eines Marktversagens angesehen. Vgl. dazu DREIER, in DREIER/SCHULZE (Hrsg.), vor §§ 44a Rn. 4.

719 Vgl. dazu REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 431 ff.; MELICHAR, in SCHRICKER, Urheberrecht, vor §§ 44a Rn. 1 ff.; GÖTTING, in LOEWENHEIM, Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rn. 1 ff.; vgl. auch GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 ff, der herausarbeitet, wie kreative Nutzungen und damit Innovationen gefördert werden können, indem bestimmte Handlungen dem Zustimmungsbedürfnis der Rechteinhaber entzogen werden.

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 Kulturfltrate 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 Kulturfltrate national oder supranational geregelt werden sollte. In Bezug auf die Vergütungshöhe scheint schon im Grundsatz Uneinigkeit darüber zu bestehen, ob die Kulturfltrate 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

720 KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 50.

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

Netanels 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 Rechtswahrnehmung 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 Rechtswahrnehmung 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 I, A, II

Sollen Korrekturen erfolgen, wenn eine Verteilung der Kulturfltrate 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 Kulturfltrate, 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 Datenübertragungsrate 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 umfänglich 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, Kulturflattrates, S. 97.

766 ZWENGEL, Kulturflattrates, 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 Kulturflatrate*, S. 26 ff., 138 ff.

770 Vgl. dazu Teil I, 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 Kulturflatrate 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 Kulturflatrate*, 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 Kulturflatrate*, Fragen 1, 2, 3, 5, 8 bis 15; BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, *Positionspapier zur Kulturflatrate*, 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.; KREML, 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 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 Kulturflatrate, S. 68; dazu auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 147 ff.

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

790 PFENNIG, Informationsgesellschaft und Kulturflatrate, 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 musicindustrie] 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 Musikserviceanbieter, 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 ausüben 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.“ LINCOFF, *Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law*, 2008, S. 2 (52).

794 Vgl. LINCOFF, *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 ermöglichten, 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, Kulturflatrates, 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, Kulturflatrates, 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 Kulturfltrate 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, Kulturflrates, S. 103.

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

808 ZWENGEL, Kulturflrates, S. 104.

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

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

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

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

Nutzungsdaten zur Ermittlung eines Verteilungsschlüssels erheben sollte, 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 Lizenzentgelten an die Rechteinhaber sieht *Lincoff* vor, dass jede Verwertungsgesellschaft die von ihr eingenommenen Lizenzentgelte nur an die Rechteinhaber ausschüttele, 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 verwerten. Nach *Lincoff* solle diese Freiheit nur insoweit eingeschränkt werden können, wie das die Rechteinhaber eines Werkes untereinander regeln. 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, *Kulturflatrates*, 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 werbet 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/PIEROTH (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 Schrankenkatalogs 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 Rechtsgewährung 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 Kulturflaute*, 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 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, 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, Kulturflatrates, S. 141.

833 Vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, 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 Schrankenatalog des deutschen UrhG mit dem Grundgesetz auszuloten. 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. [...] Nicht 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, Kulturfltrate, 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 Kulturfltrate 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 Kulturfltrate 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 Ausgestaltungsbindung 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 Begrenzungsvorbehalten und Ausgestaltungsvorbehalten 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.) – Sektenwarnung, 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.; MANSSSEN, 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, handle 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/PIEROOTH (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/GERCCKE, 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 Freiheitsphären 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 Gewähr 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 Kulturfltrate 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 Bestandsschutz 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, Wortsinnngrenze 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/PIEROOTH (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 vorbehalten 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. Schricker, 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 ausgestaltungsfähig 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; POEPEL, *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 Einschätzungsprärogative 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 Immateri-
algüter einen Grundbestand an Normen. Dieser muss so geartet sein, dass
sich die daraus resultierenden Befugnisse als „Privateigentum“ fassen las-
sen.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 vermö-
genswerten Ergebnisse ihrer Arbeit zu verfügen.⁸⁸⁷ Diese Vorgaben der ver-
fassungsrechtlichen Eigentumsgarantie konstituieren den Wesenskern des
Urheberrechtsschutzes. Es ist auch die Unantastbarkeit dieses Kernbe-
reichs, 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 Grund-
rechtsadressat JARASS in JARASS/PIEROOTH (Hrsg.), GG, Art. 1 Rn. 30, 52,
mwN; CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, S. 33 f.; PEUKERT, Güterzu-
ordnung als Rechtsprinzip, S. 66 ff.; FÖRSTER, Fair Use, S. 166.

885 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattrates 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 Kulturflatrate*, 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 Kulturflatrate*, 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 Kulturflaute*, 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 anknüpften, 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. MOVESSIAN, 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. MAAßEN, 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 massenhaft 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 Kulturfltrate 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, *Kulturflrates*, 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, Kulturflrates, S. 149, mwN.

934 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, vgl. LEINEMANN, Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, S. 35 ff.

935 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflrates, 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 Netzsperrern 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, Kulturflatrates, S. 130 ff., mwN.

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

941 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, 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, *Kulturflrates*, S. 175.

948 Vgl. dazu umfassend ZWENGEL, *Kulturflrates*, 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 kulturelevanten 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; ROBNAGEL/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 Kulturfltrate 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, Kulturflrates, S. 150.

959 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, S. 152.

960 Vgl. ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, Kulturfltrate, 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 Werkentstellung 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 Rechtfertigung zugunsten der Etablierung eines Pauschalvergütungsmodells zu berücksichtigen.

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

Eingriffs nicht erreichen kann.⁶⁹ 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.⁷⁰

Nach der vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis sind als nächstmilderes Mittel zunächst das Konzept zwingender kollektiver Rechtewahrnehmung⁷¹ und daran anschließend das Zwangslizenzmodell⁷² einzustufen.⁷³ Im Gegensatz zum Schrankenmodell wird durch ein Zwangslizenzmodell oder die zwingende kollektive Rechtewahrnehmung 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 Rechtewahrnehmung von der Zwangslizenz insofern, als im Falle zwingender kollektiver Rechtewahrnehmung der Rechteinhaber darauf beschränkt ist, seine Rechte kollektiv durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen. Demnach ist die zwingende kollektive Rechtewahrnehmung eingriffsintensiver als das Zwangslizenzmodell, bei dem sich der Rechteinhaber individueller Lizenzen bedienen darf und nicht zwingend eine Verwertungsgesellschaft zur Rechtewahrnehmung einschalten muss.

Gemeinsam sind dem Schrankenmodell, dem Konzept der zwingenden kollektiven Rechtewahrnehmung 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, Kulturflattrates, S. 141.

970 Vgl. Teil 4, A. I.

971 Vgl. Teil 4, A. III.

972 Vgl. Teil 4, A. II.

973 Vgl. dazu ZWENGEL, Kulturflattrates, 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, Kulturflattrates, 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 Schranken katalog 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 Ausgestaltungsbeugnis 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 REINBOTHÉ, *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. Ebenso wenig 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 Privatkopieschranke für den Download, also die Vervielfältigung, nicht entgegen – die Richtlinie beschränkt die Privatkopieschranke 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 Richtliniengebers 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 Privatkopieschranke 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 handele, 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, Kulturflutrates, 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 rekurrierend 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 Ausschließlichkeitwirkung 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 Rechteinräumung hinsichtlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung für private Zwecke vorsieht, nicht mit dem abschließenden Schranken-katalog 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 Rechtswahrnehmung

Fraglich ist, ob auch das gesetzliche Instrument der kollektiven Rechtswahrnehmung 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 Schranken-katalog 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, Kulturflrates, 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, Kulturflrates, 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 Schrankenverzeichnis 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 Kreativgutes 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, Kulturflattrates, 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 untersagt 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 Environment, S. 52.

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

1014 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflattrates, S. 212, mit Bezug auf die Vereinbarkeit 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, Kulturflratrates, 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, Kulturflattates, 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, Kulturflarates, S. 227.

1024 Vgl. ZWENGEL, Kulturflarates, 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 Urhebers 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, Kulturflattrates, S. 231.

1027 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (208); ZWENGEL, Kulturflattrates, 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 Kulturflatrate, S. 70, mwN; ZWENGEL, Kulturflattrates, 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 versprochen 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. Schrickler, 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 Ebensowenig 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 betrafte. 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, Kulturflattrates, S. 244.

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

1050 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflattrate, 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 „berechtigten 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, Kulturflratrates, S. 244 ff.

1059 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (210); ZWENGEL, Kulturflratrates, 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, Kulturflattrates, S. 249.

1062 Vgl. SENFTLEBEN, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200 (210); ZWENGEL, Kulturflattrates, 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, Kulturflatrates, S. 251.

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

1066 Vgl. SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 30 ff.; ZWENGEL, Kulturflatrates, 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, Kulturflattrates, 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, Kulturflattrates, 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, Kulturflrates, S. 259 ff.

1076 Vgl. ZWENGEL, Kulturflrates, 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.

Resümee und Ausblick – rechtspolitische Erwägungen

A. Resümee

Nullen, Einsen, Bits und Bytes. Das sind die Produktions- und Distributionsmittel der Kultur des 21. Jahrhunderts. Unterhaltung und Information im digitalen Aggregatzustand sind als Content immer allgegenwärtig. In den vergangenen 25 Jahren ist die infrastrukturelle Grundlage geschaffen worden für den und das Bedürfnis entstanden nach dem grenzenlosen Umgang mit Kreativität und Wissen. Während das Telefon 74 Jahre benötigte, um sich in 50 Millionen Haushalten weltweit zu etablieren, hatte das World Wide Web bereits vier Jahre nach seinem Aufkommen 655 Millionen Nutzer.¹⁰⁷⁷ „Everyone of us. Everywhere. Connected.“ – Unter diesem Slogan hat es sich kürzlich eine Allianz aus führenden Technologie- und Internetkonzernen, gemeinnützigen Organisationen sowie Gemeinden zum Ziel gesetzt, die fünf Milliarden Menschen, die noch nicht ständig „online“ sind, durch die Verbreitung günstiger Smartphones und flächendeckenden Netzausbau zu verbinden.¹⁰⁷⁸

Wie Kulturkommunikation in 25 Jahren, im Jahr 2040, aussehen wird, lässt sich heute nur erahnen. Sicher ist aber, dass die auf dem Weg dorthin entstehenden Ressourcen und Innovationen nur dann vollumfänglich und effektiv durch die beteiligten Akteure ausgeschöpft werden können, wenn ein Rechtsrahmen zur Verfügung steht, der nicht die neu entstehenden Möglichkeiten durch ein starres Festhalten an Produktionsmustern vergangener Tage bereits im Keim zu ersticken droht.¹⁰⁷⁹ Aktuell findet die immaterielle Kulturzirkulation ihre Grenzen – außer im menschlichen Fassungsvermögen – lediglich im geltenden Urheberrecht. Demzufolge wird jenes Rechtsgebiet im digitalen Kontext mehr als ein zu überwindendes Problem wahrgenommen denn als Lösung herangezogen zu werden. Es heißt, das

1077 Vgl. UN Conference on Trade and Development, E-Commerce and Development Report 2002, S. 1. Danach verdoppele sich die Anzahl der Internetnutzer alle 6 Monate. Zit. nach BORTLOFF, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 (669).

1078 Das Konsortium firmiert unter: *Internet.org*. Sein Slogan lautet: Every one of us. Everywhere. Connected.

1079 Vgl. dazu auch SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 47; ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 279

System sei unter Beschuss geraten.¹⁰⁸⁰ Die Diskussion um ein grundsätzliches Überdenken des urheberrechtlichen Schutzrechtssystems ist auch zwei Jahrzehnte nach den *Napster*-Urteilen¹⁰⁸¹ und trotz umfanglicher Aktivitäten auf sämtlichen Normsetzungsebenen¹⁰⁸² in vollem Gange.¹⁰⁸³ In dieser, nunmehr seit über zwanzig Jahren andauernden Debatte werden unter dem Begriff der Kulturfltrate gesetzliche Pauschalvergütungsmodelle für nicht kommerziell motivierte Nutzungen digitaler Kreativgüter diskutiert.

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Arbeit ging dahin, den diesbezüglich relevanten rechtspolitischen Anlass zu identifizieren. Daneben stand der Gestaltungsspielraum der Legislative hinsichtlich derartiger Modelle im Fokus. Was die Frage des Anlasses anbelangt, galt es, diejenigen Fehlstellungen zu eruieren, die den Stein des Anstoßes bilden. Mit Blick auf die insoweit gefundenen Ergebnisse waren die Perspektiven des Urheberrechts bezüglich der Behandlung der zu privaten Zwecken erfolgenden Nutzung digitaler Kreativgüter zu erarbeiten. Bezüglich der legislativen Gestaltungsgrenze war zu erforschen, ob und inwieweit sich die zur

1080 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 1.

1081 Vgl. Court of Appeals for the 9th Circuit, *A&M Records vs. Napster Inc.*, CR Int 2001, S. 50 (50). *Napster* ermöglichte das Herunterladen von Musikdateien. Die Benutzer von *Napster* bekamen von *Napster* eine kostenlose Software zur Verfügung gestellt. Soweit sie erstmalig die Verbindung mit *Napster* aufnahmen, konnten sie angeben, auf welche ihrer Musikdateien und -ordner im Rahmen des Systems von *Napster* zugegriffen werden konnte. Die Informationen über die zur Verfügung gestellten Musikdateien wurden zentral bei *Napster* gespeichert. Dies galt für alle Benutzer, welche zu einem gegebenen Zeitpunkt mit *Napster* verbunden waren. Die zur Verfügung gestellte Software erlaubte jedem Benutzer die Suche nach bestimmten Musikdateien in dem von *Napster* zentral zur Verfügung gestellten Gesamtregister der gegenwärtig angeschlossenen Benutzer. Wurde ein Benutzer bei der Suche fündig und wollte er die Datei herunterladen, verband *Napster* ihn mit dem Anbieter der Datei, das Herunterladen erfolgte dann direkt vom Rechner des Anbieters auf den Rechner des Nachfragers. Vgl. zur rechtlichen Würdigung umfassend BRINKEL, Filesharing, S. 224 ff.; GAMPP, Die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“ im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht - Der Präzedenzfall *Napster* und seine Nachfolger, GRUR Int 2003, S. 991 ff.

1082 Vgl. dazu mit Blick auf US-amerikanisches Recht und europäisches Recht, FREYTAG, Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, S. 207 ff.; mit Blick auf das deutsche Urheberrecht, SCHIPPAN, Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, S. 378 ff.

1083 Vgl. SPINDLER, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, S. 2550 ff.; LEISTNER/HANSEN, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, GRUR 2008, S. 479 (479), mwN.

Debatte stehenden Pauschalvergütungsmodelle als systemimmanente Mechanismen den Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht zuordnen lassen und wie ein ideales Modell auszugestalten wäre. Dabei war insbesondere zu beantworten, ob und in welcher Ausgestaltung ein Pauschalvergütungsmodell legislativ, in Übereinstimmung mit nationalem, europäischem und internationalem Urheberrecht, realisierbar ist.

Hinsichtlich des Anlasses der Forderung nach einem gesetzlichen Pauschalvergütungsmodell wurde festgestellt, dass die Entwicklung auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologien durch den Urheberrechtsgesetzgeber nicht nachgezeichnet worden ist. Die zahlreichen legislativen Aktivitäten auf sämtlichen Normsetzungsebenen, die erklärmaßen die Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse der Informationsgesellschaft zum Gegenstand haben, berücksichtigen nur die Exklusivitätskultur und sind darauf gerichtet, dieses für das analoge Verwertungsumfeld geltende Charakteristikum, insbesondere das damit einhergehende „Pay-Per-Use“-Modell, in die Informationsgesellschaft zu transportieren und dort mit Wirkung auf die Zukunft zu verfestigen. Demgegenüber bleibt die das Informationszeitalter prägende und für den digitalen Kontext typische Zugangskultur von jenen gesetzgeberischen Maßnahmen unberücksichtigt.¹⁰⁸⁴, wodurch sich die Anwendung des Urheberrechts auf digitale Sachverhalte dysfunktional auswirkt. Dies hat zur Folge, dass alle relevanten Akteure – die Rechteinhaber, die Werkverwender sowie die zwischen ihnen als Intermediäre fungierenden Internetdienste – ihre tatsächliche Situation als unbefriedigend beschreiben. Die insoweit identifizierten Fehlstellen im Urheberrecht wurden als ein Zeichen der Ineffizienz und der punktuellen sachlichen Unangemessenheit dieses Rechtsgebiets herausgearbeitet, die das seit Ende der 1990er Jahre anhaltende Verlangen nach einem gesetzlichen Pauschalvergütungsmodell begründen.¹⁰⁸⁵

Daran anknüpfend waren die sich dem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft bietenden Perspektiven zu prüfen. Denn eine

Beibehaltung des gegenwärtigen Urheberrechtssystems [wird] den Interessen der Gesellschaft und der Kreativen ebenso wenig gerecht wie ein grundsätzlicher Verzicht auf jede Art vernünftiger Regelung. Vordringliche Aufgabe der Politik muss

1084 Zu den Begriffen „Exklusivitätskultur“ und „Zugangskultur“ vgl. PEUKERT, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, S. 77 ff.

1085 Vgl. Teil 2, B. und C.

es sein [...], das System einer grundlegenden Neubewertung im Zeitalter digitaler Verwertung zu unterziehen.¹⁰⁸⁶

Gleichzeitig finden sich mitunter Prophezeiungen wie die Folgende: „Das Urheberrecht ist völlig veraltet. Es wirkt wie ein Relikt aus Gutenbergs Zeiten. [...] Aber es wird wahrscheinlich erst völlig zusammenbrechen müssen, bis es geändert werden kann.“¹⁰⁸⁷ Angesichts der Optionen des Urheberrechtsgesetzgebers, die teilweise im Rahmen der vorliegenden Untersuchung dargestellt wurden,¹⁰⁸⁸ ist ein Zusammenbruch, wie er im obigen Zitat antizipiert wird, kaum vorstellbar. Gleichwohl steht der Gesetzgeber an einem Scheideweg: Er kann auf die im Urheberrecht bestehenden Fehlstellungen entweder durch Ausdehnung der materiellrechtlich gewährten Ausschließlichkeit, einhergehend mit einer Verschärfung der Rechtsdurchsetzung, oder durch kompensierte Zugangsfreiheit im Wege einer Relativierung von Ausschließlichkeitsbefugnissen reagieren. Im Hinblick auf die erstgenannte Alternative wurde herausgestellt, dass die immer wieder vorgebrachten und teilweise sogar in geltendes Recht eingespeisten Argumente für den Ausbau rechtlich vermittelter Kontrollmacht über Werke zweifelhaft und damit als allgemeines Prinzip in der Urheberrechtspolitik untauglich sind.¹⁰⁸⁹

Der Gesetzgeber kann einem Gebiet wie dem Urheberrecht, das die Entstehung und Verbreitung von Kultur wesentlich prägt, nicht gerecht werden, wenn er es, wie zuletzt auf sämtlichen Normsetzungsebenen geschehen, allein aus dem verengten Blickwinkel des Urheberrechtsschutzes betrachtet und die sozialen sowie kulturellen Aspekte und die Eigenheiten der betreffenden technischen Umgebung außer Acht lässt.¹⁰⁹⁰ Erforderlich ist vielmehr eine ganzheitliche Perspektive, die zur Lösung des Verwertungs- und Zugangsproblems im digitalen Kontext vor allen Dingen auf die Funktionen des Urheberrechts abstellt. Ein solcher, funktional orientierter Blick rückt Pauschalvergütungsmodelle in den Fokus, die geeignet sind, auch die dem Internet wesenseigene Zugangskultur zu berücksichtigen.

1086 CHRISTLICH SOZIALE UNION, NETZRAT, In Freiheit und Fairness. Positionspapier des CSU-Netzrates, München Januar 2011, S. 11. Ja, Sie haben richtig gelesen. Das Zitat entstammt tatsächlich einem Positionspapier der CSU.

1087 NEGROPONTE, *Being Digital*, S. 77, zitiert nach FLECHSIG, *Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen*, ZGE/IPJ 2011, S. 19 (30).

1088 Vgl. Teil 3, B.

1089 Vgl. Teil 3, C.

1090 Vgl. dazu v. LEWINSKI, in OHLY / u. a. (Hrsg.), *FS für G. Schricker*, S. 401 (403).

Pauschalvergütungen gerade für diejenigen Arten der Nutzungshandlungen, die massenhaft erfolgen und sich der individuellen Überprüfung entziehen, sind nicht unbekannt. [...] Der Gedanke einer Content-Flatrate beispielsweise des Internetnutzers, für einen geringfügigen Pauschalbetrag [...] das Recht auf private Kopien abzugelten, kann im Vergleich zur Unmöglichkeit der Durchsetzung urheberrechtlicher Nutzungsentgelte in diesem Bereich eine sichere Grundlage für die Erlangung angemessener Nutzungsentgelte sein.¹⁰⁹¹

Die im Rahmen der erfolgten Untersuchung diskutierten Konzepte sind insofern systemimmanente Lösungen, als sie hinsichtlich ihrer juristischen Implementierung auf Werkzeuge setzen, die dem Urheberrecht inhärent sind. Hierdurch lassen sich auch Anknüpfungspunkte für ihre Einführung im geltenden Recht finden.¹⁰⁹² Welches der dem Urheberrecht eigenen Instrumentarien der Interessenkonfliktlösung, einerseits die Einschränkung der Reichweite von Ausschließlichkeitsrechten durch eine gesetzliche Lizenz oder andererseits die Begrenzung der Ausübungsfreiheit im Wege einer Zwangslizenz bzw. im Wege der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit, vorzugswürdig ist, hängt von vielerlei Aspekten ab. Die unterschiedlichen Implikationen der verschiedenen Modelle waren gegeneinander abzuwägen.¹⁰⁹³

Im Rahmen der insoweit erforderlichen Abwägung ist der Spielraum nationaler Gesetzgeber durch höherrangiges Recht eingeschränkt.¹⁰⁹⁴ Die engste Grenze, die in diesem Zusammenhang durch die Legislative eines europäischen Mitgliedstaates zu beachten ist, wird durch den abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL gezogen.¹⁰⁹⁵ Danach ist es den Mitgliedstaaten untersagt, für das Vervielfältigungsrecht und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung andere Ausnahmen oder Beschränkungen einzuführen als die im Katalog aufgeführten. 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.

1091 FLECHSIG, in HILTY/DREXL/NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 97 (100).

1092 Vgl. Teil 4.

1093 Vgl. Teil 4, A. und Teil 5, A.

1094 Vgl. Teil 5, B. III.

1095 Vgl. Teil 5, B. II. 1. b).

Ein mögliches Konzept, das sich im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze bewegt und mit dem relevanten, höherrangigen nationalen, supranationalen, insbesondere mit dem abschließenden Schranken-katalog der Info-RL, 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. Ausgehend von einem Opt-in-Konzept, das mit geltendem höherrangigem Recht vereinbar ist, muss die Frage beantwortet werden, ob die gesetzliche Einführung eines solchen Modells geeignet ist, den identifizierten Fehlstellen im digitalen Urheberrecht entgegenzuwirken. Diesbezüglich sei in Erinnerung gerufen, dass vorstehend der Kontrollverlust der Rechteinhaber über ihre Werke als Symptom einer Störung der urheberrechtlichen Schutz- und Vergütungsfunktion identifiziert und der Mangel eines den technischen Gegebenheiten entsprechenden Rechtsrahmens für zeitgemäße Kultur- und Kommunikation als eine Fehlstellung des Urheberrechts hinsichtlich seiner Kommunikationsfunktion ausgemacht wurde. Die Fragmentierung der relevanten Rechte und die damit einhergehenden Schwierigkeiten des Lizenz-erwerbs, die systeminduzierten Herausforderungen für die kollektive Rech-tewahrnehmung und die negativen Folgen eines strengen Haftungsregimes wurden als innovationshemmende Implikationen des digitalen Urheber-rechts identifiziert.¹⁰⁹⁶

Wie die aufgekomenen geschäftsmäßig betriebenen Streamingdienste es sind, ist auch ein Opt-in-Modell nur begrenzt geeignet, diesen vorliegend herausgearbeiteten Dysfunktionalitäten des Urheberrechts im digitalen Kontext entgegenzuwirken.¹⁰⁹⁷ Ein Opt-in-Modell fördert zwar die urheberrechtliche Schutz- und Vergütungsfunktion insoweit, als es Rechteinhabern eine zusätzliche Möglichkeit verschafft, ihre Werke zu monetarisieren, insbesondere werden die weniger populären Künstler geneigt sein, in ein Pauschalvergütungsmodell zu optieren, um auch ohne einen Verlagsvertrag und ohne die Einschaltung eines Produzenten oder sonstiger Intermediäre eine Vergütung für ihre Werke zu generieren. Aber letztlich bleibt im Falle der Implementierung eines Opt-in-Modells, der Exklusivitätskultur entsprechend, das umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers der gesetzliche Regelfall. Daraus folgt, dass hinsichtlich der übrigen heraus-

1096 Vgl. Teil 2, B. III.

1097 Vgl. Problemaufriss, C. III.

gearbeiteten Dysfunktionalitäten, vor allem bezüglich der kommunika-tions- und innovationshemmenden Implikationen des digitalen Urheber-rechts keine Verbesserung der Situation eintritt. Die Exklusivitätskultur wird gefördert und die Zugangskultur bleibt unberücksichtigt.¹⁰⁹⁸ Das ent-spricht dem Eigentümermarktmodell,¹⁰⁹⁹ das der heutigen Urheberrechts-gesetzgebung inhärent ist und eine Expansion des Urheberrechts in den letz-ten zwanzig Jahren zur Folge hatte. Wie im obigen Plädoyer für einen Per-spektivenwechsel skizziert,¹¹⁰⁰ betont die auf sämtlichen Normsetzungs-ebenen zu beobachtende Expansionslogik die Interessen der Rechteinhaber einseitig und ist daher abzulehnen. Einen Perspektivenwechsel einnehmend und einen ganzheitlichen sowie funktionsorientierten Ansatz zugrundele-gend ist ein Opt-out-Modell vorzugswürdig, das hinreichend die Zugangs-kultur berücksichtigt und der Eigenlogik kultureller Kommunikation im digitalen Kontext gerecht wird. Ein solches Modell verspricht, die Vorzüge des digitalen Verwertungsumfelds zugunsten aller involvierten Interessen-inhaber auszuschöpfen und sämtlichen Funktionen des Urheberrechts zu optimaler Geltung verhelfen zu können.

Nachfolgend ist ein solches Modell in tatsächlicher Hinsicht skizziert. Dabei handelt es sich wohlgerne um einen visionären Vorschlag, dessen Einführung aus heutiger Sicht an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem abschließenden Schranken-katalog der Info-RL, scheitern muss.

1098 Vgl. zu den Begriffen „Exklusivitätskultur“ und Zugangskultur“, PEUKERT, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, S. 77 (78).

1099 Vgl. dazu WIELSCH, in GRÜNBERGER/LEIBLE (Hrsg.), S. 61 (61).

1100 Vgl. Teil 3, D.

B. Eigener Vorschlag: Die europäische Kulturflatrate

Die globale Dimension internetbasierter Nutzungshandlungen erfordert, dass bei der Regelung des digitalen Verwertungsumfelds ein deterritorialer Ansatz zugrunde gelegt wird. Das rückt eine europäische Lösung in den Fokus, in der das innovationstreibende Wesen des Internets, dessen globale Strukturen sowie künftige Entwicklungstendenzen Berücksichtigung finden.¹¹⁰¹ Dies wird im Rahmen des folgenden Vorschlags durch die Implementierung folgender Elemente gewährleistet:

- Einrichtung einer europäischen Institution zur Organisation der Kulturflatrate,
- Kumulation der im digitalen Kontext relevanten Rechte in einem allumfassenden Verwertungsrecht,
- Möglichkeit des einfachen Erwerbs von Nutzungsrechten durch Nutzer digitaler Kreativgüter,
- Freiwilligkeit der Teilnahme seitens der Rechteinhaber und der Verwender digitaler Kreativgüter, wobei seitens der Rechteinhaber der gesetzliche Regelfall die Teilnahme an der Kulturflatrate sein soll und eine Opt-out-Möglichkeit vorzusehen ist.

I. „Digitale Verwenderrechte“ im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate

Die heute im digitalen Kontext üblichen Nutzungsarten – Digitalisieren, Remixen, Mashen, Uploaden, Downloaden, Streamen, etc. – tangieren bei Zugrundelegung deutschen Urheberrechts regelmäßig das Vervielfältigungsrecht (§ 16), das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) und das Bearbeitungsrecht (§ 23).¹¹⁰² In Grenzfällen kann zudem das Senderecht (§ 20) betroffen sein.¹¹⁰³ Im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate ist die Möglichkeit vorzusehen, dass Verwender¹¹⁰⁴ digitaler Kreativgüter hinsichtlich der aufgezählten Verwertungsrechte ein einheitliches

1101 Das nachfolgende Modell ist teilweise angelehnt an EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), *The „Content-Flatrate“*, S. 91 ff.

1102 Zu den im digitalen Kontext relevanten Verwertungsrechten, vgl. Teil 1, C. I.

1103 Wobei ein Eingriff in das Senderecht nicht durch Verwender, sondern in der Regel durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft erfolgen wird. Daher kann es bei der Vergabe von Verwenderrechten außer Betracht bleiben.

1104 Darunter ist in Anlehnung an den Begriff des Verbrauchers in diversen europäischen Richtlinien und in § 13 BGB jede natürliche Person zu verstehen, die

Nutzungsrecht erwerben können. Die Dynamik des digitalen Verwertungs-
umfelds und künftige Entwicklungstendenzen bedenkend,¹¹⁰⁵ müssen Ver-
wenderrechte mit Blick auf die erfassten Nutzungsarten idealerweise tech-
nologieneutral und hinsichtlich der zu begrenzenden Ausschließlichkeits-
rechte offen formuliert werden.¹¹⁰⁶

In Anlehnung an *Lincoffs* Vorschlag ist ein allumfassendes Recht (digital
transmission right) vorzusehen, das die im digitalen Kontext relevanten
Verwertungsrechte in sich kumuliert (digitale Verwenderrechte für den
Binnenmarkt).¹¹⁰⁷ Ein solcher Nutzungstatbestand wäre im folgenden Sinne
zu formulieren:

„Eine natürliche Person, die digitale Verwenderrechte für den Binnen-
markt erworben hat, ist berechtigt, digitale Kreativgüter im Binnenmarkt
für eigene Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecke in
körperlicher sowie in unkörperlicher Form zu nutzen, insbesondere zu ver-
vielfältigen, öffentlich wiederzugeben und zu bearbeiten. Eine kommer-
zielle Zielsetzung seitens des Verwenders darf dabei nicht vorliegen.“

II. Erwerb digitaler Verwenderrechte für den Binnenmarkt

Die Inhaberschaft von Verwenderrechten im Rahmen einer europäischen
Kulturfltrate versetzt Verwender in die Lage, digitale Kreativgüter in der
Europäischen Union in Rechtssicherheit zu vordefinierten Zwecken und in
einem bestimmten Umfang zu verwenden. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass

ein Kreativgut zu eigenen Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungs-
zwecken sowie zu transformativen Zwecken nutzt oder benutzt und dabei keine
kommerziellen Zwecke verfolgt. Vgl. dazu Teil 1, B. II, 1.

1105 Vgl. GERNROTH, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
(ICANN) und die Verwaltung des Internets, S. 71.

1106 Vgl. dazu LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law,
2008, S. 2 (28), der mit Augenmerk auf die Rechtslage in den USA und mit dem
Fokus auf das Beziehen und die Distribution von Musik über Filesharing-Syste-
me vorschlägt, diejenigen Ausschließlichkeitsrechte von Musikrechteinhabern
(Komponisten, Liedtextern, ausübenden Künstlern sowie von Musikverlagen
und Tonträgerherstellern), die im Rahmen internetbasierter Nutzungen tangiert
werden, nämlich das „reproduction right“, „public performance right“ und das
„distribution right“, durch ein einziges, neues, für den digitalen Musikmarkt
spezifisches Verwertungsrecht zu ersetzen. Vgl. dazu auch GERNROTH, Die
Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und die
Verwaltung des Internets, S. 71.

1107 Vgl. Teil 4, II; LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law,
2008, S. 2 (29).

Verwenderrechte in Form von Rechtepaketen im Zuge eines einzigen Verfahrens mit Wirkung für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft vertraglich erworben werden können. Die Rechtepakete müssen für die Verwender oder für Internetdienste¹¹⁰⁸ bei einer zentralen Institution bzw. einer Clearingstelle verfügbar sein. Es ist zu vermeiden, dass ein Verwender gehalten ist, hinsichtlich des Gebietes jedes einzelnen Mitgliedstaates sowie bezüglich einzelner Werkkategorien und unterschiedlicher Rechteinhaber jeweils separate Verhandlungen zu führen und mehrfache Transaktionskosten zu tragen.

Der für Rechtepakete zu entrichtende Preis ist im Einvernehmen aller Beteiligten, insbesondere Vereinigungen von Werkverwendern, Rechteinhaber, Verwertungsgesellschaften und Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, für jeweils begrenzte Zeiträume im Vornhinein festzulegen. Den Mitgliedstaaten steht es frei, den Erwerb von Rechtepaketen steuerlich zu subventionieren oder sozialrechtlich zu berücksichtigen.

Mit dem Erwerb eines Rechtepakets erhält der Verwender eine Identifikationskennung, die von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft bei der Inanspruchnahme ihrer Dienste abgefragt wird. Vor diesem Hintergrund ist zwischen zwei Verwendertypen zu unterscheiden:

- Internetnutzern mit Verwenderrechten und
- Internetnutzern ohne Verwenderrechte.

Inhaber von Verwenderrechten sind berechtigt, sämtliche digitalen Kreativgüter, die nicht aus der Kulturfltrate exkludiert sind, zu eigenen Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecken zu verwenden, sofern sie dabei keine kommerziellen Ziele verfolgen. Sie müssen in den Genuss von Rechtssicherheit kommen. Dazu müssen sie davon ausgehen können, dass sie sich rechtmäßig verhalten, sofern sie sich beim netzwerkbasierten Umgang mit digitalen Kreativgütern in dem Rahmen bewegen, der ihnen durch das erworbene Rechtepaket gegeben ist. Zudem erscheint es sinnvoll, Inhaber von Verwenderrechten auch darüber hinaus, etwa, wenn sie Befugnisse aus ihrem Rechtepaket fahrlässig überschreiten, im Rahmen von ggf. gegen sie gerichteten Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen zu privilegieren. Auf diese Weise kann ein weiterer Anreiz für den Erwerb von Verwenderrechten geschaffen werden. Möglich ist beispielsweise eine Immunität gegen eingriffsintensive Durchsetzungsmaßnahmen wie Internetsperren. Denkbar ist außerdem eine Freistellung von der Ersatzpflicht hinsichtlich entstehender Rechtsverfolgungskosten. Solche Privilegien können ausge-

1108 Vgl. Teil 1, B. II. 2.

geschlossen werden, wenn und soweit die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten einen erheblichen Gegenstand des betreffenden Verfahrens darstellt.

Verwender, die kein Rechtepakete erworben haben, dürfen, wie es heute der Fall ist, digitale Kreativgüter nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen Erlaubnis der jeweiligen Rechteinhaber oder auf der Basis bestehender Schrankenregelungen nutzen. Wenn sie von der durch die europäische Kulturfltrate gebotenen Möglichkeit, ihre Nutzungen auf eine rechtmäßige Grundlage zu stellen, nicht Gebrauch machen, sind auch eingriffsintensive Durchsetzungsmaßnahmen gerechtfertigt.

III. Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten

Zur Realisierung der europäischen Kulturfltrate ist eine abdingbare Rechtspflicht zur Übertragung der im digitalen Kontext relevanten Nutzungsrechte vorzusehen. Das ist mit der gesetzlichen Vermutung zu verbinden, dass ein Rechteinhaber, der nach Einführung der europäischen Kulturfltrate die Erstverwertung eines Kreativguts im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats durch einen Internetdienst gestattet hat, damit einverstanden ist, dass hinsichtlich des jeweiligen Werkes Verwenderrechte, vermittelt durch eine zentrale europäische Institution und mit Wirkung für den gesamten europäischen Raum, auf jeden nachfragenden Verwender übertragen werden. Dies bedeutet, dass die Institution anstelle des Rechteinhabers zur Rechteübertragung tätig wird. Die gesetzliche Vermutung zugunsten der Übertragung von Verwenderrechten kann der Rechteinhaber entkräften, indem er ihr ausdrücklich widerspricht.¹¹⁰⁹

Ein solches Abbedingen (Opt-out) muss eindeutig kommuniziert werden. Dazu muss der Rechteinhaber das betreffende Kreativgut mit zur Rechtewahrnehmung erforderlichen Informationen im Sinne von Art. 7 Info-RL derart versehen, dass die Information über die Nichtteilnahme an

1109 Ein starker Schutz zugunsten von Urhebern gebietet es, die Entscheidungsbefugnis über die Verwertung eines Kreativguts im Rahmen der europäischen Kulturfltrate auch dann bei Urhebern zu belassen, wenn jene ihre Verwertungsrechte ausschließlich auf einen Verwerter übertragen, und gegenteilige Abreden für unwirksam zu erklären. Alternativ kann vorgesehen werden, Urheber und Leistungsschutzberechtigte stets an dem Vergütungsaufkommen aus der europäischen Kulturfltrate angemessen zu beteiligen und den Vergütungsanspruch zwingend auszugestalten.

der europäischen Kulturfltrate aus dem Kreativgut ohne Weiteres entnommen werden kann. Ferner ist das Abbedingen der standardmäßig vorgesehenen Rechteübertragung der dafür zuständigen zentralen öffentlichen Stelle mitzuteilen. Die Mitteilung muss zusätzlich zu Informationen über das Kreativgut auch Angaben über den Rechteinhaber enthalten. Zudem ist klarzustellen, ob, wo und wie Verwenderrechte an dem Kreativgut erworben werden können. Diese Informationen müssen jederzeit für jedermann elektronisch zugänglich sein.

Aus einem so gearteten Mechanismus zur Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten folgen drei Typen digitaler Kreativgüter, die sich insbesondere hinsichtlich ihrer verwertungsrechtlichen Status unterscheiden:

- Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich im Hinblick auf das jeweilige Werk aktiv für eine Verwertung im Rahmen der europäischen Kulturfltrate entschieden haben,
- Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich bezüglich des jeweiligen Werkes nicht entschieden haben,
- Kreativgüter, deren Rechteinhaber mit Blick auf das jeweilige Werk von ihrem Opt-out-Recht Gebrauch gemacht haben.

Güter der ersten und zweiten Gruppe sind für die Verwender mit Blick auf ihre verwertungsrechtliche Behandlung identisch: Inhaber von Verwenderrechten dürfen sie gemäß ihrer Rechtepakete nutzen. Verwender ohne ein Rechtepaket sind nur insoweit berechtigt, sie zu nutzen, als die betreffende Nutzung durch den Rechteinhaber autorisiert oder von einer Schranke umfasst ist. Kreativgüter der ersten und der zweiten Gruppe unterscheiden sich aber bezüglich ihrer Handhabung bei der Distribution der Einnahmen aus der Kulturfltrate. Bei der ersten kann die Verteilung der Einnahmen unproblematisch erfolgen. Demgegenüber müssen im Falle der Kreativgüter der zweiten Gruppe geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um die Rechteinhaber ausfindig zu machen. Für den Fall, dass sie nicht auffindbar sind, sind Rücklagen zu bilden, die bei deren Auftreten an die Rechteinhaber auszuschütten sind.

Kreativgüter der dritten Gruppe sind nicht Gegenstand der europäischen Kulturfltrate. Sie sind entsprechend mit einem Identifikator¹¹¹⁰ bzw. mit technischen Schutzmaßnahmen zu versehen. Sie dürfen nur gemäß bestehenden Schrankenregelungen verwendet werden oder soweit es die jeweiligen Rechteinhaber im Wege einer individuellen Lizenz autorisiert haben.

1110 Vgl. zu Bestrebungen zur Entwicklung standardisierter Identifikatoren, ROSENBLATT, European Music Rights Database Project Issues RFP, S. 1 ff.

Die Rechteinhaber dieses Typus der Kreativgüter sind an den Einnahmen aus der europäischen Kulturfltrate nicht zu beteiligen.

IV. Institution zur Organisation der europäischen Kulturfltrate

Um der grenzüberschreitenden Natur des digitalen Verwertungsumfelds gerecht zu werden, ist ein europäisches System kollektiver Rechtswahrnehmung erforderlich.¹¹¹¹ Einerseits ist sicherzustellen, dass Verwender in Europa von einer zentralen Stelle Rechtepakete mit einheitlicher Wirkung für das Gebiet der Europäischen Union erwerben können. Andererseits ist dafür Sorge zu tragen, dass die Verwertungsinteressen aller beteiligter Rechteinhaber unterschiedslos Berücksichtigung finden. Insbesondere müssen die Kriterien und Maßstäbe zur Verteilung der Einnahmen aus dem Vertrieb von Rechtepaketen für alle gleichermaßen gelten. Daher müssen Strukturen geschaffen werden, die es Rechteinhabern ermöglichen, auf das Statuieren der besagten Kriterien Einfluss zu nehmen. Ferner ist zu gewährleisten, dass Rechteinhaber, die sich gegen eine Verwertung ihrer Kreativgüter im Rahmen der europäischen Kulturfltrate wenden, ihre Entscheidung ohne besonderen Aufwand kommunizieren und realisieren können. Gleichzeitig ist vorzusehen, dass Verwender sich unkompliziert und einfach über diejenigen Kreativgüter informieren können, die von der europäischen Kulturfltrate nicht umfasst sind.

Zur Erfüllung der hier skizzierten Aufgaben bietet es sich an, eine gesamteuropäische Organisation zur Wahrnehmung und Übertragung von Rechten an digitalen Kreativgütern einzurichten (European Digital Rights Organisation, EDRO). Hauptaufgabe der EDRO ist es, digitale Verwenderrechte für das Gebiet der Europäischen Union anzubieten und die daraus erzielten Einnahmen nach bestimmten, im Einvernehmen mit allen Beteiligten (Urhebern, Leistungsschutzberechtigten, Verwertern, Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft und Verwendern) festzulegenden Kriterien an die Rechteinhaber bzw. deren Verwertungsgesellschaften zu verteilen. Eine weitere wesentliche Aufgabe der EDRO muss es sein, für alle Beteiligten als Informationspool zu fungieren. Unter anderem sind ihr folgende Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie ihrerseits der Öffentlichkeit zugänglich machen muss:

- Inhalt, Reichweite und Grenzen von Verwenderrechten;
- Rechtsfolgen der Inhaberschaft von Verwenderrechten;

1111 Vgl. Teil 2, B. III. c).

- Rechtslage im Bezug auf Verwender ohne Verwenderrechte;
- aus der Kulturflatrate exkludierte Kreativgüter;
- welche Rechteinhaber hinsichtlich welcher Kreativgüter von ihrem „Opt-out-Recht“ Gebrauch gemacht haben sowie ob, wo und wie die betreffenden Rechte erworben werden können, ferner das Ausmaß der Nutzungen einzelner digitaler Kreativgüter;
- Möglichkeiten zur Implementierung von elektronischen Identifikations- und Schutzmaßnahmen in digitale Kreativgüter.

Die Erfüllung dieser Aufgaben durch die EDRO, insbesondere die Lizenzvergabe mit Wirkung für das Gebiet der Europäischen Union, bedarf des administrativen Vollzugs auf der Ebene der Gemeinschaft. Deshalb ist es erforderlich, die EDRO unter Wahrung des bestehenden organisatorischen Aufbaus der Gemeinschaft und des institutionellen Gleichgewichts als fachlich unabhängige sowie organisatorisch und finanziell hinreichend selbständige Institution einzurichten. Sinnvoll erscheint es, die EDRO in Anlehnung an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt als Einrichtung der Gemeinschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit zu organisieren.¹¹¹²

Alternativ könnte die EDRO als Zusammenschluss aller europäischen Verwertungsgesellschaften privatrechtlich organisiert werden. Eine solche Struktur weist etwa die deutsche Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) auf. Deren Aufgabe besteht darin, die auf der Freiheit der Privatkopie (§ 53) basierenden Vergütungsansprüche gegenüber den Geräteherstellern und -importeuren und gegenüber den Leermedienherstellern und -importeuren geltend zu machen und das Vergütungsaufkommen an ihre Gesellschafter, bei denen es sich in der Regel um Verwertungsgesellschaften handelt, zu verteilen.

V. Verteilung der Einnahmen aus dem Vertrieb von Rechtepaketeten

Die Distribution der aus dem Vertrieb von Verwenderrechten erzielten Einnahmen ist auf drei korrespondierende Grundlagen zu stellen:

- Vereinbarungen, die zwischen allen Beteiligten, insbesondere Vereinigungen von Rechteinhabern, Verwertungsgesellschaften und Kulturverbänden zu treffen sind;

1112 Vgl. dazu Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke, Abl. L. 78/1.

- Informationen über das Ausmaß der Nutzung einzelner Kreativgüter im Rahmen diverser Internetdienste, die durch die jeweiligen Internetdienste zu erheben und an die EDRO weiterzuleiten sind;
- Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren im Streitfall.

Idealerweise sind sämtliche digitalen Kreativgüter mit für die europäische Kulturflatrate standardisierten elektronischen Identifikatoren zu versehen.¹¹¹³ Dies ermöglicht es Internetdiensten, die über ihre Systeme genutzten Kreativgüter zu identifizieren und das Ausmaß ihrer Nutzung festzustellen. Hinsichtlich der Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich aktiv für oder gegen die Verwertung über die europäische Kulturflatrate entschieden haben, ist die Implementierung von elektronischen Identifikatoren unproblematisch. Insoweit ist die Wirksamkeit der Erklärung für oder gegen die Kulturflatrate daran zu knüpfen, ob das betreffende Kreativgut mit elektronischen Identifikations- bzw. Schutzmaßnahmen versehen worden ist.

Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich nicht entschieden haben, sind naturgemäß nicht nach den Standards der Kulturflatrate gekennzeichnet. Allerdings werden schon heute Kreativgüter in der Regel mit international standardisierten digitalen Kennungen versehen.¹¹¹⁴ Daher ist auch das Ausmaß der Nutzung von nicht nach Kulturflatratestandards gekennzeichneten Kreativgütern grundsätzlich erkennbar, so dass die Beobachtungs- und Informationspflicht der Internetdiensteanbieter dahingehend auszuweiten ist. Gleichzeitig sind Anreize zu schaffen, die dazu beitragen, dass Rechteinhaber sich aktiv für oder gegen die Verwertung ihrer Güter im Rahmen der Kulturflatrate entscheiden. Sachgerecht ist es, Rechteinhaber, die ein Kreativgut aktiv der Kulturflatrate unterstellt haben, im Vergleich zu denjenigen, die keine Entscheidung getroffen haben, bei der Ausschüttung zu privilegieren. Ohnehin ist das Ausfindigmachen der Letzteren mit einem Kosten- und Verwaltungsaufwand verbunden, für den sinnvollerweise die Kostenverursacher – nämlich die Rechteinhaber, die sich nicht artikuliert haben – aufkommen sollten. Zudem sind Anreize für die Teilnahme an der Kulturflatrate auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zu erwägen.

Die Verteilung der Einnahmen ist in einem mehrstufigen Verfahren vorzunehmen:

1113 Vgl. zu Bestrebungen zur Entwicklung standardisierter Identifikatoren, ROSENBLATT, *European Music Rights Database Project Issues RFP*, S. 1.

1114 Beispielsweise sind Kreativgüter je nach Medium schon heute überwiegend mit dem International Standard Recording Code (ISRC, für Musikaufnahmen), dem International Standard Text Code (ISTC, für Texte), der International Standard Audiovisual Number (ISAN, für audiovisuelle Werke) oder allgemein dem Digital Object Identifier (DOI, für digitale Objekte) versehen.

- Die EDRO zieht die für die Rechtepakete gezahlten Vergütungen ein;
- sie ordnet die Einnahmen nach einem zuvor durch Vertreter von Rechteinhabern festgelegten Schlüssel unterschiedlichen Kategorien zu, die zur wirtschaftlichen Auswertung und Verwendung jeweils gesondert von der EDRO verwaltet werden;
- die EDRO informiert auf der Basis der Statistiken der Internetdienste über die im Rahmen der Kulturfltrate verwendeten Kreativgüter;
- Verwertungsgesellschaften und Rechteinhaber, die an den bekannt gemachten Werken Rechte haben, machen der EDRO gegenüber ihre Vergütungsansprüche im eigenen oder im Namen ihrer Mitglieder geltend;
- die EDRO schüttet die Einnahmen nach Maßgabe der Nutzung des jeweiligen Kreativgutes im Verhältnis zur Gesamtnutzung an die Rechteinhaber aus;
- Streitfälle werden in einem gesondert einzurichtenden Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren beigelegt.

VI. Hürden und Problemfelder

Die europäische Kulturfltrate berücksichtigt sowohl die Exklusivitäts- als auch die Zugangskultur im digitalen Verwertungsumfeld. Durch die Brille des Urheberrechts betrachtet handelt es sich dabei um eine systemimmanente Lösung, die geeignet ist, die Kulturkommunikation in der Informationsgesellschaft interessengerecht zu lösen und insoweit den Dysfunktionalitäten des Urheberrechts entgegenzuwirken. Als ein visionäres Konzept auf einem durch Interessengegensätze geprägten Gebiet ist der Weg zu ihrer Realisierung naturgemäß mit einer Reihe von Hürden und Problemfeldern verbunden. Diese seien, freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit und insofern auch als Gedankenanstoß für künftige Forschung auf diesem Gebiet, nachfolgend skizziert.

Eine Angriffsfläche besteht im Hinblick auf den weiten Umfang der Verwenderrechte, insbesondere bezüglich der vorgesehenen Zulässigkeit transformativen Gebrauchs zu nicht kommerziellen Zwecken, zumal zu bedenken ist, dass eine kommerzielle Nutzung im Zeitpunkt der konkreten Verwendung subjektiv ausgeschlossen sein mag, in der Folgezeit aber dennoch eine Verwertung mit Verdienstmöglichkeiten denkbar wird. Ein weiteres, weniger juristisches als tatsächliches Problemfeld birgt der Komplex der angemessenen Verteilung der Einnahmen aus der Kulturfltrate in sich. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu klären, was mit den Einnahmen

geschehen soll, die Nichteuropäern, vor allem US-Amerikanern, zustehen würden.

Ferner ist eine Übergangsregelung zu statuieren. Es existiert ein gigantischer „Altbestand“ an Kreativgütern, der sinnvollerweise in die europäische Kulturfltrate zu integrieren ist, auch wenn die Rechteinhaber, insbesondere wegen Unauffindbarkeit, häufig nicht oder nur mit Hindernissen von ihrer Opt-out-Option Gebrauch machen könnten.

Weitere Hürden auf dem Weg zur Verwirklichung einer europäischen Kulturfltrate entspringen dem gegenwärtig bestehenden inter- und supranationalen Urheberrecht. Um eine Einheitlichkeit der Verwertung und Verwendung digitaler Kreativgüter im Binnenmarkt zu gewährleisten, ist die europäische Kulturfltrate idealerweise im Wege einer Verordnung einzuführen.¹¹¹⁵ Dazu ist Art. 118 AEUV¹¹¹⁶ als Kompetenztitel heranzuziehen. Die vorgesehene gesetzlich vermutete Übertragung von Verwenderrechten, vermittelt durch eine europäische Institution, tangiert insbesondere die folgenden, durch inter- und supranationale Verträge gewährten Mindestrechte:

- Art. 8 RBÜ (Übersetzungsrecht),
- Art. 9 Abs. 1 RBÜ (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 11 Nr. 2; Art. 11bis Abs. 1 RBÜ (Recht der öffentlichen Übertragung, Recht der öffentlichen Wiedergabe),
- Art. 12 RBÜ (Bearbeitungsrecht),
- Art. 8 WCT (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung),
- Art. 11 WPPT (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 13 WPPT (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung),
- Art. 2 Info-RL (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 3 Info-RL (Recht der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung).

Diesbezüglich ließe sich argumentieren, die hier vorgeschlagene Regelung statuiere keine Ausnahme oder Begrenzung der aufgeführten Ausschließlichkeitsrechte. Die abdingbare Verpflichtung eines Rechteinhabers, nicht

1115 Vgl. dazu HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 98.

1116 Art. 118 AEUV: Im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union sowie zur Einführung von zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene. Der Rat legt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen die Sprachenregelungen für die europäischen Rechtstitel fest. Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

ausschließliche Nutzungsrechte an digitalen Kreativgütern, vermittelt durch eine europäische Institution, auf nachfragende Verwender zu übertragen, greife nicht in den Bestand eines Ausschließlichkeitsrechts ein. Ebensov wenig verkürze die besagte Pflicht die Reichweite eines Ausschließlichkeitsrechts. Vielmehr beziehe sich die Regelung lediglich auf Modalitäten der Ausübung der berührten Ausschließlichkeitsrechte und stelle insoweit eine urhebervertragsrechtliche Regelung dar. Dem entspreche es auch, dass Nutzungsrechte zugunsten von Verwendern sich nicht aus dem Gesetz ergäben, sondern aus Vertrag. Allerdings verkennt eine solche Ansicht, dass ein Opt-out-System zwingend erfordert, dass ein Rechteinhaber, der eine Verwertung im Wege individueller Lizenzen vornehmen will, vorab eine bestimmte Handlung vornehmen muss. Eine solche zwingende Abgabe einer Erklärung zur Wahrnehmung eines Ausschließlichkeitsrechts ist aber bereits als Beschränkung anzusehen, da der Grundsatz der Ausschließlichkeit auf ein Wahlrecht reduziert und auf diese Weise eine ansonsten, zumindest in juristischer Hinsicht, bestehende Freiheit des Rechteinhabers verkürzt wird.¹¹¹⁷ Die Einordnung einer Schranke mit Opt-out-Möglichkeit als Ausnahme bzw. Beschränkung 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 ins 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. Als eine vom abschließenden Schrankenverzeichnis der Info-RL nicht vorgesehene Begrenzung bzw. Ausnahme urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsbefugnisse kollidiert eine Schranke mit Opt-out-Möglichkeit, wie oben ausgeführt, mit dieser Richtlinie und ist deshalb *de lege lata* nicht realisierbar.

Zudem muss die europäische Kulturflattrate den Vorgaben des inter- und supranationalen Dreistufentests entsprechen. Legt man dabei eine liberale Lesart zugrunde, kann die Auffassung vertreten werden, die über die EDRO vermittelte Rechteübertragung sei auf bestimmte Sonderfälle, nämlich Nutzungen durch Verwender zu bestimmten Zwecken, begrenzt. Ferner sei sie fakultativ, was zur Folge habe, dass Rechteinhaber die Wirkung der Regelung bezüglich ihrer Kreativgüter stets ausschließen könnten. Auf diese Weise habe es der Rechteinhaber selbst in der Hand, zu bestimmen,

¹¹¹⁷ Vgl. Teil 5, B. II.

wie die normale Verwertung seines Werkes erfolgen solle. Des Weiteren werde im Gegenzug zur Übertragung von Nutzungsrechten eine Vergütung durch die Verwender an die Rechteinhaber gezahlt, wobei Letztere auf die Höhe der Vergütung und die Kriterien zu ihrer Verteilung im Rahmen der EDRO Einfluss nehmen könnten. Folglich würden die Interessen der Rechteinhaber nicht über Gebühr verletzt. Ob diese Interpretation mit der gängigen Lesart des Dreistufentests konform ist, muss jedoch bezweifelt werden.

Darüber hinaus ist fraglich, ob die europäische Kulturfltrate den Genuss und die Ausübung der betroffenen Rechte an die Erfüllung irgendwelcher Formalitäten bindet und damit gegen das Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ verstößt. Ausgehend davon, dass kraft einer gesetzlichen Vermutungswirkung zunächst sämtliche im Internet rechtmäßig veröffentlichten Kreativgüter unabhängig von einer Anmeldung der Kulturfltrate unterfallen und zur Verwertung eines Kreativgutes im Rahmen der Kulturfltrate keine Erklärungen abgegeben oder Registrierungen vorgenommen werden müssen, kann die Ansicht vertreten werden, die vorgesehene Anmeldung bei der EDRO erleichtere nur die Verteilung der Einnahmen und ermögliche es, auf die Ausgestaltung der Kulturfltrate Einfluss zu nehmen. Dagegen habe sie auf den Bestand und die Reichweite von Ausschließlichkeitsrechten keine Auswirkung. Daher verstoße die Obliegenheit der Rechteinhaber, die sich gegen die Verwertung im Rahmen der Kulturfltrate entscheiden, diesen Entschluss der EDRO mitzuteilen und die betreffenden Werke entsprechend zu markieren, nicht gegen den Grundsatz des Formalitätenverbot, zumal eine solche Mitteilung nicht Voraussetzung zur Erlangung eines Ausschließlichkeitsrechts sei. Bis zu einem explizit erklärten Austritt aus der Kulturfltrate werde lediglich angenommen, dass die EDRO ermächtigt sei, an Stelle der Rechteinhaber zu bestimmten Zwecken Nutzungsrechte an nachfragende Verwerter zu übertragen. Freilich werden auch diesbezüglich Vertreter eines expansiven Rechtsschutzes eine andere Auffassung vertreten.

Vor dem Hintergrund der hier skizzierten Hürden und Problemfelder bleibt festzustellen, dass eine europäische Kulturfltrate ohne eine Veränderung des internationalen und supranationalen Urheberrechts nicht zu realisieren ist. Hierbei handelt es sich sicher um ein schweres und vor allem langwieriges Unterfangen, aber auch diese Regelungen sind nicht auf ewig in Stein gemeißelt. Insbesondere ist eine Aufhebung des abschließenden Schranken catalogs der Info-RL und damit einhergehend die Auflösung der zementierten Rechtslage in der Informationsgesellschaft unausweichlich. Dies gilt umso mehr, wenn man einerseits die Kritik bedenkt, die ihr entgegen-

gebracht wird,¹¹¹⁸ und sich andererseits die Funktionen des Urheberrechts sowie die innovationsgetriebene und dynamische Umgebung vergegenwärtigt, in der das Urheberrecht heute zur Anwendung kommt.

Sollen das Freiheitsversprechen der EGRCh,¹¹¹⁹ der immer wieder hochgehaltene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Postulat vom angemessenen Gleichgewicht, das bei Grundrechtskollisionen im Allgemeinen und im Rahmen des Urheberrechts im Besonderen zwischen den tangierten Rechten und Interessen herzustellen ist, nicht zu einem bloßen Lippenbekenntnis verkommen, müssen de lege ferenda zur Sicherstellung der urheberrechtlichen Schutz- und Vergütungsfunktion andere Wege beschritten werden als der Versuch, dieses Ziel über starke Ausschließlichkeitsrechte zu erreichen. Diese Feststellung rückt die vorliegend umfänglich behandelten Regelungsmodelle, insbesondere den vorstehenden Vorschlag als eine probate Lösung des im digitalen Kontext bestehenden Zugangs- und Verwertungsproblems in den Fokus. Anders als vielfach behauptet¹¹²⁰ käme die Einführung eines gesetzlichen Pauschalvergütungsmodells, das hat die vorliegende Untersuchung gezeigt, nicht einem Paradigmenwechsel im Urheberrecht gleich und hätte auch nicht die Erosion des Urheberrechts zur Folge. Im Gegenteil: Reaktionen der Legislative auf technologischen Fortschritt sind eine wiederkehrende Konstante in der Geschichte des Urheberrechts.¹¹²¹ Funktionsstörungen des Urheberrechts im digitalen Kontext rufen den Gesetzgeber erneut auf den Plan. Der gleichermaßen gute wie schlechte Umstand dabei ist, dass die künftige Ausgestaltung der juristischen Rahmenbedingungen eines jeden Verwertungsumfelds letztlich eine Frage des politischen Willens ist:

In the international copyright community, we are seeking the truth about the future of copyright. I conclude with what Alessandro Giuliani says in Mark Helprin's "A Soldier of the Great War": "As a way to arrive at the truth, exactitude and methodology are, in the end, far inferior to vision and apotheosis."¹¹²²

¹¹¹⁸ Statt vieler vgl. HUGENHOLTZ, Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 2000, S. 499 ff.

¹¹¹⁹ Vgl. dazu HALTERN, Europarecht Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, S. 495.

¹¹²⁰ Vgl. so etwa BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, Positionspapier zur Kulturfltrate, S. 1 ff.; dazu auch HEUZEROTH, Musikindustrie kämpft gegen Kultur-Zwangsabgabe, Die Welt Online, S. 1.; FDP-BUNDESTAGSFRAKTION, Die „Kulturfltrate“ ist eine Mißachtung des Urheberrechts, S. 1.

¹¹²¹ Vgl. umfassende Beispiele bei DIMITA, Copyright and Shared Networking Technologies, S. 190 ff.

¹¹²² STERLING, International Codification of Copyright Law: Possibilities and Imperatives, IIC 2002, S. 464 (484).

Siglenverzeichnis der verwendeten Rechtsquellen

ACTA	Anti-Counterfeiting Trade Agreement; Textfassung vom 03. Dezember 2010
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 26. Oktober 2012, ABl. 2012 C 326/ 47
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch; Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896, RGBl. 1896, S. 195, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juni 2015, BGBl. 2015 I, S. 1042
Computerprogramm-RL	Computerprogrammrichtlinie; Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 2009, L 111/16
Durchsetzungs-RL	Durchsetzungsrichtlinie; Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004, L 195/16
EGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 30. März 2010, ABl. 2010, C 83/389
EuGVVO	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
E-Commerce-RL	E-Commerce-Richtlinie; Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. 2000, L 178/1
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade; inkraftgetreten am 1. Januar 1948
GG	Grundgesetz; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949 III, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Dezember 2014, BGBl. 2014 I, S. 2438

Siglenverzeichnis der verwendeten Rechtsquellen

Info-RL	Informationsrichtlinie; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001, L 167/10
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 440-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 § 31 des Gesetzes vom 16. Februar 2001, BGBl. I, S. 266
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901, RGBl. 1901, S. 227; außerkraftgetreten am 1. Januar 1966, BGBl. 1966 I, S. 1273
RBÜ	Berner Übereinkunft vom 09. September zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der in Paris am 24. Juli 1971 beschlossenen Fassung, geändert am 2. Oktober 1979, BGBl. 1973 II, S. 1071; BGBl. 1985 II, S. 81
StGB	Strafgesetzbuch; Strafgesetzbuch vom 13. November 1998, BGBl. 1998 I, S. 3322, zuletzt geändert durch Artikel 14 Nr. 10 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015, BGBl. 2015 I, S. 1722
TKG	Telekommunikationsgesetz; Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, BGBl. 2004 I, S. 1190, zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2015, BGBl. 2015 I, S. 1324
TMG	Telemediengesetz; Telemediengesetz vom 26. Februar 2007, BGBl. 2007 I, S. 179, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Juli 2015, BGBl. 2015 I, S. 1324
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums, Anhang zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II, S. 1443/1625/1730; das Abkommen über Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UrhG	Urheberrechtsgesetz; Urheberrechtsgesetz vom 09. September 1965, BGBl. 1965 I, S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 05. Dezember 2014, BGBl. 2014 I, S. 1974

UrhWahrnG	Urheberrechtswahrnehmungsgesetz; Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, BGBl. 1965 I. S. 1294, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Oktober 2013, BGBl. 2013 I S. 3728
Wahrnehmungs-RL	Wahrnehmungsrichtlinie; Richtlinie 2014/26/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt, ABl. 2014 L 84/72
WCT	World Copyright Treaty; WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, S. 754, 755
WPPT	WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger vom 20. Dezember 1996, BGBl. 2003 II, S. 754, 770
WUA	Welturheberrechtsabkommen vom 24. Juli 1971, BGBl. 1973 II, S. 1069

Siglenverzeichnis der verwendeten Zeitschriften

AB	Amtliche Bulletin der Bundesversammlung der Schweiz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BB	Betriebs-Berater
CR	Computer und Recht
CRi	Computer Law Review International
EIPR	European Intellectual Property Review
EuR	Europarecht
FifF	Forum InformatikerInnen für Frieden und gesellschaftliche Verantwortung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	JuristenZeitung
JuS	Juristische Schulung
K&R	Kommunikation und Recht
MMR	MultiMedia und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
SIC!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht / Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

Siglenverzeichnis der verwendeten Zeitschriften

ZGE / IPJ	Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Abdallah, Tarek /Gercke, Björn*, Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Ermittlung nutzerbezogener Daten im Internet, ZUM 2005, S. 368-376.
- Abedinpour, Reza-Nima*, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht: Leistungsschutzrechte und Verwertungsrechte im digitalen Raum, Berlin 2013.
- Ahrens, Claus*, Napster, Gnutella, FreeNet & Co. – die immaterialgüterrechtliche Beurteilung von Internet-Musiktauschbörsen, ZUM 2000, S. 1029-1037.
- Ahrens, Hans-Jürgen/McGuire, Mary-Rose*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, München 2011.
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.
- Alpert, Frank*, Zum Werk- und Werkteilbegriff bei elektronischer Musik - Tracks, Basslines, Beats, Sounds, Samples, Remixes & DJ-Set, ZUM 2002, S. 525-534.
- Altenbockum, Jasper von*, Brave New Internet, FAZ, 21.01.2012.
- Amini, Seyavash/Forgó, Nikolaus*, Rechtsgutachten über die Erforderlichkeit einer freien Werknutzung im österreichischen Urheberrecht zur Privilegierung elektronisch unterstützter Lehre.
<https://fedora.phaidra.univie.ac.at/fedora/get/o:104811/bdef:Content/get> (14.08.2015)
- Amini, Seyavash/Forgó, Nikolaus*, Urheberrecht für die Geisteswissenschaften, in: *Gasteiner, Martin/Haber, Peter* (Hrsg.), Digitale Arbeitstechniken für die Geistes- und Kulturwissenschaften, Köln 2010.
- Amini, Seyavash/Forgó, Nikolaus*, Urheberrechtsfragen beim Einsatz von Multimedia an Hochschulen.
https://phaidra.univie.ac.at/detail_object/o:28164 (14.08.2015)
- Amini, Seyavash/Slowinski, Peter*, Verfahren und Rechtsschutz, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas* (Hrsg.), Lissabonprojekt, im Erscheinen.
- Apel, Simon*, Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, Tübingen 2011.
- Aschenbrenner, Jo Beatrix*, Leitlinien aus Europa für die Umsetzung der Privatkopieschranke im Zweiten Korb der Urheberrechtsnovelle, ZUM 2005, S. 145-154.
- Baierle, Christian*, Der Online-Vertrieb von Musikwerken im Internet unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten, die neuen Distributionsformen und das deutsche Urheberrecht, Hamburg 2003.
- Biermann, Kai*, Briten beschließen Netzsperrern, ZEIT ONLINE, 08. April 2010.
<http://www.zeit.de/digital/internet/2010-04/digital-economy-bill> (14.08.2015)
- Badura, Peter*, Der Eigentumsschutz des Urhebers und die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke für die Zwecke der Ausbildung und der Wissenschaft – Zur Sozialgebundenheit des geistigen Eigentums, Neuwied 1982.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Barlow, John Perry*, A Declaration of the Independence of Cyberspace.
<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (14.08.2015)
<http://www.heise.de/tp/artikel/1/1028/1.html> (Deutsche Übersetzung, 14.08.2015)
- Basedow, Jürgen /Drexler, Jürgen /Kur, Annette /Metzger, Axel*, Intellectual Property in the Conflict of Laws, Tübingen 2005.
- Bauer, Christian Alexander*, User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte, Berlin 2011.
- Bauer, Sebastian*, Das Konzept Musikflattrate, Legalisierung und Vergütung von Musik-File-Sharing, Diplomarbeit.
https://musicbusinessresearch.files.wordpress.com/2010/03/das-konzept-musikflattrate_sebastian-bauer_diplomarbeit_2011_final.pdf (14.08.2015)
- Baumgartner, Tobias*, Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Zürich 2006.
- Bechthold, Stefan*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, Implikationen des Digital Rights Management, München 2002.
- Beck, Simon Markus/Kreißig, Wolfgang*, Tauschbörsen-Nutzer im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden, NStZ 2007, S. 304-310.
- Becker Jürgen*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, S. 1-2.
- Becker, Jürgen/Dreier, Thomas* (Hrsg.), Urheberrecht und digitale Technologie, Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 22. April 1994, Baden-Baden 1994.
- Becker, Sven/Fleischhauer, Jan/Pfister, René*, Aufstand der Autoren, 16.04.2012, DER SPIEGEL 16/2012.
<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-85065914.html> (14.08.2015)
- Becker, Jürgen/Lerche, Peter/Mestmäcker, Ernst* (Hrsg.), Wanderer zwischen Musik, Politik und Recht: Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag, Baden-Baden 1994.
- Beckstein, Frank*, Einschränkungen des Schutzlandprinzips: die kollisionsrechtliche Behandlung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet, Tübingen 2010.
- Berberich, Matthias*, Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010.
- Berger, Christian*, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, S. 257-265.
- Berschadsky, Ariel*, RIAA v. Napster: A Window Onto the Future of Copyright Law in the Internet Age, The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 2000, Volume XVIII Number 3, May, 16, 2009.
<http://www.scribd.com/doc/15505408/Recording-Industry-Association-of-America-v-Napster-A-Window-Onto-the-Future-of-Copyright-Law-in-the-Internet-Age> (14.08.2015)
- Bernaut, Carine/Lebois, Audrey*, Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property, A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, Institute for Research on Private Law, University of Nantes, June 2005.
http://privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acs_Nantes.pdf (14.08.2015)
- Bisges, Marcel*, Grenzen des Zitatrechts im Internet, GRUR 2009, S. 730-733.

- Bernhöft, Mirko*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit der digitalen Aufzeichnung einer Sendung, Frankfurt am Main, 2009.
- Blume Huttenlauch, Anna*, Appropriation Art - Kunst an den Grenzen des Urheberrechts, Baden-Baden 2010.
- Bornhauser, Jonas*, Anwendungsbereich und Beschränkung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts im digitalen Kontext, Zürich, 2010.
- Börsenverein des Deutschen Buchhandels/u.a.*, Fragenkatalog des VdÜ, VS und des Börsenvereins des deutschen Buchhandels zur Kulturfltrate, 23. Juli 2009.
http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Fragenkatalog_Kulturfltrate.pdf (14.08.2015)
- Bortloff, Nils*, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 -686.
- Bott, Kristofer/Conrad, Albrecht/Joachim, Björn/Nordemann, Jan Bernd/Pilla, Marcus*, Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI) - Berichte der deutschen Landesgruppe für die Sitzung des Geschäftsführenden Ausschusses der AIPPI vom 13. bis 19. Oktober 2011 in Hyderabad, Indien – Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz und die erlaubte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im High-Tech-Bereich und im digitalen Bereich (Q216B), GRUR Int 2011, S. 905-927.
- Boytha, György*, Nutzungsorientierte Entwicklung im internationalen Urheberrecht, GRUR Int 1973, S. 247.
- Braunmühl, Patrick von*, Entwurf für den Zweiten Korb des neuen Urheberrechts bringt weitere Nachteile für Verbraucher, ZUM 2005, S. 109.
- Breitkopf, Klaus/Schiwy, Peter/Schneider, Beate*, Medien und Telekommunikation - Recht, Politik und Technik in Deutschland und Europa, Starnberg-Percha 1990.
- Breyer, Patrick*, Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte, MMR 2009, S. 14-19.
- Brinkel, Guido*, Filesharing, Verantwortlichkeit in Peer-to-Peer-Tauschplattformen, Tübingen 2004.
- Bröcker, Klaus Tim/Czychowski, Christian/Schäfer, Detmar* (Hrsg.), Praxishandbuch geistiges Eigentum im Internet, gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, angrenzende Rechtsgebiete, München 2003.
- Bruhn, Christian/Kreile, Reinhold*, Rhythmus und Urheberrecht – Ein Briefwechsel zwischen dem Komponisten Christian Bruhn und dem Juristen Reinhold Kreile, ZUM 2007, S. 267-272.
- Buchmann, Felix/Brüggemann, Sebastian*, Der Preis des „Filesharing“, Schadensersatz und Kostendeckelung nach § 97 a Abs. 2 UrhG, K&R 2011, S. 368-373.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Breitband ausbauen – Synergien nutzen, Effizienz steigern – Dokumentation der Ergebnisse der AG2 Unterarbeitsgruppe Breitband zum 6. Nationalen IT Gipfel am 06.12.2011 in München.
http://www.zukunft-breitband.de/SharedDocs/DE/Anlage/ZukunftBreitband/breitband-ausbauen-synergien-nutzen-effizienz-steigern.pdf?__blob=publicationFile (14.08.2015)

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Bundesverband Musikindustrie*, Musikindustrie in Zahlen 2009.
http://www.musikindustrie.de/uploads/media/MiZ_2009_gesamt_01.pdf (14.08.2015)
- Bundesverband Musikindustrie*, Positionspapier zur Kulturflatrate, Berlin, 25.01.2010.
http://www.musikindustrie.de/fileadmin/news/presse/100125_Kulturflatrate_10_Argumente_FINAL.pdf (14.08.2015)
- Bündnis 90/Die Grünen*, Antworten auf die Wahlprüfsteine des VdÜ, des VS und des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels.
<http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/KF-Antworten%20Gruene.pdf> (14.08.2015)
- Bücheler, Manfred*, Urheberrecht im World Wide Web, Wien 2002.
- Busch, Thomas*, Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, S. 496-503.
- Büscher, Mareile/Müller, Judith*, Urheberrechtliche Fragestellungen des Audio-Video-Streamings, GRUR 2009, S. 558-560.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin 1999.
- Cavalier, Robert J.*, The Impact of the Internet on Our Moral Lives, Albany 2005.
- Carrier, Michael A.*, Copyright and Innovation: The Untold Story, Wisconsin Law Review, 2012, S. 891-962.
- Chaos Computer Club* (Hrsg.), Ein Vorschlag zur Güte – Die Kulturwertmark, 26. April 2011.
<http://ccc.de/system/uploads/65/original/kulturwertmark-neu.pdf> (14.08.2015)
- Christensen, Clayton M.*, The Innovator's Dilemma: The Revolutionary Book That Will Change the Way You Do Business, New York 2003.
- Christlich-Soziale Union, Netzrat*, In Freiheit und Fairness. Positionspapier des CSU-Netzrates, München Januar 2011.
http://www.csu.de/common/_migrated/csucontent/110131_positionspapier_netzrat.pdf (14.08.2015)
- Claussen, Carl Albrecht*, Die Vergütung für die Überspielung zum privaten Gebrauch gem. § 54 Absatz 1 UrhG und ihre Verteilung unter die Berechtigten im Filmbereich, Frankfurt am Main 1999.
- Clement, Michel/Papies, Dominik* (Hrsg.), Ökonomie der Musikindustrie, 2. Aufl., Wiesbaden 2009.
- Cremer, Wolfram*, Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003.
- Congress of the United States, Congressional Budget Office (CBO)*, Copyright Issues in Digital Media, August 2004.
<http://www.cbo.gov/sites/default/files/cbofiles/ftpdocs/57xx/doc5738/08-09-copyright.pdf> (14.08.2015)

- Cornils, Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005.
- Cornish, William*, The Expansion of Intellectual Property Rights, S. 9-21, in: *Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Anette* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001.
- DACH-Branchenforum* 2009.
<http://archive-org.com/page/5773069/2015-04-23/http://www.dach-contentprotection.org/index.php?id=63&L=1> (14.08.2015)
- Darnton, Robert*, Die Wissenschaft des Raubdrucks, München 2003.
- Davis, Gerry Gervaise*, Pixel Piracy, Digital Sampling & Moral Rights, Multimedia und Urheberrecht: Ein Dilemma des digitalen Zeitalters, GRUR Int 1996, S. 888-896.
- Delp, Ludwig*, Das Recht des geistigen Schaffens in der Informationsgesellschaft, Medienrecht, Urheberrecht, Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., München 2003.
- Deppenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus*, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?: Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008.
- Derclaye, Estelle* (Hrsg.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, Cheltenham 2009.
- Deutscher Kulturrat*, Urheber- und Leistungsschutzrecht in der Informationsgesellschaft, Stellungnahme des Deutschen Kulturrates, ZUM 1998, 1001 ff.
- Deutscher Kulturrat*, Kultur- und Kreativwirtschaft: Zukunftsweisendes Handlungsfeld im Schnittpunkt verschiedener Politikfelder, 12.12.2008.
<http://www.kulturrat.de/detail.php?detail=1456&rubrik=4> (14.08.2015)
- Diemar, Undine*, Kein Recht auf Privatkopien - Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz zu Gunsten der Privatervielfältigung, GRUR 2002, S. 587-593.
- Dieth, Mathias*, Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 2000.
- Dietz, Adolf*, Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts - gestern, heute und morgen, GRUR Int 2006, S. 1-9.
- Dimita, Gaetano*, Copyright and Shared Networking Technologies, A Thesis for the Degree of Doctor of Philosophy Queen Mary, University of London, 2010.
<https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/1303/1/DIMITACopyrightAnd2010.pdf> (14.08.2015)
- Dreier, Thomas*, Copy & Paste, GRUR 2011, S. 1059-1060.
- Dreier, Thomas*, Creative Commons, Science Commons – Science Commons – Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht?, S. 283-298, in: *Ohly, Ansgar /Bodewig, Theo /Dreier, Thomas /Götting, Horst-Peter /Haedicke, Maximilian /Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2006.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturheberrechtsgesetz; Kommentar, 4. Aufl., München 2013.
- Dreier, Thomas*, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft – Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft, GRUR 1997, S. 859-866.
- Dreier, Ralf*, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, S. 890-896.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid* (Hrsg.), Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturheberrechtsgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 2013.
- Drexel, Josef/Kur, Annette*, Intellectual Property and Private International Law - Heading for the Future, Oxford 2005.
- Dubro, Lukas*, Indies gegen Kulturfltrate, taz.de, 03.02.2010.
<http://www.taz.de/147804/> (14.08.2015)
- Dünnwald, Rolf*, Die Neufassung des künstlerischen Leistungsschutzes, ZUM 2004, S. 161-181.
- Duppelfeld, Monika*, Das Urheberrecht der Bibliotheken im Informationszeitalter, Tübingen 2014.
- Eechoud, Mireille van*, Alternatives to the lex protectionis as the Choice-of-Law Rule for Initial Ownership of Copyright, S.289-306, in: *Drexel, Josef/Kur, Annette*, Intellectual Property and Private International Law - Heading for the Future, Oxford 2005.
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl., Berlin 2014.
- Ehmann, Timo/Szilagyi, Emese*, Erforderlichkeit eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger, K&R 2009, S. 2-12.
- Eichelberger, Jan*, Innovationsrelevante Regeln des allgemeinen Zivilrechts und ihre Innovationswirkung, S. 45-65, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias* (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, Berlin 2012.
- Elbel, Thomas*, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate“, K&R 2013, S. 439-444.
- Engels, Thomas*, Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatkopie, Aachen 2006.
- Ensthaler, Jürgen/Blanz, Harald*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Notwendiger Schutz von Presseverlagen im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit? GRUR 2012, S. 1104-1109.
- Ensthaler, Jürgen/Weidert, Stefan* (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht und Internet, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2010.

- Enzinger Michael*, Der europäische Rechtsrahmen für kollektive Rechtswahrnehmung, GRUR Int 2006, S. 985-995.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 6. Aufl., Heidelberg 2014.
- Europäisches Parlament*, Die „Content-Flatrate“: Eine Lösung für das Problem illegaler Tauschbörsen?, Zusammenfassung, Juli 2011.
<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=de&file=44308> (14.08.2015)
- Europäische Kommission*, Eine Digitale Agenda für Europa, KOM (2010) 245.
http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/digital_agenda_communication_de.pdf (14.08.2015)
- Europäische Kommission*, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020.
http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_de.pdf (14.08.2015)
- Europäisches Parlament*, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“: A Solution To Illegal File-Sharing, July 2011.
- Evers, Margarete/Poll, Günter*, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts »Dritter Korb«, Stellungnahme der Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e. V., Juli 2009.
https://www.spio.de/media_content/1061.pdf (14.08.2015)
- Fangerow, Kathleen/Schulz, Daniela*, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to, Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet, GRUR 2010, S. 677-682.
- Farivar, Cyrus*, Attorney helps Software Creators, The Daily Californian, 11. April 2001.
<http://archive.dailycal.org/article.php?id=5222> (14.08.2015)
- FDP-Bundestagsfraktion*, Die „Kulturflatrate“ ist eine Mißachtung des Urheberrechts, Presseinformation Nr. 61 der FDP-Bundestagsfraktion, 16. Januar 2006.
http://www.liberales.de/sites/default/files/uploads/2013/03/04/61-otto-kulturflatrate_0.pdf (14.08.2015)
- Fechner, Frank*, Geistiges Eigentum und Verfassung, schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes, Tübingen 1999.
- Federrath, Hannes*, Zur Kontrollierbarkeit des Internet, ZUM 1999, S. 177-180.
- Feise, Carolin*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtscharta, Regelungsgehalt und Auswirkungen der Vorschrift auf den Rundfunk, Baden-Baden, 2005.
- Fezer, Karl-Heinz*, Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen; Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Aufl., München 2009.
- Fisher, William W.*, Promises to keep, technology, law, and the future of entertainment, Stanford, California 2004.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Fitzner, Julia*, Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern – Anwendbarkeit der Haftungsbeschränkung nach TMG und der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2011, S. 83-86.
- Fitzner, Julia*, Sind Haftungsbeschränkungen für Host-Provider noch zeitgemäß? Der „Safe Harbor“ gem. § 512 (c) Copyright Act und die Haftungsbeschränkungen gem. Art. 14 E- Commerce-Richtlinie bzw. § 10 TMG, GRUR Int 2012, S. 109-117.
- Flehsig, Norbert P.*, Aus der Zukunft an die Gegenwart – Zu den Erfordernissen einer angemessenen Vergütung für die Nutzung im Internet: Kulturfltrate, S.97-103, in: *Hilty, Reto M./Drexler, Josef/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009.
- Flehsig, Norbert P.*, Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ Bd 3, 2011, S. 19-46.
- Forch, Dana*, Rechtsfragen rund um den Filesharing-Prozess, GRUR-Prax 2014, S. 193-196.
- Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter*, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd 2, Berlin, 1987, S. 1639-1661.
- Förster, Achim*, Fair Use, Tübingen 2008.
- Freie und Hansestadt Hamburg* (Hrsg.), Diskussionspapier Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts, 12. März 2010.
<http://hamburg.gruene.de/sites/hamburg.gruene.de/files/dokument/22-02-2012/diskussionspapierurheberrechtjustizbehoerdehamburg.pdf> (14.08.2015)
- Freiwald, Sven*, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, Baden-Baden 2003.
- Frenz, Walter*, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, S. 603-618.
- Frey, Carl Benedict*, Intellectual Property Rights and the Financing of Technological Innovation: Public Policy and the Efficiency of Capital Markets, Cheltenham 2013.
- Frey, Dieter*, Netzsperrn: Werden Access-Provider die neuen Gatekeeper des Rechts?, MMR, 2009, S. 221-222.
- Frey, Dieter/Rudolph, Matthias/Oster, Jan*, Internetsperrn und der Schutz der Kommunikation im Internet am Beispiel behördlicher und gerichtlicher Sperrungsverfügungen im Bereich des Glücksspiel- und Urheberrechts, MMR Beil. 3/2012, S. 1-26.
- Freytag, Stefan*, Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, S. 207-213.
- Friedrichsen, Mike/Schenk, Michael* (Hrsg.), Globale Krise der Medienwirtschaft, Dimensionen, Ursachen und Folgen, Baden-Baden, 2004.
- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Axel/Boddien, Thomas W.*, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl., Stuttgart 2014.
- Fromm, Friedrich Karl*, Die Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch nach dem neuen Urheberrechtsgesetz, GRUR 1966, S. 364-368.

- Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd 1, Berlin 1987.
- Gampp, Markus, Die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“ im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht.- Der Präzedenzfall Napster und seine Nachfolger, GRUR Int 2003, S. 991-1002.
- Gampp, Markus, Die Haftung der Technologie-Hersteller für mittels ihrer Produkte begangene Urheberrechtsverletzungen in den USA, ZUM 2005, S. 794-802.
- Gartska, Krzysztof, The Amended Digital Economy Act 2010 as an Unsuccessful Attempt to Solve the Stand-Alone Complex of Online Piracy, IIC 2012, S. 158-174.
- Gaschke, Susanne, Totalitäre Transparenz, Die ZEIT Nr. 18, 26. April 2012, S.5.
<http://www.electronicandbooks.com/eabl/manual/Magazine/D/Die%20Zeit%20DE/Die%20Zeit%202012%2018.pdf> (14.08.2015)
- Gaster, Jens, Das urheberrechtliche Territorialitätsprinzip aus Sicht des Europäischen Gemeinschaftsrechts, ZUM 2006, S. 8-14.
- Geiger, Christophe, „Constitutionalising“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC 2006, S. 371-406.
- Geiger, Christophe, Copyright and Free Access to Information - For a fair Balance of Interests in a Globalised World, EIPR 2006, S. 366-373.
- Geiger, Christophe, Copyright's fundamental rights dimension at EU level, S.27-49, in: Derclaye, Estelle (Hrsg.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, Cheltenham 2009.
- Geiger, Christophe, Die »Elektronische Pressespiegel«-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts: eine willkommene Anpassung des Urheberrechts an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft, ZUM 2009, S. 49-53.
- Geiger, Christophe, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 459-468.
- Geiger, Christophe, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft - Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int 2004, S. 815-821.
- Geiger, Christophe, Droit d'auteur et droit du public à l'information: Approche de droit comparé, Paris 2004.
- Geiger, Christophe, Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?, IIC 2004, S. 268-280.
- Geiger, Christophe, Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law, IIC 2008, S. 178-197.
- Geiger, Christophe, Honourable Attempt but (ultimately) Disproportionately Offensive against Peer-to-peer on the Internet (HADOPI) – A Critical Analysis of the Recent Anti-File-Sharing Legislation in France, IIC, 2011, S. 457-472.
- Geiger, Christophe, Implementing an International Instrument for Interpreting Copyright Limitations and Exceptions, IIC 2009, S. 627-642.

- Geiger, Christophe*, Rethinking Copyright Limitations in the Information Society – The Swiss Supreme Court Leads the Way, IIC 2008, S. 943-950.
- Geiger, Christophe/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M.*, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822-825.
- Geiger, Christophe/Hilty, Reto M./Griffiths, Jonathan/Suthersanen, Uma* (Initiatoren), Declaration - A Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law. http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/declaration_three_step_test_final_english1.pdf (15.08.2015)
- Gelke, Erik*, Mashups im Urheberrecht, Baden-Baden 2013.
- Gentz, Günther*, Der künstlerische Leistungsschutz, GRUR 1974, S. 328-331.
- Gercke, Marco*, Die Bedeutung der Störerhaftung im Kampf gegen Urheberrechtsverletzungen, ZUM 2006, S. 593-600.
- Gercke, Marco*, Zugangsprovider im Fadenkreuz der Urheberrechtsinhaber – Eine Untersuchung der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Downloadportalen und Zugangs Providern für Musikdownload, CR 2006, 210-216.
- Gerlach, Tilo*, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 174-176.
- Gernroth, Jana*, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und die Verwaltung des Internets, Ilmenau 2008.
- Gervais, Daniel J.*, Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada: Principles and Issues Related to Implementation. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1920391 (15.08.2015)
- Gervais, Daniel J.*, The Price of Social Norms: Towards a Liability Regime for File-Sharing. http://works.bepress.com/daniel_gervais/2 (15.08.2015)
- Gey, Michael*, Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG, Entwicklung, Regelungsumfang und ausgewählte Probleme aus der Praxis, Würzburg 2009.
- Gilliéron, Philippe*, Collecting Societies and the Digital Environment, IIC 2006, S. 939-969.
- Götting, Horst-Peter*, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S. 353-358.
- Götting, Horst-Peter* (Hrsg.), Multimedia, Internet und Urheberrecht, Dresden 1998.
- Gordon, Steve*, The Future of Music Business: How to Succeed with the New Digital Technologies, 2. Aufl., New York 2008.
- Gounalakis, Georgios/Helwig, Richard*, ACTA und die Meinungsfreiheit, K&R 2012, S. 233-236.
- Grages, Jan-Michael*, Verwaiste Werke, Tübingen 2013.
- Grahl, Julian de*, Die Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Zeitalter: Analyse und Rechtspolitik, Frankfurt am Main 2008.
- Grassmuck, Volker*, Alternative Kompensationssysteme, FIFF-Kommunikation, 4/2004. http://waste.informatik.hu-berlin.de/Grassmuck/Texts/0404_ACS_FIFF.pdf (15.08.2015)

- Grassmuck, Volker*, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, S. 104–109.
- Grassmuck, Volker*, Erwiderung auf das Musikindustrie-Positionspapier zur Kulturflatrate, 10.02.2010.
<https://netzpolitik.org/2010/erwiderung-auf-das-musikindustrie-positionspapier-zur-kulturflatrate/> (15.08.2015)
- Grassmuck, Volker*, Nutzungsfreiheit, Datenschutz und Urhebervergütung: die Content-Flatrate, 11.09.2008.
http://waste.informatik.hu-berlin.de/grassmuck/Texts/08-09-11_ECO_Filtering.pdf (15.08.2015)
- Grassmuck, Volker*, Vorschlag zum Besseren – die Tauschlizenz, 08.10.2011.
http://www.vgrass.de/?p=1237#_RefHeading__15107_351988072 (15.08.2015)
- Grassmuck, Volker*, Von der Privatkopieschranke zur Content-Flatrate, Podiumsbeitrag auf dem gemeinsamen Kongress von BDB und DGI „Information Macht Bildung“, 26. März 2004 im Rahmen des 2. Leipziger Kongresses für Information und Bibliothek und des 93. Deutschen Bibliothekartags während der Buchmesse Leipzig.
<http://waste.informatik.hu-berlin.de/grassmuck/Texts/Leipzig-Bibl-Konf.html> (15.08.2015)
- Greve, Holger/Schärdel, Holger*, Zwischenruf - Internetsperren wegen Urheberrechtsverstößen - Three strikes and You're out!, ZRP 2009, S. 54-55.
- Grosse Ruse-Khan, Henning/Klass, Nadine/Lewinski, Silke von* (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts – Aktuelle Probleme des Web 2.0, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Berlin 2010.
- Grünberger, Michael*, A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 24, 2006, S. 617-686.
- Grünberger, Michael*, Aspekte eines umweltsinblen Urheberrechts – Eine Einleitung, S. 1-21, in: *Grünberger, Michael/Leible, Stefan* (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014.
- Grünberger, Michael*, Rechtsdurchsetzungsbemühungen, – Anzeichen eines Systemkollapses? S. 1-47 In: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Kitz, Volker* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durchsetzung, Berlin 2008.
- Grundmann, Birgit*, Schutzrechte – Funktion und Begrenzung, GRUR 2011, S. 89-92.
- Grzeszick, Bernd*, Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, S. 344-353.
- Guntrum, Sebastian*, Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft, Hamburg 2007.
- Gundel, Jörg*, Die Europäische Gemeinschaft im Geflecht des internationalen Systems zum Schutz des geistigen Eigentums, ZUM 2007, S. 603-616.
- Gutman, Daniel*, Urheberrecht im Internet in Österreich, Deutschland und der EU; Missbrauch, technische Schutzmöglichkeiten und rechtliche Flankierungen, Berlin 2003.
- Gyertyánfy, Péter*, Expansion des Urheberrechts – und kein Ende?, GRUR Int 2002, S. 557-567.

- Haedicke, Maximilian Wilhelm*, Patente und Piraten, geistiges Eigentum in der Krise, München 2011.
- Haltern, Ulrich*, Europarecht Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., Tübingen 2007.
- Hansen, Gerd*, Warum Urheberrecht?: die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009.
- Hansen, Gerd/Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht*, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften - Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int 2007, S. 461-481.
- Harte-Bavendamm, Henning/Jürgens, Uwe*, Suchmaschinen: Neue Angebote und alte Haftungsfragen?, S. 33 ff., in: *Ohly, Ansgar /Bodewig, Theo /Dreier, Thomas /Götting, Horst-Peter /Haedicke, Maximilian /Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005.
- Hartmann-Wolff, Elke/Hirzel, Joachim/Holger, Schmidt*, Die Musikrevolution, Focus Magazin 28/2014, 07.07.2014. S. 63.
http://www.focus.de/digital/multimedia/titel-die-musik-revolution_id_3969485.html
(15.08.2015)
- Härting, Niko*, Kommunikationsfreiheit im Netz, „Internet Freedom“ im Lichte des Art. 5 GG, K&R 2012, S. 264-267.
- Hass, Berthold H.*, Geschäftsmodelle von Medienunternehmen, Ökonomische Grundlagen und Veränderungen durch neue Informations- und Kommunikationstechnik, Wiesbaden 2002.
- Hauptmann, Christian*, Die Vergesellschaftung des Urheberrechts, Baden-Baden 1994.
- Heise Online*, GEMA fordert Provider zur Sperrung von Websites auf, 01. Juli 2005.
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/GEMA-fordert-Provider-zur-Sperrung-von-Websites-auf-113073.html> (15.08.2015)
- Helberger, Natali/Huygen, Annelies/Van Eijk, Nico*, Ups and Downs: Economic and Cultural Effects of File Sharing on Music, Film and Games, 23. Februar 2012.
<http://ssrn.com/abstract=2009969> (15.08.2015)
- Henning-Bodewig, Frauke*, Harmonisierung und Globalisierung, S. 125-137, in: *Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Anette* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001.
- Hennemann, Moritz*, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, Baden-Baden 2011.
- Heise.de*, Robbie Williams ruft zum illegalen Download seiner Musik auf, 19.01.2003.
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Robbie-Williams-ruft-zum-illegalen-Download-seiner-Musik-auf-73233.html> (15.08.2015)
- Heise.de*, Vorerst kein Deutschlandstart für Spotify, Pressebericht, 17.02.2010.
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Vorerst-kein-Deutschlandstart-fuer-Spotify-Update-933580.html> (15.08.2015)
- Henkel, Christiane*, Das Internet als Herausforderung für Verlage: Online-Produkte im Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt, Wiesbaden, 2000.
- Herbst, Dietrich*, Enteignung durch Fotokopieren – Falsche Perspektiven bei der Novellierung des Urheberrechtsgesetzes, Frankfurt am Main 1984.

- Hermann, Gunnar*, Man muss einen Dieb eine Dieb nennen, Süddeutsche.de, 14.09.09.
<http://www.sueddeutsche.de/computer/327/464921/text/> (15.08.2015)
- Herzberg, Rolf D.*, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, S. 2525-2530.
- Herzberg, Rolf D.*, Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis – Eine Skizze und Kritik der überkommenden Auslegungsmethodik, JuS 2005, 1-8.
- Hess, Thomas*, Peer-to-Peer: Auslöser für die Ablösung klassischer Medienunternehmen?, S. 69-85, in: *Friedrichsen, Mike/Schenk, Michael* (Hrsg.), Globale Krise der Medienwirtschaft, Dimensionen, Ursachen und Folgen, Baden-Baden 2004.
- Heveling, Ansgar*, Netzgemeinde, ihr werdet den Kampf verlieren! , Gastkommentar im Handelsblatt, 30. Januar 2012.
<http://www.handelsblatt.com/meinung/gastbeitraege/gastkommentar-netzgemeinde-ihr-werdet-den-kampf-verlieren/6127434.html> (15.08.2015)
- Herbold, Astrid*, Billiger als Kaufen besser als Klauen, ZEIT ONLINE, 26. April 2012.
<http://www.zeit.de/kultur/2012-04/streaming> (15.08.2015)
- Hilty, Reto M.*, Copyright Law and the Information Society - Neglected Adjustments and Their Consequences, IIC 2007, S. 135-136.
- Hilty, Reto M.*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, S. 179-190.
- Hilty, Reto M.*, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette. Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, S. 119-137, in: *Hilty, Reto M./Drexler, Josef/Nordemann, Wilhelm*, Schutz von Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009.
- Hilty, Reto M.*, Die Unübertragbarkeit urheberrechtlicher Befugnisse: ein dogmatisches Ammenmärchen?, S.259-285, in: *Becker, Jürgen/Hilty, Reto M./Stöckli, Jean-Fritz/Würtenberger, Thomas*, Festschrift für Manfred Reh binder (Hrsg.), München 2002.
- Hilty, Reto M.*, Gedanken zum Schutze der nachbarrechtlichen Leistung – einst, heute und morgen, UFITA, 1991, Bd 116, S. 35-58.
- Hilty, Reto M.* (Hrsg.), Information Highway – Beiträge zu rechtlichen und tatsächlichen Fragen, Bern 1996.
- Hilty, Reto M.*, Kollektive Rechtswahrnehmung und Vergütungsregelungen: Harmonisierungsbedarf und –möglichkeiten, S. 101-123, in: *Leistner, Matthias* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010.
- Hilty, Reto M.*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: »Wer will was von wem woraus?«, Ein Auftakt zum »zweiten Korb«, ZUM 2003, S. 983-1006.
- Hilty, Reto M.*, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, S. 633-644.
- Hilty, Reto M.*, Sündenbock Urheberrecht?, S.107-145, in: *Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007.

- Hilty, Reto M., Verbotrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, S. 325-352 in: Ohly, Ansgar /Bodewig, Theo /Dreier, Thomas /Götting, Horst-Peter /Haedicke, Maximilian /Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005.
- Hilty, Reto M., Vergütungssystem und Schrankenregelungen - Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, S. 819-828.
- Hilty, Reto M., Zum urheberrechtlichen Leistungsschutz im schweizerischen Recht am Beispiel des Tonträgerproduzenten - Versuch einer dogmatischen Begründung, GRUR Int 1993, S. 818-825.
- Hilty, Reto M./Drexler, Josef/Nordemann, Wilhelm, Schutz vom Kreativität und Wettbewerb, Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag, München 2009.
- Hilty, Reto M./Peukert, Alexander, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im internationalen Kontext, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, (8/9), S. 643-668.
- Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004.
- Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Kitz, Volker (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durchsetzung, Berlin 2008.
- Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, Berlin 2012.
- Hilty, Reto M./Nérisson, Sylvie, Overview of National Reports About „Balancing Copyright“, 01.03.2012.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040607&download=yes (15.08.2015)
- Hoeren, Thomas, Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, S. 2849-2854.
- Hoeren, Thomas, Vorratsdaten und Urheberrecht – Keine Nutzung gespeicherter Daten, NJW 2008, S. 3099-3101.
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 38. Ergänzungslieferung, München 2013.
- Hoeren, Thomas, Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet, MMR 2007, S. 3-8.
- Hoeren, Thomas, Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, S. 3-7.
- Hohagen, Gisbert, Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, München 2004.
- Hösch, Ulrich, Eigentum und Freiheit: Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen 2000.
- Holz Müller, Tobis, Der Entwurf der Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten – Anmerkungen zu den Regelungen über die grenzüberschreitende Lizenzierung von Musikrechten, ZUM 2013, S. 168-174.

- Huber, Ulrich*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, S. 1-17.
- Hubmann, Heinrich*, Recht des schöpferischen Geistes – Eine philosophisch-juristische Betrachtung zur Urheberrechtsreform, Berlin 1954.
- Herschel, Wilhelm/Hubmann, Heinrich/Rehbinder, Manfred* (Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Freiburg 1982.
- Hüetlin, Thomas/Oehmke, Philipp*, Abschalten, Digger, Streitgespräch mit Jan Delay und Christoph Lauer, 16.04.2012, Der Spiegel 16/2012.
<http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/85065968> (15.08.2015)
- Hugenholtz, Bernt*, International Intellectual Property, Conflict of Laws and Internet Remedies, EIPR 2000, S. 125-130.
- Hugenholtz, Bernt*, (Hrsg.), The future of copyright in a digital environment; proceedings of the Royal Academy colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law (Amsterdam, 6-7 July 1995), The Hague 1996.
- Hugenholtz, Bernt*, Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 2000, S. 499-505.
- Hüttner, Sabine*, Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen in Deutschland- Eine rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen und amerikanischen Schrankenregelungen anhand der Google Bilder- und der Google, Berlin 2013.
- Heuzeroth, Thomas*, Musikindustrie kämpft gegen Kultur-Zwangsabgabe, Die Welt Online, 25. Januar 2010.
<http://www.welt.de/die-welt/wirtschaft/article5969622/Musikindustrie-kaempft-gegen-Kultur-Zwangsabgabe.html> (15.08.2015)
- Internationale Gesellschaft für Urheberrecht* (Hrsg.), Schutz von Kultur und geistigem Eigentum in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1998.
- Internet & Gesellschaft Co:laboratory*, Regelungssysteme für informationelle Güter,- Abschlussbericht April 2011.
http://dl.collaboratory.de/reports/Ini3_Urheberrecht.pdf (15.08.2015)
- Jani, Ole*, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, ZUM 2003, S. 842-854.
- Jani, Ole*, Alles eins? – Das Verhältnis des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zum Vervielfältigungsrecht - Zugleich Anmerkung zu LG München I ZUM 2009, 788 – myvideo, ZUM 2009, S. 722-730.
- Janik, Viktor/Tiwisina, Constanze*, Neuer europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften – Einstieg in den Ausstieg aus dem System des „collective rights management“, ZUM 2013, S. 177-180.
- Jarass, Hans D.*, EU-Grundrechte – Ein Studien- und Handbuch, München 2005.
- Jarass, Hans D.*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 705-723.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Aufl. 13, München 2014.
- Joppich, Brigitte*, Das Internet als Informationsnetz?, CR 2003, S. 504-509.
- Katzenberger, Paul*, Elektronische Printmedien und Urheberrecht: urheberrechtliche und urhebervertragsrechtliche Fragen der elektronischen Nutzung von Zeitungen und Zeitschriften, Stuttgart 1996.
- Kianfar, Mina*, Sachfotografie und Hausrecht, Rechtliche Grenzen der Propertisierung, Baden-Baden 2015.
- Kielmansegg Graf, Sebastian*, Die Grundrechtsprüfung, JuS 2008, S. 23-29.
- King, Brad*, The Day Napster Died, Wired, 15. Mai 2002.
<http://www.wired.com/gadgets/portablemusic/news/2002/05/52540?currentPage=all>
(15.08.2015)
- Kirchhof, Paul*, Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, S.1639-1663, in: *Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter*, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd 2, Berlin, 1987, S. 1639-1661.
- Kirchhof, Paul*, Sprachstil und System als Geltungsbedingung des Gesetzes, NJW 2002, S. 2760-2761.
- Kitz, Volker*, Rechtsdurchsetzung bei Intermediären – Lösungsansätze für das Web 2.0, S.101-123, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Kitz, Volker* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durchsetzung, Berlin 2008.
- Kleinemenke, Manuel*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht? : eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schrankenkataloges nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair-Use-Doktrin, Baden-Baden 2013.
- Kloepfer, Michael/Neun, Andreas*, Rechtsfragen der europäischen Informationsgesellschaft, EuR 2000, S. 512-563.
- Knopp, Michael*, Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, GRUR 2010, S. 28-33.
- Koch, Frank A.*, Der Content bleibt im Netz – gesicherte Werkverwertung durch Streaming-Verfahren, GRUR 2010, S. 574-578.
- Koch, Frank*, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, S. 417-430.
- Köklü, Kaya*, Innovation und Urheberrecht, Gedanken zur Einführung eines Registers für ausschließliche Nutzungsrechte, S.145 ff. in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias* (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, Berlin 2012.
- Kohler, Josef*, Das Autorrecht - Eine Zivillistische Abhandlung - Zugleich Ein Beitrag Zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, Jena 1880.
- Kohler, Josef*, Die Idee des geistigen Eigentums, AcP 1894, S. 141-242.

- Kommission der europäischen Gemeinschaften*, Vorläufige Fassung, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über kreative Inhalte im Binnenmarkt, Brüssel 2007, SEK (2007) 1710.
http://ec.europa.eu/deutschland/pdf/col_de.pdf (15.08.2015)
- Kreile, Reinhold*, Technischer Fortschritt und Urheberrecht, S.245-257, in: *Herschel, Wilhelm/Hubmann, Heinrich/Rehbinder, Manfred* (Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Freiburg 1982.
- Kreile, Reinhold*, Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, eine Herausforderung an den Kulturstaat und seine Urheberrechtsgesetzgebung, ZUM 1991, S. 101-115.
- Kreise, Johannes/Wallner, Christoph*, Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte im Multimediazeitalter, ZUM 1997, S. 625 ff.
- Kremp, Matthias*, WWDC 2015, SPIEGEL ONLINE, 09.06.2015.
<http://www.spiegel.de/netzwelt/gadgets/apple-music-streaming-dienst-soll-zehn-dollar-im-monat-kosten-a-1037746.html> (15.08.2015)
- Kremp, Stefan*, Urheberrecht: Zwischen Abmahnindustrie und Kulturfltrate, Heise Online, 05.2012.
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Urheberrecht-Zwischen-Abmahnindustrie-und-Kulturfltrate-1569801.html> (15.08.2015)
- Kreutzer, Till*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, Baden-Baden 2008.
- Kreutzer, Till*, Verbraucherschutz im Urheberrecht, Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des geltenden Urheberrechts auf Basis einer Analyse aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht, Studie des Büros für informationsrechtliche Expertise, erstellt im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes 2011.
http://irights.info/wp-content/uploads/userfiles/2011-05-03_Verbraucherschutz_im_Urheberrecht.pdf (15.08.2015)
- Kröger, Detlev*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002.
- Kroes, Neelie*, Who Feeds the Artist?, Vice-President of the European Commission responsible for the Digital Agenda Speech from 19th November of 2011.
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/777> (15.08.2015)
- Krogmann, Carrie P*, ZDF zur Richtlinie Kollektives Rechtemanagement (CRMD), ZUM 2013, S. 180-182.
- Krujatz, Sebastian*, Open Access - Der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung, Tübingen 2012.
- Kühl, Eike*, Mit Napster starb die Innovation - Die Klage gegen Napster hat der Musikbranche mehr geschadet als genutzt, urteilt eine neue Studie: Sie hat weitere Klagen gefördert und so Geschäftsmodelle verhindert, ZEIT ONLINE, 13. Juli 2012.
<http://www.zeit.de/digital/internet/2012-07/napster-studie-files-sharing-innovation> (15.08.2015)

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Kühling, Jürgen*, Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht, NVwZ 2014, S. 681-685.
- Kur, Annette*, Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen, S. 23-50, in: *Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Anette* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001.
- Kur, Annette*, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes, CRi 2003, S. 65-72.
- Kur, Annette*, Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher Sicht – Präsentationsrecht als neue Schutzschranke? GRUR Int 1999, S. 24-30.
- Kur, Annette/Dreier, Thomas*, European Intellectual Property Law, Northampton 2013.
- Kur, Annette/Grosse Ruse-Khan, Henning*, Enough is Enough - The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection, Dezember 2008.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326429 (15.08.2015)
- Kurbjuweit, Dirk*, Die Freiheit der Wölfe, Wird das Internet zu einer Schule der neuen Barbarei? Essay, Der Spiegel, 16.04.2012.
<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-85065915.html> (15.08.2015)
- Lanier, Jaron*, You are not a Gadget, zitiert nach *Michal, Wolfgang*, Warum wir die Kulturfltrate vielleicht doch noch brauchen, Carta Online, 07. März 2010.
<http://carta.info/23890/warum-wir-die-kulturfltrate-vielleicht-doch-noch-brauchen/> (15.08.2015)
- Larenz, Carl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Aufl. 4, Berlin 2014.
- Lauber-Rönsberg, Anne*, Urheberrecht und Privatgebrauch, eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des britischen Rechts, Baden-Baden 2011.
- Lege, Joachim*, 30 Jahre Nassauskiesung – Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, JZ 2011, S. 1084-1091.
- Lehmann, Michael* (Hrsg.), Electronic Business in Europa, Internationales, europäisches und deutsches Online-Recht, München 2002.
- Lehmann, Michael* (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht (Cyberlaw), Stuttgart 1997.
- Lehmann, Michael*, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission, ZUM 1999, S. 180-184.
- Lehment, Cornelis*, Neuordnung der Täter- und Störerhaftung, WRP 2012, S. 149-159.
- Leible, Stefan/Hoffmann, Mathias* (Hrsg.), Vernetztes Rechnen – Softwarepatente – Web 2.0, Stuttgart 2008, S. 159ff.
- Leinemann, Felix*, Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“: zu den Grundlagen der Schranken des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit, Baden-Baden 1998.
- Leistner, Matthias* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010.
- Leistner, Matthias*, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722-740.

- Leistner, Matthias*, Verwandte Schutzrechte im europäischen Urheberrecht: Eine Untersuchung am Beispiel des Datenbankenherstellerschutzes, S.493-517, in: *Ganea, Peter/Heath, Christopher/Schricker, Gerhard* (Hrsg.), *Urheberrecht gestern, heute, morgen: Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, München 2001.
- Leistner, Matthias /Hansen, Gerd*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitarischen Rechtfertigungsbemühungen, *GRUR*, 2008, S. 479-490.
- Le Monde*, Que contient Hadopi II ?, *Le Monde fr*, 15. September 2009.
http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/09/15/que-contient-hadopi-2_1240913_651865.html (15.08.2015)
- Lenz, Sebastian*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Tübingen 2006.
- Lessig, Lawrence*, Der Vietnam-Krieg des Internets, *Handelsblatt*, 01. Februar 2012.
<http://www.handelsblatt.com/meinung/gastbeitraege/gastbeitrag-der-vietnam-krieg-des-internets/6136040.html> (15.08.2015)
- Lessig, Lawrence*, *Code – Version 2.0*, 2nd Edition, New York 2006.
- Lessig, Lawrence*, *Freie Kultur, Wesen und Zukunft der Kreativität*, New York 2004.
- Leßmann, Andreas*, Die vertragliche Nutzungsrechtseinräumung an Datenbanken in der Informationsgesellschaft, *ZUM* 1999, S. 614-618.
- Leupold, Andreas/Glossner, Silke*, *Münchener Anwalts Handbuch IT-Recht*, 3. Aufl., München 2013.
- Lewinski, Silke von*, Die Multimedia-Richtlinie - Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, *MMR* 1998, S. 115-119.
- Lewinski, Silke von*, Gedanken zur kollektiven Rechtswahrnehmung, S.401 ff., in: *Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael* (Hrsg.), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag*, München 2005.
- Lewinski, Silke von*, Mandatory Collective Administration of Exclusive Rights – A Case Study on its Compatibility with International and EC Copyright Law, *e-Copyright Bulletin*, No.1, 2004.
http://portal.unesco.org/culture/en/files/19552/11515904771svl_e.pdf/svl_e.pdf (15.08.2015)
- Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine*, Berliner Rede zum Urheberrecht, Berlin 14.06.2010.
<http://www.carta.info/28969/dokumentation-berliner-rede-zum-urheberrecht-von-sabine-leutheusser-schnarrenberger/> (15.08.2015)
- Libertus, Michael*, Divergierende urheberrechtliche und äußerungsrechtliche Haftung bei Online-Archiven? – Zur Frage der Notwendigkeit einer einheitlichen Haftung für Inhalte in Online-Archiven, *CR* 2012, S. 24-28.
- Liebowitz, Stan J.*, Pitfalls in Measuring the Impact of File-sharing on the Sound Recording Market, *CESifo Economic Studies*, 2005, S. 439-477.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Lincoff, Bennett*, Common Sense, Accommodation and Sound Policy for the Digital Music Marketplace, J. Int'l Media & Entertainment Law Vol. 2, Nr. 1, 2008.
<http://bennettlincoff.com/CommonSense.pdf> (15.08.2015)
- Lincoff, Bennett*, A Full and Feasible Solution to the Dilemma of Online Music Licensing, 2002.
<http://www.bennettlincoff.com/music.pdf> (15.08.2015)
- Lindner, Brigitte/Shapiro, Ted*, Copyright in the information society - a guide to national implementation of the European Directive, Cheltenham, 2011.
- Litman, Jessica*, Sharing and Stealing, Hastings Comm. & Ent. L.J. 27, No.1, 2004, S. 1-40.
- Lischka, Konrad/Rosenbach, Marcel*, Gesperrte Videoclips: Musikriese räumt Geheimvertrag mit YouTube ein, SPIEGEL ONLINE, 17.12.2011.
<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/gesperrte-videoclips-musikriese-raeumt-geheimvertrag-mit-youtube-ein-a-804186.html> (15.08.2015)
- Loewenheim, Ulrich/Fechner, Frank* (Hrsg.), Die Privatkopie, juristische, ökonomische und technische Betrachtungen, Ilmenau 2007.
- Loewenheim, Ulrich*, Der Schutz der kleinen Münze im Urheberrecht, GRUR 1987, S. 761-769.
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, S. 830-836.
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010.
- Loewenheim, Ulrich/Koch, Frank A.*, Praxis des Online- Rechts [technische Grundzüge, Vertragsrecht, Zulassung als Anbieter, elektronischer Rechtsverkehr, Warenvertreib, Urheberrecht, Kennzeichenrecht, Haftung, Strafbarkeit, Datenschutz], Weinheim 1998.
- Löffler, Martin*, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, NJW 1980, S. 201-205.
- Lorenz, Aaron R.S.*, Lyrics and the Law – The Constitution of Law in Music, Lake Mary, FL, 2007.
- Lucas-Schloetter, Agnès*, Die Rechtsnatur des Droit Moral, GRUR Int 2002, S. 809-815.
- Lucius, Wulf D. von*, Verwerter und Verwertungsgesellschaften, ZUM 2008, S. 925-927.
- Luch, Anika D.*, Das neue „IT-Grundrecht“, Grundbedingung einer Online-Handlungsfreiheit, MMR 2011, S. 75-79.
- Ludwig, Thomas Claus*, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen, EuR 2011, S. 715-735.
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.
- Luo, Li*, Verwertungsrechte und Verwertungsschutz im Internet nach neuem Urheberrecht, München 2004.
- Mager, Ute*, Einrichtungsgarantien, Tübingen 2003.

- Makeen, Makeen Fouad*, Copyright in a global information society, the scope of copyright protection under international, US, UK, and French law, The Hague 2000.
- Maaßen, Wolfgang*, Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bildverarbeitung, ZUM 1992, S.338-352.
- Maier-Hauff, Julia*, Privatsender fordern ein gebündeltes Musikrechteclearing und die Anwendung der Governancevorgaben auf sogenannte Tochtergesellschaften von Verwertungsgesellschaften, ZUM 2013, S. 182–184.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. 1, Aufl. 6, München 2010.
- Manssen, Gerrit*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt – Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen 1994.
- Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market, COM (2012) 372.
http://www.ip.mpg.de/fileadmin/user_upload/Max_Planck_Comments_Collective_Rights_Management.pdf (15.08.2015)
- Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*, Stellungnahme zuhanden des Bundesministeriums der Justiz betreffend die Empfehlung der Europäischen Kommission über die Lizenzierung von Musik für das Internet vom 18. Oktober 2005 (2005/737/EG), GRUR Int 2006, S. 222-225.
- Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums, KOM(2006) 168 endgültig, 20. April.
http://www.ip.mpg.de/fileadmin/templates/pdf/Stellungnahme-StrafrechtDurchsetzungGeistigesEigentum_01.pdf (15.08.2015)
- Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, 27.11.2012.
http://www.ip.mpg.de/fileadmin/templates/pdf/Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger_01.pdf (15.08.2015)
- Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, GRUR Int 2008, S. 907-915.
- Marx, Iris*, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischen Urheberrecht, Berlin 2005.
- Masouyé, Claude*, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, in die dt. Sprache übertragen von *Walter, Michel*, München 1981.

- Matulionyte, Rita*, The Law Application to Online Copyright Infringements int ALI and CLIP Proposals: A Rebalance of Interest Needed? JIPITEC (2) 2011, 26 (26).
<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-1-2011/2961> (15.08.2015)
- Mauhs, Angela*, Der Wahrnehmungsvertrag, Baden-Baden, 1991.
- Maunz, Theodor*, Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR 1973, S. 107-115.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, Grundgesetz, Kommentar, hrsg. v. *Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.*, 64. Ergänzungslieferung (Stand: Januar 2012), München 2012.
- Mazziotti, Giuseppe*, EU Digital Copyright Law and the End-User, Berlin 2008.
- Menell, Peter S.*, Indirect Copyright Liability and Technological Innovation.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1763&context=facpubs>
(15.08.2015)
- Movvssian, Vera*, Leercassetten – Überlegungen zur Novellierung von § 53 UrhG, GRUR 1980, S. 559-568.
- Merges, Robert Patrick*, Compulsory Licensing vs. the Three “Golden Oldies”, Property Rights, Contracts, and Markets, Executive Summary, Policy Analysis No. 508, 15. Januar 2004.
<http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa508.pdf> (15.08.2015)
- Merkl, Joachim*, Der Begriff des Immaterialgüterrechts, Erlangen/Nürnberg 1961.
- Meschede, Thomas*, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Frankfurt am Main 2007.
- Metzger, Axel*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, GRUR Int 2006, S. 171-174.
- Metzger, Axel*, Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral? – Status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts, in: *Ohly, Ansgar /Bodewig, Theo /Dreier, Thomas /Götting, Horst-Peter /Haedicke, Maximilian /Lehmann, Michael* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts – Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 455 – 473.
- Metzger, Axel*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002.
- Metzger, Axel/Kreutzer, Till*, Richtlinien zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2002, S. 139-142.
- Meyer, Jürgen* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden, 2003.
- Meyerdierks, Per*, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, S. 8-13.
- Mildner, Gudrun*, Erlös(-ung) für die Musikindustrie – Lässt sich von Open Source lernen? S. 119-139, in: *Friedrichsen, Mike/Schenk, Michael* (Hrsg.), Globale Krise der Medienwirtschaft, Dimensionen, Ursachen und Folgen, Baden-Baden, 2004.
- Milkovic, Lilian Maria*, Das digitale Zeitalter – Segen oder Fluch für die wissenschaftliche Informationsversorgung? Würzburg 2008.

- Morgenthaler, Gerd*, Freiheit durch Gesetz, Der parlamentarische Gesetzgeber als Adressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen 1999.
- Müller, Stefan*, Die Rechtsinhaberschaft an Musikwerken bei Online-Nutzungen, ZUM 2011, S. 13-20.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd 6. Sachenrecht (§§ 854-1296), WEG, ErbbauRG, 6. Aufl., München 2013.
- Muth, Susanne*, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, Frankfurt am Main 2000.
- Negroponte, Nicholas*, Being Digital, New York 1995.
- Netanel, Neil Weinstock*, Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P Sharing, 17 Harvard Journal of Law & Technology, 2003, Nr. 1.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468180 (15.08.2015)
- Nerisson, Sylvie*, Europäischer Rechtsrahmen für Verwertungsgesellschaften: die hochfliegenden Pläne der Europäischen Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag: ein Beitrag aus der Wissenschaft, ZUM 2013, S. 185-191.
- Nielen, Michael*, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, die Anpassung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen im digitalen Bereich, Frankfurt am Main 2009.
- Niethammer, Alexander*, Erschöpfungsgrundsatz und Verbraucherschutz im Urheberrecht, Baden-Baden 2005.
- Obergfell, Eva Inés*, Expansion der Vorbeugemaßnahmen und zumutbare Prüfpflichten von File-Hosting-Diensten, NJW 2013, S. 1995-1998.
- Oberndörfer, Pascal*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005.
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)*, Piracy of Digital Content, 2009.
<http://www.ifap.ru/library/book443.pdf> (15.08.2015)
- Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)*, Working Party on the Information Economy – Participative Web: User-Created Content, DSTI/ICCP/IE(2006)7/Final, 12. April 2007.
<http://www.oecd.org/sti/38393115.pdf> (15.08.2015)
- Ohly, Ansgar*, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, S. 487-493.
- Ohly, Ansgar*, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, S. 545-554.
- Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm* (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007.
- Ott, Stephan*, Mashups – Neue rechtliche Herausforderungen im Web 2.0-Zeitalter? K&R 2007, S. 623-628.
- Ötter, Reinhard/Jöcker, Johannes*, Film-Flatrates im Test: Welche Online-Videothek bietet das beste Angebot?, Computerbild.de, 06. Juni 2013.
<http://www.computerbild.de/artikel/cb-Aktuell-Internet-Film-Flatrates-Test-8492332.html> (15.08.2015)

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Pahlow, Louis/Eisfeld, Jens*, Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums, Tübingen 2008.
- Pahud, Eric*, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern 2000.
- Palandt, Otto* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Aufl. 74, München 2015.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Das Territorialitätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen, ZUM 2006, S. 1-8.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Hartplatzhelden.de“ – Das Ende des unmittelbaren Leistungsschutzes?, GRUR-Prax 2011, S. 181-184.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Selbstbestimmung im digitalen Netz – Privatkopie, Flatrate und Fair Use, ZUM 2014, S. 86-90.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht - Umsetzungsbedarf aus wissenschaftlicher Sicht, ZUM 2014, S. 453-468.
- Pfennig, Gerhard*, Besprechung zu Appropriation Art – Kunst an den Grenzen des Urheberrechtes, ZUM 2012, S. 269.
- Pfennig, Gerhard*, Informationsgesellschaft und Kulturflatrate – Kommunismus im Kulturbetrieb, Kulturpolitische Mitteilungen Nr. 127, IV 2009, S. 34-36.
http://www.kupoge.de/kumi/pdf/kumi127/kumi127_34-36.pdf (15.08.2015)
- Peitz, Martin/Waelbroeck, Patrick*, The Effect of Internet Piracy on CD Sales: Cross-Section Evidence, CESifo Working Paper Series No. 1122.
<http://ssrn.com/abstract=511763> (15.08.2015)
- Perwitz, Ulf*, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, Baden-Baden 2011.
- Petschulat, Tim O.*, Kulturflatrate - Auf der Suche nach einem Internet-kompatiblen Urheberrecht – Eine Zusammenfassung zu Begriff, Hintergrund und Stand der Diskussion, Mai 2010.
<http://library.fes.de/pdf-files/do/07256.pdf> (15.08.2015)
- Peukert, Alexander*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, Hastings Comm. & Ent. L. J.28, 2005, S. 1-80.
- Peukert, Alexander*, Die Kulturflatrate – Fluch oder Segen für Urheber und Kreativwirtschaft? Vortrag auf dem 22. medienforum.nrw, Köln, 29. Juni 2010.
http://www.jura.uni-frankfurt.de/43642766/Vortraege_die_kulturflatrate.pdf (15.08.2015)
- Peukert, Alexander*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut – Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, S. 11-47, in: *Hilty, Reto M./Peukert, Alexander* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004.
- Peukert, Alexander*, Ein möglichst hohes Schutzniveau des Urheberrechts fördert Kreativität und dynamischen Wettbewerb: Ein Irrtum?!, S. 39-60, in: *Berger, Mathis/Macciachini, Sandro* (Hrsg.), Populäre Irrtümer im Urheberrecht, Festschrift für Reto M. Hilty, Zürich 2008.
- Peukert, Alexander*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.

- Peukert, Alexander*, Güterzuordnung und Freiheitsschutz, S.47-85, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Kitz, Volker* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durchsetzung, Berlin 2008.
- Peukert, Alexander*, Vom Urheberrecht zum „rechtmäßigen Inhalt“: Wie das Internet das Urheberrecht verändert, S. 225-244, in: *Bieber, Christoph* (Hrsg.), Soziale Netze in der digitalen Welt, Das Internet zwischen egalitärer Teilhabe und ökonomischer Macht, Frankfurt am Main 2009.
- Pfennig, Gerhard*, Informationsgesellschaft und Kulturfltrate, Kommunismus um Kulturbetrieb?, Kulturpolitische Mitteilungen Nr. 127, IV/2009.
http://www.kupoge.de/kumi/pdf/kumi127/kumi127_34-36.pdf (15.08.2015)
- Piratenpartei Deutschland*, Argumentationspapier der Piratenpartei, Urheberrechtsgesetz - Änderungen und Begründungen (Kurzfassung), Bundesparteitag 2011.2.
http://wiki.piratenpartei.de/wiki/images/0/07/UrhG_Arguments_FassungBPT2011-2.pdf (15.08.2015)
- Piratenpartei Deutschland*, Grundsatzprogramm der Piratenpartei Deutschland, Parteiprogramm der Piraten, 10. September 2006.
<http://wiki.piratenpartei.de/wiki/images/0/04/Grundsatzprogramm-Piratenpartei.pdf> (15.08.2015)
- Poepfel, Jan*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005.
- Poll, Günter*, Vom Broadcast zum Podcast - Urheberrechtliche Einordnung neuer Internetgeschäftsmodelle, MMR 2011, S. 226-231.
- Prantl, Heribert*, Die Zeitung ist tot. Es lebe die Zeitung, Presseente Ausgabe 2009, S. 6-9.
http://www.presseclub-regensburg.de/wp-content/uploads/2010/03/PressEnte_web.pdf (15.08.2015)
- privatkopie.net/u.a.*, Kompensation ohne Kontrolle, Stellungnahme zum Zweiten Korb der Novellierung des Urheberrechtsgesetzes, Berlin 21. Juni 2004.
<http://privatkopie.net/files/Stellungnahme-ACS.pdf> (15.08.2015)
- Prütting, Hanns* (Hrsg.), Die Zukunft der Medien hat schon begonnen - Rechtlicher Rahmen und neue Teledienste im Digitalzeitalter, Vortragsveranstaltung, 06.06.1997, München 1998.
- Radmann, Friedrich*, Kino.ko – Filmegucken kann Sünde sein – Zur Rechtswidrigkeit der Nutzung von (offensichtlich) illegalen Streaming-Filmportalen, ZUM 2010, S. 387-392.
- Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, Aufl. 6, Tübingen 2013.
- Reber Nikolaus*, Aktuelle Fragen zu Recht und Praxis der Verwertungsgesellschaften, GRUR 2000, S. 203-211.
- Rehbinder, Manfred*, Urheberrecht, 16. Aufl., München 2010.
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander*, Urheberrecht, 17. Aufl., München 2015.
- Renner, Tim*, Die Kulturfltrate als dritter Weg, Gastbeitrag bei iRights.info.
<http://www.iriights.info/index.php?q=node/1957&Kategorie=Homepage> (15.08.2015)

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Reschke, Johannes*, Die verfassungs- und dreistufentestkonforme Auslegung der Schranken des Urheberrechts– zugleich eine Überprüfung von § 52b UrhG, Göttingen 2010.
- Reuß, Roland*, Urheberrecht - Unsere Kultur ist in Gefahr, 25.04.2009, faz.net. <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/urheberrecht-unsere-kultur-ist-in-gefahr-1771956.html> (15.08.2015)
- Riesenhuber, Karl*, Der Einfluss der RBÜ auf die Auslegung des deutschen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2003, S. 333-342.
- Reimer, Dietrich/Ulmer, Eugen*, Die Reform der materiell rechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int 1967, S. 431-454.
- Reinbothe, Jörg*, Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, S. 43-51.
- Reinbothe, Jörg*, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2001, S. 733-745.
- Riesenhuber, Karl*, Die Auslegung des Wahrnehmungsvertrags, GRUR 2005, S. 712-720.
- Riesenhuber, Karl*, Die Verwertungsgesellschaft i. S. v. § 1 UrhWahrnG, ZUM 2008, S. 625-640.
- Riezler, Erwin*, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht: eine systematische Darstellung, München 1909.
- Riklin, Franz*, Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung, Freiburg (Schweiz) 1978.
- Rinscheid, Martin*, Dienstanbieter und das Urheberrecht – Störerhaftung im Internet und ihre zivilrechtlichen Grundlagen, Marburg 2011.
- Rösler, Hannes*, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte - Reflexionen der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen Zeitalter, GRUR Int 2005, S. 991-996.
- Rösler, Hannes*, „The Future of Books“ - Symposium zur urheberrechtlichen Zulässigkeit der Google Buchsuche, GRUR Int 2008, S. 489-491.
- Rosén, Jan*, Copyright Contracts - EU Solutions or National Concern? A Swedish Proposal to Amend the Copyright Act on Individual and Collective Contracts, in: *Lidgard, Hans Henrik* (Hrsg.), National Developments in the Intersection of IPR and Competition Law – From Maglite to Pirate Bay, Oxford 2011, S. 155-180.
- Rosenblatt, Bill*, European Music Rights Database Project Issues RFP, 23.08.2010, Europe, Rights Licensing. <http://copyrightandtechnology.com/2010/08/23/european-music-rights-database-project-issues-rfp> (15.08.2015)
- Roßnagel, Alexander* (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste- Kommentar zum IuKDG und zum MDStV, München 1999-2000.
- Roßnagel, Alexander/Jandt, Silke/Schnabel, Christoph*, Kulturfltrate, Ein verfassungsrechtlich zulässiges alternatives Modell zur Künstlervergütung?, MMR 2010, S. 8-12.

- Roßnagel, Alexander/Jandt, Silke/Schnabel, Christop /Yliniva-Hoffmann, Anne*, Kurzugutachten, Die Zulässigkeit der Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht – Kurzugutachten, Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) in Zusammenarbeit mit der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) an der Universität Kassel im Auftrag von: Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen und Fraktion der Grünen/Freie Europäische Allianz im Europäischen Parlament.
http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/netzpolitik/16_fragen_und_16_antworten/kurzugutachten_zur_kulturflatrate.pdf (15.08.2015)
- Roßnagel, Alexander*, Neue Maßstäbe für den Datenschutz in Europa - Folgerungen aus dem EuGH-Urteil zur Vorratsdatenspeicherung, MMR 2014, S. 372-377.
- Rüberg, Michael*, Vom Rundfunk- zum Digitalzeitalter, die elektronische Übermittlung urheberrechtlicher Schutzgüter in Deutschland und Großbritannien, München 2007.
- Rüthers, Bernd*, Warum wir nicht genau wissen, was „Gerechtigkeit“ ist, S.19-43, in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C.* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin 1987.
- Runge, Kurt*, Die Selbstständigkeit des Urheberrechtsschutzes, GRUR 1948, S. 155-161.
- Runge, Philipp*, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int 2007, S. 130-137.
- Salagean, Emil*, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, Schriftenreihe des Archivs für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht , Baden-Baden 2008.
- Santangelo, Chiara*, Der urheberrechtliche Schutz digitaler Werke – eine vergleichende Untersuchung der Schutz- und Sanktionsmaßnahmen im deutschen, italienischen und englischen Recht, Berlin 2011.
- Sakthivel, M.*, 4G Peer-to-Peer Technology – Is it Covered by Copyright?, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 16, July 2011, S. 309-312.
<http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/12444/1/IJPR%2016%284%29%20309-312.pdf> (15.08.2015)
- Sasse, Helge/Waldhausen, Hans*, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung – MP3, Streaming, Webcast, On-demand-Service etc., ZUM 2000, S. 837-848.
- Savary, Géraldine*, Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik? Postulat 10.3263, AB 2010, S. 597ff.
http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20103263 (15.08.2015)
- Sack, Rolf*, Der Erschöpfungsgrundsatz im deutschen Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2000, S. 610-616.
- Sack, Rolf*, Nochmals: Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung, BB 1985, S. 621-626.
- Schack, Haimo*, Neue Techniken und Geistiges Eigentum, JZ 1998, S. 753-763.

- Schack, Haimo*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639-645.
- Schack, Haimo*, Schutz digitaler Werke vor privater Vervielfältigung - zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf § 53 UrhG, ZUM 2002, S. 497-510.
- Schack, Haimo*, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, S.123-141, in: *Depenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus*, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?: Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008.
- Schäfer, Maximilian*, Die Bedeutung des Urheberstrafverfahrensrechts bei der Bekämpfung der Internetpiraterie – Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung urheberzivilrechtlicher Interessen?, Hamburg 2010.
- Schaefer, Martin/Rasch, Clemens/Braun, Thorsten*, Zur Verantwortlichkeit von Online-Diensten und Zugangsvermittlern für fremde urheberrechtsverletzende Inhalte, ZUM 1998, S. 451-458.
- Shapiro, Leo*, Unterlassungsansprüche gegen die Betreiber von Internet-Auktionshäusern und Internet-Meinungsforen: zugleich ein Beitrag zugunsten einer Aufgabe der Störerhaftung im Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2011.
- Schapp, Jan*, Über Freiheit und Recht, Tübingen 2011.
- Schack, Haimo*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6.Aufl., Tübingen 2013.
- Scheffler, Uwe*, Wortsinnngrenze bei der Auslegung, Ist der Verlust der Empfangnisfähigkeit von § 224 StGB umfaßt?, Jura 1996, S. 505-510.
- Schippian, Martin*, Urheberrecht goes digital- Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, S. 378-389.
- Schmidt, Aernout H. J./Dolfsma, Wilfred/Keuleven., Wim* (Hrsg.), Fighting the war on file sharing, Den Haag, 2007.
- Schmidt, Matthias/Wirth, Thomas/Seifert, Fedor*, Urheberrechtsgesetz, mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz; Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2009.
- Schmidt-Jortzig, Edzard*, Einrichtungsgarantien der Verfassung – dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur, Göttingen 1979.
- Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Urheberrecht: Kommentar, 3. Aufl., München 2006.
- Schricker, Gerhard* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997.
- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl. München 2010.
- Schulze, Gernot*, Rechtsfragen von Printmedien im Internet, ZUM 2000, S. 432-454.
- Schulze, Gernot*, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19 a UrhG, ZUM 2011, S. 2-13.
- Schulze, Gernot*, Wann beginnt eine urheberrechtlich relevante Nutzung?, ZUM 2000, S. 126-136.
- Schumann, Matthias/Hess, Thomas/Hagenhoff, Svenja*, Grundfragen der Medienwirtschaft- Eine betriebswirtschaftliche Einführung, Aufl. 5, Berlin 2014.

- Schwartmann, Rolf*, Entwicklung des Urheberrechts in der digitalen Gesellschaft, Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft Stellungnahme zu den rechtlichen Aspekten der Fragen der Fraktionen zur öffentlichen Anhörung Urheberrecht der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft am 29. November 2010.
http://gruen-digital.de/wp-content/uploads/2010/10/A-Drs.-17_24_009_H-Stellungnahme-Prof.-Schwartmann.pdf (15.08.2015)
- Schwartmann, Rolf*, Vergleichende Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen, im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie I C 4-02 08 15-29/11.
<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovation/warnhinweise-kurz.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (15.08.2015)
- Schwartmann, Rolf/Hentsch, Christian-Henner*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Urheberrechtsdebatte, ZUM 2012, S. 759-771.
- Schwarz, Mathias* (Hrsg.), Recht im Internet, Augsburg 2005.
- Schwarz, Mathias*, Die Praxis der segmentierten Rechtevergabe im Bereich Film, ZUM 2011, S. 699-705.
- Sebastian, Sascha*, Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht - Zur Bedeutung von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK für das Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2013, S. 524-534.
- Senfleben, Martin*, Copyright, Limitations, and the Three-Step Test - An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, The Hague 2004.
- Senfleben, Martin*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200-211.
- Shapiro, Carl/Varian, Hal R.*, Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy, Boston, Mass. 2000.
- Seith, Sebastian*, Wie kommt der Urheber zu seinem Recht? – Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen staatlicher Politik zum Schutz des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, Heidelberg 2003.
- Sieber, Ulrich/Brüner, Franz-Hermann/Satzger, Helmut/Heintschel-Heinegg, Bernd von* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011.
- Sieber, Ulrich/Nolde, Malaika*, Sperrverfügungen im Internet – Nationale Rechtsdurchsetzung im globalen Cyberspace?, Berlin 2008.
- Sieber, Ulrich*, Urheberrechtlicher Reformbedarf im Bildungsbereich, MMR 11/2004, S. 715-719.
- Sieger, Ferdinand*, Kunst ohne Grenzen?: kulturelle Identität und Freizügigkeit in Europa, ZUM 1988, S. 483-488.
- Sievers, Bahne C.*, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum – das Urheberrecht zwischen Persönlichkeits- und Eigentumsrecht und die Verarbeitung des Neuen, Baden-Baden 2010.
- Smiers, Joost/Schijndel, Marieke van*, Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates too, Amsterdam/NL 2009.

- Slopek, David E./Steigüber, Christian*, Die digitale Kopie im Urheberrecht – Schnee von gestern oder offenes Problemfeld?, ZUM 2010, S. 228-234.
- SPIEGEL ONLINE*, Illegale Musikdownloads: Bundesgerichtshof beschäftigt sich mit Filesharing, 22. Juni 2015.
<http://www.spiegel.de/netzwelt/web/bgh-urteile-zu-schaden-durch-musik-tauschboersen-erwartet-a-1038165.html> (15.08.2015)
- Spindler, Gerald*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 105-120.
- Spindler, Gerald*, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion „Bündnis 90/DIE GRÜNEN“, 06.03.2013.
http://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/medien/Gutachten-Flatrate-GrueneBundestagsfraktion__CC_BY-NC-ND_.pdf (15.08.2015)
- Spindler, Gerald*, Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Dienstanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, S. 921-927.
- Spindler, Gerald*, Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate, K&R, 2013, S. 544-548.
- Spindler, Gerald*, Urheberrecht und Haftung der Provider - ein Drama ohne Ende?, CR 2001, S. 324-333.
- Spindler, Gerald*, Verantwortlichkeit von Dienstanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, S. 199-207.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian*, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, Aufl. 2, München 2011.
- Spohn, Kolja/Hullen, Nils*, Lizenzierung von Musik zur Online-Verwertung statt One-Stop-Shop ein Rechte-Puzzle, GRUR 2010, S. 1053-1058.
- Sodalbers, Axel*, Softwarehaftung im Internet – die außervertragliche Produkthaftung für online in Verkehr gegebene Computerprogramme, Frankfurt am Main 2006.
- Staats, Robert*, Der EU-Richtlinienvorschlag über die kollektive Rechtswahrnehmung – Stellungnahme aus Sicht der Praxis, ZUM 2013, S. 162–168.
- Staats, Robert*, Kollektives Rechtsmanagement im Zeitalter von Google – Wie können die Verwertungsgesellschaften eine angemessene Vergütung der Rechteinhaber sichern und die Werkvermittlung erleichtern?, S. 91-107, in: *Peifer, Karl-Nikolaus, u. a.* Werkvermittlung und Rechtsmanagement im Zeitalter von Google und Youtube – Urheberrechtliche Lösungen für die audiovisuelle Medienwelt, München 2011.
- Stadler, Thomas*, Zulässigkeit der heimlichen Installation von Überwachungssoftware - Trennung von Online-Durchsuchung und Quellen-Telekommunikationsüberwachung möglich?, MMR 2012, S. 18-20.
- Staudacher, Stefan-Frederick*, Die digitale Privatkopie gem. §53 UrhG in der Musikbranche, Norderstedt 2008.
- Stallman, Richard*, The Right Way to Tax DAT, Wired Magazine, May 1992.
<http://www.gnu.org/philosophy/dat.html> (15.08.2015)

- Stephanblome, Markus*, die Einordnung des subjektiven Urheberrechts in das System der bürgerlichen Rechte, Hamburg 2008.
- Sterling, J.A.L.*, International Codification of Copyright Law: Possibilities and Imperatives, IIC 2002, S. 464-484.
- Sternberg-Lieben, Detlev*, Musikdiebstahl, Köln 1985.
- Stichelbrock; Barbara*, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, S. 736-743.
- Stieper, Malte*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009.
- Stieper, Malte*, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung – Die urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy, MMR 2012, S. 12-17.
- Stieper, Malte* Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nach dem Regierungsentwurf zum 7. UrhRÄndG, ZUM 2013, S. 10-18.
- Joseph, Straus*, Der Schutz der ausübenden Künstler und das Rom-Abkommen von 1961 - Eine retrospektive Betrachtung, GRUR Int 1985, S. 19–29.
- Sucker, Reinhard*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014.
- Suisse Culture* (Hrsg.), Die digitale Revolution des Urheberrechts – Arbeitspapier zur Kulturfltrate, November 2009.
http://www.suisseculture.ch/fileadmin/user_upload/pdf/URG/Arbeitspapier_Kulturfltrate_2010.pdf (15.08.2015)
- Terhaag, Michael/Telle, Sebastian*, Immaterielle Erschöpfung – Gibt es den virtuellen Flohmarkt für gebrauchte Multimediadateien?, K&R 2013, S. 549-553.
- Theiselmann, Rüdiger*, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, rechtliche Implikationen der digitalen Werkverwertung, München 2004.
- Thoms, Frank*, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze – Historische Entwicklung – Rechtsvergleichung – rechtspolitische Wertung, München 1980.
- Thum, Dorothee*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet – Zugleich Bericht über eine WIPO-Expertensitzung in Genf, GRUR Int 2001, S. 9-28.
- Ufer, Frederic*, Die Haftung der Internet-Provider nach dem Telemediengesetz, Hamburg 2007.
- Ulmer, Eugen*, Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst – Rezensionenabhandlung, GRUR 1968, S. 527-530.
- Ulmer, Eugen*, Die Entscheidungen zur Kabelübertragung von Rundfunksendungen im Lichte urheberrechtlicher Grundsätze, GRUR Int 1981, S. 372-378.
- Ulmer, Eugen*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin 1980.
- Ulrici, Bernhard*, Vermögensrechtliche Grundfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, Tübingen 2008.

Verzeichnis der verwendeten Literatur

- Ungern-Sternberg, Joachim von*, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2012, GRUR 2013, S. 248-264.
- Vahrenwald, Arnold/Miskin, Claire*, Copyright im Netz – Urheberrecht auf dem Informations-Superhighway, Frankfurter Allgemeine Zeitung, Beilage Kommunikation und Medien, 29.08.1995.
- Vaver, David*, To serve and to protect: The Challenge for intellectual property law, S.331-346, in: *Drexler, Josef/Hilty, Reto M./Boy, Lawrence/Godt, Christine/Remiche, Bernard* (Hrsg.) *Technology and Competition – Technologie et concurrence. Contributions in Honour of Hanns Ullrich – Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich*. Brüssel (BEL) S. X + 744, 2009.
- Verband Deutscher Drehbuchautoren e.V.*, offener Brief von 51 Tatort-Autoren, 29. März 2012.
<http://www.drehbuchautoren.de/nachrichten/2012/03/offener-brief-von-51-tatort-autoren-0> (15.08.2015)
- Vianello, Mirko*, Lizenzierung von Musik in Nutzergenerierten Videos – Der steinige Weg zur Verwendung im Internet, MMR 2009, S. 90-95.
- Wagner, Axel-Michael*, Quo vadis, Urheberrecht?- Überlegungen zur Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsindustriegesellschaft und zum anstehenden >>Korb II <<, ZUM 2004, S. 723-733.
- Walter, Michel M./Lewinski, Silke von* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht – Kommentar*, Wien 2001.
- Walter J, Ong*, *Orality and Literacy – The Technologizing of the World*, New York 2001.
- Wandtke, Artur-Axel*, Aufstieg oder Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA 2011, Bd 3, S. 649-684.
- Wandtke, Artur-Axel*, Copyright und virtueller Markt oder Das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne?, Antrittsvorlesung, 26.04.2001, Berlin 2001, GRUR 2002, S. 1-11.
- Wandtke, Artur-Axel*, *Urheberrecht*, 4. Aufl., Berlin 2014.
- Wandtke, Artur-Axel*, Zum Bühnentarifvertrag und zu den Leistungsschutzrechten der ausübenden Künstler im Lichte der Urheberrechtsreform 2003, ZUM 2004, S. 505-511.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl., München 2009.
- Weber, Max*, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1972.
- Weber, Rolf H./Breining-Kaufmann, Christine*, Grundrechtsdimension im Urheberrecht?, SIC! 2005, S. 415-420.

- Wehler, Philipp*, Die freie Benutzung im digitalen Zeitalter – neue Herausforderungen für § 24 UrhG unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Abkommens von Vorlagen unter urheberrechtlichem Leistungsschutz, Hamburg 2012.
- Welp, Kai*, Der Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht und die Praxis der internationalen Rechtswahrnehmung, GRUR 2014, S. 751-755.
- Wenzl, Frauke*, Musiktaschbörsen im Internet – Haftung und Rechtsschutz nach deutschem und amerikanischem Urheberrecht, Baden-Baden 2005.
- Wiebe, Andreas/Funkat, Dörte*, Multimedia-Anwendungen als urheberrechtlicher Schutzgegenstand, MMR 1998, S. 69.75.
- Wielsch, Dan*, Zugangsregeln, die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008.
- Wielsch, Dan*, Relationales Urheberrecht - Die vielen Umwelten des Urheberrechts, in *Grünberger, Michael/Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014.
- Winckler, Lars*, Jetzt spricht der Filmpirat, Interview mit dem Betreiber der Streaming-Plattform Movie2k, Welt Online, 19. Juni 2009.
<http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article3955905/Jetzt-spricht-der-Filmpirat-von-Movie2k-com.html> (15.08.2015)
- WIPO*, A Medium Term Strategic Plan for WIPO, 2010 – 2015, 16.09.2010.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_48/a_48_3.pdf (15.08.2015)
- Wolf, Christoph*, Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte, Baden-Baden 2009.
- Wunsch-Vincent, Sacha*, Antworten zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft“, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-G.
- Youtube*, Statistiken.
<https://www.youtube.com/yt/press/de/statistics.html> (15.08.2015)
- Zachow, Sebastian*, Die Pauschalvergütung des Urhebers im digitalen Zeitalter, Hamburg 2013.
- Zech, Herbert*, Neue Technologien als Herausforderung für die Rechtfertigung des Immaterialgüterrechtsschutzes, S. 81-105, in: *Hilty, Reto M./Jaeger, Thomas/Lamping, Matthias* (Hrsg.), Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, Berlin 2012.
- ZEIT ONLINE*, Taylor Swift zwingt Apple zum Umdenken, 22. Juni 2015.
<http://www.zeit.de/kultur/musik/2015-06/apple-music-taylor-swift-musik-streaming>
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, Aufl. 11, München 2012.
- Zombik, Peter*, Der Kampf gegen Musikdiebstahl im Internet, ZUM 2006, S. 450-456.
- Zwengel, Wolfgang*, Kulturflattrates, Vergütungsmechanismen für netzbasierte Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände, Baden-Baden 2012.

Bei der Angabe von Internetquellen bezeichnet das in Klammern gesetzte Datum den Zeitpunkt des letzten Aufrufs vor Fertigstellung der Arbeit.