

Antworten zum Fragenkatalog der Enquete-Kommission Internet und digitale Gesellschaft des Deutschen Bundestages: „Entwicklung des Urheberrechts in der Digitalen Gesellschaft vom 28. Oktober 2010“

Vorbemerkung

Der Fragenkatalog zur öffentlichen Anhörung Urheberrecht erfordert eine Fülle von grundsätzlichen Erwägungen, die in ein – auch unter Wissenschaftlern – hochumstrittenes Feld führen und an dieser Stelle nicht stets in der erforderlichen Tiefe begründet werden können. Die nachfolgenden Antworten sind bewusst knapp, aber mit Anspruch auf Allgemeinverständlichkeit formuliert. Eine Darstellung wissenschaftlicher Streitstände erfolgt nur in allgemeiner Form. Komplexere Fragen wurden untergliedert.

Grundlagen – Bestandsaufnahme - Herausforderungen

1. a) Haben sich die Motivation zur Produktion und die Kreativität der Urheber mit dem Internet verändert? b) Können das Internet und digitale Techniken kreatives Schaffen und dessen Vermarktung gleichermaßen fördern? c) Wie lässt sich der Wert kreativer Leistungen bemessen und wie viel sind Nutzer bereit, für Inhalte aus dem Netz zu bezahlen?

a) Die Motivation zur persönlichen Entäußerung, d.h. zur Produktion von Texten, Bildern, Laufbildern und Musik, hat sich mit dem Aufkommen des Internet nicht grundlegend verändert. Allerdings sind die Möglichkeiten zur Erstellung, Verbreitung und sonstigen Kommunikation von Inhalten erheblich erleichtert worden. Das erhöht die Motivation zum Werkschaffen. Auch der Zugang zu fremden Inhalten ist erheblich vereinfacht worden. Auch das fördert die Bereitschaft zur Schaffung von Inhalten. Die niedrigen Schwellen zur Produktion und Verbreitung des Produzierten reizen in erheblichem Maße dazu an, nicht nur zu produzieren, wie das in Tagebüchern, Urlaubsfilmen und Fotografien schon immer geschah, sondern das Produzierte auch zu publizieren. Das Internet hat daher einen Entwicklungsschub bewirkt, der die Gutenberg'schen Erfindung des Buchdrucks an Dynamik erheblich übersteigt, wenngleich dieser Schub die Qualität des Publizierten auch vielfach nivelliert. Man kann von einer Demokratisierung, aber auch einer Vulgarisierung in der Wissens- und Kulturproduktion sprechen.

In allen Bereichen der Kultur- und Wissensproduktion hat sich die Zahl der Werkzeuge zum Schaffen vermehrt. Die Werkvermittler, die im analogen Zeitalter den Prozess der Kulturvermittlung organisiert haben und auch heute noch organisieren, haben ihre Alleinstellung, partiell auch ihre herausgehobene Bedeutung verloren. Ihre traditionellen Techniken zur Kulturvermittlung sind zum Teil – gemessen an der elektronischen Übertragung von Inhalten – langsam, schwerfällig und teuer, zum Teil auch unzureichend, weil zu wenig adressatengenau, geworden.

Die Selbstpublikation über elektronische Netzwerke ist in beinahe allen Bereichen der Produktion auf einfache Weise möglich geworden. Gleichzeitig ist der Zugang zu Inhalten schnell, direkt und qualitätssicher möglich. Das motiviert (und verführt) zum Zugriff auf bereits verfügbare Inhalte. Diese Inhalte stehen – technisch gesehen – als stets verfügbare Bausteine zur Bearbeitung und Weiterentwicklung zur Verfügung.

Die Möglichkeit zur Selbstpublikation und die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf sofort veränderbare Inhalte sind Schlüsselfaktoren für die Geburt eines neuen Nutzertyps: den sog. Prosumenten, der Inhalte (wie früher) rezipiert, aber gleichzeitig auch neue Inhalte produziert oder verbreitet. Der Begriff der nutzergenerierten Inhalte (user generated content – UGC) steht plakativ für dieses Phänomen.

b) Das Internet ist ein Arbeitsinstrument, wie es der Pinsel oder der Bleistift für den Künstler und Schriftsteller war, weil es die Möglichkeit zur Aneignung von elektronischen Inhalten und zu deren schneller Bearbeitung gibt. Gleichzeitig erlaubt es die schnelle Verfügbarmachung eigener, aber auch unverändert angeeigneter und dann weiterverbreiteter fremder Inhalte. In dieser Eigenschaft kann das Internet als Arbeitsgerät und Publikationsplattform kreatives Schaffen fördern.

Insoweit das Internet auch die Möglichkeit schafft, elektronische Inhalte kontrolliert und technisch abgesichert zu vermitteln, kann es die direkte Vermarktung und den Verkauf von Bezahlinhalten bewirken und unterstützen. Als vollständiges Bezahlmedium würde das Internet theoretisch ebenso funktionieren können wie durch Sim-Cards abgesicherte Telekommunikationsgeräte funktionieren. Allerdings verliert das Netz durch die technische Absicherung der Inhalte einen Teil seiner Vorzüge. Die Ubiquität wird durch Blockade von Abrufmöglichkeiten (Geo-Targeting) eingeschränkt, die Anschlussfähigkeit von Inhalten an bereits vorhandene Verwertungsplattformen (Suchmaschinen, Inhalteplattformen) leidet, wenn die Angebote nicht schnittstellenfähig sind. Je stärker Inhalte verschlossen werden desto stärker büßt das Internet Reputation bei denjenigen Nutzern ein, die zu seiner Entwicklung und Dynamik in besonderem Maße beigetragen haben.

Die Stärke des Netzes als Medium liegt darin, dass die dort angebotenen frei zugänglichen Leistungen indirekt vergütet werden. Der Umstand, dass das Internet und seine Anbieter erheblich schwächer reguliert werden als Rundfunk- und gedruckte Angebote (etwa im Hinblick auf publizistische Sorgfaltspflichten oder im Hinblick auf die Vermischung von kommerziellen und redaktionellen Inhalten), sorgt dafür, dass das Medium für Werbetreibende attraktiv ist. Der Umstand, dass die Speicherung, Überwachung und Zuordnung von Nutzerdaten vergleichsweise schwach reguliert werden und die Anwendung von Datenschutzvorschriften auf Netzdienste noch umstritten ist, bewirkt, dass zielgerichtete Werbung und damit die Verhinderung von Streuverlusten möglich sind. Dadurch wird die Effektivität der Werbung von manchen Anbietern als wesentlich höher eingeschätzt, als dies bei der Werbung in sonstigen Massenkommunikationsmitteln der Fall ist. Seine Stärke kann das Netz allerdings nur ausspielen, wenn es attraktive Inhalte für alle Nutzergruppen bereitstellt. Das Netz ist daher in erheblichem Maße darauf angewiesen, dass Inhalte zugangsoffen und vernetzt für alle Navigatoren (Suchmaschinen, Plattformbetreiber) zur Verfügung stehen. Je einfacher der Zugang zu Inhalten ist desto höher ist die aufmerksamkeitsleitende Wirkung.

Die Vermarktung kreativen Schaffens kann zwei miteinander konkurrierende Erfolgsbedingungen nutzen: Entweder die Inhalte sind in Bezahlportalen verborgen, dann ist ein virtueller Markt mit den

Eigenschaften des realen Marktes möglich. Der virtuelle Markt hat gegenüber dem realen Markt aber nur beschränkte Vorzüge. Oder die Inhalte stehen frei zur Verfügung, dann ist eine breite indirekte Finanzierung denkbar, wenn Vergütungen erhoben werden können. Eine indirekte Abgabe (Medienabgabe, Internetabgabe) könnte hierzu beitragen. Plausibel ist die Annahme, dass sich keines der beiden Modelle alleine durchsetzen wird, sondern es vielmehr einen Bezahlmarkt für hochwertige Inhalte geben kann, der von einem indirekt finanzierten Markt für „Allerweltsprodukte“, die nicht auf eine direkte Finanzierung angewiesen sind, flankiert wird. Überschneidungen und Mischformen bleiben dabei denkbar.

c) In einer Marktwirtschaft wird der Wert kreativer Leistungen an der Zahlungsbereitschaft seiner Nutzer gemessen. Für hochwertige Inhalte und Nischenprodukte dürfte diese Zahlungsbereitschaft nicht immer, jedenfalls nicht immer kurzfristig, vorhanden sein. Das klassische Urheberrecht hat daher stets Wert darauf gelegt, durch starke Schutzrechte und lange Schutzfristen die exklusive Auswertungszeit sehr großzügig zu bemessen, so dass über eine lange Nutzungsdauer die Aussicht auf eine über die Zeit angemessene Vergütung steigt. Bereits in der Vergangenheit haben die Kreativen aber nur in sehr geringem Maße an den über die gesamte Auswertungszeit akquirierten Vergütungen vollständig partizipiert. In der bisherigen Publikationswelt geht der Wert der kreativen Leistung häufig nicht in die Produktionskalkulation der Werkvermittler ein. Unter wissenschaftlichen Autoren ist der Druckkostenzuschuss vielfach die Regel, auch in der Unterhaltungsindustrie kann man keineswegs davon ausgehen, dass der Wert der kreativen Leistung stets vergolten oder stets angemessen vergolten wird. Die Werkproduktion kam bisher gleichwohl nicht zum Erliegen, weil die Belohnungssysteme für Kreative nicht nur pekuniärer Natur sind.

Die Zahlungsbereitschaft des Nutzers hängt in erheblichem Maße davon ab, wie flexibel, wie anschlussfähig, wie individualisiert und wie einfach der Zugang zu Inhalten ist. Die Zahlungsbereitschaft betrifft das Medien- und Kommunikationsbudget des Nutzers. Die Telekommunikationsbranche hat gezeigt, dass durchaus die Bereitschaft zu mehrfachen, auch gleichzeitigen Vertragsbindungen mit kumulierten Zahlungslasten besteht, sofern der Nutzer dadurch auf einfache Weise einen erheblichen Mehrwert an Komfort erhält. Die Angaben über die tatsächliche Zahlungsbereitschaft im Falle des Bezugs von elektronischen Bezahlangeboten schwanken zwischen 10 und 50 Euro im Monat. Die Zahlen resultieren überwiegend aus Nutzerbefragungen, in denen nicht stets auch erhoben wurde, welche Substitutionseffekte dadurch eintreten werden, dass ein Medium durch ein anderes ersetzt wird. Doch wird man vermuten dürfen, dass ein Internetbezahlfernsehen das Abonnement eines Kabelbezahlsenders überflüssig macht, wenn letzterer keinen Mehrwert (z.B. high-definition-Bilder oder interaktive Zusatzdienste über Rückkanäle mit schnellerem Zugang oder zu geringeren Kosten) bietet. Unstreitig dürfte sein, dass Flatrates mit der Möglichkeit zum unterschiedslosen Zugang zu Inhalten aller Art vom Nutzer als besonders attraktiv angesehen werden. Unstreitig dürfte ebenfalls sein, dass eine bezahlbare Flatrate erhebliche Nutzerzahlen erfordert. Der Anschluss sämtlicher Haushalte an eine Bezahlabgabe, wie sie die Rundfunkgebühr darstellt, erlaubt es erst, diese Gebühr im Einzelfall verhältnismäßig niedrig zu bemessen.

2. Gehen mit den neuen Möglichkeiten, die das Internet und die Digitalisierung eröffnen, seinen technischen Gegebenheiten und seiner Dynamik Veränderungen bei Wertmaßstäben der Nutzer einher? Wie kann dem begegnet werden?

Wer in der Lage ist, schnell, unkompliziert, jederzeit und von jedem Ort an kulturelle Inhalte zu gelangen, der entwickelt wenig Verständnis dafür, dass diese Inhalte verschlossen werden. Das Bewusstsein dafür, dass die Produktion hochwertiger Inhalte erhebliche Kosten verursacht, dürfte latent vorhanden sein, es nimmt aber ab. In erheblichem Maße dazu beigetragen haben der Versuch der Kriminalisierung von Nutzern, die fehlende Transparenz dahingehend, welche Kosten an welcher Stelle der Produktion von Inhalten anfallen und wie die Erlöse aus dem Vertrieb von Inhalten verteilt werden. Der Eindruck, dass viele Kreative an den Erlösen nicht oder nur gering, einige wenige Kreative und die werkvermittelnde Industrie an diesen Erlösen überproportional partizipieren, hat sich in beunruhigender Weise verstärkt. Der Eindruck dürfte zum Teil auch dadurch beeinflusst worden sein, dass Versuche zur Verbesserung der vertragsrechtlichen Stellung der Kreativen mit besonderer Vehemenz seitens der werkvermittelnden Industrie bekämpft wurden (dazu noch unten bei Lösungen, Frage 5). Vielen Nutzern fehlt der Einblick in die Vergütungsstrukturen der Branche.

Hinzu kommt, dass das Recht des Geistigen Eigentums einen Teil seiner Überzeugungskraft dadurch eingebüßt hat, dass es die Schutzstandards kontinuierlich gesenkt, den Schutzzumfang der gewährten Rechte kontinuierlich erweitert, die Schutzschranken dagegen nur sehr zögerlich angepasst hat. Die Nutzer haben dadurch den Eindruck erhalten, dass auch banale und Alltagsprodukte geschützt werden, der unberechtigte Zugriff auf diese Inhalte also gewissermaßen gerechtfertigt ist, weil bereits die Ausschließlichkeit unangebracht weit gezogen wurde. Gleichzeitig erhalten sie den Eindruck, von den technischen Vorteilen neuer Medien nicht oder nur unzureichend zu partizipieren.

Das Rechtsgebiet hat insgesamt auf allen Ebenen den Bereich der Ausschließlichkeit erweitert. Ein Weg, dieser Entwicklung entgegenzuarbeiten, läge darin, Banales und Alltägliches konsequenter vom Schutz auszunehmen. Um ein Beispiel zu nennen: Die dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte schützen im Bereich der Tonträgerrechte auch kleinste Tonfetzen gegen die direkte Übernahme etwa im Wege des Sampling. Dieser Schutz von Kleinstelementen sorgt dafür, dass die Rechte an Tonträgern besser geschützt werden als die Rechte der Komponisten und Textdichter. Weder die nationale gesetzliche Regelung noch das internationale Recht geben dieses Ergebnis zwingend vor. Zwar wird argumentiert, dass die digitale Welt den Kleinstelementenschutz benötigt, weil technische Zugriffsinstrumente nicht mehr erkennen können, ob das Element persönlich individuell geprägt oder banal ist. Gleichwohl erzeugt dieses Vorgehen Misstrauen und Unverständnis beim Nutzer, der oft den Eindruck hat, dass es keine schutzrechtsfreien Zonen im Netz mehr gibt.

3. a) Lässt sich das System zum Schutz geistigen Eigentums auf das Internet übertragen? b) Muss das Verhältnis von Urhebern, Verwertern und Nutzern neu justiert werden? c) Sollte aus Ihrer Sicht der Urheber oder der Nutzer im Mittelpunkt stehen?

a) Das System zum Schutz geistigen Eigentums wurde im Urheberrecht mit den WIPO-Verträgen des Jahres 1996 auf das Internet übertragen. Die Übertragung funktioniert in der Praxis durchaus, sie sorgt aber dafür, dass die Schutzanforderungen tendenziell noch weiter sinken als dies in der

analogen Welt der Fall war (siehe vorherige Antwort zum Kleinstelementenschutz). Sie erfordert es gleichzeitig, die an sich nur für gewerbsmäßige Piraterie vorgesehenen Sanktionsmechanismen des Rechtsgebietes auch auf solche Handlungen zu übertragen, die für sich genommen wenig Bedeutung haben, dafür in ihrer kumulierten Wirkung erhebliche Schäden anrichten können („Kriminalisierung der Schulhöfe“). Daher wird mit scharfen Waffen auch gegen Private im Einzelfall vorgegangen („Abmahnwesen“). Die extensive Bekämpfung des unberechtigten Zugriffs zu privaten Zwecken auf Inhalte gefährdet nicht nur die Überzeugungskraft des Rechtsgebietes, sie nimmt dem Netz auch viele seiner Vorteile, so die Schnittstellenfähigkeit, die Schnelligkeit, die weltweite diskriminierungsfreie Zugriffsmöglichkeit und die Ausübung von solchen Schrankenbefugnissen, die dem Nutzer in der analogen Welt zugestanden wurden (Recht auf private und sonstige Kopien zu eigenen Zwecken in Peer-to-Peer-Netzen, Kopiermöglichkeiten bei technisch abgesicherten Dateien). Die Übernahme des Schutzsystems hat also einen Preis.

b) Die Frage, ob das Verhältnis von Urhebern, Verwertern und Nutzern neu justiert werden muss, wird man vordergründig nicht verneinen können. Mit dieser einfachen Antwort ist allerdings nicht viel gewonnen, denn die Anpassung erfordert zahlreiche Veränderungen auf nationaler und einige Veränderungen auch auf der Ebene des internationalen Rechts, die mit wenigen Worten nicht zu skizzieren und nur mit energischer politischer Kraft zu bewerkstelligen sind. Einige Schlagworte mögen das verdeutlichen: Die Ausweitung des Schutzbereichs des Urheberrechts (Aufnahme von Software als Schutzgegenstand, Denaturierung des Werkbegriffs durch Einbeziehung banaler Schöpfungen, Erweiterung der verwandten Schutzrechte um den Datenbank- und den Elementenschutz) und die Ausweitung seiner Schutzbefugnisse (Einbeziehung jeder flüchtigen elektronischen Verkörperung als Vervielfältigungshandlung, selbst wenn diese nur im Arbeitsspeicher oder in Zwischenspeicherungen erfolgt; Einführung eines beinahe schrankenlosen und der kollektiven Verwertung weitgehend entzogenen Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung für Internet-uploads) haben die Position der Werkvermittler erheblich gestärkt, weil ihnen die Kontrolle über neue Geschäftsmodelle in einer Welt gegeben wurde, in welcher die alten Geschäftsmodelle noch erfolgreich betrieben werden. Gleichzeitig wurde nur unzureichend dafür gesorgt, dass die Urheber von Alt- und Neucontent an diesen Erträgen beteiligt wurden. Auf der Ebene des internationalen Rechts fehlt beinahe jede urhebervertragsrechtliche Regelung, auf der Ebene des deutschen Rechts wurde die Einwilligungssposition der Urheber verkürzt (Beseitigung des ehemaligen § 31 Abs. 4 UrhG). Die im Ausgleich dafür gewährte potentielle ergänzende Vergütung wurde jedoch einer Marktlösung überantwortet, die den Urhebern die Last einer vorgehenden Verhandlung aufbürdet, zu der es bisher in vielen Bereichen noch gar nicht gekommen ist. Die Segnungen der elektronischen Erträge sind daher vielfach bei den Urhebern nicht angekommen. Die Nutzer haben in der elektronischen Welt zum Teil rechtlich, zum Teil faktisch Zugriffsmöglichkeiten verloren. Rechtlich verloren haben sie insoweit, als die elektronische Zugänglichmachung von Inhalten kaum Schranken enthält, faktisch verloren haben sie Nutzungswege, weil die Privatkopie von elektronischen Trägern auf technischem Wege durch den Einsatz von DRM-Systemen verhindert werden und danach kaum durchgesetzt werden kann.

Viel gewonnen wäre, wenn in der Auslegung des bestehenden Rechtes die Besonderheiten des Netzes stärkere Berücksichtigung fänden. Um ein Beispiel zu nennen: Die Frage, ob die Hervorhebung eines Links in einem Fließtext (Hyperlink) bereits eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung ist, taucht im Zusammenhang mit dem Internet überhaupt erst auf, weil diese Form der Verknüpfung

von Texten im analogen Zusammenhang nicht möglich ist. Natürlich wäre die Kontrolle der Verlinkung eine wirtschaftlich ertragreiche Befugnis, sie beseitigte aber eine wesentliche Eigenschaft der elektronischen Welt. Die Gerichte haben mit dieser zweckgerichteten Erwägung davon Abstand genommen, die bloße Setzung eines Links als urheberrechtlich relevante Verwertungshandlung anzusehen (BGHZ 156, 1 – Paperboy). Diese Argumentation ist richtig und auch nötig. Sie muss konsequent erfolgen und dafür sorgen, dass Eingriffe in Handlungen, die Netzvorteile nutzbar machen, auch daraufhin untersucht werden, ob sie die Wahrnehmung solcher Netzvorteile behindern oder beenden und ob die Behinderung verhältnismäßig ist. Man könnte von einem Netzverträglichkeitstest sprechen.

c) Die Frage, ob der Urheber oder der Nutzer im Mittelpunkt stehen sollte, lässt sich eindeutig beantworten, sie ist aber unvollständig gestellt. Zunächst muss der Urheber im Mittelpunkt eines Rechtsgebietes stehen, dass sich mit Anreizen zur Produktion von kreativen Inhalten befasst. Hier liegt die Wahrheit des schlagwortartig gebrachten Satzes „Kopien brauchen Originale“. Diese Einsicht ist banal. Komplexer wird das Geflecht, wenn man die Frage erweitert und fragt, ob der Urheber oder der Verwerter im Mittelpunkt stehen sollte. Auch die Antwort hierauf ist zunächst eindeutig. Der Verwerter ist Vermittler, er bringt den Inhalt nicht hervor. Er mag als Vermittler (noch) notwendig sein, um den Inhalt zu kommunizieren, er bleibt aber Hilfsperson. Die Tendenz, die dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte stärker zu schützen (vgl. das obige Tonträgerschutzbeispiel) als die Schutzrechte der Urheber selbst, ist ein Irrweg. Die Tendenz, die dem Urheberrecht verwandten Schutzrechte um Materien anzureichern, die nicht mehr reine Werkvermittlung, sondern nur noch Investitionsschutz sind (Datenbankschutz, diskutierter Schutz von Sportveranstalterrechten und Leistungsschutzrechten für die Druckindustrie), mag industriepolitische Ziele erfüllen, sie beeinträchtigt aber die Rechtfertigungsbasis, auf welcher das Urheberrecht steht.

4. Verändert das Internet die Produktion kreativer Güter in einer Weise, die es empfehlenswert erscheinen lässt, die Strukturen des Urheberrechts – insbesondere auch im Hinblick auf die Rolle der Werknutzer und die Zuordnung des Werks zum Schöpfer – zu überdenken?

Das Internet senkt die Schwelle für die Erstellung und die Distribution von Inhalten (siehe Antwort auf Frage 1). Es „demokratisiert“ daher die Werkschöpfung und die Werkvermittlung. Professionelle Werkvermittler, die sich damit befassen, Inhalte zu verkörpern (etwa Buchverleger, Tonträgerhersteller, Film- und Videogrammersteller) erleben vor diesem Hintergrund die stärksten Strukturveränderungen, weil der Wert ihrer Leistungen zwar noch geschätzt und genutzt, nicht aber mehr in jeder Hinsicht und für jeden Inhalt benötigt wird. Die Werknutzer verändern zum Teil ihre Rolle, indem die Nutzung oft der Produktion eigener Inhalte vorgeschaltet wird. Der Begriff des „Prosumenten“ bringt dies zum Ausdruck. Gleichzeitig gibt es im Netz Formen der Werknutzung, die zwar die Anmaßung urheberrechtlicher Befugnisse mit sich bringen, nicht jedoch im eigentlichen Sinne in wirtschaftliche Konkurrenz zu der professionellen Werkvermittlung treten, etwa weil sie nur der sozialen Kommunikation dient (z.B. die Einbindung von geschützten Inhalten in eigene Videos, das Persiflieren von Originalvideos durch Einblendung neuer Tonspuren oder Veränderung von Bildsequenzen, auch in Form von „Fan-Videos“). Diese Nutzungshandlungen sind privater und allenfalls mittelbar (für den Plattformbetreiber) kommerzieller Natur. Sie fallen gleichwohl

unterschiedslos unter das geltende Urheberrecht, weil sie in der Regel die Schwelle einer freien Benutzung (§ 24 UrhG) nicht erreichen. In diesem Bereich könnte man über Schranken für nutzergenerierte Inhalte nachdenken, die private produktive Nutzerhandlungen erlauben und diese an eine Vergütungspflicht koppeln. Eine solche Ausnahme wurde auf europäischer Ebene bereits angedacht. In der Praxis werden solche Nutzungen nur mäßig verfolgt. Es spricht manches dafür, dass selbst die betroffene Industrie sie nicht als ernsthafte Bedrohung ansieht. Allerdings ist die Schranke auf der Ebene des europäischen Urheberrechts nur schwer durchzusetzen, denn die Informationsrichtlinie aus dem Jahr 2001, die einen abschließenden Katalog von Schranken bzw. erlaubnisfreien Nutzungen enthält, sieht sie nicht vor und es ist zweifelhaft, ob die Kraft besteht, diese Richtlinie nochmals zu ändern.

Man kann insgesamt den Satz formulieren, dass dort, wo das Urheberrecht durch Absenkung seiner Schutzwelken dafür gesorgt hat, dass das Meer der Zugangsfreiheit zu einem Binnensee geworden ist, Kanäle in die Landmasse gebaut werden müssen, um Zugänge (Lizenzmöglichkeiten) wieder zu öffnen. Solche Kanäle müssen nicht zwangsläufig zollfrei (vergütungsfrei) sein. Im Verhältnis zwischen Urhebern/Verwertern und Nutzern kann dies dafür sprechen, die kollektive Verwertung von Rechten zu erleichtern und sie auch bei Online-Rechten dort zu ermöglichen, wo der legale Zugang nicht gewährt wird oder aufgrund hoher Transaktionshindernisse nicht gewährt werden kann. Das betrifft die verwaisten Werke, es mag auch vergriffene Werke betreffen, die nicht mehr produziert, aber auch nicht freigegeben werden. Es spricht manches dafür, dass das Recht der kollektiven Verwertung, sei es über Verwertungsgesellschaften, sei es über noch zu findende zentrale Rechteevertmitter, ein Hauptaktionsfeld der Urheberrechtspolitik im digitalen Zeitalter werden muss. Das gilt für das nationale, aber vor allem auch für das europäische Recht.

5. a) Verändern sich durch die – insbesondere auch mit dem Aufkommen des Internets verknüpfte – „Informationsgesellschaft“ die Anforderungen an die Informationsordnung in einer Weise, die auch die Ziele des Urheberrechts und seine Funktion innerhalb dieser Ordnung betreffen? b) Besteht ein Zielkonflikt zwischen Informationszugang und Förderung des kreativen Potenzials der Gesellschaft und wie ist er ggf. aufzulösen?

a) Das Internet ermöglicht bekanntlich den jederzeitigen, von jedem Ort aus möglichen Zugriff auf das in digitaler Form vorhandene Wissen der Welt. Technisch ist der Zugriff auf sämtliche digitalisierten Inhalte vom Schreibtisch aus bereits jetzt dort realisierbar, wo ein ausreichend schneller Zugang zum Datennetz besteht. Der einfache Zugriff auf Wissen verändert das Informationsverhalten der Nutzer und Wissensvertmitter. Die Nutzer machen aber stärkeren Gebrauch von den elektronischen Möglichkeiten als es die Werkvertmitter tun. Der download ist verbreiteter als der professionelle upload. Information wird dadurch allerdings auch parteischer, weniger sorgfältig und anfälliger für Manipulationen vielfältiger Art. Die traditionellen Werkvertmitter hätten es in der Hand, diese Qualitätseinbußen durch die Produktion von hochqualitativem Inhalt zu kompensieren und tun dies zum Teil auch. Wo dies in einer Weise geschieht, die den Zugang zum Wissen nicht so sehr erschwert, dass er unterbleibt, besteht noch Kongruenz zwischen den Zielen des Urheberrechts – Kontrolle der Werknutzung durch Schöpfer und Vertmitter – und den Bedürfnissen der Informationsgesellschaft. Wo Werknutzungen unterbleiben,

weil der Verwerter in ihnen keine nutzbringende Investition sieht (Suchdienste, die den Zugang zu verwaisten und vergriffenen Inhalten ermöglichen), werden die Zugangswege in der Informationsgesellschaft aber behindert oder jedenfalls verlangsamt. Je stärker urheberrechtliche Befugnisse als vollständige Ausschließlichkeitsrechte ausgestaltet sind und je weniger Öffnungen für eine gebündelte Wahrnehmung bestehen, desto stärker kann der Zugang hier durch den Rechteinhaber behindert werden, die Informationsversorgung leidet dann. Die Ziele des Urheberrechts werden nicht erreicht, und zwar für niemanden, weil auch die Verwerter keine Erträge erzielen.

Nur in Bereichen, in denen die Rechteinhaber in der Lage sind, nutzerfreundliche und bezahlbare Vermittlungsmodelle zu etablieren und es zudem gelingt, die Urheber an den Erträgen aus diesen Modellen zu beteiligen, kann die Informationsgesellschaft reibungslos gedeihen. Überall dort, wo die Rechteinhaber elektronische Nutzungen nicht zur Verfügung stellen oder gar blockieren, drohen Zielverfehlungen. Letzteres ist auch dort der Fall, wo die Rechteinhaber befürchten, dass etablierte Geschäftsfelder behindert werden, weil die Vertriebsexpertise und die Geschäftsmodelle fehlen oder von neuen Unternehmen besser repräsentiert werden, die allerdings nicht über die Rechte verfügen. Insbesondere Suchmaschinenbetreiber und die Betreiber sozialer und nutzergenerierter Plattformen stellen solche technisch erfolgreichen und nutzerfreundlichen Zugangsinstrumente bereit. Sie sollten die Chance erhalten, legal und zu bezahlbaren Konditionen an Inhalte zu gelangen, die sonst brach liegen.

b) Zwischen Informationszugang und kreativer Tätigkeit besteht ein nahezu evidenter Zusammenhang. Zwar ist es denkbar, dass kreative Potentiale sich ohne jeden äußeren Einfluss entfalten. Die Annahme, dass jede Leistung auf Vorleistungen aufbaut, ist jedoch erheblich plausibler. Der Zugang zu Wissen und Kunst inspiriert und informiert. Der Zielkonflikt wird traditionell im Urheberrecht durch die Begrenzung des Schutzrechts sowie die Einführung und Ausgestaltung von Schrankenbestimmungen aufgelöst. Schrankenbestimmungen sind regelmäßig einwilligungsfrei, aber vergütungspflichtig. Sie erleichtern und verbilligen den Zugang. Eine damit oft korrespondierende, aber auch eine ergänzende Möglichkeit der Zugangserweiterung ist die Einführung kollektiver Rechtsverwaltungssysteme, die es ermöglichen, große Inhalterepertoires zu bündeln und jedermann einen Lizenzzugang zu eröffnen. In Bereichen, in denen die Blockade von Repertoires droht (z.B. bei Kabelweiterleitungsrechten), kann das Urheberrecht durch Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit den Zugang erzwingen. Eine im Urheberrecht seltener gebrauchte Form der Zugangseröffnung ist die Einführung eines Lizenzzwangs gegenüber dem Rechteinhaber. Sämtliche genannten Wege verdünnen das Ausschließlichkeitsrecht. Sie werden daher traditionell von Rechteinhabern mit erheblichem Aufwand bekämpft.

6. Welche technischen Neuerungen, die das Urheberrecht unterminieren könnten und in die Überlegungen der Kommission eingehen sollten, sind bereits jetzt in Sicht, bzw. mittelfristig denkbar (z.B. größere Verbreitung von Streaming)?

Ein bereits bekanntes Phänomen stellen Technologien dar, die einen direkten Zugriff von Nutzer-PC zu Nutzer-PC erlauben (Peer-to-Peer-Technologien). Die daraus resultierenden Rechtsprobleme sind durch die Neufassung des § 53 Abs. 1 UrhG in Ansätzen gelöst. Noch nicht gänzlich klar ist, ob auch

Plattformen, die zu solchen Filesharingdiensten führen, haften, wenn sie die Herkunft der Dateien nicht überprüfen (OLG Köln MMR 2007, 786; OLG Hamburg MMR 2008, 823 – Rapidshare). Interessanterweise soll die Presse nicht haften, wenn sie den Zugang zu urheberrechtsverletzenden Diensten im Rahmen einer redaktionellen Berichterstattung erleichtert (BGH; Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08 - heise-online). Das eröffnet Umgehungsmöglichkeiten.

Technisch denkbar ist der Zugriff auf Tonspuren von öffentlich zugänglich gemachten Dateien, etwa im Rahmen des Dienstes von [Youtube.com](https://www.youtube.com) (Mitschnitt der Tondatei). Technisch möglich ist ferner die zeitversetzte Aufnahme von Rundfunksendungen nach vorhergehender Auswahl des Nutzers durch internetbasierte Fernaufnahmedienste („Personal Video Recorder“, vgl. BGH GRUR 2009, 845; ZUM 2009, 765). Angeblich befinden sich die Sendungen bei solchen Diensteanbietern auf einem vom Kunden vorgebuchten und diesem allein zugeschriebenen Speicherplatz und sie werden auch nur individuell zugänglich gemacht. Mitschnitt bzw. Abspeicherung auf Online-Speicherplätzen bedeuten nicht notwendig eine Urheberrechtsverletzung, weil eine solche Vervielfältigung über § 53 Abs. 1 UrhG zu privaten und sonstigen eigenen Zwecken zulässig sein kann. Einerseits sorgen solche Dienste für einen effizienteren Weg der Anfertigung von Privatkopien als es die analoge Kopie darstellt. Sie bedrohen insoweit direkte oder indirekte Bezahlmodelle. Andererseits machen diese technischen Hilfsmittel Vorteile der elektronischen Netzwerke für den Kulturverbraucher nutzbar, sie erleichtern mithin den Zugang. Dieser Weg würde verschlossen, wenn – wie in der Beratung des Dritten Korbes diskutiert wird – die elektronische Kopie aus der Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG ausgenommen würde. Die Beibehaltung des § 53 UrhG schließt andererseits nicht aus, die Kopiervergütungen für solche Massennutzungen zu erhöhen.

Gleiches gilt für die Behandlung der sog. intelligenten Aufnahmesoftware, die nicht nur den Vorgang der Vervielfältigung automatisiert und rationalisiert, sondern über die Eingabe von gesuchten Titeln auch die Recherche der Titel in den frei zugänglichen Bereichen des Internet erleichtert.

Technisch tragend für viele Netzfunktionen sind die Dienste von Navigatoren und Suchdiensten. Sie durchsuchen die frei zugänglichen Bereiche des Netzes nach Inhalten, indexieren diese und bereiten sie zur Anzeige oder gar zum Abruf für den Nutzer auf. Bekannt sind Newsdienste und Buchsuchdienste. Suchdienste sind faktisch oft die eigentlichen Werkvermittler im Netz. Sie müssen zwar nicht mehr die Aufbereitung und Abspeicherung (Fixierung) von Inhalten vornehmen, übernehmen mithin keine klassischen Verlegerfunktionen mehr. Sie sorgen jedoch als Rechercheinstrumente dafür, dass die zahlreich im Netz vorhandenen Angebote schnell und zielgenau gefunden werden. Diese Dienste werden von den Gerichten als unentbehrlich angesehen, um die Vorteile der elektronischen Vernetzung zu aktivieren (vgl. BGH GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder).

7. a) Sind Sie der Meinung, dass das geltende Urheberrecht die Interessen von Urhebern, Verwertern und Nutzern im digitalen Zeitalter angemessen ausgleicht? b) Wo liegt aus Ihrer Sicht Konfliktpotential, wo besteht Änderungsbedarf? c) Sind Sie der Meinung, dass die Interessen von Bildung und Forschung ausreichend berücksichtigt werden?

a) Das geltende Urheberrecht hat eine auf die analoge Welt zugeschnittene Regelung in die digitale Welt überführt und dabei die digitalen Besonderheiten dort berücksichtigt, wo dies zu einer Stärkung der Position der Rechteinhaber führte (Einführung eines Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung; Definition der Vervielfältigung in dem Sinne, dass auch flüchtige Speichervorgänge, gleich in welcher Form, unter diesen Begriff fielen). Es hat die bereits bestehenden analogen Schranken beibehalten und insoweit auch die Interessen der Nutzer berücksichtigt. Schrankenbestimmungen für elektronische Nutzungen wurden hingegen kaum eingeführt. Der Zugang zu elektronischen Rechten wurde nicht erleichtert, eine Anpassung der Onlinerechte an die Senderechtsregelung erfolgte nicht. Elektronische Rechte wurden ohne weiteres auch den bloßen Werkvermittlern zugestanden. Insoweit kann man die Behauptung aufstellen, dass das geltende Urheberrecht in der Summe die Position der Werkvermittler gestärkt hat. Die Position der Urheber würde gestärkt, wenn die Urheber von allen elektronischen Nutzungen auch durch erhöhte Vergütungen profitierten. Ohne praktikable Lösung bleibt die Sicherstellung einer solchen angemessenen Vergütung. Die Problematik der Archivschätze wurde im Ergebnis zugunsten der Werkvermittler gelöst, auch hier ist die Durchsetzung des Beteiligungsanspruchs der Urheber erschwert. Von einem vollständig gelungenen angemessenen Ausgleich der divergierenden Interessen kann man daher nicht ausgehen. Als problematisch erwiesen hat sich der Umstand, dass die Anpassung des Urheberrechts an die digitale Welt in einer Zeit erfolgte, in der digitale Geschäftsmodelle weder absehbar noch technisch oder betriebswirtschaftlich bereits bekannt waren.

b) Dringender Anpassungsbedarf besteht bei der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung der Urheber. Das im Jahr 2002 gewählte Modell zur Verhandlung der angemessenen Vergütung durch Verbände und nur hilfsweise durch die Gerichte hat sich in der Praxis bisher nicht bewährt, weil es auf eine Verhandlungsbereitschaft zwischen Verbänden setzt, die nicht durchgängig vorhanden ist (siehe unter Lösungsansätze Frage 5). Bemerkenswert ist, dass die vom Gesetzgeber nur als Hilfslösung angedachte Konfliktlösung durch die Gerichte bisher einer der wenigen Wege ist, um den Anspruch der Urheber auf angemessene Vergütung durchzusetzen (vgl. BGHZ 182, 337 = GRUR 2009, 1148 – Talking to Addison, zur Frage der angemessenen Vergütung für die Übersetzer literarischer Texte).

Praktisch erschwert ist der Betrieb von Online-Portalen, deren Dienste rundfunkähnlichen Charakter haben. Sowohl private Betreiber als auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten müssen mit erheblicher Mühe ihre Telemedien lizenzieren lassen. Das sorgt zum Teil dafür, dass Online-Portale – mit Ausnahme der öffentlich-rechtlichen Dienste - nur als Bezahlportale betrieben werden.

Das Problem verschärft sich im Hinblick auf Archivdienste (Filme, Musik, Laufbilder), die verwaiste oder vergriffene Inhalte zugänglich machen möchten.

c) Die Interessen von Bildung und Forschung wurden im analogen Zeitalter vor allem durch die Kopierprivilegien in § 53 UrhG geschützt. Im digitalen Zeitalter wäre die wissenschaftliche Literaturversorgung schnell und direkt möglich. Die für diesen Weg eingeführten Schranken der

§§ 52a, 53a, 53b UrhG sind aber sehr eng formuliert, was überwiegend zur Folge hat, dass die Dienste für die Nutzer nur beschränkt attraktiv sind. Nur zum Teil kompensiert wird das Vakuum durch Bezahlportale. Allerdings beklagten Bibliotheken und Universitäten hohe Kosten, eine Abnahmepflicht für Bündelprodukte, enge Lizenzregelungen beim campusweiten oder campusfernen Zugang und den abrupten Zugangsverlust zu Inhalten im Falle einer Vertragsbeendigung. Die Literaturversorgung bleibt daher weit hinter den technischen Möglichkeiten zurück. Die Verleger von Wissenschaftsmedien haben erheblichen Widerstand gegen jede Erweiterung der Schrankenbestimmungen geübt. Zum Teil erscheint der Widerstand irrational, so etwa, wenn dem wissenschaftlichen Urheber die Möglichkeit zur Zugänglichmachung von Aufsätzen und kürzeren Beiträgen auf der eigenen oder auf einer universitären Homepage verweigert wird. Der Druck, der durch eine drohende Schranke in § 38 UrhG vermittelt wurde, hat allerdings bereits für Erleichterungen gesorgt.

Nahezu unbrauchbar für die wissenschaftliche Zusammenarbeit ist die Schranke für die Zugänglichmachung von Inhalten in Forschernetzen. Der Wortlaut des § 52a UrhG, der zudem zum 31.12.2012 auslaufen wird, wenn er nicht (abermals) verlängert wird, ist so eng, dass sinnvolle rechtmäßige Nutzungen kaum möglich sind. Auch die bereits im analogen Zeitalter vorhandene Schranke des § 52 UrhG ist für den modernen Hörsaalbetrieb kaum geeignet. Musik- und Filmvorführungen zu Unterrichtszwecken im Hörsaal sind praktisch nicht oder nur mit Einwilligung der Rechteinhaber möglich, obwohl nicht ersichtlich ist, dass diese Form der Nutzung einen bereits existierenden Markt beeinträchtigt. Die einwilligungsfreie Verwendung von einfachen Lichtbildern als Anschauungsmaterial in der Vorlesung ist bei strenger Auslegung des § 72 UrhG unmöglich. Auch der Betrieb von Datenbanken mit Archivbildern (z.B. Abbildungen von Ausgrabungsfunden oder archäologischen Entdeckungen) ist nicht möglich, wenn die verwendeten Lichtbilder noch geschützt sind und keine Einwilligung des Lichtbildners vorliegt.

8. a) Sind die Rechte der Bürgerinnen und Bürger als Mediennutzer (Verbraucher) im ausreichenden Maße gewahrt? b) Besteht beim Abschluss urheberrechtlicher Lizenzverträge mit Telemedienanbietern ein hinreichender Schutz? c) Wird das Instrument der strafbewehrten Unterlassungserklärung (Abmahnung) Ihres Erachtens missbräuchlich eingesetzt? Besteht hier oder in verwandten Feldern Regelungsbedarf?

a) Die Diskussion darüber, ob die Rechte der Nutzer ausreichend gewahrt werden, wird oft verzerrt geführt. Die Ansicht, dass ein Zugang zu digitalen Inhalten generell barriere- und kostenfrei möglich sein soll, verkennt den Regelungsansatz des Urhebers und konzentriert sich zu stark auf die plakative und sicher populäre Feststellung, dass Informationsfreiheit nur vollständig gewährt ist, wenn der Zugang kostenfrei ist. Das ist aus Sicht des Nutzers wünschenswert, entspricht aber weder der verfassungsrechtlichen Ausgangslage noch kann es den Interessen der Schöpfer (selbst ohne Einbeziehung der Rechteinhaber) stets entsprechen.

Eine andere Frage ist es, ob die urheberrechtlichen Öffnungen für die zwar nicht vergütungs-, aber einwilligungsfreie Nutzung für die Nutzer ausreichend abgesichert sind. Das betrifft die Frage der Durchsetzbarkeit von Schrankenbestimmungen. Hier besteht eine klare Schieflage beim Einsatz von digitalen Schutzmaßnahmen, die auch die Wahrnehmung von Schrankenbestimmungen verhindern.

Die Frage, ob die gesetzlichen Schrankenbestimmungen zwingend sind, ist umstritten. In der Praxis ermutigt das die Rechteinhaber dazu, nur einfache Nutzungsrechte zu gewähren, die auf vertraglichem Wege vielfach eingeschränkt und auch in einer Weise beendet werden können, dass keine Befugnisse beim Nutzer verbleiben. Wer den Zugang zu einer Datenbank oder nur zu einer Einzeldatei erwirbt, behält regelmäßig keine Möglichkeit zur Nutzung nach Ende des Nutzungsvertrages. Wird auf technischem Wege selbst die einfache oder die mehrfache Kopie verhindert oder eingeschränkt, besteht zwar ein theoretischer Anspruch darauf, die Schranke in vollem Umfang wahrnehmen zu können (§ 95b Abs. 2 UrhG), praktisch durchsetzbar ist der Anspruch aber nicht, denn welcher Nutzer nimmt die Last auf sich, einen großen Rechteverwerter auf Anfertigung einer Einzelkopie gerichtlich in Anspruch zu nehmen? Möglich wäre wohl (nach umstrittener Ansicht) eine Klage von Verbraucherschutzverbänden über § 4 Nr. 11 UWG oder § 2 Unterlassungsklagengesetz. Auch davon wurde aber bislang kaum Gebrauch gemacht. Nutzer haben nach dem geltenden Urheberrecht insoweit faktisch keine durchsetzbaren Ansprüche auf Zugang. Etwas abgemildert sind die Auswirkungen dieser Rechtslage durch den Umstand, dass ein zu enges technisches Schutzsystem auf Akzeptanzverluste bei Nutzern führt und daher zu einer Abstimmung mit den Füßen führt. Nur das, nicht die gesetzliche Regelung hat zu einer größeren Zurückhaltung beim Einsatz technischer Schutzsysteme geführt.

Ein rechtlicher Schutz der berechtigten Erwartungen des Nutzers darauf das zu erhalten, was ihm die Werbung für mediale Angebote möglicherweise verspricht oder jedenfalls suggeriert, bietet nur das Vertragsrecht, insbesondere das Kaufrecht. Das Urheberrecht selbst enthält bislang keine klaren Regelungen darüber, welchen Umfang eine Nutzungslizenz zwingend haben muss, um dem Nutzer bestimmte Handlungen unentziehbar zu ermöglichen (z.B. die Vornahme einer bestimmten Anzahl von Kopien, die Verwendung dieser Kopien auf unterschiedlichen Abspielgeräten und in unterschiedlichen Dateiformaten). Die Gerichte haben immerhin vereinzelt Sympathien für den Schutz solcher Nutzererwartungen gezeigt. So wird im Bereich des Softwarevertriebs im Grundsatz anerkannt, dass der Erwerber einer hardwareverkörperten Softwaredatei diese Datei auch weiterveräußern kann, selbst wenn der Lizenzgeber dem Nutzer nur ein einfaches und kein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat. Die Tendenz zur „Verdinglichung“ von Nutzungsrechten ist erkennbar (vgl. BGH GRUR 2010, 822 – Half-Life 2). Sie führt zu einem wichtigen Schutz des Nutzers in Fällen, in denen die Vertragsbeziehung beendet wurde, sofern ein Trägermedium veräußert wurde. Selbst die gewerbliche Wirtschaft als Nutzer dürfte ein erhebliches Interesse daran haben, eine Nutzungsbefugnis für eine Software nicht allein deshalb zu verlieren, weil ihr Lizenzgeber insolvent wurde und daraufhin seine eigene Lizenzbefugnis erloschen ist (vgl. die Problematik der Filmmutzungsrechte der Kirch AG).

b) In urheberrechtlicher Sicht stellt sich die vorstehende Problematik auch beim Abschluss urheberrechtlicher Lizenzverträge mit Telemedienanbietern.

c) Die Frage, ob die strafbewehrte Unterlassungserklärung (Abmahnung) missbräuchlich eingesetzt wird und ob hier Regelungsbedarf besteht, ist komplex. Der Gesetzgeber hat sich der Frage bereits angenommen durch die Fassung des § 97a Abs. 2 UrhG (Begrenzung der Abmahngebühr auf 100 Euro). In der Praxis scheint die Norm aber weitgehend leerzulaufen, zum Teil weil nicht alle Nutzer auf eine Abmahnung hin den Klageweg riskieren und stattdessen zahlen, zum Teil weil auch Abmahnende bei erfolgloser Abmahnung keineswegs flächendeckend den Klageweg einschlagen.

Offenbar haben beide Seiten Sorgen, dass die Gerichte die den § 97a Abs. 2 UrhG einschränkenden unbestimmten Rechtsbegriffe („einfache gelagerte Fälle“, „nicht nur unerhebliche Rechtsverletzung“, „außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“) zu ihren Ungunsten auslegen. Es scheint damit ein erheblicher „Bluff“-Charakter im System zu wirken.

Keine Auswirkungen hat § 97a Abs. 2 UrhG darauf, dass sich der Geschäftswert einer Abmahnung oder Klage an dem Wert des Unterlassungsanspruchs orientieren. Dieser Wert wiederum nimmt Bezug auf die fiktive Lizenzgebühr, die der Rechteinhaber hätte ersetzt verlangen können, wenn der Nutzer einer ins Netz gestellten Musik- oder Filmdatei vorher um eine Online-Lizenz nachgesucht hätte. Es liegt auf der Hand, dass diese Lizenz bei aktuellen Medieninhalten gewichtig sein kann, also auch Regelstreitwerte im fünfstelligen Euro-Bereich erzeugen kann, selbst wenn der ertappte Nutzer die Datei nur einmalig in einem P2P-Netzwerk zur Verfügung gestellt hat. Das darin liegende Drohpotential für die Abmahner wird als Missbrauch wahrgenommen, könnte aber nur bekämpft werden durch die Senkung der Regelstreitwerte in Fällen, in denen Privatleute aus nicht-gewerblichen Zwecken gehandelt haben. Dieser Schritt würde eine den § 97a Abs. 2 UrhG flankierende Regelung voraussetzen.

Etwas überraschend ist, dass sich die Rechtsanwaltskammern und die Staatsanwaltschaften wenig um das Abmahnwesen kümmern. Zumindest im letzten Fall mag dies an der bekannten personellen Unterausstattung der betroffenen Staatsanwaltschaften wie des Gerichtswesens insgesamt liegen.

9. a) Wie beurteilen Sie das geltende Urheberrecht im Hinblick auf derivatives Werkschaffen (z.B. Remixes, Mash-ups)? b) Würden Sie im Bereich nicht-kommerzieller, kreativer Werknutzung die Reduktion des Ausschließlichkeitsrechts auf einen Vergütungsanspruch für vertretbar halten? Wie stehen Sie in dieser Hinsicht zum Vorschlag einer Entkoppelung von Urheberpersönlichkeitsrechten und Verwertungsrechten im Sinne einer Trennung von Urheber- und Werkschutz?

a) Grundsätzlich wurde zur Frage der Erzeugung nutzergenerierter Inhalte (UGC) bereits im Rahmen der Antwort auf Frage 1 und Frage 4 Stellung genommen („Prosumenten-Problematik“). Erkennt man das Interesse der Nutzer in diesem Bereich an, sieht man in solchen Handlungen ferner keine Gefährdung für etablierte Kulturmärkte, so stellt sich die Frage, ob die bestehenden Schranken in § 24 UrhG von den Gerichten zu eng ausgelegt werden. Das ist nicht unplausibel, seitdem auch das BVerfG im Ergebnis klargelegt hat, dass eine Schrankenbestimmung, die bestimmte Kunstformen (wie etwa die der Collage) verhindert, mit verfassungsrechtlich gewährten Freiheiten (Art. 5 Abs. 3 GG) in Kollision geraten (BVerfG GRUR 2001, 598 - Germania 3). Für den UGC stellt sich noch eine andere Problematik. Vielfach nämlich werden in Remixes oder Mash-ups leistungsschutzrechtlich geschützte Tonfetzen oder Bildelemente verwendet. Die Bearbeitung dieser Elemente muss sich auch an § 24 UrhG messen lassen. Die Gerichte gehen bisher davon aus, dass auch die Verwendung fremder Tonfetzen oder Bildelemente in einem neuen Werk nur zulässig ist, wenn das Ergebnis Parodiecharakter („innerer Abstand“ zum Original) hat (BGH GRUR 2008, 693 Tz. 38 – TV-Total). Diese Grenze erscheint im Urheberrecht angebracht, im Leistungsschutzrecht aber verfehlt. Sie könnte auf der Ebene der Rechtsprechung korrigiert werden. Schwieriger wird es, UGC im Urheberrecht generell zu rechtfertigen. Eine Herabsenkung der Anforderungen an § 24 UrhG führt zu

einer einwilligungs- und vergütungsfreien Nutzung von Werken, hat also eine erhebliche überschießende Wirkung, die das Urheberrecht aushöhlen kann.

b) Begrenztere Wirkung hätte die bereits erörterte Einführung einer Schranke für UGC im nicht-kommerziellen Bereich, die im Ergebnis zu einer zwar einwilligungs-, nicht aber vergütungsfreien Nutzung führt. Die Einführung einer solchen Schranke setzt nach dem derzeitigen Stand des europäischen Rechts allerdings eine (politisch nicht leicht zu bewirkende) Änderung der Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft von 2001 voraus. Dazu wurde bereits unter Frage 4 Stellung genommen.

10. Wie haben sich die Einnahmen von Urheber/Innen, Verwerter/Innen und Verwertungsgesellschaften aus urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen in den letzten zwanzig Jahren entwickelt und welche Tendenz lässt sich zwischen dem Einkommen aus sogenannter Erst- und Zweitverwertung etwa durch Verlage insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Buy-Out-Verträge feststellen?

Eine vollständige Antwort auf die Frage ist in der zur Verfügung stehenden kurzen Bearbeitungszeit leider nicht möglich. Daher werden nur einige Grundaussagen zur Umsatz- und Einkommenssituation gegeben.

Eine im Auftrag des Verlegerausschusses im Börsenverein des Deutschen Buchhandels erstellte Studie durch Prof. Dr. Christian Homburg/Universität Mannheim zur Honorarsituation in Verlagen liefert Zahlen für das Jahr 2002. Sie ermittelte unter anderem den Anteil der Honorarkosten an den Umsatzerlösen und kommt im wesentlichen zu dem Ergebnis, dass Erhöhungen der Honorare bei manchen Verlagen zu erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten führen würden (vgl. auch die Angaben bei Sprang, ZUM 2010, 116, 124). Diese Aussage wird bezweifelt durch eine im Auftrag von Übersetzerverbänden erstellte Studie von Gerd Nies und Frank Rehberg aus dem Jahr 2003 (Nies/Rehberg, Zur Honorar- und Einkommenssituation der Übersetzer, 2004).

Eine Befragung im Auftrag der britischen Autorenverwertungsgesellschaft ALCS (Author's Licensing & Collecting Societies) kommt für die Jahre 2004/2005 zu dem Ergebnis, dass Berufsautoren in Großbritannien ein mittleres Einkommen in Höhe von 64%, in Deutschland ein solches in Höhe von 42% des durchschnittlichen Gesamteinkommens aller Einkommensbezieher erzielen (Martin Kretschmer/Philip Hardwick, Author's earnings from copyright and non-copyright sources: A survey of 25,000 British and German writers, 2007).

Angaben des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels aus dem Jahr 2010 zeigen, dass der Buchmarkt 2009 gegenüber dem Vorjahr leicht höhere Umsätze erwirtschaftet hat (3,8% Zuwachs), der Umsatz mit Sachbücher ist allerdings rückläufig (minus 2,5%). Online-Dienste wachsen erheblich stärker (plus 20,8%), nehmen aber immer noch einen untergeordneten Anteil gegenüber den Printprodukten ein (abrufbar über www.boersenverein.de).

Vertriebsformen und Vergütungsmodelle

1. a) Ist die Pauschalvergütung, eingeführt als Kompensation für Privatkopien mittels analogen Aufnahmemedien, heute noch zeitgemäß? b) Gibt es Alternativen zu dieser Pauschalabgabe? – z.B. eine Kulturflatrate – und wenn ja, in welchem Umfang ist der Urheber zu entschädigen? c) Hat sich das Schrankensystem im Urheberrecht und die Regulierung der kollektiven Rechtewahrnehmung – letzteres insbesondere im europäischen Kontext bewährt?

a) Die Pauschalvergütung wäre nicht mehr zeitgemäß, wenn sich das digitale Rechtemanagement auf allen Ebenen der digitalen Verwertung durchgesetzt hätte und auch bei allen analogen Verwertungen eine Kontrolle und Erfassung der Einzelwerknutzung möglich wäre. Das ist nicht der Fall. Ganz im Gegenteil zeigt sich, dass die massenhafte Werknutzung auch in der digitalen Welt eine akribische Einzelerfassung von Nutzerdaten (nicht zwangsläufig unter Ausparung personenbezogener Daten) erfordert. Aus Sicht der Rechteinhaber und Urheber ist die Pauschalvergütung eine zweitbeste Lösung, weil nur sehr rudimentär erhoben wird, welcher kulturelle Wert dem Werk und welcher wirtschaftliche Wert der Einzelnutzung zukommt. Andererseits ermöglicht die Pauschalvergütung eine kostengünstige Erfassung, Einsammlung und Verteilung der Erträge. In vielen Bereichen der Werkproduktion, etwa bei der wissenschaftlichen Buchproduktion auf der Ebene von Dissertationen, ist diese Vergütung oftmals die einzige, die der Urheber überhaupt erhält. Die Pauschalvergütung ist daher durchaus noch zeitgemäß.

b) Die Alternative zur Pauschalabgabe ist am entgegengesetzten Ende der Skala von Nutzungswegen die Einzelvergütung. Sie erwirtschaftet wesentlich höhere Erträge, verteuert allerdings auch den Werkgenuss. Aus Sicht der Kulturverbraucher ist sie nicht der goldene Weg.

Eine Form der Pauschalvergütung ist die Kulturabgabe. Versteht man sie als Abgabe für die analoge und digitale Nutzung jeglichen kulturellen Inhalts, sei er noch geschützt oder aber bereits ungeschützt (man spricht insoweit von der Urhernachfolgevergütung oder der sog. „domaine public payant“, vgl. dazu Ulmer, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 1980, § 79 III), so kann man ihr durchaus die Fähigkeit zuerkennen, erhebliche Vergütungen zu erwirtschaften. Sie würde allerdings auch verhindern, dass Kulturinhalte gemeinfrei würden.

Wer heute von einer Kulturabgabe spricht, meint eine Medienabgabe für jede elektronische Nutzung von geschützten digitalen Inhalten, die Zugriffshandlungen, die zu nicht-kommerziellen Zwecken erfolgen, einwilligungsfrei aber vergütungspflichtig macht. Aus Sicht der Kulturverbraucher wäre dies ein erwünschter Weg, um den Werkzugang auf einfach, schnelle und transaktionskostengünstige Weise zu eröffnen, gewissermaßen der Königsweg zur Förderung des Zugangs zu Wissen und Kultur. Aus Sicht der Urheber könnte eine Kulturflatrate erhebliche Vergütungen erwirtschaften und verteilen, wenn die Vergütungssätze angemessen festgesetzt und ohne aufwändige Verhandlungen und Rechtsstreitigkeiten durchgesetzt werden könnten. Aus Sicht der Werkvermittler ist die Idee zunächst unattraktiv, weil einwilligungsfreie Inhalte tendenziell geringere Einzelvergütungen erzielen. Attraktiv sein könnte die Flatrate nur, wenn das Verhältnis zwischen Vergütung und Werknutzung so günstig ist, dass die Nutzung geschützter Inhalte exponentiell zunehmen würde, das dabei erwirtschaftete Aufkommen unter einer begrenzten Zahl von Begünstigten aufgeteilt würde und die auf den Vermittler entfallende Umsatzhöhe den im Einzelabsatz erzielbaren Umsatz erreichen oder

sogar übersteigen würde. Das Misstrauen der Werkvermittler gegen den Erfolg dieses Unternehmens dürfte aber erheblich sein.

c) Das Schrankensystem, welches durch die Richtlinie über das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft 2001 eingeführt wurde, wird aus Sicht der Kulturnutzer als zu eng und zu schwerfällig empfunden. Das gilt vor allem im Hinblick auf den abschließenden Katalog von Schrankenbestimmungen der Richtlinie, der zum Teil noch vor dem Hintergrund analoger Werknutzungen formuliert wurde. Insbesondere Wissenschaft und Bildung sind aus nachvollziehbaren Gründen unzufrieden mit dem derzeitigen Zustand, weil technisch sehr viel mehr möglich wäre als urheberrechtlich zulässig ist. Aber auch manche Werkvermittler, wie etwa Rundfunkanstalten, können von ihrem gesetzlichen Auftrag keinen Gebrauch machen, weil undzureichende Lizenzmodelle und zu enge Schrankenbestimmungen die Ausführung ihres Auftrags behindern.

Die kollektive Rechteverwertung unterliegt im europäischen Kontext erheblichen Reibungsverlusten. Hintergrund ist allerdings nicht das Schrankenregime des Urheberrechts, sondern die territoriale Natur der nationalen Urheberrechte. Eine europaweite Rechtswahrnehmung ist derzeit nur möglich, wenn über ein verzweigtes System von gegenseitigen Ermächtigungen und Lizenzen jede nationale Verwertungsgesellschaft in die Lage versetzt, ein europa- (oder gar welt-)weites Repertoire für mehrere Territorien anzubieten. Dieses System wird von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften als wettbewerbsfeindlich angesehen. Der Europäische Gerichtshof hat das System gleichfalls angegriffen. Beide Entwicklungen haben ein Vakuum erzeugt. Dieses Vakuum wird zum Teil dadurch gefüllt, dass große Rechteverwerter, insbesondere die US-Majors, Lizenzen direkt und ohne Verwertungsgesellschaften erteilen, andererseits die Verwertungsgesellschaften versuchen, ein System von Agenten zu errichten, mittels dessen überterritorial tätige Rechtsgesellschaften die Lizenzierung vornehmen. Beides ist unbefriedigend, zum einen weil es dazu führt, dass die Lizenz aus einer Hand und für vielfältige Territorien in weite Ferne gerückt ist, zum anderen weil die neu entstehenden Systeme nur kartellrechtlich kontrolliert werden, während die Verwertungsgesellschaften nach bisherigem Regime sowohl eine nationale Genehmigung benötigen als auch bestimmte treuhänderisch verstandene und gesetzlich fixierte Pflichten sowohl gegenüber dem Rechteinhaber als auch gegenüber dem Rechtenutzer übernehmen müssen.

Man muss insgesamt die Einschätzung geben, dass sich weder das Schrankensystem noch die kollektive Rechtswahrnehmung in der bisherigen Form bewährt haben. Ersteres ist auf eine unbefriedigende gesetzliche Regelung zurückzuführen, letzteres auf einen übereilten und wohl auch überzogenen Eingriff der Wettbewerbspolitik in ein etabliertes System, also ein partielles Regulierungsversagen.

2. a) Was kann getan werden, um ein möglichst innovatives Umfeld für neue Geschäfts- und Lizenzmodelle nach den Prinzipien des geltenden Urheberrechts im Internet zu schaffen und dabei vor allem die Urheber noch besser zu fördern? b) Worin liegen die konkreten Hemmnisse und gibt es Vorbilder in anderen Ländern?

a) Die Schlüsselaufgabe in der digitalen Welt betrifft das Problem der Rechtswahrnehmung. Der Kuchen des zu verteilenden Vergütungsaufkommens wurde in den letzten Jahrzehnten mit zahlreichen Schutzgegenständen und Schutzbefugnissen angefüllt. Der Zugang zu dem Kuchen ist dagegen vielfach begrenzt und bewacht. Es droht eine Unternutzung, wenn der Zugang nicht eröffnet wird. Das europäische und das internationale Recht lassen nur wenige Lücken, die es ermöglichen, den Binnensee des Ungeschützten wieder mit Nutzungen anzureichern. Zugangswege sind regulativ noch auf der Ebene des Urhebervertragsrechts und auf der des Urheberwahrnehmungsrechts möglich. Beide Gebiete enthalten noch keine oder nur wenige strikte Vorgaben des Europa- oder Völkerrechts. Die EG-Kommission hat das Problem erkannt und setzt auf Mechanismen der kollektiven Rechtswahrnehmung. Der nationale Gesetzgeber sollte ebenfalls hier ansetzen. Die Rechteinhaber sollten Anreize erhalten, auch Primärverwertungsrechte auf öffentliche Zugänglichmachung für Plattformnutzungen wahrnehmen zu lassen. Verwertungsgesellschaften könnten diese Aufgabe übernehmen und als Agenten zwischen Nutzern und Rechteinhabern vermitteln. Der digitale Inhalt ist vor allem für diejenigen interessant, die Inhalte benötigen, um Aufmerksamkeit zu bündeln, sei es, weil sie diese Aufmerksamkeit für werbemäßige Nutzungen benötigen, sei es, weil sie einen Kulturauftrag wahrzunehmen haben, dessen Erfüllung zwar durch nicht marktmäßige Entgeltmodelle (z.B. die Rundfunkgebühr) bestritten wird, die aber durchaus bereit und in der Lage sind, aus sonstigen Mitteln für diese Aufgabenerfüllung auch zu zahlen. Derzeit zeigt sich, dass die Mechanismen der Zugangseröffnung (Plattformen, Suchmaschinen, Linksammlungen) virulent sind, um Inhalte überhaupt zu finden. Wer weitere innovative Geschäftsmodelle entwickelt (und das sind derzeit nicht unbedingt die klassischen Werkvermittler), der benötigt einen einfachen (nicht einen kostenfreien) Zugang zu den Inhalten und er möchte diesen Zugang aus einer Hand eröffnet bekommen haben. One-stop-shop-Mechanismen und –anbieter sind dafür notwendig.

b) Derzeitige Hemmnisse bei der Erleichterung des Rechteerwerbs aus einer Hand liegen in der territorialen Ausgestaltung des Urheberrechts, wenn es um grenzüberschreitende Dienste geht. Sie liegen auf nationaler und auf europäischer Ebene zudem darin, dass Online-Rechte (Recht auf Zugänglichmachung) zum Teil als Ausschließlichkeitsrechte sowohl für die Urheber als auch für Werkvermittler ausgestaltet wurden. Vor allem die Werkvermittler haben zwar ein nachvollziehbares Interesse an der Einzellizenzierung dieser Rechte. Auch sie vermögen es aber vielfach nicht mehr, sämtliche Rechte an einem einzelnen Content für jede Plattform zu lizenzieren. Die Ausgestaltung des Online-Rechts als vollständiges Ausschließlichkeitsrecht blockiert daher das Lizenzregime. Die Blockade lässt sich lösen, wenn die Verwertungsgesellschaften – gegebenenfalls mit Hilfe des Gesetzgebers – bei den Verwertern so viel Vertrauen erwerben können, dass man ihnen die Rechteverwertung auch im Bereich der Primärrechte anvertraut. Dort wo eine Rechtswahrnehmung nicht möglich ist, etwa weil die Rechteinhaber unbekannt sind, sollten Verwertungsgesellschaften zur Wahrnehmung auf gesetzlichem Wege ermächtigt werden. Dort wo eine Rechtswahrnehmung an der Blockade einzelner Rechteinhaber scheitert mit der Folge, dass Content verschlossen bleibt, kann der Gesetzgeber mit dem Instrument der Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit arbeiten, wie er das

auch im Rahmen des § 20b Abs. 1 S. 1 UrhG getan hat. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Wiedergabe von Inhalten im Internet vielfach klassische Sendevorgänge ersetzt oder jedenfalls ergänzt.

3. Auf welche neuen Nutzungsarten müssen wir uns – vor dem Hintergrund der Digitalisierung – einstellen und wie lassen sich diese neuen Nutzungsarten Verwertungsrechten zuordnen?

Auf dem Gerätemarkt findet eine erhebliche Konvergenz der Endgeräte statt, die sich am deutlichsten in Form der vielfachen Verwendung von smartphones als Individualkommunikations-, Speicher-, Bild-, Abspiel- und Internetzugangsgeschichten zeigt. Tablet-Geräte scheinen darüber hinausgehend Eigenschaften des PC zu ersetzen. Während in Haushalten die vernetzte Kommunikation über hybride TV- und Internetgeräte einen deutlichen Trend zu formieren beginnt, ist außerhalb der Haushalte der mobile Einsatz von Mediengeräten im Vormarsch. Nutzer werden den Anspruch stellen, Inhalte gleichermaßen auf mehreren Endgeräten, sowohl stationär als auch unterwegs nutzen zu können. Im Bereich der mobilen Geräte werden Entwicklungen des Cloud Computing dazu führen, dass Inhalte dezentral gespeichert werden, so dass sie jederzeit, zu Hause oder unterwegs, zur Nutzung abgerufen werden können.

Urheberrechtlich wird ein Teil dieser Nutzung noch trägergebunden erfolgen. Trägermedien wie CDs, DVDs, aber künftig vor allem die hochwertige Bildauflösungen zulassenden Blue Ray-Medien werden aufgrund ihres Komforts weiterhin die Grundlage von Handelsgeschäften mit verkörperten Medieninhalten bilden. Das klassische Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht wird in diesem Bereich relevant bleiben.

Die Schnittstelle zur elektronischen Zugänglichmachung und Wiedergabe bildet aber bereits der Internetvertrieb von elektronischen Dateien, sei es im Bereich von mp3- oder mpeg4-Dateien (Musik und Filme), sei es im Bereich von elektronischen Büchern. In beiden Segmenten wird der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen dafür sorgen, dass die beliebige Weitergabe der Nutzung begrenzt wird. Urheberrechtlich geht es hier darum zu entscheiden, ob der elektronische Handel das Vertriebsrecht betrifft (mit der Konsequenz, dass ein Vertrieb das Ausschließlichkeitsrecht am vertriebenen Inhalt erschöpft) oder aber das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung. Letzteres ist wahrscheinlicher, obgleich die Gerichte die Frage noch nicht erschöpfend geklärt haben. Beim Bundesgerichtshof anhängig ist etwa noch eine Entscheidung zur Einordnung des Handels mit gebrauchten Softwareprogrammen.

Von praktischer Relevanz wird weiterhin die lineare öffentliche Wiedergabe von Rundfunkinhalten bleiben (Senderechte). Der Trend zur jederzeitigen und mobilen Abrufbarkeit von Inhalten aller Art (Musik, Texte, Filme), etwa über smartphones mit Hilfe von einfachen Bedienhilfen (Applikationen = Apps), wird allerdings die Nutzung von Streaming-Angeboten erweitern und die Art der Nutzung verändern. Plausibel ist, dass der Werkgenuss eine starke Individualisierung erlebt, und zwar auch ohne nur zum Einzelabruf des konkret Gewünschten zu führen. Die Beliebtheit und steigende Nutzung von Hörangeboten, wie sie webradios mit „Lieben“ und „Bannen“-Funktionen bereitstellen, zeigt, dass Mediendienste, die individuelle Hörergewohnheiten lernen, an Bedeutung gewinnen werden. In diesem Umfeld stellt sich bereits heute die Frage, ob eine solche Nutzung noch Sendung,

nur Zugänglichmachung oder aber etwas Sendeähnliches darstellt. Die Frage ist rechtlich noch nicht vollständig entschieden. Es zeichnet sich aber ab, dass als öffentliche Zugänglichmachung im klassischen Sinne nur der Einzelabruf von Dateien anzusehen ist, wenn er den Vertrieb körperlicher Träger ersetzt (Handel mit Dateien), während die jederzeitige Möglichkeit, streams abzurufen, eine sendeähnliche Tätigkeit darstellt. Ob diese Tätigkeit unter ein eigenes und noch unbenanntes Recht fällt, ob sie dem Recht auf Zugänglichmachung oder dem Senderecht zugeschlagen wird, ist derzeit noch offen und durchaus umstritten. Das Rechtemanagement verkomplizieren würde es, die Tätigkeit dem Recht auf Zugänglichmachung zuzuschlagen, weil dann auch im Bereich solcher Angebote eine Lizenzierung von mehreren Rechteinhabern (Urheber und Leistungsschutzberechtigte) erfolgen müsste. Ein erleichtertes Rechtemanagement wäre denkbar, wenn man solche Nutzungen als sendeähnlich behandelt. Dann könnte das kollektive Rechtemanagement für Senderechte nutzbar gemacht werden. Der Zugang wäre wesentlich einfacher. Auch one-stop-Angebote wären im Bereich des Möglichen.

4. Empfiehlt es sich, angesichts des mit dem Internet verbundenen Wandels die Regelungskonzeption des Urheberrechts grundlegend zu verändern (etwa modulares „Taylormade-Urheberrecht“, Flexibilität durch Generalklauseln)?

In technischer Hinsicht vermögen die Zugriffsmechanismen des Internet oft nicht zu entscheiden, welchen kulturellen Wert ein Inhalt hat, ob ein Bild Kunstwerk oder bloßes Lichtbild, ob ein Text literarisch anspruchsvoll oder bloße Gebrauchsliteratur darstellt. Dieser Umstand mag gegen jede Differenzierung (also gegen ein „taylor-made“ Urheberrecht) sprechen. Im klassischen Urheberrecht gibt es allerdings durchaus Differenzierungen. So sind die Anforderungen an die Gestaltungshöhe bei verschiedenen Werkkategorien unterschiedlich hoch: Werke der angewandten Kunst (Design) werden nur ausnahmsweise durch das Urheberrecht geschützt. Bei den Werken der (zweckfreien) bildenden Kunst genügt eine minimale Gestaltung, um in den Genuss eines Urheberrechts zu gelangen. Bei Texten sind literarische Werke nur geschützt, wenn sie das Können eines durchschnittlichen Gestalters übersteigen. Gebrauchstexte werden nur ausnahmsweise vom Urheberrecht erfasst, wenn sie nämlich nach Sammlung und Anordnung der Gedanken hinreichend individuell sind (BGH GRUR 1986, 739, 740 – Anwaltsschriftsatz). Zwar wird seit langem gefordert, kulturelle Schöpfungen ohne jede Differenzierung nach einheitlichen Maßstäben zu schützen und ihnen bereits dann ein Urheberrecht zuzuerkennen, wenn sie Ergebnis eigener Leistung sind, doch sollte diesen Tendenzen nicht nachgegeben werden, weil der Zugang zu Inhalten im digitalen Umfeld sehr viel kritischer als im analogen Umfeld ist. Der Schutz des Banalen und Alltäglichen sollte gerade bei Gebrauchstexten, bei einfachen Gestaltungen die Ausnahme bleiben. Das spricht für die Beibehaltung von Unterscheidungskriterien für bestimmte Werkarten.

Der Einsatz von Generalklauseln wurde zuletzt im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Schrankenbestimmungen diskutiert. Insbesondere eine generelle „fair-use“-Schranke für den einfachen einwilligungsfreien Zugriff auf Inhalte im Internet wurde vielfach gefordert. Der Einsatz solcher Schranken im US-amerikanischen Urheberrecht zeigt allerdings keinesfalls, dass solche Bestimmungen den Zugang erleichtern. Ganz im Gegenteil ist die Handhabung in gerichtlichen Verfahren so rechtsunsicher, dass auch innovative Zugänglichkeitssdienste, wie die Google-Buchsuche, kaum

zuverlässig als unter die Schranke des fair use fallend eingeordnet werden konnten. Fair use bleibt ein stumpfes Schwert, wenn niemand weiß, welchen Umfang ein solches Zugriffsrecht im Einzelfall vermittelt.

5. a) Welche Vor- und Nachteile sehen Sie in kollektiven Vergütungsmodellen wie der Kulturflatrate für Urheber und Nutzer? b) Was wären aus Ihrer Sicht die wichtigsten Anforderungen, die solche Modelle erfüllen sollten, und welche Gefahren würde es vor allem zu vermeiden gelten? c) Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund das Vergütungsverfahren der VG WORT für „Texte in Online-Medien“, insbesondere im Hinblick auf seine technischen Voraussetzungen, den Verteilungsschlüssel und die Transparenz? d) Inwiefern stehen Modelle kollektiver Vergütung in Konkurrenz zu Creative-Commons-Lizenzen?

a) Die sog. Kulturflatrate in der derzeit diskutierten Form würde ein einfaches und gleichmäßig wirkendes Vergütungsmodell für downloads (Vervielfältigungen) von im Internet frei zur Verfügung gestellten Angeboten aller Art, vor allem aber Musik- und Filmangeboten, die über Plattformen wie youtube bereitgestellt werden, ermöglichen. In der Sache geht es darum, jedenfalls die nicht unmittelbare kommerzielle Nutzung von digitalen Inhalten im Internet durch Kopier- und Wiedergabevorgänge (download zu eigenen Zwecken, upload zu nichtkommerziellen Zwecken) gesetzlich zu gestatten und den Rechtsinhabern im Ausgleich für den Verlust ihres Verbotsrechts einen Zahlungsanspruch zu gewähren. Zahlungspflichtig wäre nicht notwendig die Geräte- (PC-) Industrie, sondern der Nutzer, der einen Aufschlag zu seiner Internetzugangsg Gebühr (im Gespräch sind mindestens 10 bis 15 Euro pro Monat) – zu zahlen hätte, die zur Ausschüttung an die Rechteinhaber gelangt. Der Ansatz wendet sich gegen ein grundlegendes Problem in der digitalen Welt: Nicht nur der Nutzer, auch der lizenzwillige Portalbetreiber hat den Eindruck, dass jede elektronische Einheit geschützt, der Zugang zum legalen Inhalt aber schon auf der Lizenzenebene immer schwieriger wird. Es wird immer komplexer, herauszufinden, ob tatsächlich alle für den Betrieb eines Online-Portals vorhandenen Rechte beim Betreiber vorliegen. Ebenso schwierig scheint es herauszufinden, wo und wie diese Rechte geklärt werden können. Das bevorteilt Portale, die nur technische Instrumente zum upload ohne jede redaktionelle Kontrolle zur Verfügung stellen, während diejenigen, die Angebote gestalten, rubrifizieren oder sogar aufbereiten, volle Haftungsrisiken zu tragen haben.

Ein oft betonter Vorteil der Kulturflatrate läge darin, eine Vergütung auch für rechtswidrig eingestellte Angebote zu ermöglichen. Solche Angebote fallen zwar nicht unter die Privatkopierschranke, sie sind aber in der Praxis schwer oder nur mit der Gefahr der Kriminalisierung oder Massenabmahnung von Nutzern zu erreichen. Eine generelle Schrankenbestimmung, die es erlaubte, sämtliche Angebote vergütungspflichtig zu machen, würde solche unerwünschten Nebenwirkungen vermeiden. Nicht ohne Plausibilität erwartet man, dass die Nutzung von Inhalten dadurch auch gefördert wird. Massenabrufe, für die Vergütungen anfallen, könnten so ein beachtliches Vergütungsaufkommen erzeugen. Der naheliegende Einwand, dass durch solche Vergütungssysteme auch offensichtlich rechtswidrige Angebote nachträglich in gewisser Weise legalisiert würden, könnte durch zu erwartende Vergütungsaufkommen abgemildert, vielleicht sogar

kompensiert werden. Die Kulturflatrate erscheint als eine durchaus ernstzunehmende Reaktion auf die gegenwärtigen Lizenzierungsprobleme (fehlende „one-stop-shopping-Modelle“).

Nachteile werden – durchaus nachvollziehbar - von Rechteinhaber gesehen, die eine Konkurrenz zu Bezahlportalen zur Nutzung von Musik oder Filmen, zudem eine weitere Beeinträchtigung ihrer Umsätze befürchten. Die Umsetzbarkeit ist zudem nicht ohne Risiken, da das europäische Recht eine entsprechend weitgehende Schrankenbestimmung nicht vorsieht.

b) Die Einführung einer Kulturflatrate würde die Balance zwischen Eigentumsschutz und Zugangsfreiheiten verändern. Sie dürfte nicht dazu führen, das Urheberrecht als Steuerungsinstrument zum Schutz von Innovationen, die allein der Wettbewerb nicht hervorbringt, zu beseitigen. Sie müsste daher begrenzt werden auf Nutzungsformen, die hochwertige Bezahlangebote nicht obsolet machen. Das erfordert möglicherweise Anforderungen an die Qualität solcher Angebote, etwa was die Qualität der Datenauflösung, bei Bildmaterial die Größe der bereitgestellten Angebote oder auch die download-Geschwindigkeit angeht. Eine weitere Begrenzung ergibt sich daraus, dass die gesetzliche Erlaubnis auf nicht kommerzielle Angebote begrenzt sein soll.

Zwei Hauptschwierigkeiten werden sich stellen:

Zum einen muss ein zuverlässiges und datenschutzverträgliches Modell der Erfassung von Nutzungsvorgängen gefunden werden. Aus Sicht der Rechteinhaber vorzugswürdig ist eine (nicht ohne Aufwand zu bewirkende) Einzelerfassung von Nutzungen, die bei der Verteilung der erwirtschafteten Erlöse zu berücksichtigen ist. Alternativ kann eine Ausschüttung an alle Berechtigten nach den bekannten Verteilungsschlüsseln der Vewertungsgesellschaften erfolgen. Um die Reputation der Flatrate nicht zu gefährden, muss eine Ausschüttung auch an Urheber, nicht nur an Rechteinhaber, erfolgen.

Zum anderen muss beim Nutzer eine pauschale Erhebung erfolgen, die eine Einzelkontrolle seines Nutzerverhaltens ausschließt. Die Gebühr selbst muss sich in das Medienbudget des Nutzers einfügen. Es könnte sinnvoll sein, die Gebühr daher auf bestimmte Arten von Inhalten (z.B. Musik) zu beschränken und sie nur auszuweiten, wenn sich das Modell bewährt hat.

Die Kulturflatrate ist ein interessantes, aber risikoreiches Modell. Sie würde viele Probleme des einfachen Zugangs lösen, sie wird aber erbitterte Auseinandersetzungen mit den Werkvermittlern hervorrufen.

c) Das Vergütungsverfahren der VG WORT setzt im Ansatz auf eine Einzelerfassung von Nutzungsvorgängen. Das ist urheberfreundlich und geeignet, für eine gerechtere Verteilung zu sorgen, als dies bei einer generellen Flatrate der Fall wäre. Andererseits muss derjenige, der Inhalte im Netz publiziert, diese technischen Voraussetzungen bei seinen Texten installieren und bevor er dies tun kann, muss er die Anforderungen kennen. Tendenziell bevorzugt das System erfahrene und kommerzielle Anbieter. Hinzu kommt, dass das System geringfügige Nutzungen (wenige clicks) nicht vergütet. Manche Urheber erhalten daraus den Eindruck, dass die elektronische Nutzung ihrer Texte im Ergebnis nicht vergütet wird.

d) Ob Modelle kollektiver Vergütung zu Creative Commons-Lizenzmodellen in Konkurrenz stehen, hängt maßgeblich davon ab, ob CC-Modelle überhaupt vergütungspflichtig sind. Geht man davon aus, dass die typische CC-Lizenz vorsieht, Inhalte vergütungsfrei zum download, zur Wiedergabe und sogar zur Bearbeitung (vorbehaltlich der Beachtung von Urheberpersönlichkeitsrechten) zur Verfügung zu stellen, so müsste man konsequenterweise argumentieren, dass in die Nutzung des Inhalts stets eingewilligt wird, und zwar auch ohne den Vorbehalt, dass die Wahrnehmung von Schrankenbefugnissen gleichwohl Vergütungspflichten nach sich zieht. CC-Lizenzen würden dann an der kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften gar nicht teilnehmen. Insoweit bestünde jedenfalls keine Konkurrenz auf der Ebene der gesetzlichen Vergütungen. Bei der Einführung einer Kulturfltrate müsste geklärt werden, ob auch die Betreiber von CC-lizenzierten Portalen an den Vergütungen zu beteiligen sind.

Mit dieser Maßgabe wäre der Betrieb von CC-lizenzierten Portalen allein von den Betreibern solcher Portale (häufig öffentlich finanzierte Quellen) oder den Autoren selbst zu finanzieren. Für die Autoren wären solche Portale attraktiv in Situationen, in denen es ihnen nicht gelingt, ihre Inhalte gegen Entgelt abzusetzen, also bei am Markt nicht oder nur gering nachgefragten Inhalten. Diese Angebote würden nicht in wirtschaftliche Konkurrenz zu sonstigen Angeboten treten.

6. a) Wie wirkt sich die Digitalisierung auf die Abrechnungsformen der Verwerter/Innen und die Ausschüttungen an die Urheber/Innen aus? b) Wie lässt sich die Theorie der öffentlichen Güter mit den Interessen der berechtigten Urheber/Innen in Einklang bringen? c) Wie kann rechtlich und tatsächlich gewährleistet werden, dass alle mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Werke der Allgemeinheit frei zugänglich gemacht werden?

a) Eine einfache Antwort auf die Frage lautet, dass die Digitalisierung potentiell die Chance zur Kontrolle und Abrechnung jedes einzelnen Nutzungsvorgangs ermöglicht. Der Preis hierfür ist allerdings die Notwendigkeit zum flächendeckenden Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen, die ihrerseits den Zugang zu Angeboten erschweren oder jedenfalls verlangsamen, Interoperabilität von Angeboten verhindern und Nutzungsvorgänge mitunter in datenschutzrechtlich bedenklicher Weise kontrollierbar machen.

Der Verzicht auf Einzelkontrollen und Einzelabrechnungen bewahrt die Möglichkeit vernetzter Angebote und schnellen Zugriffs auf solche Angebote. Er kann konsequenterweise zu einer massiven Mehrnutzung, zur Auffindung von Nischenangeboten, zur langzeitigen Bereitstellung von Inhalten mit der Möglichkeit einer Indexierung durch Suchmaschinen und ihrer daraufhin möglichen adressatengenauen Bereitstellung führen. Die Zunahme der Nutzung ermöglicht grundsätzlich Preissenkungen, die Nutzung von einfachen Abrechnungsmodellen mit micropayments erlaubt die Erzielung von Skalenerträgen. Die Nutzung solcher Vorteile erfordert aber ein intelligentes Lizenzmanagement, das einfache Lizenzmodelle erzeugt, die offen für verschiedenste Geschäftsmodelle sind. Diese Geschäftsmodelle werden Plattform-, nicht Einzelvertriebsmodelle sein. Sie werden ihren Wert dadurch erhalten, dass sie dem Nutzer nach einfachen Bedien- und Suchkriterien schnell und passgenau das Gewünschte liefern oder aber Angebote machen, die der Nutzer selbst durch Eingaben jeweils anpassen kann. Die Abrechnung solcher Angebote wird nicht nach Einzelabruf, sondern pauschal erfolgen müssen. Es besteht dabei aber die begründete

Hoffnung, dass die erheblichen Mehrerträge durch Massennutzung die Erträge aus der Nutzung erhöhen und Rechteinhaber wie Kreative davon profitieren.

b) Die Theorie der öffentlichen Güter geht vereinfacht davon aus, dass unkörperliche Güter ohne Substanz- und Qualitätsverlust rivalisierend genutzt und faktisch frei angeeignet werden können, weil die Kosten zur Bewachung und Abschottung des Gutes prohibitiv sind. Das Recht des Geistigen Eigentums ist eine Reaktion auf diesen Befund. Es hat erkannt, dass zwar der Vertrieb der Güter noch ressourcenbeanspruchend ist, die Hervorbringung der Güter allerdings nur noch den Innovator belastet. Seine Innovationskosten sind nicht amortisierbar, wenn der Inhalt frei genutzt werden kann. Um die Anreize bei der Produktion von immateriellen Gütern zu erhalten, ist das gesetzliche Ausschließlichkeitsrecht als Reaktion angebracht. Der Innovator erhält durch die von diesem Recht gewährte Ausschließlichkeitsfrist die Möglichkeit alleiniger (kommerzieller) Nutzung und somit die Chance darauf, seine Forschungs- und Entwicklungskosten durch höhere Preise zu amortisieren. Dieser Zusammenhang ist heute unstrittig. Gestritten wird darüber, wie lange Amortisationsfristen sein müssen und ob es Unterschiede je nach dem voraussichtlichem Markterfolg des Angebots (z.B. Software oder ernsthafte Musik) geben muss.

Bei der Bereitstellung von Angeboten im Internet tritt ein Effekt auf, der in der analogen Welt keine übermäßig große Rolle von dem Moment an spielt, in dem ein Ausschließlichkeitsrecht das Problem der Nichtausschließbarkeit löst: Auch bei vorhandenem rechtlichen Schutz ist die Überwachung und Abrechnung der legalen Werknutzung und die Verhinderung der illegalen Werknutzung durch den Nutzer aufwändig und kostenintensiv. Zur möglichen Reaktion gehört es, die Werknutzung bereits beim Intermediär zu sanktionieren (Haftungsfolgen und Prüfpflichten), die unrechtmäßigen Nutzer durch Sonderstrafen zu belasten und dadurch potentielle Nachahmer abzustrafen (Abmahnung, Internetsperre) oder die legale wie illegale Nutzung über einfache Abrechnungsmodelle zu erfassen (Kulturflaute, intelligentes Lizenzmanagement mit Abrechnung von Nutzungsvorgängen über legale Plattformen, die aus ihren Erträgen Vergütungen an Verwertungsgesellschaften zahlen). Die erstgenannten beiden Wege führen zu den bekannten Folgeproblemen (Einschränkung der Freiheit des Netzes, Schwächung der Netzdienstleister, Kriminalisierung der Nutzer oder Eingriff in Grundfreiheiten der Nutzer), der dritte Weg vermeidet diese Folgen, droht aber, zumindest für einige Zeit geringere Vergütungen zu erwirtschaften als dies bei einer vollen Durchsetzung des Ausschließlichkeitsrechts möglich wäre.

c) Versteht man unter einem freien Zugang auch einen kostenfreien Zugang, so kommt als Lösung für die Bereitstellung freien Zugangs zu öffentlich geförderten Forschungsergebnissen nur in Betracht, entweder eine Schrankenbestimmung zugunsten des freien Zugangs im Urheberrecht zu verankern oder dem Urheber ein zwingendes Recht, aber auch die dienstvertragliche Pflicht zur entgeltfreien Zugänglichmachung seiner Forschungsergebnisse zu verschaffen bzw. aufzuerlegen. Eine Schrankenbestimmung setzt eine Rechtsänderung auf der Ebene des europäischen Rechts voraus. Eine Recht auf bzw. eine Pflicht zur Sichtbarmachung (Steinhauer, Das Recht auf Sichtbarkeit, 2010) lässt sich über bereits vorliegende Vorschläge zur Änderung des § 38 UrhG (vgl. Stellungnahme zum Zweiten Korb) erreichen, sie erzeugt verfassungs- und urheberpersönlichkeitsrechtliche Probleme, wenn der Urheber zur kostenfreien Bereitstellung gezwungen wird. Das lässt sich vermeiden, wenn man dem Wissenschaftler nur ein unentziehbares Recht zur Sichtbarmachung verschafft, ohne ihn zur Sichtbarmachung zu zwingen. Im letztgenannten Fall wäre allerdings nicht vollständig gesichert,

dass jeder wissenschaftliche Inhalt auch entgeltfrei zugänglich wird. Das vermeidet verfassungsrechtliche Probleme mit der Bestimmungsbefugnis des Urhebers im Hinblick auf das Ob und Wie seiner Veröffentlichung.

7. a) Ist das heutige Schutzregime des Urheberrechts zielführend für eine Verfügbarmachung vor dem Hintergrund der enormen Bestände an verwaisten und vergriffenen Werken und zielführend für eine angemessene Vergütung von UrheberInnen und b) welche Konsequenz hat der Anspruch einer angemessenen Vergütung heute für die Persönlichkeitsrechte des/der UrheberIn, für das Recht zur Veröffentlichung und die benötigte Zustimmung von UrheberInnen zur Bearbeitung?

a) Das derzeitige Schutzregime des Urheberrechts behindert die Verfügbarmachung verwaister, aber auch die vergriffener Werke. Die Auseinandersetzungen um die Google-Buchsuche zeigen, dass das Urheberrecht in seiner derzeitigen Form einerseits sowohl die Retrodigitalisierung von analogen Beständen als auch die Anzeige digitalisierter Bestände ohne Einwilligung der Rechteinhaber und Urheber ausschließt, andererseits eine Lizenzierung der Bestände aus einer Hand selbst über die ehemaligen Rechteinhaber nicht möglich ist. Nicht einmal die Verleger vergriffener Werke können nämlich sicher annehmen, Inhaber der elektronischen Rechte zu sein. Das gilt auch und selbst bei Werken, die vor 1966 erschienen sind (vgl. für das parallele Problem der Auswertung von DVD-Rechten OLG Köln MMR 2009, 337). Unterbleibt eine Rechteverwertung, so kann es von vornherein nicht zur Vergütungszahlung an die UrheberInnen kommen. Erfolgt sie durch die Verwerter, so ist nicht ohne weiteres gesichert, dass die Urheber von den neuen Nutzungen auch profitieren. In der Hauptsache handelt es sich um ein Problem der Rechtswahrnehmungsbefugnis und der Haftungserleichterung für denjenigen, der trotz sorgfältiger vergeblicher Suche nach einem legalen Lizenzerwerb Angebote ohne eine solche Lizenz bereitstellt. Beide Probleme lassen sich durchaus lösen. Das erfordert eine Erweiterung der Wahrnehmungsbefugnis und eine Haftungserleichterung zugunsten des Wahrnehmungsberechtigten. Beides lässt sich zugunsten von Verwertungsgesellschaften lösen, die ohnedies eine Treuhänderstellung mit gesetzlichen Pflichten gegenüber Nutzer und Rechteinhaber innehaben. Bei ihrer Einschaltung wäre gesichert, dass die Erträge auch an Kreative geraten, selbst wenn nicht garantiert werden kann, dass zu den Begünstigten auch individuell derjenige Urheber gehört, dessen Werk genutzt wurde. Eine Lösung, die dazu führt, dass die Erträge neuer Werknutzungen allein bei den Werkverwertern anfallen, ist dagegen weniger befriedigend. Auch eine Lösung, die dazu führt, dass die Nutzung vergriffener und verwaister Werke allein den Verwertern überantwortet wird (also – wegen des bei ihnen fehlenden Lizenzzwangs - auch unterbleiben kann), überzeugt nicht.

b) Der Anspruch auf angemessene Vergütung im Urhebervertragsrecht hat keinen direkten Einfluss auf Urheberpersönlichkeitsrechte und Bearbeitungsrechte. Über Urheberpersönlichkeitsrechte kann ohnehin nicht disponiert werden. Bearbeitungsrechte werden regelmäßig den Werkverwertern eingeräumt, sie werden damit zumindest potentiell durch die Vergütung auch abgegolten.

Die Pflicht zur Zahlung angemessener Vergütungen zur Wahrnehmung von Schrankenbestimmungen berührt in der Regel nur Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Wiedergaberechte, ist also gleichfalls neutral im Hinblick auf die genannten weiteren Befugnisse.

Ein potentieller Konflikt zwischen der Verwertung unter Zahlung angemessener Vergütung und der Ausübung von Persönlichkeits- und Bearbeitungsrechten kann in zwei Konstellationen auftreten: Bei der Lizenzierung von Nutzungsbefugnissen über Verwertungsgesellschaften kann die lizenzierte Nutzung auf ideelle Bedenken des betroffenen Urhebers stoßen. Wichtigste Konstellation in der Praxis ist die Lizenzierung von Musik als Klingelton für Mobiltelefone. Dieser Fall wird mittlerweile jedoch dadurch gelöst, dass die Verwertungsgesellschaft nur die Vervielfältigung, Verbreitung, Wiedergabe und die zur technischen Aufbereitung nötige Bearbeitung lizenziert, der Urheber jedoch die Möglichkeit hat, die Nutzung für solche Dienste an Bedingungen zu knüpfen (BGH GRUR 2010, 920 – Klingeltöne für Mobiltelefone II). Der zweite Problemfall betrifft Creative Commons-Lizenzen, die regelmäßig nicht nur vergütungsfrei sind, sondern auch eine Befugnis zur Weiterbearbeitung von Inhalten nach sich ziehen. Das Bedürfnis zur Einräumung einer Bearbeitungslicenz ist im Softwarebereich entstanden und dort auch sinnvoll. Im Bereich wissenschaftlicher Inhalte ist ihr Einsatz zweifelhaft. Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse bleiben zwar regelmäßig auch von den hier eingeräumten Nutzungsrechten unberührt, doch führt die Bearbeitung von Inhalten zur Verwässerung von Ursprungsinhalten. Das ist nicht immer angemessen und allenfalls bei Inhalten nachvollziehbar, die im Team geschaffen werden, so etwa bei Wikis im Rahmen der Online-Enzyklopädie wikipedia. Hier wird oft aber nur ein ohnehin überschießender Schutzgehalt des Urheberrechts (Schutz von Alltagsformulierungen und reinen Gebrauchstexten) korrigiert.

8. Ist eine Tendenz in Bezug auf die Einnahmequellen in der Kulturwirtschaft feststellbar? Verlagern sich die Einnahmequellen von UrheberInnen etwa von gespeicherten Werken hin zu Live-Auftritten? Welche dieser Veränderungen wurden speziell durch Digitalisierung vorangetrieben?

Die Tendenz, dass persönliche Aufführungen konservierte Darbietungen ersetzen, findet sich im Bereich von Musikdarbietungen, aber auch bei der Ausstellung von Kunst. Sie wird auch von Musikverwertern gefördert und ist dort auf die Befürchtung zurückzuführen, dass die Einnahmen im Bereich der digitalen Trägerproduktion zurückgehen bzw. zurückgegangen sind. Sie dürfte allerdings auch dadurch beeinflusst sein, dass Events, die den Charakter der Einmaligkeit, der Nichtwiederholbarkeit und Authentizität vermitteln, bei den Nutzern ein Bedürfnis ansprechen, das in der Kulturproduktion und in einer anonymen werdenden Massengesellschaft verloren gegangen ist. Es zeigt sich, dass der Bereich der persönlichen Darbietung Raum für valide Geschäftsmodelle bietet und noch erhebliche Entwicklungsmöglichkeiten für Mehrwertleistungen enthält. Zu beobachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Verwerterindustrie, insbesondere Musikkonzerne, in den ehemaligen Randnutzungen der reinen Tonträgerproduktion erhebliches Potential sieht und sich daher die Rechte zur Vornahme solcher Randnutzungen, wenn möglich, vollständig einräumen lässt (sog. „360-Grad-Verwertungen“).

Lösungsansätze

1. Welche Maßnahmen sind anzuraten, um Aushöhlungen des Ausschließlichkeitsrechts der Urheber (durch gesetzliche Lizenzen, Zwangslizenzen, Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit) abzubauen?

Die Schlüsselaufgabe eines modernen digitalen Urheberrechts liegt darin, Zugangswege im Ausgleich dafür zu schaffen, dass Schutzgegenstände und Schutzzumfang spätestens seit der Installation der elektronischen Regeln auf völkerrechtlicher Ebene erheblich zugenommen haben, gleichzeitig Schrankenbestimmung und Regeln der kollektiven Rechtswahrnehmung nicht in gleichem Umfang mitgewachsen sind. Hierdurch entsteht der Eindruck, dass jede elektronische Einheit geschützt ist, jeder Inhalt durch eine Vielzahl von verschiedenen Schutzrechten und zugunsten unterschiedlicher Rechteinhaber reserviert ist. Beim Versuch, Zugang zu Schutzgegenständen zu gewinnen, stößt auch der lizenzwillige Nutzer an Grenzen, weil er weder weiß, wo er den Gegenstand lizenzieren kann noch bequeme und leicht zugängliche Geschäftsmodelle der Nutzung vorfindet. Diese Situation ist dadurch entstanden, dass das Recht den Werkvermittlern im elektronischen Bereich vielfach Ausschließlichkeitsrechte zur Verfügung gestellt hat, die zwar die Lizenzmöglichkeit eröffnen, aber Lizenzwilligkeit voraussetzen. Aus durchaus nachvollziehbaren Gründen haben viele Werkvermittler versucht, die elektronischen Möglichkeiten zunächst nicht zu nutzen, um ihre traditionellen Geschäftsmodelle zu schützen. Das Urheberrecht hat diese Entwicklung ermöglicht und geschützt (z.B. §§ 52b Satz 2, 53a Abs. 1 Satz 3 UrhG).

Gleichzeitig ist die Tätigkeit der kollektiven Verwertungsgesellschaften durch wettbewerbspolitische Initiativen auf europäischer Ebene erschwert, zum Teil auch desavouiert worden.

Beide Entwicklungen haben das Lizenzwesen in eine Sackgasse geführt, die im elektronischen Zeitalter zu einer Unternutzung trotz vorhandener technischer Möglichkeiten geführt haben. Profitiert haben Dienstleister, die nur den Zugang zu Inhalten eröffnen, ohne Inhalte selbst zu veredeln, weil diese Dienstleister (weltweit) mit Haftungsprivilegien versorgt wurden. Der Erfolg dieser Dienstleister und die von ihnen entwickelten Geschäftsmodelle sind Folge der auch als Investitionsanreiz gedachten freiheitlichen Regelung.

Der Ausweg aus dem derzeitigen Dilemma kann vorerst in der Stärkung der freiwilligen kollektiven Rechteverwertung gesehen werden. Im Bereich der Nutzung verwaister und vergriffener Werke hat die Politik dies erkannt. Bei der Wahrnehmung von Online-Rechten bestehen hingegen noch Defizite. Eine freiwillige Lizenzierung ist möglich, sie stößt aber an Grenzen, wenn das Rechtemanagement nicht gelingt. Es mag helfen, Clearingmechanismen zu schaffen, Werkregister und Register lizenzwilliger Anbieter zu führen, so dass jedenfalls die Informationen über den Ort der Lizenzmöglichkeiten gebündelt zur Verfügung stehen. Doch besteht bei einer vollständig freiwilligen Lizenzwirtschaft ohne jede Verwertungsgesellschaftenpflicht die Gefahr einer Unternutzung, die auch die Bedürfnisse der Werkvermittler nicht befriedigen dürfte.

2. In welchem Umfang sollten staatliche Einrichtungen (inkl. Politik, Verwaltung) intensiver auf Open Access und Creative-Commons-Lizenzen hinarbeiten? Wie gut werden solche Angebote bisher angenommen?

Open Access-Angebote und Creative-Commons-Lizenzmodelle entwickeln sich vor allem dort gut, wo der Urheberrechtsschutz Entwicklungspotentiale behindert hat. Das erklärt den Erfolg der Open-Source-Bewegung im Softwarerecht. Es erklärt auch, warum die Wissenschaft solche Modelle entwickelt und gut aufgenommen hat. Die Angebote gedeihen dort, wo größere Marktchancen nicht bestehen, der schnelle und einfache Zugang zu Inhalten allerdings notwendig ist, um Doppelanstrengungen zu verhindern und eine kostengünstige Alternative zur traditionellen Publikation zu schaffen. Die genannten Modelle sind auch eine Reaktion darauf, dass faktisch über elektronische Datenbanken und Bündelangebote Elemente mitgeschützt werden, die an sich überhaupt nicht vom Schutzrecht umfasst werden (Formeln, einfache Datensätze und einfache Grafiken, Gebrauchstexte). Sie sind mithin eine Reaktion auf übertriebenen Schutz.

Die derzeitige Linie der Politik, solche Angebote zu unterstützen, ist zu begrüßen. Die Modelle sind darauf gerichtet, preisgünstige Alternativen in einem Bereich zu schaffen, in dem Produktionskosten bei der Werkvermittlung massiv gefallen sind, manche Inhalte vollständig unter Kostenübernahme der Autoren verlegt werden und eine ertragreiche Verwertung im übrigen nicht wahrscheinlich ist. In solchen Fällen muss zwar auch die elektronische Veröffentlichung organisiert werden und auch das erzeugt Kosten. Doch zeigt sich, dass bei fehlender Gewinnerzielungsabsicht der Produktionskostenzuschuss des Autors oder der öffentlichen Hand geringer ist als bei kommerzieller Produktion. Die öffentlich geförderten Produkte erzeugen sinnvollen Wettbewerb auf dieser Ebene. Sie sorgen auch dafür, dass kommerzielle Anbieter unter dem Druck stehen, Mehrwerte zu liefern und Vermittlungswege zu entwickeln, die staatliche Angebote nicht bedienen.

Problematisch wäre die Politik, wissenschaftliche Inhalte nur noch in Open Access-Modellen zu betreiben. Letztlich nämlich ist die Publikation auch in diesen Modellen Verlagstätigkeit. Sie erzeugt auch in öffentlicher Trägerschaft Kosten und bindet Ressourcen. Es ist nicht von vornherein ersichtlich, dass staatliche Angebote die wissenschaftliche Literaturversorgung grundsätzlich besser organisieren können. Nicht überzeugend ist allerdings auch der Vorwurf, dass aus Steuergeldern Angebote subventioniert werden, denn auch die Verlagsproduktion wird mehrfach aus öffentlichen Töpfen finanziert (öffentliche Druckkostenzuschüsse, Gehälter für in öffentlichen Dienstverhältnissen beschäftigte Forscher, Rückkauf der verlagsseitig produzierten Werke).

3. Unter welchen Maßgaben kann bei Urheberrechts-Verstößen durch erweiterte Vermutungsregeln zugunsten der Urheber die Nachweispflicht reduziert werden?

Die Frage verstehe ich dahingehend, dass es Situationen gibt, in denen gegen eine Urheberrechtsverletzung nicht vorgegangen wird oder werden kann, weil der Urheber an einer Klage nicht interessiert oder für sie nicht verfügbar ist, der an einem klageweisen Vorgehen interessierte Verwerter allerdings selbst nicht klagebefugt ist. Diese Situation kommt, soweit ersichtlich, in zwei Fällen vor:

Zum einen kann ein Werkvermittler, etwa ein Presseverleger, lediglich Inhaber einfacher, nicht jedoch ausschließlicher Nutzungsrechte sein. Dann ist er nach geltender Rechtslage nicht klagebefugt. Die Presseverleger behaupten, dass dieser Umstand maßgeblich dafür verantwortlich ist, dass sie gegen die Übernahme und Zugänglichmachung einzelner Presstexte nicht vorgehen können, selbst wenn die Übernahme so gewichtig ist, dass Schutzrechte verletzt werden. In diesem Falle könnte es sich anbieten, zugunsten des Presseverlegers eines solchen Inhalts zu vermuten, dass er befugt ist, im eigenen Namen, aber im Interesse des Urhebers, Unterlassungsansprüche (auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes) geltend zu machen (Vorschlag bei Peifer, Kölner Schriften zum Wirtschaftsrecht 2010, S. 263, 271).

Auch bei kooperativen Projekten mit zahlreichen Mitwirkenden, wie etwa dem Projekt Wikipedia, fällt es schwer, Urheberrechtsverletzungen zu verteidigen, da unklar ist, welche Urheber an einem Einzelbeitrag beteiligt waren. Auch mag es unmöglich sein, alle diese Urheber im Falle eines Unterlassungsverfahrens in einer Klageschrift zu benennen. Hier würde es helfen, zugunsten des Leiters oder Herausgebers des Projektes zu vermuten, dass er befugt ist, im eigenen Namen und zu Händen der Projektgruppe klageweise vorzugehen. Es könnte sogar sinnvoll sein, die Zahlung von Schadensersatz an die Projektgruppe zu ermöglichen.

4. Wären grundlegende Änderungen im Urheberrecht bzw. anderen Rechtsgrundlagen, wie z.B. Providerhaftung oder Pauschalvergütung auf nationaler Ebene noch effektiv?

Es deutet sich im Urheberrecht wie in allen Gebieten des Immaterialgüterrechts an, dass die ubiquitäre Natur der Güter nationale Regulierungen erschwert. Allein der Umstand, dass Immaterialgüterrechte territorial beschränkte Rechte sind, zeigt aber, dass nationale Lösungen durchaus noch möglich sind. Das gilt umso mehr als die Aufstellung europäischer und internationaler Regelungen nur mit erheblichem Kraftaufwand gelingt, zudem auch dabei oft und gerne auf vorhandene und erfolgreiche nationale Vorbilder zurückgegriffen wird. Ein gutes Beispiel dafür ist der Erfolg des nordischen Systems der ausgedehnten kollektiven Rechtswahrnehmung (extended collective licensing), das als Modell für eine kollektive Wahrnehmung der Rechte an verwaisten Werken gilt und auch von europäischer Seite zur Nachahmung empfohlen wird.

Selbst im Bereich der Providerhaftung haben nationale Regime, wie etwa die deutsche Regelung über die Störerhaftung im Bereich von Marken- und Urheberrechtsverletzungen im Internet und die deutschen Regelungen über den Jugendmedienschutz bis heute praktisch ihre Wirksamkeit behalten. Das deutsche Datenschutzregime hat sich gegenüber Angeboten wie denen von Google Street View als (jedenfalls rhetorisch) erfolgreiches Bollwerk erwiesen. Das bedeutet naturgemäß nicht, dass nationale Sonderwege stets die Begeisterung aller Beteiligten hervorrufen.

Die Pauschalvergütung hat im Urheberrecht Sonderwege in Deutschland erlaubt, die Vorbildwirkungen für europäische Regelungen ausstrahlen (z.B. die Pauschalvergütung für Privatkopien, die sich noch nicht in Europa durchgesetzt hat, aber gerade in der digitalen Welt wichtig ist, um bezahlbare Kulturnutzung zu ermöglichen) und – jedenfalls bei Vorhandensein nationaler Verwertungsgesellschaften – auch zu einer stetigen Vergütungszahlung an die inländische und ausländische Berechtigte führt.

5. a) Kann der urheberrechtliche Anspruch auf angemessene Vergütung nach § 32 UrhG in der Praxis durchgesetzt werden, oder besteht hier Nachbesserungsbedarf? b) Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund Modelle der freiwilligen Selbstverpflichtung (two strikes) oder des graduated response (three strikes)? Tragen die vorgeschlagenen Verfahren zur Stärkung der Interessen von Urhebern bei? Erkennen Sie Gefahren für die Informationsfreiheit?“

Der urheberrechtliche Anspruch auf angemessene Vergütung und die Möglichkeit von Internetsperren hängen wirtschaftlich, nicht aber rechtlich zusammen. Zwar sorgen Regeln der effektiven Durchsetzung von Urheberrechten potentiell dafür, dass die Verteilungsmasse größer wird. Der Umstand, dass die Verwerter höhere Erträge erwirtschaften, hat aber in der Vergangenheit nicht zwangsläufig zu einer Besserstellung der Urheber geführt und auch das Gesetz sieht eine solche Besserstellung nicht zwingend vor. Die erste Frage betrifft das Verhältnis der Urheber zu den Verwertern, die zweite das Verhältnis der Urheber/Verwerter zu den Nutzern. Beide Fragen werden getrennt voneinander beantwortet.

a) Die Frage, welche Vergütung für die Einräumung von Nutzungsrechten angemessen ist, hatte der Gesetzgeber ursprünglich der Verhandlung unter den Beteiligten überlassen. Dabei wurde unterstellt, dass die Vergütung umso höher sein wird je umfassender und unbeschränkter die eingeräumten Nutzungsrechte sind. In der Praxis zeigt sich bis heute, dass im individuellen Verhältnis zwischen Urheber und Verwerter ein unterschiedliches Kräftegleichgewicht besteht, so dass die Verwerter strukturell besser dazu in der Lage sind, ihre Preisvorstellungen durchzusetzen. Ihre grundsätzliche abwehrende Haltung zu einer deutlichen Verbesserung der Vergütungssituation der Werkschöpfer haben die Verwerterverbände im Rahmen aufwändiger Kampagnen im Vorfeld der Reform des Urhebervertragsrechts von 2002 bekundet. Es ist ihnen gelungen, Entscheidungsträger von der Gefahr höherer Vergütungsforderungen für die gesamte Kulturwirtschaft zu überzeugen. Als Folge unterblieb die Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf angemessene Vergütung, der im Ursprungsentwurf (sog. Professorenentwurf) noch vorgesehen war.

Das „Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung der Urheber“ von 2002 hat das Ungleichgewicht in der Praxis nicht beseitigen können. Zwar hat der Urheber nach § 32 Abs. 1 UrhG einen Anspruch auf angemessene Beteiligung, der es ihm sogar erlaubt, Anpassung eines unangemessenen Vertrages zu verlangen. Das gesetzgeberische Kalkül, dass das hierdurch für die Verwerter geschaffene Risiko, auf Vertragsanpassung und Zahlung höherer Vergütungen verklagt zu werden, diese veranlassen werde, ihre Verhandlungs- und Vergütungspraxis zu ändern, ist aber bisher nicht aufgegangen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit der Urheber, welche die Reform gerade beheben sollte, wirkt sich anscheinend auch auf ihre Bereitschaft aus, höhere Vergütungen klageweise durchzusetzen. Ein spürbarer Anstieg der gezahlten Vergütungen ist bislang nicht feststellbar.

Das hatte der Gesetzgeber sogar vorhergesehen und den § 32 UrhG um ein System gemeinsamer Vergütungsregeln ergänzt. Die Verwerter, so war die gesetzgeberische Überlegung, könnten sich vor Klagen auf Vertragsanpassung schützen, indem sie gem. §§ 36, 36a UrhG mit Urheberverbänden branchenspezifische Vergütungsregeln aushandeln. Vergütungsvereinbarungen für Nutzungsrechte, die solchen ausgehandelten Vergütungsregeln entsprechen, sind nach der gesetzlichen Konzeption nämlich stets angemessen i.S.d. § 32 UrhG, so dass eine Klage des betroffenen Urhebers

offensichtlich unbegründet wäre. Doch müssen die beteiligten Verbände von ihren Mitgliedern zur Aufstellung von gemeinsamen Vergütungsregeln ermächtigt sein, woran es im Falle der Verwerter bislang vielfach fehlt. Dies hat zur Folge, dass Verhandlungen über gemeinsame Vergütungsregeln größtenteils unterblieben oder ergebnislos verliefen. Der Versuch, ein Schlichtungsverfahren nach § 36a UrhG durchzuführen, scheiterte in einem Fall an der fehlenden Zuständigkeit der betroffenen Verwertervereinigung (LG Frankfurt/M. ZUM 2006, S. 948). Nur in zwei Fällen wurden gemeinsame Vergütungsregeln (nach langen Verhandlungen) beschlossen (Autoren belletristischer Literatur und Journalisten von Tageszeitungen). Erforderlich waren Moderationen durch das Bundesjustizministerium.

In der Frage der angemessenen Vergütung über die Übersetzer literarischer Werke musste der Bundesgerichtshof letztlich selbst Preise festsetzen (BGHZ 182, 337 = GRUR 2009, 1148 – Talking to Addison).

Das gesetzliche System funktioniert mithin in der Praxis nicht. Es sollte darüber nachgedacht werden, die ursprüngliche Regelung im sog. Professorenentwurf (gesetzlicher Anspruch auf angemessene Vergütung) wieder aufzugreifen oder das Urteil in Sachen Übersetzerhonorare („Talking to Addison“) zur Grundlage einer gesetzlichen Regelung zu machen.

b) Grundsätzlich mag eine Eindämmung der Rechtsverletzungen im digitalen Umfeld geeignet sein, durch eine Stabilisierung der Umsätze die Bereitschaft der Verwerter zu erhöhen, die Urheber stärker an den Erlösen partizipieren zu lassen. Nach der geltenden gesetzlichen Konzeption ist eine angemessene Beteiligung faktisch aber immer noch in das Belieben der Verwerter gestellt. Insofern kann die Vergütung der Urheber - wenn überhaupt - nur mittelbar als Argument für die Einführung von weitergehenden Sanktionen für Urheberrechtsverletzungen im digitalen Umfeld herangezogen werden.

6. Gibt es zum gegenwärtigen Ansatz der VerwerterInnen alternative, durch die Digitalisierung begründete, Abrechnungsmodi, um eine angemessene Vergütung von UrheberInnen zu ermöglichen und welche dieser Modi werden durch die Digitalisierung begünstigt?

Der gegenwärtige Ansatz der VerwerterInnen, Vergütungen durchzusetzen, besteht, soweit möglich, in der Einzellizenzierung von Inhalten. Die Alternativen hierzu liegen in der kollektiven Verwertung, ggfs. auch in der Form einer Kulturflatrate, zu der bereits Stellung genommen wurde. Die Ansätze sind besonders urheberfreundlich, wenn – wie etwa bei der Verwaltung durch Verwertungsgesellschaften – sichergestellt wird, dass die Vergütungen bei den UrheberInnen auch ankommen. Besonders wichtig ist der kollektive Ansatz bei der Wahrnehmung von Rechten an verwaisten, aber auch an vergriffenen Werken in Bereichen, in denen unklar ist, ob die ursprünglichen Werkvermittler auch befugt sind, die Rechte für neue Nutzungsarten wahrzunehmen. In den zuletzt genannten Fällen sollte ermöglicht werden, dass überhaupt eine Werknutzung stattfindet, gleichzeitig dafür Sorge getragen werden, dass für diese Werknutzung Vergütungen erhoben werden.