

Resümee und Ausblick – rechtspolitische Erwägungen

A. Resümee

Nullen, Einsen, Bits und Bytes. Das sind die Produktions- und Distributionsmittel der Kultur des 21. Jahrhunderts. Unterhaltung und Information im digitalen Aggregatzustand sind als Content immer allgegenwärtig. In den vergangenen 25 Jahren ist die infrastrukturelle Grundlage geschaffen worden für den und das Bedürfnis entstanden nach dem grenzenlosen Umgang mit Kreativität und Wissen. Während das Telefon 74 Jahre benötigte, um sich in 50 Millionen Haushalten weltweit zu etablieren, hatte das World Wide Web bereits vier Jahre nach seinem Aufkommen 655 Millionen Nutzer.¹⁰⁷⁷ „Everyone of us. Everywhere. Connected.“ – Unter diesem Slogan hat es sich kürzlich eine Allianz aus führenden Technologie- und Internetkonzernen, gemeinnützigen Organisationen sowie Gemeinden zum Ziel gesetzt, die fünf Milliarden Menschen, die noch nicht ständig „online“ sind, durch die Verbreitung günstiger Smartphones und flächendeckenden Netzausbau zu verbinden.¹⁰⁷⁸

Wie Kulturkommunikation in 25 Jahren, im Jahr 2040, aussehen wird, lässt sich heute nur erahnen. Sicher ist aber, dass die auf dem Weg dorthin entstehenden Ressourcen und Innovationen nur dann vollumfänglich und effektiv durch die beteiligten Akteure ausgeschöpft werden können, wenn ein Rechtsrahmen zur Verfügung steht, der nicht die neu entstehenden Möglichkeiten durch ein starres Festhalten an Produktionsmustern vergangener Tage bereits im Keim zu ersticken droht.¹⁰⁷⁹ Aktuell findet die immaterielle Kulturzirkulation ihre Grenzen – außer im menschlichen Fassungsvermögen – lediglich im geltenden Urheberrecht. Demzufolge wird jenes Rechtsgebiet im digitalen Kontext mehr als ein zu überwindendes Problem wahrgenommen denn als Lösung herangezogen zu werden. Es heißt, das

1077 Vgl. UN Conference on Trade and Development, E-Commerce and Development Report 2002, S. 1. Danach verdopple sich die Anzahl der Internetnutzer alle 6 Monate. Zit. nach BORTLOFF, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die Tonträgerindustrie, GRUR Int 2003, S. 669 (669).

1078 Das Konsortium firmiert unter: *Internet.org*. Sein Slogan lautet: Every one of us. Everywhere. Connected.

1079 Vgl. dazu auch SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 47; ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 279

System sei unter Beschuss geraten.¹⁰⁸⁰ Die Diskussion um ein grundsätzliches Überdenken des urheberrechtlichen Schutzrechtssystems ist auch zwei Jahrzehnte nach den *Napster*-Urteilen¹⁰⁸¹ und trotz umfänglicher Aktivitäten auf sämtlichen Normsetzungsebenen¹⁰⁸² in vollem Gange.¹⁰⁸³ In dieser, nunmehr seit über zwanzig Jahren andauernden Debatte werden unter dem Begriff der Kulturflatrate gesetzliche Pauschalvergütungsmodelle für nicht kommerziell motivierte Nutzungen digitaler Kreativgüter diskutiert.

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Arbeit ging dahin, den diesbezüglich relevanten rechtspolitischen Anlass zu identifizieren. Daneben stand der Gestaltungsspielraum der Legislative hinsichtlich derartiger Modelle im Fokus. Was die Frage des Anlasses anbelangt, galt es, diejenigen Fehlstellungen zu eruieren, die den Stein des Anstoßes bilden. Mit Blick auf die insoweit gefundenen Ergebnisse waren die Perspektiven des Urheberrechts bezüglich der Behandlung der zu privaten Zwecken erfolgenden Nutzung digitaler Kreativgüter zu erarbeiten. Bezuglich der legislativen Gestaltungsgrenze war zu erforschen, ob und inwieweit sich die zur

1080 Vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 1.

1081 Vgl. Court of Appeals for the 9th Circuit, A&M Records vs. Napster Inc., CR Int 2001, S. 50 (50). *Napster* ermöglichte das Herunterladen von Musikdateien. Die Benutzer von *Napster* bekamen von *Napster* eine kostenlose Software zur Verfügung gestellt. Soweit sie erstmalig die Verbindung mit *Napster* aufnahmen, konnten sie angeben, auf welche ihrer Musikdateien und -ordner im Rahmen des Systems von *Napster* zugegriffen werden konnte. Die Informationen über die zur Verfügung gestellten Musikdateien wurden zentral bei *Napster* gespeichert. Dies galt für alle Benutzer, welche zu einem gegebenen Zeitpunkt mit *Napster* verbunden waren. Die zur Verfügung gestellte Software erlaubte jedem Benutzer die Suche nach bestimmten Musikdateien in dem von *Napster* zentral zur Verfügung gestellten Gesamtregister der gegenwärtig angeschlossenen Benutzer. Wurde ein Benutzer bei der Suche fündig und wollte er die Datei herunterladen, verband *Napster* ihn mit dem Anbieter der Datei, das Herunterladen erfolgte dann direkt vom Rechner des Anbieters auf den Rechner des Nachfragers. Vgl. zur rechtlichen Würdigung umfassend BRINKEL, Filesharing, S. 224 ff.; GAMPP, Die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“ im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht - Der Präzedenzfall *Napster* und seine Nachfolger, GRUR Int 2003, S. 991 ff.

1082 Vgl. dazu mit Blick auf US-amerikanisches Recht und europäisches Recht, FREYTAG, Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, S. 207 ff.; mit Blick auf das deutsche Urheberrecht, SCHIPPAN, Urheberrecht goes digital – Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, ZUM 2003, S. 378 ff.

1083 Vgl. SPINDLER, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, S. 2550 ff.; LEISTNER/HANSEN, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, GRUR 2008, S. 479 (479), mwN.

Debatte stehenden Pauschalvergütungsmodelle als systemimmanente Mechanismen den Werkzeugen der Interessenkonfliktlösung im Urheberrecht zuordnen lassen und wie ein ideales Modell auszugestalten wäre. Dabei war insbesondere zu beantworten, ob und in welcher Ausgestaltung ein Pauschalvergütungsmodell legislativ, in Übereinstimmung mit nationalem, europäischem und internationalem Urheberrecht, realisierbar ist.

Hinsichtlich des Anlasses der Forderung nach einem gesetzlichen Pauschalvergütungsmodell wurde festgestellt, dass die Entwicklung auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologien durch den Urheberrechtsgesetzgeber nicht nachgezeichnet worden ist. Die zahlreichen legislativen Aktivitäten auf sämtlichen Normsetzungsebenen, die erklären maßen die Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse der Informationsgesellschaft zum Gegenstand haben, berücksichtigen nur die Exklusivitätskultur und sind darauf gerichtet, dieses für das analoge Verwertungsumfeld geltende Charakteristikum, insbesondere das damit einhergehende „Pay-Per-Use“-Modell, in die Informationsgesellschaft zu transportieren und dort mit Wirkung auf die Zukunft zu verfestigen. Demgegenüber bleibt die das Informationszeitalter prägende und für den digitalen Kontext typische Zugangskultur von jenen gesetzgeberischen Maßnahmen unberücksichtigt.¹⁰⁸⁴, wodurch sich die Anwendung des Urheberrechts auf digitale Sachverhalte dysfunktional auswirkt. Dies hat zur Folge, dass alle relevanten Akteure – die Rechteinhaber, die Werkverwender sowie die zwischen ihnen als Intermediäre fungierenden Internetdienste – ihre tatsächliche Situation als unbefriedigend beschreiben. Die insoweit identifizierten Fehlstellungen im Urheberrecht wurden als ein Zeichen der Ineffizienz und der punktuellen sachlichen Unangemessenheit dieses Rechtsgebiets herausgearbeitet, die das seit Ende der 1990er Jahre anhaltende Verlangen nach einem gesetzlichen Pauschalvergütungsmodell begründen.¹⁰⁸⁵

Daran anknüpfend waren die sich dem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft bietenden Perspektiven zu prüfen. Denn eine

Beibehaltung des gegenwärtigen Urheberrechtssystems [wird] den Interessen der Gesellschaft und der Kreativen ebenso wenig gerecht wie ein grundsätzlicher Verzicht auf jede Art vernünftiger Regelung. Vordringliche Aufgabe der Politik muss

¹⁰⁸⁴ Zu den Begriffen „Exklusivitätskultur“ und „Zugangskultur“ vgl. PEUKERT, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, S. 77 ff.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Teil 2, B. und C.

es sein [...], das System einer grundlegenden Neubewertung im Zeitalter digitaler Verwertung zu unterziehen.¹⁰⁸⁶

Gleichzeitig finden sich mitunter Prophezeiungen wie die Folgende: „Das Urheberrecht ist völlig veraltet. Es wirkt wie ein Relikt aus Gutenbergs Zeiten. [...] Aber es wird wahrscheinlich erst völlig zusammenbrechen müssen, bis es geändert werden kann.“¹⁰⁸⁷ Angesichts der Optionen des Urheberrechtsgesetzgebers, die teilweise im Rahmen der vorliegenden Untersuchung dargestellt wurden,¹⁰⁸⁸ ist ein Zusammenbruch, wie er im obigen Zitat antizipiert wird, kaum vorstellbar. Gleichwohl steht der Gesetzgeber an einem Scheideweg: Er kann auf die im Urheberrecht bestehenden Fehlstellungen entweder durch Ausdehnung der materiellrechtlich gewährten Ausschließlichkeit, einhergehend mit einer Verschärfung der Rechtsdurchsetzung, oder durch kompensierte Zugangsfreiheit im Wege einer Relativierung von Ausschließlichkeitsbefugnissen reagieren. Im Hinblick auf die erstgenannte Alternative wurde herausgestellt, dass die immer wieder vorgebrachten und teilweise sogar in geltendes Recht eingespeisten Argumente für den Ausbau rechtlich vermittelter Kontrollmacht über Werke zweifelhaft und damit als allgemeines Prinzip in der Urheberrechtspolitik untauglich sind.¹⁰⁸⁹

Der Gesetzgeber kann einem Gebiet wie dem Urheberrecht, das die Entstehung und Verbreitung von Kultur wesentlich prägt, nicht gerecht werden, wenn er es, wie zuletzt auf sämtlichen Normsetzungsebenen geschehen, allein aus dem verengten Blickwinkel des Urheberrechtsschutzes betrachtet und die sozialen sowie kulturellen Aspekte und die Eigenheiten der betreffenden technischen Umgebung außer Acht lässt.¹⁰⁹⁰ Erforderlich ist vielmehr eine ganzheitliche Perspektive, die zur Lösung des Verwertungs- und Zugangsproblems im digitalen Kontext vor allen Dingen auf die Funktionen des Urheberrechts abstellt. Ein solcher, funktional orientierter Blick rückt Pauschalvergütungsmodelle in den Fokus, die geeignet sind, auch die dem Internet wesenseigene Zugangskultur zu berücksichtigen.

1086 CHRISTLICH SOZIALE UNION, NETZRAT, In Freiheit und Fairness. Positionspapier des CSU-Netzrates, München Januar 2011, S. 11. Ja, Sie haben richtig gelesen. Das Zitat entstammt tatsächlich einem Positionspapier der CSU.

1087 NEGROPONTE, Being Digital, S. 77, zitiert nach FLECHSIG, Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ 2011, S. 19 (30).

1088 Vgl. Teil 3, B.

1089 Vgl. Teil 3, C.

1090 Vgl. dazu v. LEWINSKI, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schricker, S. 401 (403).

Pauschalvergütungen gerade für diejenigen Arten der Nutzungshandlungen, die massenhaft erfolgen und sich der individuellen Überprüfung entziehen, sind nicht unbekannt. [...] Der Gedanke einer Content-Flatrate beispielsweise des Internetnutzers, für einen geringfügigen Pauschalbetrag [...] das Recht auf private Kopien abzugelten, kann im Vergleich zur Unmöglichkeit der Durchsetzung urheberrechtlicher Nutzungsentgelte in diesem Bereich eine sichere Grundlage für die Erlangung angemessener Nutzungsentgelte sein.¹⁰⁹¹

Die im Rahmen der erfolgten Untersuchung diskutierten Konzepte sind insofern systemimmanente Lösungen, als sie hinsichtlich ihrer juristischen Implementierung auf Werkzeuge setzen, die dem Urheberrecht inhärent sind. Hierdurch lassen sich auch Anknüpfungspunkte für ihre Einführung im geltenden Recht finden.¹⁰⁹² Welches der dem Urheberrecht eigenen Instrumentarien der Interessenkonfliktlösung, einerseits die Einschränkung der Reichweite von Ausschließlichkeitsrechten durch eine gesetzliche Lizenz oder andererseits die Begrenzung der Ausübungsfreiheit im Wege einer Zwangslizenz bzw. im Wege der Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit, vorzugswürdig ist, hängt von vielerlei Aspekten ab. Die unterschiedlichen Implikationen der verschiedenen Modelle waren gegeneinander abzuwägen.¹⁰⁹³

Im Rahmen der insoweit erforderlichen Abwägung ist der Spielraum nationaler Gesetzgeber durch höherrangiges Recht eingeschränkt.¹⁰⁹⁴ Die engste Grenze, die in diesem Zusammenhang durch die Legislative eines europäischen Mitgliedstaates zu beachten ist, wird durch den abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL gezogen.¹⁰⁹⁵ Danach ist es den Mitgliedstaaten untersagt, für das Vervielfältigungsrecht und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung andere Ausnahmen oder Beschränkungen einzuführen als die im Katalog aufgeführten. Das hat zur Folge, dass diejenigen Pauschalvergütungsmodelle, die eine Ausnahme oder eine Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung erfordern – das Schrankenmodell und das Kollektivverwertungsmodell, sofern sie zwingend ausgestaltet sind, sowie das Zwangslizenzmodell – in Widerspruch zu Art. 5 Abs. 3 Info-RL stehen.

¹⁰⁹¹ FLECHSIG, in HILTY/DREXL/NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 97 (100).

¹⁰⁹² Vgl. Teil 4.

¹⁰⁹³ Vgl. Teil 4, A. und Teil 5, A.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Teil 5, B. III.

¹⁰⁹⁵ Vgl. Teil 5, B. II. 1. b).

Ein mögliches Konzept, das sich im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsgrenze bewegt und mit dem relevanten, höherrangigen nationalen, supranationalen, insbesondere mit dem abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL, sowie internationalen Recht konform ist, ist das optionale Schrankenmodell, das auf einer fakultativen und vergütungspflichtigen gesetzlichen Nutzungsbefugnis basiert. Ebenso mit dem Verfassungsrecht, dem Europarecht und dem Konventionsrecht vereinbar ist ein fakultatives Kollektivverwertungsmodell, das eine Opt-in-Möglichkeit vorsieht. Ausgehend von einem Opt-in-Konzept, das mit geltendem höherrangigem Recht vereinbar ist, muss die Frage beantwortet werden, ob die gesetzliche Einführung eines solchen Modells geeignet ist, den identifizierten Fehlstellungen im digitalen Urheberrecht entgegenzuwirken. Diesbezüglich sei in Erinnerung gerufen, dass vorstehend der Kontrollverlust der Rechteinhaber über ihre Werke als Symptom einer Störung der urheberrechtlichen Schutz- und Vergütungsfunktion identifiziert und der Mangel eines den technischen Gegebenheiten entsprechenden Rechtsrahmens für zeitgemäße Kultur- und Kommunikation als eine Fehlstellung des Urheberrechts hinsichtlich seiner Kommunikationsfunktion ausgemacht wurde. Die Fragmentierung der relevanten Rechte und die damit einhergehenden Schwierigkeiten des Lizenzierwerbs, die systeminduzierten Herausforderungen für die kollektive Rechtewahrnehmung und die negativen Folgen eines strengen Haftungsregimes wurden als innovationshemmende Implikationen des digitalen Urheberrechts identifiziert.¹⁰⁹⁶

Wie die aufgekommenen geschäftsmäßig betriebenen Streamingdienste es sind, ist auch ein Opt-in-Modell nur begrenzt geeignet, diesen vorliegend herausgearbeiteten Dysfunktionalitäten des Urheberrechts im digitalen Kontext entgegenzuwirken.¹⁰⁹⁷ Ein Opt-in-Modell fördert zwar die urheberrechtliche Schutz- und Vergütungsfunktion insoweit, als es Rechteinhabern eine zusätzliche Möglichkeit verschafft, ihre Werke zu monetarisieren, insbesondere werden die weniger populären Künstler geneigt sein, in ein Pauschalvergütungsmodell zu optieren, um auch ohne einen Verlagsvertrag und ohne die Einschaltung eines Produzenten oder sonstiger Intermediäre eine Vergütung für ihre Werke zu generieren. Aber letztlich bleibt im Falle der Implementierung eines Opt-in-Modells, der Exklusivitätskultur entsprechend, das umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers der gesetzliche Regelfall. Daraus folgt, dass hinsichtlich der übrigen heraus-

1096 Vgl. Teil 2, B. III.

1097 Vgl. Problemaufriss, C. III.

gearbeiteten Dysfunktionalitäten, vor allem bezüglich der kommunikations- und innovationshemmenden Implikationen des digitalen Urheberrechts keine Verbesserung der Situation eintritt. Die Exklusivitätskultur wird gefördert und die Zugangskultur bleibt unberücksichtigt.¹⁰⁹⁸ Das entspricht dem Eigentümermarktmodell,¹⁰⁹⁹ das der heutigen Urheberrechtsgesetzgebung inhärent ist und eine Expansion des Urheberrechts in den letzten zwanzig Jahren zur Folge hatte. Wie im obigen Plädoyer für einen Perspektivenwechsel skizziert,¹¹⁰⁰ betont die auf sämtlichen Normsetzungsebenen zu beobachtende Expansionslogik die Interessen der Rechteinhaber einseitig und ist daher abzulehnen. Einen Perspektivenwechsel einnehmend und einen ganzheitlichen sowie funktionsorientierten Ansatz zugrundelegend ist ein Opt-out-Modell vorzugswürdig, das hinreichend die Zugangskultur berücksichtigt und der Eigenlogik kultureller Kommunikation im digitalen Kontext gerecht wird. Ein solches Modell verspricht, die Vorzüge des digitalen Verwertungsumfelds zugunsten aller involvierten Interesseninhaber auszuschöpfen und sämtlichen Funktionen des Urheberrechts zu optimaler Geltung verhelfen zu können.

Nachfolgend ist ein solches Modell in tatsächlicher Hinsicht skizziert. Dabei handelt es sich wohlgemerkt um einen visionären Vorschlag, dessen Einführung aus heutiger Sicht an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL, scheitern muss.

¹⁰⁹⁸ Vgl. zu den Begriffen „Exklusivitätskultur“ und „Zugangskultur“, PEUKERT, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, S. 77 (78).

¹⁰⁹⁹ Vgl. dazu WIELSCH, in GRÜNBERGER/LEIBLE (Hrsg.), S. 61 (61).

¹¹⁰⁰ Vgl. Teil 3, D.

B. Eigener Vorschlag: Die europäische Kulturflatrate

Die globale Dimension internetbasierter Nutzungshandlungen erfordert, dass bei der Regelung des digitalen Verwertungsumfelds ein deterritorialer Ansatz zugrunde gelegt wird. Das rückt eine europäische Lösung in den Fokus, in der das innovationstreibende Wesen des Internets, dessen globale Strukturen sowie künftige Entwicklungstendenzen Berücksichtigung finden.¹¹⁰¹ Dies wird im Rahmen des folgenden Vorschlags durch die Implementierung folgender Elemente gewährleistet:

- Einrichtung einer europäischen Institution zur Organisation der Kulturflatrate,
- Kumulation der im digitalen Kontext relevanten Rechte in einem allumfassenden Verwertungsrecht,
- Möglichkeit des einfachen Erwerbs von Nutzungsrechten durch Nutzer digitaler Kreativgüter,
- Freiwilligkeit der Teilnahme seitens der Rechteinhaber und der Verwender digitaler Kreativgüter, wobei seitens der Rechteinhaber der gesetzliche Regelfall die Teilnahme an der Kulturflatrate sein soll und eine Opt-out-Möglichkeit vorzusehen ist.

I. „Digitale Verwenderrechte“ im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate

Die heute im digitalen Kontext üblichen Nutzungsarten – Digitalisieren, Remixen, Mashen, Uploaden, Downloaden, Streamen, etc. – tangieren bei Zugrundelegung deutschen Urheberrechts regelmäßig das Vervielfältigungsrecht (§ 16), das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a) und das Bearbeitungsrecht (§ 23).¹¹⁰² In Grenzfällen kann zudem das Senderecht (§ 20) betroffen sein.¹¹⁰³ Im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate ist die Möglichkeit vorzusehen, dass Verwender¹¹⁰⁴ digitaler Kreativgüter hinsichtlich der aufgezählten Verwertungsrechte ein einheitliches

1101 Das nachfolgende Modell ist teilweise angelehnt an EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 91 ff.

1102 Zu den im digitalen Kontext relevanten Verwertungsrechten, vgl. Teil 1, C. I.

1103 Wobei ein Eingriff in das Senderecht nicht durch Verwender, sondern in der Regel durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft erfolgen wird. Daher kann es bei der Vergabe von Verwenderrechten außer Betracht bleiben.

1104 Darunter ist in Anlehnung an den Begriff des Verbrauchers in diversen europäischen Richtlinien und in § 13 BGB jede natürliche Person zu verstehen, die

Nutzungsrecht erwerben können. Die Dynamik des digitalen Verwertungsumfelds und künftige Entwicklungstendenzen bedenkend,¹¹⁰⁵ müssen Verwenderrechte mit Blick auf die erfassten Nutzungsarten idealerweise technologieneutral und hinsichtlich der zu begrenzenden Ausschließlichkeitsrechte offen formuliert werden.¹¹⁰⁶

In Anlehnung an *Lincoffs* Vorschlag ist ein allumfassendes Recht (digital transmission right) vorzusehen, das die im digitalen Kontext relevanten Verwertungsrechte in sich kumuliert (digitale Verwenderrechte für den Binnenmarkt).¹¹⁰⁷ Ein solcher Nutzungstatbestand wäre im folgenden Sinne zu formulieren:

„Eine natürliche Person, die digitale Verwenderrechte für den Binnenmarkt erworben hat, ist berechtigt, digitale Kreativgüter im Binnenmarkt für eigene Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecke in körperlicher sowie in unkörperlicher Form zu nutzen, insbesondere zu vervielfältigen, öffentlich wiederzugeben und zu bearbeiten. Eine kommerzielle Zielsetzung seitens des Verwenders darf dabei nicht vorliegen.“

II. Erwerb digitaler Verwenderrechte für den Binnenmarkt

Die Inhaberschaft von Verwenderrechten im Rahmen einer europäischen Kulturflatrate versetzt Verwender in die Lage, digitale Kreativgüter in der Europäischen Union in Rechtssicherheit zu vordefinierten Zwecken und in einem bestimmten Umfang zu verwenden. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass

ein Kreativgut zu eigenen Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecken sowie zu transformativen Zwecken nutzt oder benutzt und dabei keine kommerziellen Zwecke verfolgt. Vgl. dazu Teil 1, B. II, 1.

1105 Vgl. GERNROTH, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und die Verwaltung des Internets, S. 71.

1106 Vgl. dazu LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (28), der mit Augenmerk auf die Rechtslage in den USA und mit dem Fokus auf das Beziehen und die Distribution von Musik über Filesharing-Systeme vorschlägt, diejenigen Ausschließlichkeitsrechte von Musikrechteinhabern (Komponisten, Liedextern, ausübenden Künstlern sowie von Musikverlagen und Tonträgerherstellern), die im Rahmen internethänsiater Nutzungen tangiert werden, nämlich das „reproduction right“, „public performance right“ und das „distribution right“, durch ein einziges, neues, für den digitalen Musikmarkt spezifisches Verwertungsrecht zu ersetzen. Vgl. dazu auch GERNROTH, Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) und die Verwaltung des Internets, S. 71.

1107 Vgl. Teil 4, II; LINCOFF, Common Sense, J. Int'l Media & Entertainment Law, 2008, S. 2 (29).

Verwenderrechte in Form von Rechtepaketen im Zuge eines einzigen Verfahrens mit Wirkung für das gesamte Gebiet der Gemeinschaft vertraglich erworben werden können. Die Rechtepakete müssen für die Verwender oder für Internetdienste¹¹⁰⁸ bei einer zentralen Institution bzw. einer Clearingstelle verfügbar sein. Es ist zu vermeiden, dass ein Verwender gehalten ist, hinsichtlich des Gebietes jedes einzelnen Mitgliedstaates sowie bezüglich einzelner Werkkategorien und unterschiedlicher Rechteinhaber jeweils separate Verhandlungen zu führen und mehrfache Transaktionskosten zu tragen.

Der für Rechtepakete zu entrichtende Preis ist im Einvernehmen aller Beteiligter, insbesondere Vereinigungen von Werkverwendern, Rechteinhaber, Verwertungsgesellschaften und Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, für jeweils begrenzte Zeiträume im Vornhinein festzulegen. Den Mitgliedstaaten steht es frei, den Erwerb von Rechtepaketen steuerlich zu subventionieren oder sozialrechtlich zu berücksichtigen.

Mit dem Erwerb eines Rechtepakets erhält der Verwender eine Identifikationskennung, die von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft bei der Inanspruchnahme ihrer Dienste abgefragt wird. Vor diesem Hintergrund ist zwischen zwei Verwendertypen zu unterscheiden:

- Internetnutzern mit Verwenderrechten und
- Internetnutzern ohne Verwenderrechte.

Inhaber von Verwenderrechten sind berechtigt, sämtliche digitalen Kreativgüter, die nicht aus der Kulturflatrate exkludiert sind, zu eigenen Informations-, Kommunikations- und Unterhaltungszwecken zu verwenden, sofern sie dabei keine kommerziellen Ziele verfolgen. Sie müssen in den Genuss von Rechtssicherheit kommen. Dazu müssen sie davon ausgehen können, dass sie sich rechtmäßig verhalten, sofern sie sich beim netzwerkbasierten Umgang mit digitalen Kreativgütern in dem Rahmen bewegen, der ihnen durch das erworbene Rechtepaket gegeben ist. Zudem erscheint es sinnvoll, Inhaber von Verwenderrechten auch darüber hinaus, etwa, wenn sie Befugnisse aus ihrem Rechtepaket fahrlässig überschreiten, im Rahmen von ggf. gegen sie gerichteten Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen zu privilegieren. Auf diese Weise kann ein weiterer Anreiz für den Erwerb von Verwenderrechten geschaffen werden. Möglich ist beispielsweise eine Immunität gegen eingriffsintensive Durchsetzungsmaßnahmen wie Internetsperren. Denkbar ist außerdem eine Freistellung von der Ersatzpflicht hinsichtlich entstehender Rechtsverfolgungskosten. Solche Privilegien können ausge-

1108 Vgl. Teil 1, B. II. 2.

schlossen werden, wenn und soweit die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten einen erheblichen Gegenstand des betreffenden Verfahrens darstellt.

Verwender, die kein Rechtepaket erworben haben, dürfen, wie es heute der Fall ist, digitale Kreativgüter nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen Erlaubnis der jeweiligen Rechteinhaber oder auf der Basis bestehender Schrankenregelungen nutzen. Wenn sie von der durch die europäische Kulturflatrate gebotenen Möglichkeit, ihre Nutzungen auf eine rechtmäßige Grundlage zu stellen, nicht Gebrauch machen, sind auch eingriffsintensive Durchsetzungsmaßnahmen gerechtfertigt.

III. Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten

Zur Realisierung der europäischen Kulturflatrate ist eine abdingbare Rechtspflicht zur Übertragung der im digitalen Kontext relevanten Nutzungsrechte vorzusehen. Das ist mit der gesetzlichen Vermutung zu verbinden, dass ein Rechteinhaber, der nach Einführung der europäischen Kulturflatrate die Erstverwertung eines Kreativguts im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats durch einen Internetdienst gestattet hat, damit einverstanden ist, dass hinsichtlich des jeweiligen Werkes Verwenderrechte, vermittelt durch eine zentrale europäische Institution und mit Wirkung für den gesamten europäischen Raum, auf jeden nachfragenden Verwender übertragen werden. Dies bedeutet, dass die Institution anstelle des Rechteinhabers zur Rechteübertragung tätig wird. Die gesetzliche Vermutung zugunsten der Übertragung von Verwenderrechten kann der Rechteinhaber entkräften, indem er ihr ausdrücklich widerspricht.¹¹⁰⁹

Ein solches Abbedingen (Opt-out) muss eindeutig kommuniziert werden. Dazu muss der Rechteinhaber das betreffende Kreativgut mit zur Rechtewahrnehmung erforderlichen Informationen im Sinne von Art. 7 Info-RL derart versehen, dass die Information über die Nichtteilnahme an

1109 Ein starker Schutz zugunsten von Urhebern gebietet es, die Entscheidungsbefugnis über die Verwertung eines Kreativguts im Rahmen der europäischen Kulturflatrate auch dann bei Urhebern zu belassen, wenn jene ihre Verwertungsrechte ausschließlich auf einen Verwerter übertragen, und gegenteilige Abreden für unwirksam zu erklären. Alternativ kann vorgesehen werden, Urheber und Leistungsschutzberechtigte stets an dem Vergütungsaufkommen aus der europäischen Kulturflatrate angemessen zu beteiligen und den Vergütungsanspruch zwingend auszugestalten.

der europäischen Kulturflatrate aus dem Kreativgut ohne Weiteres entnommen werden kann. Ferner ist das Abbedingen der standardmäßig vorgesehenen Rechteübertragung der dafür zuständigen zentralen öffentlichen Stelle mitzuteilen. Die Mitteilung muss zusätzlich zu Informationen über das Kreativgut auch Angaben über den Rechteinhaber enthalten. Zudem ist klarzustellen, ob, wo und wie Verwenderrechte an dem Kreativgut erworben werden können. Diese Informationen müssen jederzeit für jedermann elektronisch zugänglich sein.

Aus einem so gearteten Mechanismus zur Ausübung von Ausschließlichkeitsrechten folgen drei Typen digitaler Kreativgüter, die sich insbesondere hinsichtlich ihrer verwertungsrechtlichen Status unterscheiden:

- Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich im Hinblick auf das jeweilige Werk aktiv für eine Verwertung im Rahmen der europäischen Kulturflatrate entschieden haben,
- Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich bezüglich des jeweiligen Werkes nicht entschieden haben,
- Kreativgüter, deren Rechteinhaber mit Blick auf das jeweilige Werk von ihrem Opt-out-Recht Gebrauch gemacht haben.

Güter der ersten und zweiten Gruppe sind für die Verwender mit Blick auf ihre verwertungsrechtliche Behandlung identisch: Inhaber von Verwenderrechten dürfen sie gemäß ihrer Rechtepakete nutzen. Verwender ohne ein Rechtepaket sind nur insoweit berechtigt, sie zu nutzen, als die betreffende Nutzung durch den Rechteinhaber autorisiert oder von einer Schranke umfasst ist. Kreativgüter der ersten und der zweiten Gruppe unterscheiden sich aber bezüglich ihrer Handhabung bei der Distribution der Einnahmen aus der Kulturflatrate. Bei der ersten kann die Verteilung der Einnahmen unproblematisch erfolgen. Demgegenüber müssen im Falle der Kreativgüter der zweiten Gruppe geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um die Rechteinhaber ausfindig zu machen. Für den Fall, dass sie nicht auffindbar sind, sind Rücklagen zu bilden, die bei deren Auftreten an die Rechteinhaber auszuschütten sind.

Kreativgüter der dritten Gruppe sind nicht Gegenstand der europäischen Kulturflatrate. Sie sind entsprechend mit einem Identifikator¹¹¹⁰ bzw. mit technischen Schutzmaßnahmen zu versehen. Sie dürfen nur gemäß bestehenden Schrankenregelungen verwendet werden oder soweit es die jeweiligen Rechteinhaber im Wege einer individuellen Lizenz autorisiert haben.

1110 Vgl. zu Bestrebungen zur Entwicklung standardisierter Identifikatoren, ROSENBLATT, European Music Rights Database Project Issues RFP, S. 1 ff.

Die Rechteinhaber dieses Typus der Kreativgüter sind an den Einnahmen aus der europäischen Kulturflatrate nicht zu beteiligen.

IV. Institution zur Organisation der europäischen Kulturflatrate

Um der grenzüberschreitenden Natur des digitalen Verwertungsumfelds gerecht zu werden, ist ein europäisches System kollektiver Rechtewahrnehmung erforderlich.¹¹¹¹ Einerseits ist sicherzustellen, dass Verwender in Europa von einer zentralen Stelle Rechtepakete mit einheitlicher Wirkung für das Gebiet der Europäischen Union erwerben können. Andererseits ist dafür Sorge zu tragen, dass die Verwertungsinteressen aller beteiligter Rechteinhaber unterschiedslos Berücksichtigung finden. Insbesondere müssen die Kriterien und Maßstäbe zur Verteilung der Einnahmen aus dem Vertrieb von Rechtepaketen für alle gleichermaßen gelten. Daher müssen Strukturen geschaffen werden, die es Rechteinhabern ermöglichen, auf das Statuieren der besagten Kriterien Einfluss zu nehmen. Ferner ist zu gewährleisten, dass Rechteinhaber, die sich gegen eine Verwertung ihrer Kreativgüter im Rahmen der europäischen Kulturflatrate wenden, ihre Entscheidung ohne besonderen Aufwand kommunizieren und realisieren können. Gleichzeitig ist vorzusehen, dass Verwender sich unkompliziert und einfach über diejenigen Kreativgüter informieren können, die von der europäischen Kulturflatrate nicht umfasst sind.

Zur Erfüllung der hier skizzierten Aufgaben bietet es sich an, eine gesamteuropäische Organisation zur Wahrnehmung und Übertragung von Rechten an digitalen Kreativgütern einzurichten (European Digital Rights Organisation, EDRO). Hauptaufgabe der EDRO ist es, digitale Verwenderrechte für das Gebiet der Europäischen Union anzubieten und die daraus erzielten Einnahmen nach bestimmten, im Einvernehmen mit allen Beteiligten (Urhebern, Leistungsschutzberechtigten, Verwertern, Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft und Verwendern) festzulegenden Kriterien an die Rechteinhaber bzw. deren Verwertungsgesellschaften zu verteilen. Eine weitere wesentliche Aufgabe der EDRO muss es sein, für alle Beteiligten als Informationspool zu fungieren. Unter anderem sind ihr folgende Informationen zur Verfügung zu stellen, die sie ihrerseits der Öffentlichkeit zugänglich machen muss:

- Inhalt, Reichweite und Grenzen von Verwenderrechten;
- Rechtsfolgen der Inhaberschaft von Verwenderrechten;

1111 Vgl. Teil 2, B. III. c).

- Rechtslage im Bezug auf Verwender ohne Verwenderrechte;
- aus der Kulturflatrate exkludierte Kreativgüter;
- welche Rechteinhaber hinsichtlich welcher Kreativgüter von ihrem „Opt-out-Recht“ Gebrauch gemacht haben sowie ob, wo und wie die betreffenden Rechte erworben werden können, ferner das Ausmaß der Nutzungen einzelner digitaler Kreativgüter;
- Möglichkeiten zur Implementierung von elektronischen Identifikations- und Schutzmaßnahmen in digitale Kreativgüter.

Die Erfüllung dieser Aufgaben durch die EDRO, insbesondere die Lizenzvergabe mit Wirkung für das Gebiet der Europäischen Union, bedarf des administrativen Vollzugs auf der Ebene der Gemeinschaft. Deshalb ist es erforderlich, die EDRO unter Wahrung des bestehenden organisatorischen Aufbaus der Gemeinschaft und des institutionellen Gleichgewichts als fachlich unabhängige sowie organisatorisch und finanziell hinreichend selbständige Institution einzurichten. Sinnvoll erscheint es, die EDRO in Anlehnung an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt als Einrichtung der Gemeinschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit zu organisieren.¹¹¹²

Alternativ könnte die EDRO als Zusammenschluss aller europäischen Verwertungsgesellschaften privatrechtlich organisiert werden. Eine solche Struktur weist etwa die deutsche Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) auf. Deren Aufgabe besteht darin, die auf der Freiheit der Privatkopie (§ 53) basierenden Vergütungsansprüche gegenüber den Geräteherstellern und -importeuren und gegenüber den Leermedienherstellern und -importeuren geltend zu machen und das Vergütungsaufkommen an ihre Gesellschafter, bei denen es sich in der Regel um Verwertungsgesellschaften handelt, zu verteilen.

V. Verteilung der Einnahmen aus dem Vertrieb von Rechtepaketen

Die Distribution der aus dem Vertrieb von Verwenderrechten erzielten Einnahmen ist auf drei korrespondierende Grundlagen zu stellen:

- Vereinbarungen, die zwischen allen Beteiligten, insbesondere Vereinigungen von Rechteinhabern, Verwertungsgesellschaften und Kulturverbänden zu treffen sind;

1112 Vgl. dazu Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke, Abl. L. 78/1.

- Informationen über das Ausmaß der Nutzung einzelner Kreativgüter im Rahmen diverser Internetdienste, die durch die jeweiligen Internetdienste zu erheben und an die EDRO weiterzuleiten sind;
- Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren im Streitfall.

Idealerweise sind sämtliche digitalen Kreativgüter mit für die europäische Kulturflatrate standardisierten elektronischen Identifikatoren zu versehen.¹¹¹³ Dies ermöglicht es Internetdiensten, die über ihre Systeme genutzten Kreativgüter zu identifizieren und das Ausmaß ihrer Nutzung festzustellen. Hinsichtlich der Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich aktiv für oder gegen die Verwertung über die europäische Kulturflatrate entschieden haben, ist die Implementierung von elektronischen Identifikatoren unproblematisch. Insoweit ist die Wirksamkeit der Erklärung für oder gegen die Kulturflatrate daran zu knüpfen, ob das betreffende Kreativgut mit elektronischen Identifikations- bzw. Schutzmaßnahmen versehen worden ist.

Kreativgüter, deren Rechteinhaber sich nicht entschieden haben, sind naturgemäß nicht nach den Standards der Kulturflatrate gekennzeichnet. Allerdings werden schon heute Kreativgüter in der Regel mit international standardisierten digitalen Kennungen versehen.¹¹¹⁴ Daher ist auch das Ausmaß der Nutzung von nicht nach Kulturflatratestandards gekennzeichneten Kreativgütern grundsätzlich erkennbar, so dass die Beobachtungs- und Informationspflicht der Internetdienstanbieter dahingehend auszuweiten ist. Gleichzeitig sind Anreize zu schaffen, die dazu beitragen, dass Rechteinhaber sich aktiv für oder gegen die Verwertung ihrer Güter im Rahmen der Kulturflatrate entscheiden. Sachgerecht ist es, Rechteinhaber, die ein Kreativgut aktiv der Kulturflatrate unterstellt haben, im Vergleich zu denjenigen, die keine Entscheidung getroffen haben, bei der Ausschüttung zu privilegieren. Ohnehin ist das Ausfindigmachen der Letzteren mit einem Kosten- und Verwaltungsaufwand verbunden, für den sinnvollerweise die Kostenverursacher – nämlich die Rechteinhaber, die sich nicht artikuliert haben – aufkommen sollten. Zudem sind Anreize für die Teilnahme an der Kulturflatrate auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zu erwägen.

Die Verteilung der Einnahmen ist in einem mehrstufigen Verfahren vorzunehmen:

1113 Vgl. zu Bestrebungen zur Entwicklung standardisierter Identifikatoren, ROSENBLATT, European Music Rights Database Project Issues RFP, S. 1.

1114 Beispielsweise sind Kreativgüter je nach Medium schon heute überwiegend mit dem International Standard Recording Code (ISRC, für Musikaufnahmen), dem International Standard Text Code (ISTC, für Texte), der International Standard Audiovisual Number (ISAN, für audiovisuelle Werke) oder allgemein dem Digital Object Identifier (DOI, für digitale Objekte) versehen.

- Die EDRO zieht die für die Rechtepakete gezahlten Vergütungen ein;
- sie ordnet die Einnahmen nach einem zuvor durch Vertreter von Rechteinhabern festgelegten Schlüssel unterschiedlichen Kategorien zu, die zur wirtschaftlichen Auswertung und Verwendung jeweils gesondert von der EDRO verwaltet werden;
- die EDRO informiert auf der Basis der Statistiken der Internetdienste über die im Rahmen der Kulturflatrate verwendeten Kreativgüter;
- Verwertungsgesellschaften und Rechteinhaber, die an den bekannt gemachten Werken Rechte haben, machen der EDRO gegenüber ihre Vergütungsansprüche im eigenen oder im Namen ihrer Mitglieder geltend;
- die EDRO schüttet die Einnahmen nach Maßgabe der Nutzung des jeweiligen Kreativgutes im Verhältnis zur Gesamtnutzung an die Rechteinhaber aus;
- Streitfälle werden in einem gesondert einzurichtenden Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren beigelegt.

VI. Hürden und Problemfelder

Die europäische Kulturflatrate berücksichtigt sowohl die Exklusivitäts- als auch die Zugangskultur im digitalen Verwertungsumfeld. Durch die Brille des Urheberrechts betrachtet handelt es sich dabei um eine systemimmanente Lösung, die geeignet ist, die Kulturkommunikation in der Informationsgesellschaft interessengerecht zu lösen und insoweit den Dysfunktionalitäten des Urheberrechts entgegenzuwirken. Als ein visionäres Konzept auf einem durch Interessengegensätze geprägten Gebiet ist der Weg zu ihrer Realisierung naturgemäß mit einer Reihe von Hürden und Problemfeldern verbunden. Diese seien, freilich ohne Anspruch auf Vollständigkeit und insofern auch als Gedankenanstöß für künftige Forschung auf diesem Gebiet, nachfolgend skizziert.

Eine Angriffsfläche besteht im Hinblick auf den weiten Umfang der Verwenderrechte, insbesondere bezüglich der vorgesehenen Zulässigkeit transformativen Gebrauchs zu nicht kommerziellen Zwecken, zumal zu bedenken ist, dass eine kommerzielle Nutzung im Zeitpunkt der konkreten Verwendung subjektiv ausgeschlossen sein mag, in der Folgezeit aber dennoch eine Verwertung mit Verdienstmöglichkeiten denkbar wird. Ein weiteres, weniger juristisches als tatsächliches Problemfeld birgt der Komplex der angemessenen Verteilung der Einnahmen aus der Kulturflatrate in sich. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu klären, was mit den Einnahmen

geschehen soll, die Nichteuropäern, vor allem US-Amerikanern, zustehen würden.

Ferner ist eine Übergangsregelung zu statuieren. Es existiert ein gigantischer „Altbestand“ an Kreativgütern, der sinnvollerweise in die europäische Kulturflatrate zu integrieren ist, auch wenn die Rechteinhaber, insbesondere wegen Unauffindbarkeit, häufig nicht oder nur mit Hindernissen von ihrer Opt-out-Option Gebrauch machen könnten.

Weitere Hürden auf dem Weg zur Verwirklichung einer europäischen Kulturflatrate entspringen dem gegenwärtig bestehenden inter- und supranationalen Urheberrecht. Um eine Einheitlichkeit der Verwertung und Verwendung digitaler Kreativgüter im Binnenmarkt zu gewährleisten, ist die europäische Kulturflatrate idealerweise im Wege einer Verordnung einzuführen.¹¹¹⁵ Dazu ist Art. 118 AEUV¹¹¹⁶ als Kompetenztitel heranzuziehen. Die vorgesehene gesetzlich vermutete Übertragung von Verwenderrechten, vermittelt durch eine europäische Institution, tangiert insbesondere die folgenden, durch inter- und supranationale Verträge gewährten Mindestrechte:

- Art. 8 RBÜ (Übersetzungsrecht),
- Art. 9 Abs. 1 RBÜ (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 11 Nr. 2; Art. 11bis Abs. 1 RBÜ (Recht der öffentlichen Übertragung, Recht der öffentlichen Wiedergabe),
- Art. 12 RBÜ (Bearbeitungsrecht),
- Art. 8 WCT (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung),
- Art. 11 WPPT (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 13 WPPT (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung),
- Art. 2 Info-RL (Vervielfältigungsrecht),
- Art. 3 Info-RL (Recht der öffentlichen Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung).

Diesbezüglich ließe sich argumentieren, die hier vorgeschlagene Regelung statuiere keine Ausnahme oder Begrenzung der aufgeführten Ausschließlichkeitsrechte. Die abdingbare Verpflichtung eines Rechteinhabers, nicht

1115 Vgl. dazu HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 98.

1116 Art. 118 AEUV: Im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union sowie zur Einführung von zentralisierten Zulassungs-, Koordinierungs- und Kontrollregelungen auf Unionsebene. Der Rat legt gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen die Sprachenregelungen für die europäischen Rechtstitel fest. Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

ausschließliche Nutzungsrechte an digitalen Kreativgütern, vermittelt durch eine europäische Institution, auf nachfragende Verwender zu übertragen, greife nicht in den Bestand eines Ausschließlichkeitsrechts ein. Ebenso wenig verkürze die besagte Pflicht die Reichweite eines Ausschließlichkeitsrechts. Vielmehr beziehe sich die Regelung lediglich auf Modalitäten der Ausübung der berührten Ausschließlichkeitsrechte und stelle insoweit eine urhebervertragsrechtliche Regelung dar. Dem entspreche es auch, dass Nutzungsrechte zugunsten von Verwendern sich nicht aus dem Gesetz ergäben, sondern aus Vertrag. Allerdings verkennt eine solche Ansicht, dass ein Opt-out-System zwingend erfordert, dass ein Rechteinhaber, der eine Verwertung im Wege individueller Lizenzen vornehmen will, vorab eine bestimmte Handlung vornehmen muss. Eine solche zwingende Abgabe einer Erklärung zur Wahrnehmung eines Ausschließlichkeitsrechts ist aber bereits als Beschränkung anzusehen, da der Grundsatz der Ausschließlichkeit auf ein Wahlrecht reduziert und auf diese Weise eine ansonsten, zumindest in juristischer Hinsicht, bestehende Freiheit des Rechteinhabers verkürzt wird.¹¹¹⁷ Die Einordnung einer Schranke mit Opt-out-Möglichkeit als Ausnahme bzw. Beschränkung entspricht auch der Systematik der Info-RL. Das wird deutlich, wenn man Art. 5 Abs. 3 Info-RL im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 4 Info-RL betrachtet: Abdingbare, nach Art. 6 Abs. 4 Info-RL nicht gegen technische Schutzmaßnahmen durchsetzbare und damit ins Belieben der Rechteinhaber gestellte Bestimmungen, beispielsweise die in Art. 5 Abs. 3 lit. c Info-RL vorgesehene Vervielfältigungsfreiheit für die Presse, sind in dem Katalog des Art. 5 Abs. 3 Info-RL über die möglichen Beschränkungen und Ausnahmen aufgeführt und werden damit von der Richtlinie selbst als Schranke behandelt. Als eine vom abschließenden Schrankenkatalog der Info-RL nicht vorgesehene Begrenzung bzw. Ausnahme urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsbefugnisse kollidiert eine Schranke mit Opt-out-Möglichkeit, wie oben ausgeführt, mit dieser Richtlinie und ist deshalb de lege lata nicht realisierbar.

Zudem muss die europäische Kulturflatrate den Vorgaben des inter- und supranationalen Dreistufentests entsprechen. Legt man dabei eine liberale Lesart zugrunde, kann die Auffassung vertreten werden, die über die EDRO vermittelte Rechteübertragung sei auf bestimmte Sonderfälle, nämlich Nutzungen durch Verwender zu bestimmten Zwecken, begrenzt. Ferner sei sie fakultativ, was zur Folge habe, dass Rechteinhaber die Wirkung der Regelung bezüglich ihrer Kreativgüter stets ausschließen könnten. Auf diese Weise habe es der Rechteinhaber selbst in der Hand, zu bestimmen,

¹¹¹⁷ Vgl. Teil 5, B. II.

wie die normale Verwertung seines Werkes erfolgen solle. Des Weiteren werde im Gegenzug zur Übertragung von Nutzungsrechten eine Vergütung durch die Verwender an die Rechteinhaber gezahlt, wobei Letztere auf die Höhe der Vergütung und die Kriterien zu ihrer Verteilung im Rahmen der EDRO Einfluss nehmen könnten. Folglich würden die Interessen der Rechteinhaber nicht über Gebühr verletzt. Ob diese Interpretation mit der gängigen Lesart des Dreistufentests konform ist, muss jedoch bezweifelt werden.

Darüber hinaus ist fraglich, ob die europäische Kulturflatrate den Genuss und die Ausübung der betroffenen Rechte an die Erfüllung irgendwelcher Formalitäten bindet und damit gegen das Formalitätenverbot aus Art. 5 Abs. 2 RBÜ verstößt. Ausgehend davon, dass kraft einer gesetzlichen Vermutungswirkung zunächst sämtliche im Internet rechtmäßig veröffentlichten Kreativgüter unabhängig von einer Anmeldung der Kulturflatrate unterfallen und zur Verwertung eines Kreativgutes im Rahmen der Kulturflatrate keine Erklärungen abgegeben oder Registrierungen vorgenommen werden müssen, kann die Ansicht vertreten werden, die vorgesehene Anmeldung bei der EDRO erleichtere nur die Verteilung der Einnahmen und ermögliche es, auf die Ausgestaltung der Kulturflatrate Einfluss zu nehmen. Dagegen habe sie auf den Bestand und die Reichweite von Ausschließlichkeitsrechten keine Auswirkung. Daher verstößt die Obliegenheit der Rechteinhaber, die sich gegen die Verwertung im Rahmen der Kulturflatrate entscheiden, diesen Entschluss der EDRO mitzuteilen und die betreffenden Werke entsprechend zu markieren, nicht gegen den Grundsatz des Formalitätenverbot, zumal eine solche Mitteilung nicht Voraussetzung zur Erlangung eines Ausschließlichkeitsrechts sei. Bis zu einem explizit erklärten Austritt aus der Kulturflatrate werde lediglich angenommen, dass die EDRO ermächtigt sei, an Stelle der Rechteinhaber zu bestimmten Zwecken Nutzungsrechte an nachfragende Verwerter zu übertragen. Freilich werden auch diesbezüglich Vertreter eines expansiven Rechtsschutzes eine andere Auffassung vertreten.

Vor dem Hintergrund der hier skizzierten Hürden und Problemfelder bleibt festzustellen, dass eine europäische Kulturflatrate ohne eine Veränderung des internationalen und supranationalen Urheberrechts nicht zu realisieren ist. Hierbei handelt es sich sicher um ein schweres und vor allem langwieriges Unterfangen, aber auch diese Regelungen sind nicht auf ewig in Stein gemeißelt. Insbesondere ist eine Aufhebung des abschließenden Schrankenkatalogs der Info-RL und damit einhergehend die Auflösung der zementierten Rechtslage in der Informationsgesellschaft unausweichlich. Dies gilt umso mehr, wenn man einerseits die Kritik bedenkt, die ihr entge-

gengebracht wird,¹¹¹⁸ und sich andererseits die Funktionen des Urheberrechts sowie die innovationsgetriebene und dynamische Umgebung vergegenwärtigt, in der das Urheberrecht heute zur Anwendung kommt.

Sollen das Freiheitsversprechen der EGRCh,¹¹¹⁹ der immer wieder hochgehaltene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Postulat vom angemessenen Gleichgewicht, das bei Grundrechtskollisionen im Allgemeinen und im Rahmen des Urheberrechts im Besonderen zwischen den tangierten Rechten und Interessen herzustellen ist, nicht zu einem bloßen Lippenbekennnis verkommen, müssen de lege ferenda zur Sicherstellung der urheberrechtlichen Schutz- und Vergütungsfunktion andere Wege beschritten werden als der Versuch, dieses Ziel über starke Ausschließlichkeitsrechte zu erreichen. Diese Feststellung rückt die vorliegend umfänglich behandelten Regelungsmodelle, insbesondere den vorstehenden Vorschlag als eine probate Lösung des im digitalen Kontext bestehenden Zugangs- und Verwertungsproblems in den Fokus. Anders als vielfach behauptet¹¹²⁰ käme die Einführung eines gesetzlichen Pauschalvergütungsmodells, das hat die vorliegende Untersuchung gezeigt, nicht einem Paradigmenwechsel im Urheberrecht gleich und hätte auch nicht die Erosion des Urheberrechts zur Folge. Im Gegenteil: Reaktionen der Legislative auf technologischen Fortschritt sind eine wiederkehrende Konstante in der Geschichte des Urheberrechts.¹¹²¹ Funktionsstörungen des Urheberrechts im digitalen Kontext rufen den Gesetzgeber erneut auf den Plan. Der gleichermaßen gute wie schlechte Umstand dabei ist, dass die künftige Ausgestaltung der juristischen Rahmenbedingungen eines jeden Verwertungsumfelds letztlich eine Frage des politischen Wollens ist:

In the international copyright community, we are seeking the truth about the future of copyright. I conclude with what Alessandro Giuliani says in Mark Helprin's "A Soldier of the Great War": "As a way to arrive at the truth, exactitude and methodology are, in the end, far inferior to vision and apotheosis."¹¹²²

¹¹¹⁸ Statt vieler vgl. HUGENHOLTZ, Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 2000, S. 499 ff.

¹¹¹⁹ Vgl. dazu HALTERN, Europarecht Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, S. 495.

¹¹²⁰ Vgl. so etwa BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, Positionspapier zur Kulturflatrate, S. 1 ff.; dazu auch HEUZEROTH, Musikindustrie kämpft gegen Kultur-Zwangsabgabe, Die Welt Online, S. 1.; FDP-BUNDESTAGSFRAKTION, Die „Kulturflatrate“ ist eine Mißachtung des Urheberrechts, S. 1.

¹¹²¹ Vgl. umfassende Beispiele bei DIMITA, Copyright and Shared Networking Technologies, S. 190 ff.

¹¹²² STERLING, International Codification of Copyright Law: Possibilities and Imperatives, IIC 2002, S. 464 (484).