

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Funktionen des Urheberrechts

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

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

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

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

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

I. Schutz- und Vergütungsfunktion

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

II. Kommunikations- und Innovationsfunktion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

256 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 34.

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

B. Digitales Dilemma und dessen funktionale Relevanz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Kontrollverlust trotz Schutzrechtsexpansion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kommunikationstechnologien ist die Herrschaft über Werke irreversibel verloren gegangen.²⁶⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Expansion des urheberrechtlichen Exklusivschutzes

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

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

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

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

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

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

273 Vgl. dazu Computerprogramm-RL.

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

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

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

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

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

b) Mangelnde Effektivität als Problem der Urheberrechtsdurchsetzung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Akzeptanzverlust und Rechtsunsicherheit als Probleme der Urheberrechtsdurchsetzung

The consequences of the Napster decision and the labels' piracy campaign was to create a generation of kids who don't see infringement as a bad thing.²⁹⁵

Citizens increasingly hear the word copyright and hate what is behind it. Sadly, many see the current system as a tool to punish and withhold, not a tool to recognise and reward.²⁹⁶

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

290 HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 34.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Gestörte Schutz- und Vergütungsfunktion

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

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

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

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

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

des Urheberrechts sicherstellen, ist vielleicht die größte Herausforderung, vor der wir im Urheberrecht stehen.“³²¹

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

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

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

1. Freiheitsverlust wegen Schutzrechtsexpansion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

328 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 65.

a) Freie Werknutzungen im analogen Kontext

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

aa. Freiheitsgewährung durch Schutzhaltbestimmung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Freiheitsgewährung durch Schutzausgestaltung

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

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

336 Vgl. PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 68. Für einen Vergleich zwischen der Freiheit der Vervielfältigung zu privaten Zwecken im Rahmen des § 53 und der Freiheit des „Privaten“ im Sinne der anderen Verwertungsrechte vgl. eingehend PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzung im Recht des geistigen Eigentums, S. 74 ff.

337 Vgl. dazu DREYER, in DREYER/KOTTHOFF/MECKEL, Urheberrecht, § 53 Rn. 1; FREIWALD, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 54 ff.; PERWITZ, Die Privilegierung privater Nutzungen im Recht des geistigen Eigentums, S. 70; ENGELS, Die Verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatkopie, S. 14 ff.

338 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901, RGBl. 1901, S. 227; außer Kraft getreten am 1. Januar 1966, BGBl. 1966 I, S. 1273 (nachfolgend LUG genannt).

339 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 440-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 3 § 31 des Gesetzes vom 16. Februar 2001, BGBl. I S. 266 (nachfolgend KUG genannt).

vom urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht zur Vervielfältigung umfasst waren.³⁴⁰

b) Urheberrechtliche Behandlung digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken

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

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

aa) Typische Kommunikations- und Kulturtechniken in der Informationsgesellschaft

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

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

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

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

342 Vgl. dazu KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 54; vgl. auch WEGENER, Kulturflatrate, S. 1. Vgl. zu den durch das Internet veränderten Rahmenbedingungen für die Verwertung digitaler Kreativgüter mit Fokus auf Pressezeugnisse EHMANN/SZILAGYI, Erforderlichkeit eines Leistungsschut兹rechts für Presseverleger, K&R 2009, S. 1 (8).

343 Vgl. WEGENER, Kultuflatrate, S. 1.

344 Zur ausgewählten Aspekten im Zusammenhang mit der juristischen Behandlung des Phänomens der nutzergenerierten Inhalte vgl. GROSSE RUSE-KHAN/KLASS/v. LEWINSKI (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 1 ff.; vgl. auch BAUER, User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte, S. 1 (4 ff.), der in Anlehnung charakteristischer Merkmale folgende Begriffsbestimmung vorschlägt: „User Generated Content bezeichnet die Gesamtheit aller von Internetnutzern bewusst erzeugten wahrnehmbaren elektronischen Medieninhalte, die von diesen unmittelbar und unabhängig von einer vorherigen redaktionellen Auswahl über das Internet der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, sofern es sich hierbei nicht um professionell erstellte und zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Inhalte handelt.“

345 Vgl. zu Fanfiction als Rechtsproblem eingehend KNOPP, Fanfiction, GRUR 2010, S. 28 (28). Vgl. dazu eingehende Beschreibungen bei KREUTZER, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 61 ff.

346 Zum Begriff des Mashups und dessen urheberrechtlicher Behandlung, vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 14 ff.; SCHRICKER/SPINDLER, in SCHRICKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, § 51 Rn. 53; Vgl. dazu auch OTT, Mashups, K&R 2007, S. 623 ff.; HAEDICKE, in LEIBLE/HOFFMANN, Vernetztes Rechnen, S. 159; für einen anschaulichen Fall am Beispiel des „White Album“ der Beatles und des „Black Album“ von Jay-Z vgl. HAEDICKE, Patente und Piraten, S. 45.

bb) Expansive Schutzinhaltsbestimmung

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

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

(1) Werkrezeption als Eingriff in das Vervielfältigungsrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Transformative Werknutzungen als Eingriff in das Bearbeitungsrecht

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

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

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

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

cc) Restriktive Schutzausgestaltung

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

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

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

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

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

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

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

(1) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, § 44a

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch, § 53

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

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

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

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

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

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

(3) Erschöpfungsgrundsatz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) Zitatrecht / Freie Benutzung

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

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

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

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

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

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

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

407 Vgl. SALAGEAN, Sampling, S. 111.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Unfreiheit digitaler Kommunikations- und Kulturtechniken

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

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

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

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

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

2. Gestörte Kommunikations- und Innovationsfunktion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

421 Digital Rights Management (nachfolgend DRM genannt).

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

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

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

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

III. Das Dilemma der Internetdienste – Störung der Innovationsfunktion?

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

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

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

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

1. Diskrepanz zwischen tatsächlichem und rechtlichem Umfeld

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

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

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

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

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

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

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

a) Innovative Distributions- und Vergütungsformen im Internet

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

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

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

430 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 239.

431 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 245.

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

433 Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 239.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Fragmentierung der relevanten Rechte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) Erforderlichkeit multiterritorialer Lizenzen

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

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

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

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

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

d) Herausforderungen für die kollektive Rechtewahrnehmung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) Innovationshemmende Implikationen eines restriktiven Haftungsrahmens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Gestörte Innovationsfunktion

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

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

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

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

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

489 Vgl. dazu PETSCHULAT, Kulturflatrate, S. 3.

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

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

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

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

Ohnehin ist Urheberrecht heute als Recht der Kulturwirtschaft anzusehen und muss deren mannigfaltigen Produktionsweisen und Marktbedingungen gerecht werden:⁴⁹³

Dabei ist dieser Begriff nicht nur im Sinne einer künstlerischen Kultur zu verstehen. Unter Kulturwirtschaft ist die Erwerbswirtschaft zu verstehen, die mit kulturellen Gütern oder Dienstleistungen Gewinne erzielen will. Zur Kulturwirtschaft gehören auch Bereiche wie [...] die elektronische Datenverarbeitung.⁴⁹⁴

Folglich kann in einer Informationsgesellschaft die Innovationsfunktion des Urheberrechts nicht zum Tragen kommen, wenn sie lediglich auf die unmittelbare Förderung der Entstehung von Werken gerichtet ist, ohne die Tätigkeit der Internetdienste als Intermediäre zu berücksichtigen. Das widerspricht der tatsächlichen Umgebung, in der urheberrechtliche Schutzgüter heute geschaffen und genutzt werden. „Die grundsätzliche Erlaubnispflichtigkeit verträgt sich nicht mit dem konzeptionell offenen, virtuellen Raum, in welchem die gesellschaftliche Kommunikation (heute) stattfindet.“⁴⁹⁵ Vielmehr muss die Innovationsfunktion des Urheberrechts dahingehend verstanden werden, dass das Urheberrecht als Rechtsgebiet darauf gerichtet ist, einen Rahmen zu schaffen, der Innovationsprozesse, sofern sie auch nur

492 ZECH, in HILTY/JAEGER/LAMPING, Herausforderung Innovation, S. 81, 103.

493 Vgl. LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 4; dagegen SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 5.

494 LOEWENHEIM, in SCHRICKER/LOEWENHEIM (Hrsg.), Urheberrecht, Einl. Rn. 4.

495 ABEDINPOUR, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht, S. 273.

mittelbar ein urheberrechtliches Schutzgut zum Gegenstand haben, nicht hemmt, sondern initiiert und fördert.⁴⁹⁶

Ein innovationsoffenes Urheberrecht dürfte dabei nicht in der Konservierung einer bestimmten historischen Auffassung von Kreativität verharren, sondern sollte vielmehr die produktive Interaktivität zwischen den involvierten Akteuren ermöglichen. Letzteres wird im juristischen Diskurs aufgrund des dominanten Leitbildes des auktorialen Urhebers kaum hinreichend beachtet.⁴⁹⁷

Das Dilemma der Intermediäre in Form der Diskrepanz zwischen den für die Informationsgesellschaft typischen Innovationsprozessen und der juristischen Umgebung, in der sie stattfinden, wirkt sich lähmend auf die kreativ-wirtschaftliche Entwicklung der Kulturwirtschaft und der Internetdienste aus. Dadurch wird zumindest mittelbar auch schöpferisches Schaffen im Sinne des Urheberrechts erschwert. Darin ist eine Störung der Innovativfunktion des Urheberrechts zu sehen.

496 Vgl. dazu WANDTKE, in WANDTKE/BULLINGER, UrhR, Einl. Rn. 19.
497 SIEVERS, Die Freiheit der Kunst durch Eigentum, S. 16.

C. Digitales Dilemma – Symptome funktionsrelevanter Störungen

Die als digitales Dilemma bezeichneten Phänomene sind Symptome funktionsrelevanter Störungen im Urheberrecht der Informationsgesellschaft. Das ist das Ergebnis der Untersuchung dieser Sachverhalte bei Zugrundelegung der wesentlichen Funktionen des Urheberrechts als Prüfungsmaßstab. Die Akteure im digitalen Verwertungsumfeld bewerten das Urheberrecht gleichermaßen, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, oft als Quelle des Übels, gelegentlich als potentiellen Heilsbringer und immer als unzureichend und unangemessen. „So erstaunt es nicht, dass das Urheberrecht gleichsam zum Sündenbock für all jene geworden ist, die ihre Interessen gefährdet sehen: Jene, die sich in ihren Freiheiten behindert fühlen, genauso wie jene, welche ihre Gewinnmargen schrumpfen sehen.“⁴⁹⁸ In Anbetracht dessen sieht sich mancher renommierte Urheberrechtswissenschaftler an eine „schlechte Theaterinszenierung“ erinnert.⁴⁹⁹

Mit dem Ziel, diese offensichtlich bestehende, aber diffuse Unzufriedenheit der an urheberrechtlich relevanten Sachverhalten beteiligten Personen im digitalen Kontext zu systematisieren und juristisch zu erfassen, wurden vorstehend diejenigen Phänomene eruiert, die von den jeweiligen Akteuren als ihr Dilemma beschrieben werden. So war der Verlust der Kontrolle der Rechteinhaber auf eine Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion zurückzuführen. Der Verlust von urheberrechtsfreien Räumen wurde als Symptom der Störung des Urheberrechts in seiner Kommunikations- und Innovationsfunktion identifiziert. In der Diskrepanz zwischen der tatsächlichen und der rechtlichen Umgebung, in der internetbasierte Innovationen stattfinden, wurde eine Fehlstellung des Urheberrechts im Hinblick auf die urheberrechtliche Innovationsfunktion ausgemacht. Die aufgedeckten Fehlstellungen im Urheberrecht sind zugleich ein Zeichen der Ineffizienz und der punktuellen sachlichen Unangemessenheit des Urheberrechts im digitalen Kontext.

Die ermittelten urheberrechtlichen Dysfunktionalitäten erhöhen den Rechtfertigungsdruck, der ohnehin auf diesem Rechtsgebiet lastet. Deshalb ist der Begriff der „Legitimationskrise des Urheberrechts“⁵⁰⁰ aufschlussreich, wobei sich die Phänomene Akzeptanzverlust und Legitimationskrise

498 HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (107).

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

500 INTERNET & GESELLSCHAFT CO:LLABORATORY (Hrsg.), Regelungssysteme für informationelle Güter, S. 17.

gegenseitig bedingen. So stellt sich der Akzeptanzverlust einerseits als Ursache und andererseits als Folge der Legitimationskrise des Urheberrechts dar.⁵⁰¹ Vor diesem Hintergrund ist es unzutreffend, wenn gelegentlich behauptet wird, staatliche Stellen machten sich für den Erosionsprozesses und den Akzeptanzverlust des Urheberrechts mitverantwortlich, wenn sie „Flatrates für den Download geistigen Eigentums“ diskutierten.⁵⁰² Vielmehr ist es zielführend, die Ursache der Missstände in den aufgezeigten Dysfunktionalitäten zu suchen.

501 Vgl. HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 74.

502 Vgl. so aber SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009- H, S. 7, der behauptet Pauschalvergütungsmodelle für internetbasierte Nutzungen kämen einer Sachlage gleich, in dem der Staat, da er den Ladendiebstahl nicht in Griff bekomme, die Regel aufstelle: „Zahle am Eingang des Kaufhauses 100,- € und nimm mit, so viel du tragen kannst.“