

Teil 3: Perspektiven des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Im Anschluss an die Darstellung des juristischen Status quo des internetbasierten Umgangs mit Kreativgütern wurden im vorangegangenen Kapitel die im digitalen Verwertungsumfeld als Dilemma beschriebenen Phänomene als Symptome von Fehlstellungen bzw. Funktionsstörungen im geltenden Urheberrecht identifiziert. Welche Schlüsse sind nun aus den eruierten Dysfunktionalitäten zu ziehen?

Im Folgenden werden die Tendenzen in der diesbezüglich stattfindenden Debatte skizziert. Gleichzeitig sollen die angebotenen Lösungsansätze diskutiert und gegeneinander abgewogen werden. Insofern stehen sich im Wesentlichen zwei Optionen gegenüber: Einerseits besteht die Neigung zum Ausbau der rechtlich gewährten Ausschließlichkeit (A), andererseits mahnen Stimmen aus Gesellschaft und Wissenschaft die Berücksichtigung berechtigter Interessen der Werkverwender und die Beachtung der Belange des Allgemeinwohls im Rahmen künftiger Urheberrechtsgesetzgebung an (B). Der insoweit bestehende Gegensatz kommt anschaulich in dem Begriffspaar Kontrolle und Kompensation zum Ausdruck, wobei bislang Politik und Gesetzgebung vom Ausbau der Kontrollmacht geprägt sind (C). Nach einer kritischen Würdigung der Logik, die der Expansion des Urheberrechtsschutzes zugrunde liegt, wird vorliegend für einen Perspektivenwechsel von der Kontrolle hin zur Kompensation plädiert (D).

A. Ausschließlichkeitsrechte zur Steigerung von Kontrollmacht

„Geistiges Eigentum“, der „Schmierstoff der Informationsgesellschaft“, sei als unverrückbare Institution in Gefahr geraten und müsse daher verteidigt werden.⁵⁰³ Dieser Logik folgend, hat die sachliche Reichweite des Urheberrechts seit dem Aufkommen der Computer- und Internettechnologie, wie aufgezeigt, eine Ausweitung erfahren. Ebenso sind die Mechanismen der

503 Vgl. Verband Deutscher Drehbuchautoren e. V., offener Brief von 51 Tatort-Autoren, S. 1.

Rechtsdurchsetzung erheblich ausgedehnt worden.⁵⁰⁴ Trotz dieser auf sämtlichen Normsetzungsebenen erfolgten Expansion, die in einer Vielzahl von Kommentaren als Problem beschrieben worden ist,⁵⁰⁵ wird von denjenigen, die eine Erweiterung des Rechtsschutzes befürworten, beklagt, dass das geltende Urheberrecht das Interesse der Rechteinhaber an einer wirksamen Kontrolle über ihre Schaffensergebnisse nicht angemessen berücksichtige und daher die urheberrechtlich gewährte Ausschließlichkeit weiter auszubauen sei.⁵⁰⁶ Im Zuge der zuletzt erfolgten Urheberrechtsreformen sei der Schrankenkatalog auf bedenkliche Weise erweitert, eine Schranken-Schranke nach dem Vorbild des Dreistufentests nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Außerdem seien erforderliche Regelungen unterblieben, die eine Durchbrechung der Anonymität im Internet und damit die Durchsetzung der Ausschließlichkeitsrechte ermöglichten.⁵⁰⁷

504 Vgl. dazu mit besonderem Augenmerk auf das Strafrecht SIEBER, in SIEBER u.a. (Hrsg.) Europäisches Strafrecht, S. 439.

505 Vgl. dazu BECHTOLD, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 378 ff.; ders. in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 67 (72); BELDIMAN, in HILTY/PEUKERT, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 187 (205); DREIER, in DREIER/SCHULZE, UrhG, Einl. Rn. 40 sowie vor §§ 120 ff. Rn. 19; GEIGER, Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 815 (819); GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/ KITZ (Hrsg.), S. 1 (17); HANSEN, Urheberrecht, S. 70; HILTY, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int 2006, S. 179 (180); NIELEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 67 ff.; VAVER, in DREXL u. a. (Hrsg.), FS für Ullrich, S. 331 (333, 342).

506 Vgl. MARX, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischem Urheberrecht, S. 168, WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, UFITA (2011/II), S. 649 (660); vgl. auch THEISELMANN, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, S. 97.

507 Vgl. beispielsweise MARX, Möglichkeiten zum Schutz von musikalischen und filmischen Werken vor privaten digitalen Raubkopien nach dem deutschen und US-amerikanischem Urheberrecht, S. 48 ff., 68, die etwa den § 52a UrhG, also die Schranke zur Privilegierung der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung bemerkenswerter Weise unter anderem deshalb kritisiert, weil diese mit der Studentenschaft eine Gruppe in den Schutzbereich mit aufgenommen habe, die eine besondere Affinität zum Internet und zu Film und Musik habe. Insoweit bezeichnend ist auch die daran anschließende Feststellung von MARX, dass gegen den gänzlichen Ausschluss der Privatkopie keinerlei Bedenken bestehe, zumal dank technischer Schutzmechanismen die Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten nicht mehr mit der Unverletzlichkeit der Wohnung kollidiere. Freilich verkennt die Autorin offenbar den – mit dem Versuch der Durchsetzung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte im Internet einhergehenden – Grundrechtskonflikt zwischen der Eigentumsgarantie seitens der

Die Anwendungsbereiche bestehender Schrankenregelungen, etwa der Privatkopierfreiheit, seien zu reduzieren.⁵⁰⁸

Dahinter könnte die Hoffnung stehen, für zahlreiche der bislang durch gesetzliche Erlaubnisse den Verbotsrechten der Rechteinhaber entzogene und pauschal vergütete Nutzungen im Rahmen digitaler Vertriebsmodelle eine vertraglich vereinbarte Vergütung erlangen zu können. [...] Entsprechend dieser Strategie schätzen Organisationen der Rechteinhaber die Erfolgsaussichten einer Eindämmung unautorisierte Nutzungen positiver ein als andere Beobachter. Sie gehen davon aus, dass vor allem ein Zusammenspiel aus scharfer Rechtsverfolgung und attraktiven digitalen Geschäftsmodellen in der Lage sein wird, [...] die Vergütungsinteressen der Rechteinhaber zu verwirklichen.⁵⁰⁹

Abstellend darauf, dass Ausschließlichkeit die Regel darstelle und ihre Beschränkung die zu begründende Ausnahme sei, wird gegen eine bereichsspezifische Begrenzung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte durch das Schaffen gesetzlicher Lizenzen ins Feld geführt, dass die Voraussetzungen ihrer Einführung, nämlich das Bestehen eines zu korrigierenden Marktversagens, nicht dargelegt seien.⁵¹⁰ Ein Marktversagen dahingehend, dass die Transaktionskosten des Erwerbs vertraglicher Lizenzen unverhältnismäßig hoch seien, bestehe im digitalen Verwertungsumfeld nicht. Im Gegenteil, das Internet ermögliche flexible und einfache Lösungen der Vertragsanbahnung und -gestaltung. Insoweit wird davon ausgegangen, dass durch eine Kombination restriktiver Rechtsverfolgung mit attraktiven legalen Angeboten Urheberrechtsverletzungen im digitalen Kontext erfolgreich zurückgedrängt werden könnten.⁵¹¹

Gegen die partielle Ersetzung von Ausschließlichkeitsrechten durch Vergütungsansprüche wird zudem ins Feld geführt, dass gesetzliche Vergütungsansprüche zu einer nicht unerheblichen Erhöhung der Preise von Geräten und Datenträgern führen, wobei die Verteuerung auch diejenigen betreffe, welche die erworbenen Geräte nicht zur Herstellung von Kopien

Rechteinhaber einerseits und der Privatsphäre und Kommunikationsfreiheiten der Nutzer andererseits.

508 Vgl. EVERSPOLL, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts, S. 1 ff.

509 ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 79, unter Bezugnahme auf BUNDESVERBAND DER MUSIKINDUSTRIE, Musikindustrie in Zahlen 2009, S. 28 ff.

510 Vgl. MERGES, Compulsory Licing vs. The Three „Golden Oldies“ Property Rights, Contracts, and Markets, 2004, No 508, S. 1 ff.

511 Vgl. EVERSPOLL, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts „Dritter Korb“, Stellungnahme der Spitzenorganisation der Filmwirtschaft e. V, S. 4 ff. zit nach ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 79.

verwendeten. Basierend auf diesem Argument der „Preisgerechtigkeit und angemessenen Kostenverteilung“ wird geltend gemacht, das bereits bestehende System der pauschal vergüteten Privatkopie sei im digitalen Kontext an seine Grenzen gestoßen und müsse daher aufgegeben werden.⁵¹² Als Alternative wird vorgeschlagen, „in klar definierten Einzelfällen besondere Informationszugangsrechte“ sowie „vertraglich unabdingbare Mindestrechte“ vorzusehen und auf diese Weise die weitere „Erosion des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ zu verhindern.⁵¹³ Die Idee vom Ausbau der juristisch gewährten Ausschließlichkeit zur Steigerung der Kontrollmacht des Rechteinhabers über seine Schutzgüter findet ihren Niederschlag insbesondere in der zu beobachtenden Tendenz zur Verschärfung der Rechtsdurchsetzung, die sich einerseits gegen Internetnutzer (I) und andererseits gegen Dritte als mittebare Verletzer (II) richtet.

Die Bestrebung, den durch rechtliche Exklusivität geschaffenen Raum im Wege der Etablierung weiterer Ausschließlichkeitsrechte im materiellen Urheberrecht zu vergrößern, wurde zuletzt durch die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger im deutschen Urheberrecht realisiert.⁵¹⁴

Durch Einführung eines Leistungsschutzrechts im Urheberrechtsgesetz soll Presseverlegern das ausschließliche Recht eingeräumt werden, Presseerzeugnisse oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken im Internet öffentlich zugänglich zu machen. Geschützt werden sollen die Presseverleger vor systematischen Zugriffen

512 „Der Gesetzgeber sollte tun, was aufgrund des geänderten technischen Umfelds zum Schutz der Urheberrechte nicht nur an Musik, sondern an allen digitalisierbaren Werken erforderlich ist. Er ist gut beraten, wenn er sich für ein Verbot der digitalen Privatkopie ausspricht und damit den neuen technischen Gegebenheiten Rechnung trägt. Er würde damit das folgerichtig zu Ende führen, was bei typischerweise ausschließlich digital vorliegenden Werken wie Computerprogrammen und elektronischen Datenbanken auch bislang schon gegolten hat. Die Privatkopie auf analoge Trägermedien sollte hingegen zulässig bleiben, um den Zugang zu Informationen und zu Kulturgütern zu ermöglichen. Damit ist zugleich eine klare Trennlinie zwischen digitaler und analoger Nutzung gezogen.“ BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, S. 257 (265).

513 Vgl. BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1, ZUM 2004, S. 257 (265).

514 Vgl. dazu ENSTHALER/BLANZ, Leistungsschutzrecht für Presseverleger, GRUR 2012, S. 1104 ff.; STIEPER, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2013, S. 10 ff.; Stellungnahme des MPI zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, S. 1 ff.

auf die verlegerische Leistung durch die Anbieter von Suchmaschinen und solchen Diensten, die Inhalte entsprechend einer Suchmaschine aufbereiten.⁵¹⁵

Die im Vordringen befindlichen Bestrebungen zur Ausweitung der urheberrechtlich gewährten Ausschließlichkeit und die insoweit vorgeschlagenen und teilweise realisierten Maßnahmen sind im Wesentlichen dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zuzuordnen. Insoweit setzen einzelne Staaten stark auf die private Regulierung und insbesondere eine provider-gestützte Rechtsdurchsetzung.⁵¹⁶

I. Gegen Internetnutzer gerichtete Ansätze

Den Internetnutzer in den Fokus nehmend werden eine Erleichterung der rechtlichen Verfolgung sowie die Erhöhung des Verfolgungsdrucks und die Einführung abschreckender Sanktionen, auch strafrechtlicher Natur, diskutiert. Insbesondere geht die Entwicklung in Richtung der Graduated Response- bzw. Three Strike-Modelle, die in unterschiedlichen Variationen in einigen Staaten, insbesondere Taiwan, Südkorea, Neuseeland, Frankreich, Großbritannien, Irland und Schweden, bereits praktiziert werden.⁵¹⁷ Derartige Durchsetzungsmechanismen sehen vor, dass der Inhaber eines Internetanschlusses, der zu Urheberrechtsverletzungen genutzt wird, von einer dazu eigens eingerichtete Behörde gewarnt und davon in Kenntnis gesetzt wird, dass seine persönlichen Daten sowie sein Surfverhalten gespeichert werden. Kommt es danach zu weiteren Urheberrechtsverletzungen, die auf den betreffenden Anschluss zurückgeführt werden können, folgen Sanktionen, die bis zur Sperrung des Internetanschlusses reichen.⁵¹⁸ Diesbezüglich kam mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland eine im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorgelegte Studie zu folgendem Fazit:

Das Modell der vorgerichtlichen Mitwirkung der Zugangsanbieter, das ein aufklärendes Warnhinweismodell mit einer Effektivierung des Auskunftsanspruchs verbindet, erscheint vor dem Hintergrund des internationalen und europäischen Rechtsrahmens zulässig. Insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen

515 BT-Drs. 17/12534, S. 1.

516 Vgl. SIEBER, in SIERBER / u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, S. 439.

517 Für einen Überblick über ausländische Ansätze der Rechtsdurchsetzung im Internet vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 54 ff.; EUROPÄISCHES PARLAMENT (Hrsg.), The „Content-Flatrate, S. 50 ff.

518 Vgl. BT.-Drs. 17/7899, S. 54.

Gerichtshofs legt ein Prävention und Repression verbindendes Modell zum Urheberrechtsschutz nahe. Verfassungsrechtlich ist eine aus technischen Gründen unabdingbare Inflichtnahme der Zugangsanbieter vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit nicht zu beanstanden und stellt mit einer Kombination aus Aufklärung und Warnhinweis ein verhältnismäßiges Mittel beim Vorgehen gegen Urheberrechtsverletzungen im Internet dar.⁵¹⁹

Ein anderes Konzept in der Diskussion um die Verschärfung der Urheberrechtsdurchsetzung im Internet ist die Etablierung ausforschender Filtertechnologien, insbesondere die Einführung von „Deep Packet Inspection“. Dabei handelt es sich um Technologien, die aus den via Internet durchzuleitenden Datenpaketen nicht lediglich die zum Datentransport relevanten Informationen verarbeiten, sondern auch den transportierten Inhalt auslesen. Sie ermöglichen es, den Internetverkehr flächendeckend und verdachtsunabhängig auf Urheberrechtsverletzungen zu untersuchen.⁵²⁰

Ausgehend davon, dass die Rechte des Urhebers erst durch das Zivilrecht definiert werden, steht zwar dieses Rechtsgebiet im Mittelpunkt der aktuellen Tendenzen zur Ausdehnung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit. Gleichwohl ist mit Blick auf das Urheberstrafrecht zu bedenken, dass die nationalen Strafgesetze innerhalb der Europäischen Union und damit auch in Deutschland die urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse umfassend schützen, mit der Folge, dass die Ausweitung des materiellen Urheberrechts stets und gleichzeitig die Ausdehnung der strafrechtlichen Tatbestände in sich birgt.⁵²¹ Zudem ist festzustellen, dass sich die Aufmerksamkeit in den letzten Jahren sowohl weltweit als auch in Europa zunehmend ebenfalls auf die Vereinheitlichung und Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen richtet. Der Vertrag von Lissabon hat diesen Trend verstärkt, da er mit Art. 118 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union⁵²² erstmals eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung einheitlicher Schutzmaßnahmen für Immaterialgüterrechte bietet. So spricht das Stockholmer Programm, das Leitlinien für eine gemeinsame Innen- und Sicherheitspolitik der Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Jahre

519 SCHWARTMANN, Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen, S. 344.

520 Vgl. dazu BEDNER, zitiert nach ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 139.

521 SIEBER, in SIEBER / u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, S. 448.

522 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 26. Oktober 2012, AbI. 2012 C 326/ 47 (nachfolgend AEUV genannt).

2010 bis 2014 enthält, explizit strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Urheberrechts an.⁵²³

II. Gegen Dritte als mittelbare Verletzer gerichtete Ansätze

Vor allem Internetdienste als Intermediäre, aber auch sonstige Dritte, die internetbasierte Urheberrechtsverletzungen mittelbar begünstigen, als beteiligte Gruppe betrachtend, geht eine starke Tendenz dahin, mittelbare Verletzer stärker in Anspruch zu nehmen. In Spanien z. B. sieht ein gesetzliches „notice and take down“-Verfahren vor, dass ein Rechteinhaber eine vermeintliche internetbasierte Rechtsverletzung dem betreffenden Internetdienst anzeigt und dieser nach erfolgter Prüfung Abhilfe schafft. Diese Vorgehensweise unterscheidet sich von dem französischen und dem britischen Graduated Response-Modell insofern, als es den Internetnutzer als unmittelbaren Verletzer ausklammert. Dabei ist zu beachten, dass dem Rechteinhaber außerdem alle anderen Rechtsschutzmöglichkeiten, insbesondere zivil- und strafrechtlicher Art, weiterhin zur Verfügung stehen.⁵²⁴

Eine deutliche Tendenz zur Intensivierung und Ausweitung von Kontroll- und Handlungspflichten von Internetdiensten ist auch in der deutschen Rechtsprechung zu beobachten.⁵²⁵ Dies lässt sich an den diversen in Sachen *Rapidshare* und *YouTube* ergangenen Urteilen illustrieren. In Sachen GEMA/*YouTube* hat das LG Hamburg⁵²⁶ entschieden, dass der Einsatz geeigneter automatischer Filtersysteme zumutbar sei. Dazu zählten nach besagter Rechtsprechung neben dem auf die Identität von Dateien gerichteten MD5-Filter und dem *YouTube*-eigenen Content-ID-System der Einsatz qualifizierter zukunftsgerichteter Wortfilter, die Interpreten- und Titelbezeichnungen erfassten.⁵²⁷

Die andere Konstellation, in der die Expansion von Präventivmaßnahmen und Prüfpflichten zum Tragen kommt, lässt sich anhand der Entscheidungspraxis des OLG Hamburg und der vorerst letzten BGH-Entscheidung

523 Vgl. dazu SIEBER, in SIEBER / u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, S. 449.

524 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, The „Content-Flatrate“, S. 55.

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

526 Vgl. LG Hamburg, MMR 2012, S. 404, mit Anmerkung von LEUPOLD.

527 Diesbezüglich ist aus der Sicht der Werkverwender sowie der Internetdienste problematisch, dass ein automatischer Wortfilter auch eine gewisse Zahl falsch positiver Treffer produziert, so dass zunächst auch eine bestimmte Anzahl rechtmäßig verfügbar gemachter Videos erfasst würde.

in Sachen *Rapidshare* erläutern. Bei *Rapidshare* handelt es sich um einen werbefinanzierten Host-Provider, der nicht eigene Kreativgüter verfügbar macht, sondern es seinen Nutzern ermöglicht, Dateien und Dokumente jeglicher Art, insbesondere Computerprogramme, Videospiele, Musik, Filme, Texte etc., abzuspeichern und anderen Internetnutzern zum Abruf verfügbar zu machen. Der Nutzer, der dort eine Datei einstellt, erhält vom Dienstanbieter eine individuelle Adresse, mit der er die eingestellte Datei beziehen kann. Diese Adresse kann der Nutzer aber auch an andere weitergeben bzw. veröffentlichen und auf diese Weise die Datei einzelnen oder einer breiten Öffentlichkeit zugänglich machen. Funktional entspricht der Dienst von *Rapidshare* einer Schließfachanlage, deren Fächer mittels eines Codes zu öffnen sind.⁵²⁸ Das OLG Hamburg hat in Fortführung seiner Rechtsprechung auf diesem Gebiet⁵²⁹ zuletzt geurteilt, dass neben dem Einsatz von MD5-Identitätsfiltern auch die ständige, umfassende und effektive Kontrolle externer Linkssammlungen sowie die Registrierung der Nutzer, Download-Beschränkungen und letztlich auch die Löschung von Nutzer-Accounts zumutbare Präventionsmaßnahmen seien.⁵³⁰

Die dieser Tendenz entgegenstehende Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf ist durch den BGH zurückgewiesen worden. Das OLG Düsseldorf hatte in Sachen Atari/*Rapidshare* geurteilt, der Dienstanbieter hafte nicht als Störer für Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer.⁵³¹ Eine manuelle Überprüfung der bei *Rapidshare* gespeicherten Dateien durch den Dienstanbieter sei nicht zumutbar und die automatisierte Überprüfung von Dateien sei ungeeignet. Dieses Urteil hob der BGH auf.⁵³² Obgleich er feststellte, dass eine besondere Gefahrgeneigtheit im Falle von *Rapidshare* nicht zu erkennen sei, außerdem für den Dienst ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis bestehe und dieser eine große Anzahl an legalen Nutzungsmöglichkeiten aufweise,⁵³³ verwies der BGH die Sache

528 Vgl. BREYER, Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten, MMR 2009, S. 15 (15).

529 Vgl. OLG Hamburg ZUM 2011, S. 500 –Sevenload; ZUM 2010, S. 440 – Rapidshare III; ZUM-RD 2009, S. 246 – Usenet I; ZUM-RD 2009, S. 439 – Usenet II; ZUM-RD 2008, S. 527 – Rapidshare I; ZUM 2006, S. 414 – Cybersky.

530 Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 14.3.2012 – 5U87/09, Rn. 222 ff., S. 239 – Rapidshare III.

531 Vgl. OLG Düsseldorf, ZUM 2010, S. 600 ff.

532 Vgl. BGH, MMR 2013, S. 185 ff, – *Alone in the Dark*, m. Anmerkung HOEREN.

533 Vgl. BGH, MMR 2013, S. 185 (189) – *Alone in the Dark*, m. Anmerkung HOEREN.

mit der Maßgabe zurück, dass es *Rapidshare* möglicherweise zumutbar sei, bezüglich der auf eigenen Servern befindlichen Dateien auf den Titel des streitgegenständlichen Spiels gerichtete Wortfilter einzusetzen. Ferner soll die Kontrolle einer überschaubaren Anzahl externer Linkssammlungen hinsichtlich Links, die mit dem Titel des Spiels bezeichnet sind und auf *Rapidshare* verweisen, zumutbar sein. Auffällig ist, dass die Rechtsprechung Sharehosting als erwünschtes und legitimes Geschäftsmodell einordnet, aber gleichzeitig auf der Basis der Störerhaftung den betroffenen Internetdiensten Maßnahmen bis hin zur Registrierung, Überwachung und Einschränkung bzw. Sperrung von Nutzer-Accounts auferlegt.

Diese Rechtsprechung fügt sich – wenn sie Bestand hat – unter rechtsvergleichender Perspektive in einen Trend, mögliche und wirklich effektive Kontroll- und Handlungspflichten schon im Rahmen der europäischen Vermittlerhaftung zu entwickeln, womit die Gerichte sich zum Teil sogar in einen Bereich vorantasten, der bisher unter dem Stichwort der „Two–Strikes“- oder „Three–Strikes-out“-Modelle bis hin zu umstrittenen Netzsperren [...] diskutiert wurde.⁵³⁴

Im Hinblick auf mittelbare Verletzer wird zudem teilweise vorgeschlagen, die Störerhaftung in ihrer persönlichen Reichweite auszudehnen. Beispielsweise wird angeregt, Werbetreibende oder Anbieter von Zahlungsdiensten für fremde Urheberrechtsverletzungen in Anspruch zu nehmen. Werbetreibende sollten haften, wenn sie ihre Werbung auf Plattformen platzierten, deren Angebot urheberrechtsverletzend sei. Ebenso sollten Zahlungsdienstleister für Urheberrechtsverletzungen einstehen, die auf den Plattformen passierten, deren Zahlungsverkehr sie organisierten.⁵³⁵ Auf diese Weise sollen die Betreiber derartiger Plattformen finanziell unter Druck gesetzt werden. In diesem Zusammenhang wird betont, dass auf dem Gebiet der technischen Schutzmaßnahmen weitere Möglichkeiten zur Verbesserung des Rechtsschutzes bestünden, die noch nicht voll ausgeschöpft seien. Insfern werden beispielsweise die verpflichtende Implementierung und der Ausbau von bereits verfügbaren Technologien gefordert, die Inhalte im Internet identifizieren können.⁵³⁶ Dazu zählen neben der erwähnten „Deep Packet Inspection“ insbesondere die Hashing-, Fingerprinting- und Watermarking-Technologien.

534 LEISTNER, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722 (735).

535 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate“, K&R 2013, S. 439 (440).

536 Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 50 ff., BT-Drs, S. 31.

Die mangelnde Effektivität der urheberrechtlichen Durchsetzungsinstrumentarien veranlasst manche auch zu mitunter kreativen Ansätzen. Beispielsweise sei auf den Vorschlag hingewiesen, Peer-to-Peer-Filesharing sowie Filehosting durch systematisches Fluten der Datenströme mit Scheinangeboten zu bekämpfen. Insoweit sollten als gesuchte Angebote maskierte Dateien, die fehlerhaft benannt wären oder sogar Schadsoftware enthielten, Internetnutzer davon abschrecken, illegale Angebote in Anspruch zu nehmen.⁵³⁷ Unabhängig von der Erfolgsaussicht eines solchen Vorgehens besteht hierbei das Problem, dass das Versenden von Inhalten mit Schadsoftware seinerseits eine Rechtsverletzung darstellen kann, die mit Blick auf §§ 303a und 303b StGB strafrechtlich relevant ist.⁵³⁸

537 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die „Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate“, K&R 2013, S. 439 (441).

538 Vgl. darauf hinweisend SPINDLER, Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate K&R 2013, S. 544 (545).

B. Kompensierte Zugangsfreiheit durch Relativierung von Verbotsrechten

Die Tendenz zur Ausdehnung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeits- schutzes kommt in Formulierungen wie „age of expansion“⁵³⁹, „Hypertrophie der Schutzrechte“⁵⁴⁰ und „Expansion des Urheberrechts – und kein Ende?“⁵⁴¹ plastisch zum Ausdruck. Auf diese Entwicklung kritisch Bezug nehmend heißt es an einer Stelle plakativ: „enough is enough“.⁵⁴² Derartige Rufe nach einer Begrenzung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit sind aus der Rechtswissenschaft sowie aus anderen Wissenschaftsdisziplinen, aber auch aus Gesellschaft und Politik vermehrt zu vernehmen. Sie üben mitunter heftige Kritik an der Entwicklung des Urheberrechts.⁵⁴³ Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend einige der Vorschläge, welche die Interessen der Werkverwender und der Allgemeinheit besonders betonen, umrissen: ein transparenter und differenzierter Urheberrechtsschutz (I), die Flexibilisierung urheberrechtlicher Schranken (II), die bereichsspezifische Reduktion von Verbotsrechten (III) sowie die Optimierung des Systems kollektiver Rechtewahrnehmung (IV). In den Kanon der Forderungen nach kompensierter Zugangsfreiheit ist auch die Idee eines Pauschalvergütungs- modells einzuordnen.⁵⁴⁴

I. Transparenter und differenzierter Urheberrechtsschutz

Als Ansatzpunkt zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs wird in der Rechtswissenschaft auf einer grundlegenden Ebene Transparenz und Differenzierung in der Debatte hinsichtlich der Belange der unterschiedlichen

539 CORNISH in SCHRICKER/DREIER/KUR (Hrsg.), *Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation*, S. 9.

540 ZYPRIES, *Hypertrophie der Schutzrechte?*, GRUR 2004, S. 977 (978).

541 GYERTYANFY, *Expansion des Urheberrechts*, GRUR Int 2002, S. 557 ff.

542 KUR/GROSSE RUSE-KHAN, *Enough is Enough*, S. 1.

543 Vgl. dazu grundlegend HANSEN, *Warum Urheberrecht?*, S. 26 ff.; STIEPER, *Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts*, S. 530; KREUTZER, *Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen*, S. 394; GEIGER, *Copyright and Free Access to Information*, EIPR 2006, S. 366 ff.; FREIE UND HANSESTADT HAMBURG (Hrsg.), *Diskussionspapier Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts*, S. 1 ff; HILTY, in OHLY/KLIPPEL, *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (108, 110); Ders. *Copyright Law and the Information Society*, IIC 2007, S. 135 (135).

544 Vgl. dazu ZWENGEL, *Kulturflatrates*, S. 79.

Interesseninhaber eingefordert.⁵⁴⁵ Die vom Urheberrecht zu berücksichtigende Interessenlage sei nicht bipolarer, sondern mindestens tripolarer Natur. Sie beinhalte nämlich die Belange der Kreativen, der Verwerter und der Konsumenten.⁵⁴⁶

Wir vereinfachen das Urheberrecht in unserem Sprachgebrauch und reduzieren jene Gegenseite, die den Konsumenten gegenübersteht, auf „den Rechteinhaber“: [...] Wir blenden schon auf terminologischer Ebene aus, dass die Kreativen auf der einen Seite und diese dritte Kategorie der „Verwerter“ auf der anderen keineswegs stets übereinstimmende Interessen haben. [...] Wir sollten transparenter machen, von wem wir wirklich sprechen. Wenn etwa die Frage auftaucht, ob wir zu viel oder zu wenig Schutz gewähren, sollten wir als erstes zurückfragen: für wen denn? Es ist nämlich so sicher wie das Amen in der Kirche, dass die Urheberrechtsindustrie durchgängig den Urheber vorschieben wird, wenn sie selbst mehr Rechtschutz will – obwohl ein Mehr an Rechtschutz der Verwerter ein Weniger an Rechtschutz der Urheber sein kann.⁵⁴⁷

Vor diesem Hintergrund wird aber auch bezüglich der Interessen der Konsumenten zu mehr Differenzierung aufgerufen. Insbesondere sei mit Blick auf Schutzbedürftigkeit der jeweiligen Belange hinsichtlich „verbrauchendem“ und „kreativem“ Gebrauch von Werken sowie Gebrauch, der zwar nicht zu einem kreativen, wohl aber zu einem wirtschaftlichen Mehrwert führe, zu unterscheiden. Während die „verbrauchende“ Nutzung urheberrechtlich geschützter Güter nicht einfach (entgelt-)frei sein dürfe, da dem gegenüber berechtigte monetäre Interessen der Verwerter und der Werkshöpfer in Ansatz zu bringen seien, stünden im Falle von vermittelndem sowie kreativem Gebrauch dem rein individuellen (Gewinn-)Interesse gewichtige öffentliche Interessen gegenüber.⁵⁴⁸ Ferner wird angeregt, den Umfang und die Reichweite des zu gewährenden Urheberrechtschutzes in Abhängigkeit von der Bedeutung des betreffenden Schutzgegenstandes für die Allgemeinheit zu bestimmen. Ohnehin sei kaum nachvollziehbar, dass das Urheberrecht bei Schutzmfang und Schutzausgestaltung hinsichtlich der sehr unterschiedlichen Schutzgüter nicht differenziere. So genieße etwa ein Zeitungsartikel, der am Tag nach seiner Veröffentlichung in der Regel

545 Vgl. dazu eingehend GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (30 ff.).

546 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (113 ff.).

547 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (114).

548 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (119).

seinen wirtschaftlichen Wert eingebüßt habe, denselben rechtlichen Schutz wie ein Sachbuch, das zwecks Amortisation über Jahre hinweg verkauft werden müsse. Im gleichen Umfang und auf die gleiche Art seien auch eine Oper, Werke der Architektur oder ein Computerprogramm geschützt.⁵⁴⁹

Soll es nicht bei einem bloßen Lippenbekenntnis bleiben, dass wir dynamischen Wettbewerb als zugrunde liegendes Prinzip betrachten und dass Rechtschutz nur ausnahmsweise gewährt werden darf – nämlich nur dann, wenn daraus positivere Wirkungen zu erwarten sind, als der freie Wettbewerb sie hervorbringen könnte –, so müssen uns diese Beispiele zu denken geben.⁵⁵⁰

Insoweit wird eine Neukonzeption der urheberrechtlichen Schutzfristen als der Kernpunkt jeder Differenzierung hinsichtlich des Rechtschutzes erachtet.⁵⁵¹

II. Flexibilisierung urheberrechtlicher Schranken

Der urheberrechtliche Schrankenkatalog erscheint als der am besten geeignete Ort, an dem den Interessen der Werkverwender und der Allgemeinheit zur Geltung verholfen werden kann.⁵⁵² Das gilt unter systematischen Gesichtspunkten sowohl in Bezug auf Gesetzesanwendung als auch hinsichtlich künftiger legislativer Lösungen. Mit Augenmerk auf das geltende Recht wird gefordert, das Prinzip der engen Auslegung urheberrechtlicher Schranken aufzugeben. „Das Ammenmärchen von der ‚engen Auslegung von Schrankenbestimmungen‘ dürfte mittlerweile als entlarvt angesehen werden.“⁵⁵³

Daran anknüpfend wird etwa für Mashups und sonstige derivative Kreativgüter eine erweiternde Auslegung des Instituts der freien Benutzung und

549 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (125 ff.).

550 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (127).

551 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (130).

552 Vgl. dazu HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107 (116), der diesbezüglich auch auf Stimmen, die das Kartellrecht als ein Instrument zum Aufbau eines „Gegenschutzes“ für Werkverwender thematisieren, Bezug nimmt und diese ablehnt.

553 Vgl. HILTY, *Vergütungssystem und Schrankenregelungen*, GRUR 2005, S. 819 (823); dazu auch GEIGER, *Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung*, GRUR Int 2008, S. 459 (459).

der Zitatschranke gefordert.⁵⁵⁴ Mit Blick auf künftige legislative Lösungen im Rahmen des Schrankenkatalogs wirkt sich Art. 5 Abs. 1 Info-RL, der es nationalen Gesetzgebern untersagt, andere als in der InfoRL vorgesehene Schranken für die im digitalen Kontext relevanten Ausschließlichkeitsrechte vorzusehen, als unüberwindbares Hindernis aus.⁵⁵⁵ Als ebenso hinderlich erweist sich der Dreistufentest, der als Schranken-Schranke bei der Einführung neuer Schranken durch die Legislative zu beachten ist und dessen herrschende Interpretation den Blick der Legislative unweigerlich auf die Belange der Rechteinhaber, insbesondere der Verwerter, verengt.

Stets aber liegen Schranken naturgemäß im Interesse jener Nutzer, für welche sie aufgestellt werden – doch deren Interessen werden im urheberrechtlichen Dreistufentest merkwürdigerweise gänzlich übergangen. Denn anders als im Markenrecht (Art. 17 TRIPS), im Geschmacksmusterrecht (Art. 26 Abs. 2 TRIPS) und im Patentrecht (Art. 30 TRIPS) fehlt im Art. 13 TRIPS der Zusatz „taking account of the legitimate interests of third parties.“⁵⁵⁶

Eine solche Rechtslage als zu starr für die technologiegetriebene Umgebung, in der sie wirkt, kritisierend,⁵⁵⁷ geht eine Forderung dahin, besagte Richtlinie derart zu überarbeiten, dass sie flexible, dem digitalen Kontext entsprechende legislative Lösungen des Problems des Zugangs sowie der Verwertung urheberrechtlicher Schutzgüter ermöglicht.⁵⁵⁸ Für den Dreistufentest wird eine flexiblere Anwendung gefordert, um etwa an Vergütungsansprüche geknüpften Schranken Raum zu geben. „Greift stattdessen der Dreistufentest dergestalt weit, dass eine Schranke nicht zum Einsatz gelangt, so bleibt es beim uneingeschränkten Verbotsrecht des Rechteinhabers. Rechteinhaber ist aber in Wirklichkeit [...] der Verwerter.“⁵⁵⁹

554 Vgl. so etwa OTT, Mashups, K&R 2007, S. 623 (625); für einen Überblick über Ansätze zur künftigen Regelung von Mashups, vgl. umfassend GELKE, Mashups im Urheberrecht, S. 198 ff.

555 Vgl. HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (130).

556 HILTY, in OHLY/KLIPPEL (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (122)

557 Vgl. dagegen NIELEN, Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft, S. 151.

558 Vgl. dazu BT.-Drs. 17/7899, S. 29.

559 HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (124).

Die Öffnung der InfoRL voraussetzend und eine alternative Lesart des Dreistufentests⁵⁶⁰ zugrunde legend werden diverse neue bzw. die Modifikation bestehender Schranken verlangt. So wird etwa die Einführung einer Schranke vorgeschlagen, welche sämtliche bisher für Bildung und Wissenschaft relevanten, mitunter komplexen und für den Adressaten kaum verständlichen Schrankenbestimmungen, insbesondere die in den §§ 52a, 52b, 53, und 53a, in einer universellen Bildungs- und Wissenschaftsschranke zusammenfassen soll, um einen unkomplizierten, aber nicht zwangsläufig unentgeltlichen Zugang zu Kreativgütern für Forschende, Lehrende und Lernende im digitalen Kontext zu gewährleisten. Andere fordern eine Schranke, die kreative Nutzungen im digitalen Verwertungsumfeld erlaubnisfrei, aber vergütungspflichtig ermöglichen soll.⁵⁶¹ Wieder andere vertreten die Ansicht, dass das System eines Schrankenkatalogs angesichts des raschen Wandels von Nutzungsweisen nicht flexibel genug sei, und fordern in Anlehnung an das angloamerikanische Fair Use System die Etablierung einer generalklauselartigen Universalschranke.⁵⁶²

III. Bereichsspezifische Reduktion von Verbotsrechten

Abstellend auf die Massenhaftigkeit der Rechtsverletzungen im digitalen Verwertungsumfeld und die insoweit problematische Rechtsdurchsetzung wird die Frage aufgeworfen, ob Verbotsrechte, deren Durchsetzung im digitalen Kontext eine erhebliche Grundrechtrelevanz aufwiesen, ohne gleichermaßen effektiv zu sein, nicht zu relativieren seien.⁵⁶³ Die damit einher-

560 Vgl. GEIGER/HILTY/GRIFFITHS/SUTHERSANEN (Initiatoren), Declaration - A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law, S. 1 ff.; GEIGER/GRIFFITHS/HILTY, Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, S. 822 ff.

561 Vgl. GEIGER, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int 2008, S. 459 (463).

562 Vgl. dazu grundlegend KLEINEMENKE, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht, S. 519 ff. Vgl. auch HÜTTNER, Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen in Deutschland, S. 1 ff.

563 Vgl. dazu HILTY, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schriker, S. 325 (331), der abstellend auf Dt. BGHZ 151, S. 300, 312 = GRUR 2002, S. 963 (966) – Elektronischer Pressespiegel – die Frage aufwirft, „ob das Verbotsrecht – wenn es denn in der Praxis ohnehin nicht vom Urheber selbst geltend gemacht werden kann – im Interesse des Urhebers in einen bloßen Vergütungsanspruch umgewandelt werden sollte.“; KREUTZER, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 472.

gehende Forderung nach bereichsspezifischer Reduktion von Verbotsrechten wird auch auf die Beobachtung gestützt, dass Urheber ihre Ausschließlichkeitsrechte vollumfänglich und umfassend auf Verwerter, etwa auf Zeitungsverleger oder im Falle von Musikern auf Musikverlage, übertragen. Abstellend auf die dadurch entstehende tripolare Interessenlage wird für bestimmte Sachlagen zur Verbesserung der Situation der Urheber einerseits und zur gleichzeitigen Berücksichtigung berechtigter Nutzerinteressen andererseits die Herabstufung von Ausschließlichkeitsrechten zu verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsansprüchen favorisiert.⁵⁶⁴

Die Ersetzung urheberrechtlicher Verbots- bzw. Ausschließlichkeitsrechte durch Vergütungsansprüche oder gar der Verzicht auf sie ist auch ein wesentliches Charakteristikum der immer wieder diskutierten alternativen Verwertungsmodelle im digitalen Kontext. Zu nennen sind insoweit die open source-, open access- und Creative Commons-Initiativen, die vorliegend im Mittelpunkt des Interesses stehende Forderung nach einer Kulturflatrate sowie schließlich das „Google-Book-Settlement“.⁵⁶⁵ Diese genannten Vorschläge und Initiativen sind teilweise bereichsspezifisch und unterscheiden sich stark voneinander,⁵⁶⁶ aber sie alle fordern gleichermaßen ein partielles Entfallen des Zustimmungsbedürfnisses für jede Verwertungs- bzw. Nutzungshandlung im digitalen Kontext. Eine gewisse Relativierung des Prinzips der Ausschließlichkeit zugunsten von Vergütungsansprüchen solle jedenfalls dann in Erwägung gezogen werden, wenn Ausschließlichkeitsrechte in einem bestimmten Bereich, etwa im Internet, ihre Schutz- und Vergütungsfunktion nicht oder nur unter Inkaufnahme unverhältnismäßiger Folgen zu erfüllen vermöchten. Hinsichtlich wettbewerbswidriger Zustände auf urheberrechtlich relevanten Märkten, insbesondere dem Markt wissenschaftlicher Literatur, wird der Zwangslizenz das Potential zugesprochen,

564 Vgl. HILTY, in OHLY/ u.a. (Hrsg.), FS für G. Schriker, S. 325 ff.; WENZL, Musiktauschbörsen im Internet, S. 200, die mit Bezug auf das von Netanel vorgeschlagene Modell ausführt, dass das Problem der Filesharing-Netze nicht durch juristische Ahndung gelöst werden könne, sondern durch „Legalisierung des Filesharings unter gleichzeitiger finanzieller Inanspruchnahme der Medien, die den Tausch ermöglichen und von ihm profitieren.“; FLECHSIG, in HILTY, DREXL, NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 97 ff.

565 Vgl. dazu DREIER, in OHLY/u.a. (Hrsg.), FS für G. Schriker, S. 283 (284).

566 So hat die Open Source Initiative ausschließlich Computerprogramme zum Gegenstand, die Open-Access-Bewegung hat vor allem die Wissenschaft im Blick und die Contentflatrate wird soweit ersichtlich lediglich im Zusammenhang mit dem Austausch von Unterhaltungsinhalten im Wege von Filesharing-Netzen diskutiert.

Wettbewerb sinnvoll aufrechtzuerhalten.⁵⁶⁷ Andere wiederum schlagen eine grundsätzliche, sich auch an Nutzerinteressen orientierende Neuausrichtung des Urheberrechts vor.⁵⁶⁸ Demnach sei vor allem eine neue Schutzzweckbestimmung des Urheberrechts erforderlich.

Eine andere Stoßrichtung in der Diskussion um die Frage des richtigen urheberrechtlichen Schutzniveaus zielt auf die Implementierung eines verbindlichen Höchstmaßes an Urheberrechtsschutz. Im Wege eines „Ceiling-Approach“ könnte auf internationaler Ebene eine nicht derogative Schutzbegrenzung installiert werden, welche die jeweiligen Unterzeichnerstaaten etwa hinsichtlich der zu schützenden Werkarten und Leistungen, der Dauer des Schutzes sowie im Hinblick auf zu schaffende Ausnahmen und Beschränkungen von Ausschließlichkeitsrechten bände.

IV. Optimierung des Systems kollektiver Rechtewahrnehmung

Ein weiterer wesentlicher Baustein im Rahmen der Herstellung eines Interessenausgleichs im digitalen Urheberrecht wird in der Optimierung und der Weiterentwicklung des Systems kollektiver Rechtewahrnehmung erblickt. Ausgangspunkt der Forderung nach einer Optimierung des Systems kollektiver Rechtewahrnehmung ist die Feststellung, dass die mit der Einführung des rechtlichen Schutzes technischer Schutzmaßnahmen aufgekommene Erwartungshaltung, unerlaubte Massennutzungen könnten nunmehr effektiv unterbunden und einzelne Nutzungshandlungen zum Gegenstand individueller Verträge und Abrechnungen gemacht werden, sich nicht bewahrheitet habe. Jene Illusionen entlarvend⁵⁶⁹ werden vor allem Vorteile kollektiver Rechtewahrnehmung, im Vergleich zu einer „Privatisierung des Urheberrechts im Rahmen technischer Schutzmaßnahmen“, sowie das Potential von Verwertungsgesellschaften als Garanten dafür aufgeführt, dass Schranken sowie sonstige Schutzausschlüsse nicht entgegen den

567 Vgl. HILTY, Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, S. 633 (639 ff.).

568 Angelehnt an HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 312 ff.; FREIE UND HANSESTADT HAMBURG (Hrsg.), Diskussionspapier Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts, S. 6 ff.

569 Vgl. dazu eingehend HILTY, in LEISTNER (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geisteigen Eigentums, S. 123 (124), mwN.

Gemeinwohlbelangen unterwandert würden.⁵⁷⁰ Entsprechend sehen auch die meisten Vorschläge zur Einführung von Pauschalvergütungsmodellen vor, dass die damit einhergehenden Einnahmen und deren Verteilung an die Rechteinhaber von Verwertungsgesellschaften zu organisieren seien.⁵⁷¹

570 Vgl. dazu HILTY, in OHLY/KLIPPEL, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (138).

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

C. Kontrolle vs. Kompensation

Die hier skizzierten Vorschläge zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs im digitalen Urheberrecht und zur Etablierung von gewissen Freiheiten für Werkverwender stellen denkbare, teilweise progressive Ansatzpunkte zur Lösung des Verwertungs- und Zugangsproblems im digitalen Kontext vor, ohne das Urheberrechtsregime als bewährtes Schutzsystem in Frage zu stellen.⁵⁷² Demgegenüber plädieren andere sogar für die Abschaffung des Urheberrechts. Zu derartigen Forderungen sei angemerkt, dass die Lösung nicht darin zu finden sein wird, die Legitimität des urheberrechtlichen Schutzregimes als solche in Frage zu stellen oder gar die Suspension des Urheberrechts zu verlangen. Dies würde in der Tat dem Verzicht auf die Einziehung von Steuern oder dem Verzicht auf die Erhebung von Beförderungsentgelten gleichkommen, die damit begründet würde, jeder Zweite hinterziehe Steuern und die öffentlichen Verkehrsmittel würden vielfach ohne gültigen Fahrausweis benutzt.⁵⁷³

Die Suche nach der optimalen legislativen Reaktion auf das Problem der Verwertung von und des Zugangs zu digitalen Kreativgütern reduziert sich auf die folgende Frage: Ist auf die Fehlstellungen im heutigen Urheberrecht durch einen weiteren Ausbau des (Exklusiv-)Rechtsschutzes oder besser mittels einer punktuellen Relativierung bzw. Verkürzung von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnissen, in die auch die untersuchungsgerichtlichen Pauschalvergütungsmodelle einzuordnen sind, zu reagieren? Klärungsbedürftig ist insoweit, welche Kriterien bei der Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage zugrundezulegen sind.

Die zur Verfügung stehenden rechtlichen Werkzeuge zur Behebung oder Reduktion einzelner Dysfunktionalitäten sind, wie skizziert, mannigfaltig. In Betracht kommen die Modifikation der materiellen und/oder formellen Schutzvoraussetzungen und des Schutzhinhalts, die Statuierung von Schutzausschlüssen sowie die Etablierung vergütungsfreier und/oder vergütungspflichtiger gesetzlicher Lizenzen und Zwangslizenzen. Außerdem werden verschiedene Ausprägungen kollektiver Rechtewahrnehmung als mögliche Lösungsansätze diskutiert. Schließlich stehen diverse Instrumentarien auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung. Bevor aber eines oder

572 Vgl. dazu auch WIRTZ, in BRÖCKER/CZYCHOWSKI/SCHÄFER, (Hrsg.), *Praxishandbuch Geistiges Eigentum im Internet*, S. 577 ff.; SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, S. 639 (639), der betont, dass sich das Urheberrecht „auch unter den Bedingungen des Internets konzeptionell bewährt“ habe.

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

mehrere der genannten Werkzeuge als denkbare Lösung konkret durchdacht werden können, muss die essentielle Frage beantwortet sein, ob das Problem der Verwertung von und des Zugangs zu digitalen Kreativgütern durch eine weitere Expansion des Urheberrechts oder im Wege der Relativierung von Verbotsrechten bei gleichzeitiger Sicherstellung einer Vergütung der Rechteinhaber zu lösen ist. Diese grundsätzlich zu treffende Richtungsentscheidung kommt zugespitzt in dem Antagonismus von Kontrolle und Kompensation zum Ausdruck. Die bisherige Urheberrechtspolitik in der Informationsgesellschaft ist geprägt von dem Versuch, die Kontrollmacht der Rechteinhaber über urheberrechtliche Schutzgüter weiter auszubauen. Dem liegt ein hohes Schutzniveau im Urheberrecht als Leitgedanke zugrunde. Dies soll nachfolgend einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

I. Hohes Schutzniveau – ein allgemein gültiges Prinzip?

Forderungen nach mehr Kontrollmacht über Werke durch den weiteren Ausbau urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte sind weder neu, noch besondere Phänomene des digitalen Verwertungsumfelds. Bereits im Vorfeld des Erlasses des deutschen UrhG im Jahr 1963 wurde die Legitimation inhaltlicher Beschränkungen des Urheberrechts bezweifelt.⁵⁷⁴ Es hieß: „Mit dem Märchen von der besonderen Sozialgebundenheit des Urheberrechts“⁵⁷⁵ sei aufzuräumen. Unter anderem sah man in der zeitlichen Begrenzung des Urheberrechts eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung der Kreativen im Vergleich zum Sacheigentümer. Heute liest man entsprechend:

Der Computer ist wie Pinsel oder Bleistift ein Arbeitsinstrument der Kreativen. Deshalb sind Vorstellungen und Ideen abzulehnen, die darauf abzielen, das individualistische Begründungsmodell des Urheberrechts, das im Kern das Werk im Verhältnis zum Urheber schützt, durch Nützlichkeitstheorien abzulösen und eine weitere Verschiebung oder Schutzrichtung zugunsten der Verwerter und der Verbraucher einzuleiten.⁵⁷⁶

574 Vgl. RICHARTZ, zitiert nach STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 26.

575 RICHARTZ, zitiert nach STIEPER, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, S. 26.

576 WANDTKE, Aufstieg und Fall des Urheberrechts im digitalen Zeitalter?, UFITA (2011/III), S. 649 (657).

Wie damals finden auch heute derartige Positionen ihre theoretische Grundlage vor allem in der Negation der Lehre von der besonderen Sozialbindung von Immaterialgüterrechten. Auffällig ist, dass diejenigen Argumente, die für mehr Kontrollmacht durch Schutzrechtsexpansion vorgebracht werden und insofern die Diskussion um die künftige Ausrichtung des Urheberrechts prägen, teilweise als unverrückbare Wahrheit dargestellt werden. Sie erscheinen aber bei genauerem Hinsehen zumindest fragwürdig. Dennoch hat die ständige, teilweise unreflektierte Wiederholung der erwähnten Behauptungen zur Folge gehabt, dass ein hohes Schutzniveau für Immateriagüterrechte als allgemeines Prinzip wahrgenommen wird. Insofern ragen besonders zwei Argumentationsstränge heraus: zum einen die Theorie von der Korrelation zwischen mehr Rechtsschutz und der Entstehung von Kreativgütern und zum anderen die Theorie von der Wechselbeziehung zwischen dem unerlaubten Beziehen von Kreativgütern und dem Umsatzzrückgang in der Kulturwirtschaft.

Insbesondere die legislative Verankerung der These, nur ein hohes Schutzniveau setze einen Anreiz für schöpferisches Schaffen und fördere die Entstehung kultureller Güter, legt die Annahme nahe, dass es auf diesem Gebiet nur eine richtige Politik geben könne, nämlich die der stetigen Ausdehnung des Rechtschutzes.⁵⁷⁷ Ohne das philosophische, politische und ökonomische Fundament, das der hier angesprochenen Expansionslogik zugrunde liegt, umfassend analysieren zu wollen,⁵⁷⁸ wird nachstehend aufgezeigt, dass die für die Expansion des Urheberrechts mitunter formelartig vorgebrachten Argumente nicht derart absolut gelten, wie das in der Debatte um das Urheberrecht der Zukunft regelmäßig behauptet wird (1 und 2). Anschließend wird ausgeführt, dass insbesondere völker- und verfassungsrechtliche Erwägungen jenem Absolutheitsanspruch entgegenstehen (3).

1. Hohes Schutzniveau – ein absolutes Mittel zur Innovationsförderung?

Die Theorie von der Anreizfunktion durch Monopolisierung, welche die Förderung von Innovationen, Kreativität und Investitionen von einem

577 Vgl. PEUKERT, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 47 (48).

578 Vgl. dazu PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 31 ff.; Vgl. dazu auch PEUKERT, in BERGER/MACCIACCHINI, FS für R. Hilty, S. 39 ff.

hohen Schutzniveau abhängig macht, weist nicht nur eine politische Dimension auf. Durch ihre Erwähnung in den Erwägungsgründen diverser europäischer Richtlinien⁵⁷⁹ ist diese These gewissermaßen in das geltende Recht eingespeist.⁵⁸⁰ Umso mehr bedarf sie zumindest im digitalen Kontext einer kritischen Würdigung. Es heißt, längst sei der blinde Glaube erschüttert, dass der laufende Ausbau des Urheberrechts die Situation der Kreativen verbessere, damit das Hervorbringen neuer Werke begünstige und letztendlich der Allgemeinheit zugutekomme.⁵⁸¹

Selbst bei aller Vorsicht und unter Zugrundelegung von „worst case“-Szenarien deutet die ökonomische Tendenz offenbar zumindest auf eine Gleichgewichtigkeit der Effekte hin, so dass keine eindeutige Aussage zugunsten einer Verschärfung der Rechtsverfolgung gemacht werden kann. [...] Auch ökonomische Vertreter eines starken urheberrechtlichen Schutzes erkennen nicht die Bedeutung von Geräteabgaben als mögliche Alternative.⁵⁸²

Zudem sind es gerade neuzeitliche Phänomene wie etwa open source und Creative Commons, in denen deutlich zum Ausdruck kommt, dass das monetäre Interesse der Urheber nicht absoluter Natur ist, sondern Werkenschöpfer vielmehr von einem Bündel an Interessen geleitet werden. Das lässt sich auch mit unzähligen aktuellen sowie historischen Sachverhalten belegen: So fordern mitunter prominente Musiker die Fans auf, ihre Musik unentgeltlich und vorbei an Verlagen und Produzenten aus Internetquellen herunterzuladen⁵⁸³ und schon *Voltaire* willigte selbst darin ein, dass sein

579 Dieser Ausgangspunkt ist in verschiedenen Ausprägungen in den Erwägungsgründen diverser immaterialgüterrechtlich relevanter Richtlinien verankert. Vgl. etwa Erwägungsgründe 10, 11, Richtlinie 93/98 EWG des Rates zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte v. 29.10.1993, ABl. L. 290/9; Erwägungsgrund 12 Datenbank-RL; Erwägungsgründe 4, 9, 11, 22 Info-RL. Im Erwägungsgrund 11 der Info-RL heißt es: „Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.“ Vgl. dazu auch SCHULZE, Aspekte zu Inhalt und Reichweite von § 19a UrhG, ZUM 2011, S. 2 (5).

580 Vgl. so PEUKERT, in BERGER/MACCIACCHINI (Hrsg.), FS für R. Hilty, S. 39 (40).

581 Vgl. HILTY, in HILTY/DREXL/NORDEMANN (Hrsg.), FS für U. Loewenheim, S. 119 (119).

582 SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 54, mwN.

583 Vgl. Robbie Williams ruft zum illegalen Download seiner Musik, HEISE.DE, 19.01.2003.

letztes großes Werk *Questions sur l' Encyclopédie*, vorbei an dem rechtmäßigen, weil mit dem königlichen Privileg zum Drucken ausgestatteten Verleger,⁵⁸⁴ auch im Wege des Raubdrucks verbreitet wurde. Es gefiel *Voltaire*, dass er einen Raubdruck von sich selbst herstellen lassen konnte, denn das erhöhte die Anzahl der Exemplare und förderte die Verbreitung der Aufklärung.⁵⁸⁵

Selbst die Antworten, welche das geltende Recht bereithält, sind keineswegs so selbstverständlich, wie es scheinen mag: Dass es sich bei der Idee vom absoluten Urheberrechtsschutz als Garant der Entstehung von Kreativität und Innovation um kein allgemeingültiges Prinzip handelt, wird auch deutlich, wenn man sich die Entwicklung der Wissens- und der Kulturerzeugung sowie deren Verbreitung und damit einhergehend die Geschichte der Zuordnung von Wissen bzw. Information zu Individuen bzw. zur Allgemeinheit vergegenwärtigt. Bereits die Gesellschaften ohne Schriftsprache verfügten über bedeutende Wissens- und Kulturbestände, die von jeder Generation auf die nachfolgende übertragen und so ständig weiterentwickelt wurde, ohne dass es auf einen Autor ankam.⁵⁸⁶ Auch die Verschriftlichung führte nicht unmittelbar dazu, dass die Figur bzw. die Rolle eines Autors allgemein anerkannt, geschweige denn mit so etwas wie Ausschließlichkeitsrechten ausgestattet wurde. Im Mittelalter wurden Wissens- bzw. Textproduktionen nicht als etwas Eigenständiges, Personifizierbares wahrgenommen oder einer wie auch immer gearteten Kategorie zugeordnet, welche die Existenz etwaiger Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers hätte rechtfertigen können. Vielmehr galt der mittelalterliche Werkschöpfer als bloßer Mittler zwischen Gott und den Menschen, denen er Gottes Idee nahebrachte. Das heute selbstverständlich erscheinende und gelegentlich als natürlich vorgegeben dargestellte Verhältnis zwischen Werk und Autor und damit einhergehend die Gleichung vom Rechtsschutz als Garantie für Kulturschöpfung und -verbreitung musste erst geschaffen werden.

584 Im 18. Jahrhundert war ein Rechtsschutz für Geisteswerke und deren Schöpfer nicht bzw. nur rudimentär anerkannt. Es existierte ein Privilegienwesen, in dem Träger öffentlicher Gewalt Verleger bzw. Drucker durch Erteilung eines Privilegs zu Monopolisten machten und auf ihrem Territorium das Nachdrucken der jeweiligen Werke durch andere Drucker verboten; vgl. dazu REHBINDER, Urheberrecht, Rn. 14.

585 Vgl. DARNTON, Die Wissenschaft des Raubdrucks, S. 35.

586 Vgl. WALTER J., Orality and Literacy, S. 16 ff.

2. Raubkopien – Hauptursache für den Umsatzerückgang der Kulturwirtschaft?

Das Argument vom unerlaubten Beziehen digitaler Kreativgüter als Hauptursache für den Umsatzerückgang geht zugespitzt dahin, dass jede unerlaubt erfolgende Nutzung eines digitalen Kreativguts einen Umsatzerückgang auf der Seite des Rechteinhabers im analogen Kontext auslöse. Dem liegt die Theorie zugrunde, die Zahlungsbereitschaft für kreative Leistungen sei gesunken, da digitale Kreativgüter massenhaft kostenlos verfügbar seien, und das unerlaubte und kostenlose Beziehen sei die Ursache für die signifikanten Umsatzeinbußen der betroffenen Kreativwirtschaft.⁵⁸⁷ Studien, welche die Klärung dieser Fragen zum Gegenstand haben, existieren durchaus. Denn seit mehr als zehn Jahren werden die Beschaffenheit, die Erscheinungsformen sowie die Folgen des internetbasierten unerlaubten Beziehens von Unterhaltungsmedien in zahlreichen Untersuchungen behandelt.⁵⁸⁸ Allerdings ist die Aussagekraft jener Analysen begrenzt. Sie sind lediglich in der Lage, die Spuren der unerlaubten Medienzirkulation zu sichern. Übereinstimmend gelangen sie allesamt zu dem Ergebnis, dass erstens der Absatz von physischen Unterhaltungsmedien wie CDs und DVDs zurückgehe. Zweitens diagnostizieren die Untersuchungen, dass Peer-to-Peer-Netzwerke, Downloaddienste, Streamingplattformen usw. von einem Großteil der Internetnutzer beständig und zunehmend für das unlizenzierte und kostenlose Beziehen, den Konsum sowie die Verbreitung von urheberrechtlich geschützten Inhalten verwendet würden. In diesen beiden Aspekten erschöpft sich die Aussagekraft der Studien. Das Nebeneinanderbestehen dieser Sachverhalte stellt aber nicht zwangsläufig einen Kausalitätsbeweis dar.⁵⁸⁹ Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Unterhaltungsindustrie, insbesondere der Musiksektor, seit jeher eine risikoreiche Branche ist. Schon vor dem Aufkommen der Digitaltechnik und des Internets waren neun von zehn Alben kommerziell erfolglos.⁵⁹⁰ Andererseits sind ebenfalls im digitalen Zeitalter, wenn auch vereinzelt, Verkaufserfolge von Tonträgern zu verzeichnen. So wurde das Album der zuvor völlig unbekannten Sängerin

587 Vgl. PETSCHULAT, Kulturflatrate, S. 3.

588 Eine Auflistung einer Vielzahl solcher Studien findet sich in EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 114 ff.

589 Vgl. SANTANGELO, Der urheberrechtliche Schutz digitaler Werke, S. 6. Diesbezüglich vertritt ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 63 wohl eine andere Auffassung.

590 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 25.

Susan Boyle, nachdem sie infolge eines Fernsehauftritts bei einem britischen Talentwettbewerb bekannt geworden war, in den Jahren 2009 und 2010 weltweit 9 Millionen Mal als CD verkauft.⁵⁹¹

Eine weitere Schwäche besagter Studien liegt darin, dass sie den Umfang der Verletzungshandlungen in der Regel durch Befragungen ermitteln, wodurch sich Probleme der Dunkelzifferforschung ergeben. Außerdem sind die Studien mit Blick auf die Ermittlung von Handlungsoptionen insfern lückenhaft, als sie kaum Daten liefern über die Kenntnis der rechtlichen Regeln und ihrer Akzeptanz durch die Handelnden oder darüber, wie sie handeln würden, wenn die rechtswidrigen Quellen geschlossen würden. Schließlich widersprechen sich die einschlägigen Studien in einigen Ergebnissen teilweise diametral.⁵⁹² Bei Berücksichtigung dieser Unzulänglichkeiten drängt sich die Folgerung auf, dass es schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist, eine verbindliche Aussage über die tatsächlichen Folgen internetbasierter Urheberrechtsverletzungen für die Kreativwirtschaft zu treffen.

Jedenfalls lässt sich festhalten, dass Digitalisierung und Netzwerktechnologien, insbesondere Peer-to-Peer-Systeme, vornehmlich jene Medienunternehmen tangieren, deren Inhalte digital genutzt werden können, sich ohne großen Aufwand an weitere Nutzer übertragen lassen, ein Nutzer gezielt sucht und sich an private Endkonsumenten richten.⁵⁹³ Diesbezüglich kann unabhängig von den bestehenden Schwächen auf dem Gebiet der Empirie davon ausgegangen werden, dass internetbasierte Urheberrechtsverletzungen in beträchtlichen Ausmaß stattfinden und das Vergütungsinteresse von Rechteinhabern nicht unerheblich beeinträchtigen.⁵⁹⁴ Dabei darf aber nicht unterstellt werden, dass mit jeder aus illegalen Quellen erworbenen digitalen Kopie der jeweilige Rechteinhaber die Einnahme für eine verkauft Kopie einbüßt.⁵⁹⁵ In dieser Hinsicht geht selbst der Bundesverband der Musikindustrie davon aus, dass nur zehn bis zwanzig Prozent der illegal erworbenen Musikstücke ohne die Möglichkeit des illegalen Erwerbs gekauft worden wäre.⁵⁹⁶

591 Vgl. EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 25.

592 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 61 ff.

593 Vgl. HESS, in FRIEDRICHSEN/SCHENK (Hrsg.), Globale Krise der Medienwirtschaft, S. 82.

594 Vgl. so auch ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 63.

595 Insoweit unpräzise vgl. ZWENGEL, Kulturflatrates, S. 63.

596 Vgl. dazu BT-Drs. 17/7899, S. 61 ff.

Insofern erscheint ein monokausaler Begründungsansatz unangebracht, der den Rückgang der Einnahmen der Kreativwirtschaft, etwa der Musikindustrie, auf nur einen Faktor, nämlich die urheberrechtswidrigen Nutzungen im Internet, zurückführt. Das immer wieder in diesem Kontext zu vernehmende Fazit, der Einbruch des Umsatzes der Kreativwirtschaft, etwa der Musikindustrie, sei die Kehrseite der rechtswidrigen internetbasierten Distribution von Musik, ist unberechtigt.⁵⁹⁷

3. Grundrechtliche Implikation der Urheberrechtsdurchsetzung

Teilweise bereits praktizierte sowie beabsichtigte Instrumente zur Durchsetzung des Urheberrechts, insbesondere die oben skizzierten gegen Internetnutzer gerichteten Maßnahmen, die in Sanktionen münden können, wie etwa der Drosselung der Bandbreite bis hin zur Verwehrung des Zugangs zum Internet oder der zwangswise Einstellung von Internetdiensten, erscheinen bei Zugrundelegung grundrechtlicher Aspekte zweifelhaft.⁵⁹⁸ Ungeachtet der möglicherweise vorhandenen pädagogischen Sinnhaftigkeit sind sie geeignet, sich störend auf das Interessengleichgewicht auszuwirken, welches durch das Urheberrecht idealerweise herbeizuführen ist. Zudem weisen sie eine verfassungsrechtliche Dimension auf, die es bei der Frage der Verhältnismäßigkeit jeder Durchsetzungsmaßnahme zu bedenken gilt. Insoweit kollidiert die Eigentumsgarantie für die Rechteinhaber mit dem Schutz der Privatsphäre, dem informationellen Selbstbestimmungsrecht sowie dem Kommunikationsgrundrecht der Internetnutzer (a).

597 Vgl. dazu EUROPÄISCHES PARLAMENT, (Hrsg.), The „Content-Flatrate“, S. 25 und S. 113, wo die Autoren zu dem Ergebnis kommen: „The markets for CDs and DVD/VHS rental are the only sectors of the entertainment industry that are suffering from a slump in sales. Whereas this may be attributed in part to file-sharing activity, file-sharing is not solely to blame for the decline. The markets for DVDs and console games continued grow impressively after P2P services were introduced, and the cinema market showed sustained growth between 1999 and 2007.“; vgl. dazu auch SPINDLER, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 38 ff., mwN; dagegen offenbar SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H, S. 5.

598 Vgl. dazu Teil 3, A. II.; zu Grundrechten mit besonderem Bezug zum Medien- und Telekommunikationsrecht vgl. FINK, in SPINDLER/SCHUSTER, Recht der elektronischen Medien, (B. Europarecht, Rn. 29). Zur Relevanz des Immaterialgüterrechts als Menschenrecht vgl. SEBASTIAN, Geistiges Eigentum als europäisches Menschenrecht, GRUR Int 2013, S. 524 ff.

Außerdem ist eine Reihe anderer Grundrechte betroffen (b), die in einem Spannungsverhältnis zur Eigentumsgarantie stehen (c).

a) Private Kommunikation und personenbezogener Daten

Im Anbetracht der Verschriftlichung der Unionsgrundrechte ist es angezeigt, die im Fokus stehende, mit eingriffsintensiven Maßnahmen der Urheberrechtsdurchsetzung einhergehende Grundrechtskollision anhand der Europäischen Grundrechtscharta⁵⁹⁹ darzustellen⁶⁰⁰, zumal die Europäische Union und deren Organe gem. Art. 51 EGRCh an die Charta gebunden sind und diese bei der künftigen Ausgestaltung des Immaterialgüterrechts zu beachten sein wird.⁶⁰¹

Bei Internetsperren ist zwischen der Sperrung des Zugangs eines einzelnen Nutzers zum Internet (Anschlussperre) und der Unterbindung des Zugriffs auf bestimmte Internetdienste (Zugriffssperre) zu unterscheiden.⁶⁰² Durch eine Anschlussperre wird das Recht auf Achtung der privaten Kommunikation der betroffenen Internetnutzer beschnitten und damit in den Schutzbereich des Art. 7 EGRCh eingegriffen.⁶⁰³ Danach hat jede Person

599 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 30. März 2010, ABl. 2010, C 83/389 (nachfolgend EGRCh genannt); Vgl. dazu LUDWIG, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtecharta und allgemeinen Grundsätzen, EuR 2011, S. 715 ff.

600 AMINI/SLOWINSKI, in HILTY/JAEGER (Hrsg.), Lissabonprojekt, Abschnitt 3.3.2.2.

601 Vgl. GEIGER, in DERCLAYE (Hrsg.), Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 27 (28).

602 Der Begriff „Anschlussperre“ wird hier in Abgrenzung zur „Zugriffssperre“ eingeführt, um die folgende Diskussion übersichtlicher zu gestalten. In der Literatur werden die unterschiedlichen Sperrmaßnahmen soweit ersichtlich meist unter dem einheitlichen Begriff der „Netzsperre“ diskutiert. Zur Bedeutung und Entwicklung von Sperrmaßnahmen im Internet vgl. FREY/RUDOLPH/OSTER, Internetsperren und der Schutz der Kommunikation im Internet, MMR Beil. 2012, S. 1 ff.

603 Vgl. BVerfG, NJW 2010, S. 833 (833); SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 81; vgl. dazu Art. 5 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. 2002, L 201/37; vgl. dazu auch SCHAAR, Datenschutz im Internet, S. 63; SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 83; Gegen die Einordnung von IP-Adressen als personenbezogene Daten MEYERDIERKS, Sind

das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Der Schutzbereich erfasst die private Kommunikation mit einem ortsabwesenden Partner, die durch Vermittlung Dritter zustande kommt.⁶⁰⁴ Als Eingriff in den Schutzbereich des Art. 7 EGRCh ist jede Maßnahme anzusehen, die den Übermittlungsvorgang betrifft und zur Kenntnis der Kommunikationsinhalte oder der Kommunikationsumstände, beispielsweise Absender, Empfänger, Zeitpunkt, Kommunikationsweg etc., führt.⁶⁰⁵ Anschlussperren, die an eine widerrechtliche Handlung des Internetnutzers anknüpfen, setzen, ganz gleich, wie sie im Einzelnen umgesetzt werden, die Analyse und Überwachung der Internetkommunikation des jeweiligen Nutzers voraus. Das ist ohne vorherige Erfassung der einem Teilnehmer zugeordneten Internetverkehrsdaten sowie Kommunikationsumstände nicht möglich.⁶⁰⁶ Insoweit ist eine auf Vorrat erfolgende Speicherung der Daten durch die Internet Access-Provider erforderlich.⁶⁰⁷ Wegen der möglichen Personenbezogenheit der bei digitaler Fernkommunikation übermittelten Daten stellt die im Vorfeld einer Anschlussperre vorzunehmende Verarbeitung der Daten zugleich einen Eingriff in das Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 EGRCh dar.⁶⁰⁸ Diese mit der Erfassung sensibler Internetverkehrsdaten einhergehende Gefährdung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit privater, über informationstech-

IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, S. 8 (9). Bei Zugrundelegung deutschen Verfassungsrechts ist insoweit das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG einschlägig.

604 Vgl. BERNSDORFF, in MEYER (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 7 Rn. 24.

605 Vgl. JARASS, EU-Grundrechte, S. 168.

606 Vgl. GERCKE, Zugangsprovider im Fadenkreuz der Urheberrechtsinhaber, CR 2000, S. 210 (216); vgl. auch FREY, Netzperren, MMR, 2009, S. 221 (221); Zu technischen Grundlagen und Durchführbarkeit von Sperrmaßnahmen, vgl. SIEBER/NOLDE, Sperrverfügungen im Internet, S. 36 ff.

607 Vgl. GREVE/SCHÄRDEL, Zwischenruf Internetsperren wegen Urheberrechtsverstößen, ZRP 2009, S. 54 (55); über die Verfassungsmäßigkeit der vorsorglichen und anlasslosen Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Dienstanbieter zum Zwecke der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr hat zuletzt das Bundesverfassungsgericht entschieden, vgl. dazu BVerfG, NJW 2010, S. 833 (833).

608 Bei Zugrundelegung deutschen Verfassungsrechts ist insoweit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i .V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen.

nische Systeme vermittelter Kommunikation, gleicht der bei der Vorratsdatenspeicherung nach § 113a TKG, den das Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen Art. 10 GG für nichtig erklärt hat.⁶⁰⁹

b) Betroffenheit weiterer Grundrechte

Die einem Internetnutzer auferlegte Anschluss sperre tangiert potentiell noch weitere Grundrechte. Insbesondere können Netzsperrungen jeglicher Art die in Art. 11 Abs. 1 EGRCh gewährte Meinungs- und Informationsfreiheit beschneiden. Insoweit ist zu beachten, dass auch reine Unterhaltung, etwa leichte Musik, vom Schutzbereich umfasst ist.⁶¹⁰ Freilich gilt das Grundrecht auch für Äußerungen im Internet. Als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe sind nicht nur präventiv wirkende Verbote und nachträgliche Sanktionen zu werten, sondern jegliche Behinderungen der Kommunikation.⁶¹¹

Wird einem Internetnutzer der Zugang zum Internet infolge von Urheberrechtverletzungen verwehrt, wird ihm das Kommunikations- und Informationsmedium schlechthin genommen. Durch eine solche Sanktion wird gleichzeitig in sämtliche Teilgewährleistungen und damit umfänglich in die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit eingegriffen. Die ohnehin weitreichende Einschränkung von Nutzungsfreiheiten wird auf dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung vertieft, wenn die Schutzrechte durch Maßnahmen durchgesetzt werden, die eine Überwachung der internetbasierten Kommunikation erfordern und in letzter Konsequenz zum Ausschluss eines Nutzers vom Internet führen können.⁶¹² Angesichts der essentiellen Bedeutung des Internets im Alltagsleben und in Anbetracht seiner Relevanz für die politische und gesellschaftliche Partizipation ist die Verschärfung der Urheberrechtsdurchsetzung, wie sie etwa in den Three Strikes-Regelungen zum Ausdruck kommt, auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit problematisch, zumal technisch versierte Internetnutzer davon kaum betroffen sind. Ohnehin bedarf es längst keiner lokalen Schnittstellen mehr, um

609 Vgl. Urteil vom 02. März 2010 - 1 BvR 256/08.

610 Vgl. zur Musik als soziale Aktivität, eingehend LORENZ, *Lyrics and the Law*, S. 3 ff; dagegen offenbar ELBEL, Kritik des Gutachtens über die “Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate”, K&R 2013, S. 439 (443).

611 Vgl. EHLERS, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, S. 544; FEISE, *Medienfreiheit und Medienvielfalt* gem. Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtscharta, S. 144.

612 Vgl. KÜHLING, *Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht*, NVwZ 2014, S. 681 ff.

Daten zu tauschen. Dank *Bluetooth* muss dies nicht einmal mehr über das Internet stattfinden.

Netzsperren in der Gestalt von Zugriffssperren, d.h. die Unterbindung des Zugriffs auf bestimmte Angebote, gefährden zudem eine Reihe von Grundrechten der Internetdienstanbieter, wie etwa die Berufsfreiheit aus Art. 15 EGRCh sowie die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 EGRCh. Außerdem sind Kommunikationsgrundrechte, insbesondere die Medienfreiheit aus Art. 11 Abs. 2 EGRCh, betroffen. Dem Schutzbereich des Art. 11 Abs. 2 EGRCh unterfällt neben der Informationsvermittlung sowie wertenden Stellungnahmen ebenso die Unterhaltung.⁶¹³ Auch hinsichtlich der Medienfreiheit gilt der Grundsatz, dass jegliche Behinderung der Kommunikation einen Eingriff in das Grundrecht darstellt. Die Sperrung eines Internetdienstes als die wohl schwerwiegendste Art der Beschränkung stellt folglich einen Eingriff dar, der zudem wegen seiner Intensität spezielle Anforderungen hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit verlangt.⁶¹⁴ In diesem Zusammenhang ist außerdem zu betonen, dass die Ausweitung der Störerhaftung auf weitere mittelbar Beteiligte, wie etwa Werbetreibende oder Zahlungsdienstleister, wie es teilweise gefordert wird,⁶¹⁵ deutlich über die Grundsätze der Störerhaftung hinausgehen würde.⁶¹⁶ Die als Störer in Anspruch zu nehmende Person muss auf irgendeine Weise willentlich und adäquat kausal zu der betreffenden Rechtsverletzung beigetragen haben, wobei es ihr rechtlich und tatsächlich möglich sowie zumutbar sein muss, die unmittelbare Rechtsverletzung zu unterbinden. Das ist bei Werbetreibenden oder Zahlungsdienstanbietern nicht der Fall. Denn ihnen ist oft nicht einmal bewusst, dass die Plattform, auf der sie Werbung schalten bzw. Zahlungsverkehr abwickeln, zur Begehung von Urheberrechtsverletzungen genutzt wird,⁶¹⁷ zumal viele Internetdienste, insbesondere Sharehoster, über die urheberrechtswidrig Kreativgüter verbreitet werden, auch eine ganze Reihe legaler Nutzungsmöglichkeiten bieten, für die ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis besteht. Neben einer Verwendung als virtueller Aufbewahrungsort für große Dateien können sie dazu

613 Vgl. EHLERS, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, S. 542.

614 Vgl. BERNSDORFF, in MEYER (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 11 Rn. 20.

615 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, K&R 2013, S. 439 (440)

616 Vgl. SPINDLER, Tatsachen, Annahmen und verfassungsrechtliche Würdigung in der Debatte um die Kulturflatrate, K&R 2013, S. 544 (545).

617 Vgl. ELBEL, Kritik des Gutachtens über die Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, K&R 2013, S. 439 (440).

eingesetzt werden, eigene oder gemeinfreie Dateien anderen zur Nutzung bzw. zur Bearbeitung verfügbar zu machen. Das kommt sowohl für Geschäftskunden in Betracht, die ihren Kunden Zugang zu bestimmten Informationen gewähren wollen, als auch für Privatpersonen, die z. B. eigene Fotos und Filme mit Freunden und Bekannten austauschen wollen.⁶¹⁸ Die auf Grundsätzen der Störerhaftung beruhende Rechtsdurchsetzung zieht schon heute weite Kreise, ohne tatsächlich effektiv zu sein. Potentielle Anspruchsverpflichtete sind neben Internetdiensten private wie öffentliche WLAN-Betreiber, etwa Hotels, Cafés, Restaurants, Bahnhöfe, Flughäfen oder Universitäten und andere öffentliche Einrichtungen.⁶¹⁹

- c) Eigentumsgarantie im Spannungsverhältnis von Kommunikations- und Datenschutz

Sanktionen wie Netzsperren sind geeignet, die Vertraulichkeit der Kommunikation, den Datenschutz sowie die Medienfreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Informationsfreiheit, die unternehmerische Freiheit und je nach Einzelfall eine Reihe anderer Bürgerrechte zu beeinträchtigen. Diese Grundrechtspositionen seitens der Adressaten von Durchsetzungsmaßnahmen füllen zusammen eine Waagschale. Ihr gegenüber befindet sich der grundrechtliche Eigentumsschutz, der nach Art. 17 Abs. 2 EGRCh nunmehr auch explizit das „geistige Eigentum“ umfasst.

Die auf diese Weise miteinander kollidierenden fundamentalen Güter sind im Sinne einer praktischen Konkordanz⁶²⁰ in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dabei darf keine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Sofern ein Ausgleich zwischen den kollidierenden Grundrechtspositionen nicht gelingt, liegt eine Grundrechtsverletzung vor. Netzsperren begünstigen den Eigentumsschutz insbesondere gegenüber den Kommunikationsfreiheiten und dem Datenschutzgrundrecht. Derartige Durchsetzungsinstrumente lösen das Spannungsverhältnis zwischen Rechteinhabern und Internetnutzern dahingehend auf, dass sie weitreichende Einschränkungen der Grundrechte der Internetnutzer in Kauf nehmen. Gleichzeitig ver-

618 Vgl. so mit Bezug auf Rapidshare BGH, GRUR 2013, S. 370 (371) – Alone in the Dark.

619 Vgl. BGHZ 185, 330 ff. – Sommer unseres Lebens; SPINDLER, Rechtliche und ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate, S. 6, mwN.

620 Vgl. EPPING, Grundrechte, Rn. 91.

leihen sie dem Eigentumsschutz seitens der Rechteinhaber maximale Gel tung. Denn Netzsperrungen erfordern eine Analyse sensibler Internetverkehrsdaten, die geeignet ist, das Kommunikationsverhalten der Betroffenen in signifikantem Ausmaß zu rekonstruieren. Zudem wirken sie auf Alltagsgewohnheiten ein, die elementar für die Teilnahme eines jeden am gesellschaftlichen Leben von heute sind. Sie beeinträchtigen die Vertraulichkeit heutiger Kommunikationsmittel erheblich und erschüttern damit auch das Vertrauen in deren Nutzung. Die Missbrauchsmöglichkeiten, die mit solchen Durchsetzungsinstrumenten verbunden sind, verschärfen die belastende Wirkung. Sie sind daher geeignet, die von ihnen beschnittenen Grundrechte gänzlich ihrer Wirksamkeit zu berauben. Überdies widerspricht ein uneingeschränkter Schutz von Immaterialgütern den auch für die Europäische Union verbindlichen völkerrechtlichen Vorgaben, etwa des Art. 7 TRIPS.⁶²¹

II. Hohes Schutzniveau – ein zweifelhaftes Prinzip!

Die der heutigen Urheberrechtsdiskussion anhaftende Expansionslogik wird im Wesentlichen von zwei Leitgedanken bestimmt. Ersterer besagt, die Forderung von Innovation und kreativem Schaffen, Entwicklung des Arbeitsmarktes und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit in der Kreativbranche sei nur möglich, wenn das Urheberrecht rigoros und auf hohem Niveau geschützt werde. Daneben steht die Gleichung, wonach jeder unerlaubt erfolgenden Nutzung eines digitalen Kreativguts ein entsprechender Umsatzrückgang auf der Seite des betreffenden Rechteinhabers gegenüberstehe. Diese Prämissen der Ausweitung des Urheberrechts im digitalen Kontext sind nicht uneingeschränkt zutreffend.⁶²² Das verdeutlicht eine kritische Betrachtung dieser mitunter formelartig kommunizierten Gleichungen. Außerdem steht der einer Expansionslogik zugrundeliegenden Negation der Sozialbindung des Urheberrechts eine Reihe verfassungs- sowie völkerrechtlicher Vorgaben entgegen. Schließlich kollidieren aktuell diskutierte und teilweise bereits praktizierte Maßnahmen zur Durchsetzung des Urheberrechts mit Schutz- und Teilhaberechten, welche für eine funktio-

621 Vgl. dazu die Stellungnahme des MPI zum Vorschlag für eine Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung des Rechts des geistigen Eigentums. S. 1 ff.

622 Vgl. dazu GRÜNBERGER, in HILTY/JAEGER/KITZ, Herausforderung Durchsetzung, S. 1 (2).

nierende Informationsgesellschaft von elementarer Bedeutung sind. Inso- weit sind vor allen Dingen der Schutz personenbezogener Daten, die Privatsphäre sowie die Kommunikations- und Mediengrundrechte tangiert.

D. Plädoyer für einen Perspektivenwechsel – Kompensation ohne Kontrolle

Die eingangs erwähnte Richtungsentscheidung, die zugespitzt den Antagonismus von Kontrolle und Kompensation auflöst, stellt eine zentrale Herausforderung dar, zumal der behauptete Akzeptanzverlust des Urheberrechts im digitalen Kontext eine gesellschaftliche Wirklichkeit beschreibt.⁶²³ Sie ist die Kehrseite einer einseitig orientierten Urheberrechtspolitik und -gesetzgebung. Dies wiegt umso schwerer, wenn man bedenkt, dass die Verweigerung der Urheberrechtsnormbefolgung als ein weit verbreitetes soziales Verhaltensmuster nicht ohne negative Rückwirkung auf die Legitimität und Effektivität des Urheberrechts bleiben kann.⁶²⁴ In diesem Kontext findet auch die Warnung, der Verlust der Überzeugungskraft des Urheberrechts sei für die Akzeptanz des Rechtssystems überhaupt abträglich, ihren Widerhall im rechtswissenschaftlichen sowie rechtspolitischen Diskurs.⁶²⁵ Angesichts der aufgezeigten ungleichen Gewichtung der betroffenen Belange im digitalen Urheberrecht verwundert es, dass die Forderung, nunmehr auch berechtigte Interessen anderer Beteiligter, insbesondere von Werkverwendern, zu berücksichtigen, als Negation und Versuch der Zurückdrängung der Grundrechte von Urhebern gewertet wird.⁶²⁶

In Abkehr von der Expansionslogik wird vorliegend darauf abgestellt, welche der zur Verfügung stehenden Alternativen, einerseits die Kontrolle im Wege von Schutzrechtsexpansion, andererseits die Kompensation durch Relativierung von Verbotsrechten, es am besten vermag, die Fehlstellungen im digitalen Urheberrecht – Störung der Schutz- und Vergütungsfunktion zulasten der Rechteinhaber, Störung der Innovations- und Kommunikationsfunktion zulasten der Werkverwender sowie Störung der Innovationsfunktion zulasten der Intermediäre – zu beseitigen bzw. zu reduzieren und dabei den Funktionen des Urheberrechts Rechnung zu tragen.

623 Vgl. so HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 75; dazu auch HILTY, Vergütungssystem und Schrankenregelungen, Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, S. 819 (824); DREIER, in DREIER/SCHUZE, UrhG, § 106 Rn. 2.

624 Vgl. dazu HANSEN, Warum Urheberrecht?, S. 75; zum Geltungsgrund des positiven Rechts vgl. grundlegend WEBER, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16 ff.; kritisch dazu LUHMAN, Legitimation durch Verfahren, S. 28.

625 Zu derartigen Warnungen vgl. etwa PETSCHULAT, Kulturflatrate, S. 4; SCHWARTMANN, Ausschussdrucksache 17 (24) 009-H, S. 5.

626 Vgl. dazu v. LEWINSKI, in OHLY / u. a. (Hrsg.), FS für G. Schriener, S. 401 (401).

Die auf politischer Ebene im Vordringen befindlichen Bestrebungen zum weiteren Ausbau von Schutzrechten sind ausschließlich auf die Förderung der Schutz- und Vergütungsfunktion des Urheberrechts gerichtet. Auf die übrigen Funktionen des Urheberrechts wirken sie sich eher nachteilig aus. Die im Wesentlichen dem Gebiet der Rechtsdurchsetzung zuzuordnenden Konzepte setzen einerseits auf gegen Internetnutzer gerichtete Durchsetzungsinstrumente (Netzsperrern) und andererseits auf private Regulierung, insbesondere providergestützte Durchsetzungsmechanismen. Insgesamt zielen sie auf den abermaligen Ausbau sowie die Verschärfung der heute schon zur Anwendung kommenden Durchsetzungsinstrumente ab. Konzepte zur Überwindung der systeminduzierten Herausforderungen⁶²⁷ der digitalen Verwertungsumgebung, nämlich der Globalität sowie der dezentralen Struktur des Netzes, weisen sie nicht auf. Ihr Erfolg im Rahmen der Realisierung des gesteckten Ziels der Sicherstellung der Schutz- und Vergütungsfunktion des Urheberrechts ist daher zweifelhaft. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass die bisherige, auf einer Expansionslogik basierende legislative Reaktion auf den technologischen Wandel nicht den gewünschten Erfolg erzielt hat. Vielmehr hatte die so geartete Gesetzgebung zur Folge, dass die mit den heutigen Digital- und Netzwerktechnologien entstandenen Kommunikations- und Informationsfreiheiten nicht der Umgebung angemessen zum Tragen kommen. Statt Kreativität und Innovationen zu stimulieren, verkleinert ein solches Urheberrecht den für kulturelle Entfaltung verfügbaren Raum.

Warum aber eine auf Schutzrechtsexpansion setzende Ausweitung des Urheberrechts, die bereits in einer Krise des Rechtsgebiets gemündet ist, nunmehr andere Ergebnisse erzielen sollte, ist nicht ergründbar, zumal die Maxime vom durch das Urheberrecht zu schaffenden Interessenausgleich weiterhin unbeachtet bliebe. Vielmehr ist ein Perspektivenwechsel von der Kontrolle hin zur Kompensation vorzunehmen. Dort, wo der urheberrechtliche Anspruch auf wirtschaftliche Partizipation an jeder Werkverwertung mit Ausschließlichkeitsrechten mangels einer entsprechenden Kontrollmacht nicht durchgesetzt werden kann, ist es gerade auch im Hinblick auf die Schutz- und Vergütungsfunktion sinnvoll, über Vergütungskonzepte nachzudenken, die eine Kontrolle jeder Nutzungshandlung nicht erfordern.

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

