

Verbraucherschutz im Urheberrecht

Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des geltenden
Urheberrechts auf Basis einer Analyse aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht

Studie von Dr. Till Kreuzer, Büro für informationsrechtliche Expertise,
erstellt im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes

April 2011

Impressum

Herausgeber

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)
Markgrafenstraße 66
10969 Berlin
Tel.: (030) 258 00-0
Fax: (030) 258 00-218
info@vzbv.de
www.vzbv.de

Autor

Dr. Till Kreutzer
i.e Büro für informationsrechtliche Expertise
Gneisenaustraße 21
10961 Berlin
Tel.: (030) 756 387-89
www.ie-online.de

Für den Inhalt verantwortlich

Gerd Billen, Vorstand des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V.

Berlin, April 2011

Diese Veröffentlichung steht unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung –NichtKommerziell - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland (CC BY-NC-ND 3.0).

Unter Verweis auf den Herausgeber Verbraucherzentrale Bundesverband, die Quelle www.vzbv.de, den Autor Dr. Till Kreutzer und bei Beachtung der weiteren Lizenzbedingungen

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/> dürfen Sie das Werk vervielfältigen, verbreiten und öffentlich zugänglich machen.

© Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)

Inhalt

| | |
|--|----|
| Einleitung | 4 |
| Zusammenfassung | 5 |
| Erster Abschnitt | 5 |
| Rechtliche Begutachtung ausgewählter urheberrechtlicher Fragen mit verbraucherschutzrechtlichem Bezug..... | 5 |
| I. Privatkopierfreiheit und deren Ausschluss durch vertragliche Regelungen (vor allem AGB)..... | 5 |
| II. Kollektive Rechtswahrnehmung bei grenzüberschreitenden Nutzungen von Musik..... | 6 |
| III. Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 53, 54 ff. Urheberrechtsgesetz (UrhG)..... | 7 |
| IV. Die Kulturflatrate..... | 8 |
| V. Urheberrecht und kreative Werknutzung im Social Web..... | 9 |
| Zweiter Abschnitt | 9 |
| Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des Urheberrechts..... | 9 |
| I. Regelung zur Gestattung transformativer Werknutzungen..... | 9 |
| II. Neuordnung der Schrankenbestimmung über Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch (Privatkopieschranke) | 11 |
| III. Begrenzung der Kosten für Abmahnungen an Verbraucher wegen Urheberrechtsverletzungen..... | 12 |
| IV. Weiterveräußerung von unkörperlichen Werkexemplaren..... | 14 |
| Ausführliches Inhaltsverzeichnis | 16 |

Einleitung

Seit Jahren ist das Urheberrecht in stetiger Bewegung. Unter dem Einfluss europäischer und internationaler Reformbemühungen wurde das deutsche Urheberrechtsgesetz in den letzten zehn Jahren mehrfach geändert. In diesem Zuge wurde es insbesondere an die „neue digitale Welt“ angepasst, wurden neue Regelungen eingeführt, die vor allem die digitale (Online-) Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken betreffen. Der Gesetzgeber hat dabei immerhin versucht, einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen, vom Urheberrecht betroffenen Interessen der Urheber, Verwerter und Nutzer (Verbraucher) herzustellen. Nicht immer scheint dies gelungen. Im Gegenteil: Aufgrund massiven Lobbyings seitens der klassischen Verwertungswirtschaft (insbesondere Verlage, Film- und Musikindustrie) liegt der Fokus der nationalen wie internationalen Reformbestrebungen des Urheberrechts ganz vorrangig auf einem weiter gehenden Schutz der Rechteinhaber (und hierbei insbesondere wiederum der Verwerter) vor „Piraterie“. Die neuen technischen Möglichkeiten, das Auftreten neuer Marktteilnehmer, die mit den herkömmlichen Werkmittlern um die wirtschaftlichen Erträge aus der Verwertung immaterieller Güter konkurrieren, werden offensichtlich noch immer allen voran als Gefahr für das „geistige Eigentum“ angesehen. Die Folge sind Ausweitungen der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte zulasten der Nutzungsmöglichkeiten und -freiheiten auf Seiten der Nutzer sowie verschärfte Regelungen über die Durchsetzung von Urheberrechten, insbesondere im Online-Bereich. Die vorliegende Studie befasst sich mit der Rolle des Nutzers/Verbrauchers im Urheberrecht. Hierin werden die aus Sicht dieser Interessengruppe derzeit drängendsten urheberrechtlichen Aspekte untersucht. Die Untersuchung ist in zwei Abschnitte unterteilt. Im ersten Abschnitt wird analysiert, wie sich der Status Quo einer Reihe verbraucherrechtlich relevanter urheberrechtlicher Themenfelder auf die Interessen der Nutzer auswirkt und ob und inwieweit Defizite des geltenden Rechts auszumachen sind. Im zweiten Abschnitt werden sodann konkrete Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des Urheberrechts mit Verbraucherbezug entwickelt und eingehend begründet. Die Vorschläge betreffen die folgenden Aspekte: Kreative („transformative“) Nutzung vorbestehender Werke, Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch („Privatkopie“), eine Begrenzung der Kosten für Verbraucherabmahnungen sowie die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare. Sie richten sich teils an den deutschen Gesetzgeber, teils – soweit dessen Regelungskompetenz aufgrund europäischer Vorgaben eingeschränkt ist – an die Gesetzgebungsorgane der Europäischen Union.

Die Untersuchung soll einen Beitrag für die Debatte über eine Weiterentwicklung des Urheberrechts in der digitalen Welt leisten. Sie soll dabei auch und vor allem darauf hinweisen, dass digitale Technologien und Verbreitungswege große Chancen für das kreative Schaffen und dessen Zugänglichmachung mit sich bringen, die es zugunsten aller Beteiligten zu nutzen gilt. Nicht die Angst vor Veränderung sollte die Fortentwicklung des Urheberrechts bestimmen, sondern die Förderung des nie dagewesenen schöpferischen Potenzials, das in der digitalen Welt erschlossen werden kann.

Zusammenfassung

Erster Abschnitt

Rechtliche Begutachtung ausgewählter urheberrechtlicher Fragen mit verbraucherschutzrechtlichem Bezug

In Abschnitt 1 werden ausgewählte urheberrechtliche Fragen mit verbraucherschutzrechtlichem Bezug begutachtet. Sinn und Zweck der Untersuchung liegt darin zu analysieren, ob und in welcher Beziehung das geltende Recht aus Verbraucher- beziehungsweise Nutzersicht defizitär ist, beziehungsweise wie sich der Status Quo in bestimmten Regelungsfeldern auf die Interessen der Nutzer auswirkt. Nachstehend werden die Erkenntnisse zu den einzelnen Punkten kurz zusammengefasst.

I. Privatkopierfreiheit und deren Ausschluss durch vertragliche Regelungen (vor allem AGB)

Der erste Punkt befasst sich mit einem Phänomen, das man mit „Privatisierung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs“ treffend umschreiben kann. Bekanntlich ist der Gesetzgeber gehalten, im Urheberrecht einen ausgewogenen Ausgleich der betroffenen Interessen der Urheber, Verwerter, Nutzer und der Allgemeinheit herzustellen. Die Interessen der Rechteinhaber (Urheber, Verwerter) werden durch die Verwertungs- und Urheberpersönlichkeitsrechte geschützt. Dem Schutz der Urheber vor den Verwertern (bei der Übertragung von Nutzungsrechten) dient das Urhebervertragsrecht. Die Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit sollen wiederum durch die Schrankenbestimmungen beziehungsweise die sonstigen Grenzen des Urheberrechts (Schöpfungshöhe, freie Benutzung und so weiter) garantiert werden.

Gerade bei der Nutzung und beim Erwerb von digitalen Werkexemplaren wird der gesetzlich hergestellte Interessenausgleich zwischen Rechteinhabern und Nutzern/Allgemeinheit jedoch zunehmend durch den Umstand beeinträchtigt, dass sie in den weitaus meisten Fällen vertraglichen Bestimmungen der Anbieter unterworfen werden. Durch Nutzungsbedingungen, Lizenzbestimmungen und andere Formen allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) werden Nutzerbefugnisse nach den Vorstellungen des jeweiligen Anbieters ausgestaltet – häufig unter Einschränkung der in den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen gesetzlich vorgesehenen Nutzungsfreiheiten.¹ Die Nutzer haben auf die vertraglichen Bedingungen der Anbieter naturgemäß keinen Einfluss beziehungsweise keine Verhandlungsmöglichkeiten in Bezug auf die ihnen zugestandenen Befugnisse. Werden gesetzlich vorgesehene Nutzerbefugnisse

¹ Siehe hierzu die ausführliche Untersuchung einer Vielzahl von Nutzungsbedingungen für digitale Werke, die der Autor im Jahr 2006 für den vzbv durchgeführt hat: Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Berlin 2006, erschienen im Berliner Wissenschafts-Verlag und online als PDF unter http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf beziehungsweise, als Kurzfassung unter http://www.vzbv.de/start/download.php?file=anhang_pm_digitale_medien_zsf.pdf&ordner=mediapics. Die Untersuchung hat ergeben, dass die meisten der dort überprüften allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksame und den Erwerber/Nutzer benachteiligende Klauseln enthielten.

durch vertragliche Vereinbarungen modifiziert, dient dies mithin stets den Wünschen des jeweiligen Anbieters.

Aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht stellt sich daher die Frage, ob dem Ausschluss beziehungsweise der Einschränkung der in den Schrankenbestimmungen gewährten Nutzungsfreiheiten vertragsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Vorliegend wird konkret die Frage untersucht, ob die Privatkopierfreiheit nach § 53 Abs. 1 UrhG, die aus Sicht der Verbraucherinteressen eine ganz zentrale Stellung einnimmt, durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass AGB-Klauseln, die Privatkopie ausschließen oder gegenüber den gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten beschränken, nicht generell unwirksam sind. Diese Einschätzung wird maßgeblich von der Erkenntnis getragen, dass der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien zum „Ersten und Zweiten Korb“ (in denen § 53 Abs. 1 UrhG jeweils modifiziert wurde) deutlich gemacht hat, dass der Privatkopie – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt eine verbraucherschutzrechtliche Bedeutung zukomme. Entgegen der grundlegenden Bedeutung von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch für die Nutzer – und zwar gerade bei der Verwendung digitaler Werkexemplare – diene § 53 Abs. 1 UrhG vorrangig dazu, ein Marktversagen und einen Kontrollverlust im Privatbereich entgegenzuwirken und unkontrollierbare Nutzungen zumindest einer wirtschaftlichen Kompensation der Rechteinhaber durch Pauschalvergütungen zuzufügen. Mit anderen Worten soll die Privatkopieschranke nach Auffassung des Gesetzgebers nicht die Verbraucher, sondern die Rechteinhaber schützen.

Da das Urheberrechtsgesetz § 53 UrhG selbst nicht für unabdingbar erklärt, könnte sich nur aus den AGB-rechtlichen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB, insbesondere aus § 307 BGB ergeben, dass Einschränkungen oder Ausschlüsse der Schrankenbestimmung durch allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam sind. Vor dem Hintergrund der oben genannten Auffassung des Gesetzgebers zur Privatkopieschranke ist jedoch nicht davon auszugehen, dass derartige Vertragsklauseln den Nutzer „unangemessen benachteiligen“, da sie „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren“ sind oder „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.“ Dementsprechend sind Erwerber und Nutzer von urheberrechtlich geschütztem Material nicht davor geschützt, dass die Anbieter derselben die Rechtslage zu ihren Gunsten verändern, indem sie die Privatkopierfreiheit einschränken oder gar ganz ausschließen.

II. Kollektive Rechtswahrnehmung bei grenzüberschreitenden Nutzungen von Musik

Über das System kollektiver Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften bei grenzüberschreitenden Nutzungen von Musik wird seit Langem diskutiert. Problematisch hieran ist, dass das Wahrnehmungssystem traditionell streng territorial strukturiert ist. In jedem Land gibt es eigene Verwertungsgesellschaften, die Rechte zur öffentlichen Wiedergabe oder mechanischen Vervielfältigung von Musik nur für das Land vergeben, für das sie jeweils zuständig sind (das Land ihres Sitzes). Bei der üblicherweise grenzüberschreitenden, multinationalen Verwertung von Musik (und auch anderen Werken) über das Internet stößt dieses Modell an seine Grenzen.

Schon frühzeitig hat die EU das Problem erkannt und drängt seither auf systematische Anpassungen an die veränderten Umstände. Das Ziel liegt darin, eine Art One-Stop-Shop zu schaffen, bei dem grenzüberschreitende Nutzungsrechte, idealerweise für die ganze Welt, erworben werden können. Ein solcher würde den Aufwand des Rechteerwerbs durch die Verwerter erheblich verringern und würde damit Marktzutrittschürden, insbesondere für kleinere Anbieter (Musikdownload-Dienste, Webradiobetreiber) senken. Aus Verbrauchersicht wäre eine solche Entwicklung im Prinzip wünschenswert, da hierdurch der Wettbewerb auf dem Markt mit unkörperlich zugänglich gemachten Unterhaltungsgütern befördert würde, das Angebot potenziell steigen und die Preise sinken würden.

Allerdings ist bis heute auf politischer Ebene kein Durchbruch in diese Richtung erzielt worden. Obgleich das Europäische Parlament die EU-Kommission bereits mehrfach aufgefordert hat, eine Rahmenrichtlinie zu entwerfen, liegt eine solche bis heute nicht vor.

III. Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 53, 54 ff. Urheberrechtsgesetz (UrhG)

In Abschnitt III wird untersucht, wie sich die Vergütungen für private Vervielfältigungen nach der Änderung der §§ 54 ff. UrhG durch den zweiten Korb verändert haben. Die Untersuchung hat ergeben, dass eine Einschätzung, ob die Leermedien- und Kopiergeräteabgaben seither insgesamt (oder auch nur in Bezug auf bestimmte Geräte- oder Medientypen) gestiegen sind oder nicht, sehr schwierig ist. Insbesondere mangelt es diesbezüglich an transparenten, allgemein zugänglichen Zahlen und Übersichten. Zwar berichten die einzelnen Verwertungsgesellschaften in ihren Jahresabschlussberichten über die von ihnen erzielten Einnahmen. Eine Gesamtübersicht, die idealerweise von der Zentralstelle für private Überspielungen (ZPÜ), die für das Inkasso aller Pauschalvergütungen nach den §§ 54 ff. UrhG zuständig ist, bereitzustellen wäre, existiert

dagegen nicht. Dies erschwert es erheblich, die Entwicklung des Gesamtvergütungsaufkommens zu untersuchen.

Hinzu kommt, dass die Zahlen der einzelnen Verwertungsgesellschaften nicht immer in den Geschäftsberichten nachvollziehbar erläutert oder dokumentiert werden. So verzeichnete die GEMA im Jahr 2009 einen drastischen Einbruch bei den Vergütungsansprüchen nach § 54 UrhG ca. 25 Millionen Euro im Jahr 2008 auf ca. 5,5 Millionen Euro im Jahr 2009 gefallen. Eine Erklärung, wie sich diese Entwicklung erklärt, findet sich im Geschäftsbericht 2009 nicht. Der Rückgang ist dabei umso bemerkenswerter als die VG WORT im gleichen Zeitraum erhebliche Einnahmewachse zu verzeichnen hatte. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, eine allgemeine Aussage darüber zu treffen, ob das (letztlich durch die Verbraucher zu tragende) Vergütungsaufkommen durch die Änderung der Erhebungsgrundlagen im Zweiten Korb gestiegen ist oder in Zukunft steigen wird.

Eine Zukunftsprognose wird dadurch erschwert, dass seit der Gesetzesreform über eine Vielzahl von Vergütungsansprüchen für (digitale) Speichermedien und Vervielfältigungstechnologien zwischen den Verwertungsgesellschaften und den Herstellern/Anbietern gestritten wird. Die hinter der Gesetzesreform stehende Idee, dass sich die Parteien im Wege der Selbstregulierung auf Vergütungsvereinbarungen einigen und so

einvernehmlich regeln, für welche Technologien Vergütungen in welcher Höhe zu entrichten sind, hat sich bisher nicht realisiert. Über Zahlungen für PCs, Mobiltelefone, Festplatten und Drucker wird nach wie vor, teils vor der Schiedsstelle, teils bei den Gerichten, gerungen. Die Verfahren ziehen sich teilweise jahrelang hin, sodass auch heute noch nicht absehbar ist, wie sich das Vergütungsaufkommen konkret entwickeln wird.

Aus Verbrauchersicht sind die Vergütungspflichten nach den §§ 54 ff. UrhG ambivalent zu bewerten. Einerseits verteuern sich hierdurch Geräte und Speichermedien, da die Vergütungen auf die Verkaufspreise zumindest teilweise aufgeschlagen werden. Andererseits aber sind die Vergütungen rechtliche Voraussetzung für die Befugnis, Privatkopien und Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch (zum Beispiel zu Archiv- und zu wissenschaftlichen Zwecken) anfertigen zu können. Diese urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen kommen den Verbrauchern sehr zugute, da sie (vor allem die Privatkopie) erhebliche Freiheiten eröffnen, urheberrechtlich geschütztes Material zu nichtkommerziellen Zwecken, also außerhalb des öffentlichen Bereichs zu nutzen.

IV. Die Kulturfltrate

Der Begriff der Kulturfltrate wird zwar seit einiger Zeit diskutiert, ist aber bislang nicht einheitlich definierbar. Grundsätzlich geht es bei diesem Modell darum, den Urhebern und Verwertern Einnahmen für die unkontrollierte Zugänglichmachung und Vervielfältigung von urheberrechtlich geschütztem Material in Tauschbörsen (per Filesharing) zu verschaffen, indem solche Handlungen gegen Pauschalvergütungen, also per gesetzlicher Lizenz, legalisiert werden.

In der Studie wurde kursorisch untersucht, ob eine solche Regelung aus Verbrauchersicht generell wünschenswert wäre. Sie hat ergeben, dass die Antwort auf diese Frage letztlich stark von den Umsetzungsdetails abhängt, die noch nicht klar umrissen sind. So wäre beispielsweise relevant, wie hoch die Pauschalabgaben ausfallen würden, wer sie zahlen muss, ob es sich um ein Opt-out-Modell handeln würde oder jeder Internetnutzer zur Zahlung verpflichtet wäre, ob das Nutzungsaufkommen datenschutzrechtlich neutral überwacht werden könnte und so weiter.

Unabhängig von diesen Details wäre eine Kulturfltrate aus Sicht aller Verbraucher jedenfalls ambivalent zu beurteilen. Wie auch die Pauschalabgaben nach den §§ 54 ff. UrhG, führt sie für manche Verbraucher (wenn ein Opt-Out nicht vorgesehen würde, was wahrscheinlich wäre) zu Mehrkosten für Nutzungsmöglichkeiten, die sie nicht in Anspruch nehmen (nicht jeder Internetnutzer verwendet Tauschbörsen). Andererseits hätte die Kulturfltrate – bei sinnentsprechender Ausgestaltung – den gesamtgesellschaftlichen Vorteil, den massenhaften Urheberrechtsverletzungen und deren Folgen (Abmahnungen, Klagen) jedenfalls teilweise ein Ende zu bereiten. Dies wiederum würde sich nach der hier vertretenen Auffassung positiv auf den Rechtsschutz für kreative Leistungen und die Rechtsordnung insgesamt auswirken, da es der zunehmend geringen Akzeptanz des Urheberrechts entgegenwirken würde.

V. Urheberrecht und kreative Werknutzung im Social Web

Im fünften Teil des ersten Abschnitts geht es um das Phänomen, kreativer Nutzungen urheberrechtlich geschützten Materials im so genannten Social Web (auch als Web 2.0 bezeichnet). Untersucht wird, ob und inwieweit nach den geltenden urheberrechtlichen Regelungen (Schrankenbestimmungen, das Institut der freien Benutzung gemäß § 24 UrhG) weit verbreitete Kulturpraktiken im Internet generell zulässig oder nur gegen Erwerb der Rechte gestattet sind.

Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass nach deutschem Recht Remixe, Mashups, Appropriation Art und User-Generated-Videos, in denen Ausschnitte aus Filmen oder kommerzielle Musik verwendet werden, in aller Regel der Zustimmungspflicht durch den Rechteinhaber unterliegen. Eine zustimmungsfreie Nutzung von vorbestehendem, urheberrechtlich geschütztem Material ist dagegen nur in seltenen Sonderfällen durch das Zitatrecht oder das Institut der freien Benutzung gedeckt (Letzteres kann zum Beispiel bei parodistischen oder satirischen Beiträgen der Fall sein). Diese Fälle zu erkennen und die Rechtslage korrekt einzuschätzen dürfte dem modernen Produzenten angesichts der Komplexität der involvierten Rechtsfragen indes kaum einmal möglich sein. Insofern herrscht innerhalb der kreativen Gesellschaft erhebliche Rechtsunsicherheit.

Diese Rechtslage ist aus gesamtgesellschaftlicher Sicht unbefriedigend. Kreativität sollte durch das Urheberrecht gefördert und nicht behindert werden. Insofern stellt sich die (die im zweiten Abschnitt, Punkt I zu beantwortende) Frage, welche den betroffenen Interessen entsprechende Maßnahmen ergriffen werden könnten, um kreative Nutzungen weitergehend als bisher zu legalisieren.

Zweiter Abschnitt

Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des Urheberrechts

Im zweiten Abschnitt der Untersuchung werden Regelungsvorschläge gemacht, die in weiteren Reformen des Urheberrechts (auf deutscher, europäischer Ebene) durch die Gesetzgeber aufgegriffen werden sollten, um das Urheberrecht weiter an die Belange der Wissens- beziehungsweise Informationsgesellschaft anzupassen.

I. Regelung zur Gestattung transformativer Werknutzungen

Der erste Teil des zweiten Abschnitts beschäftigt sich mit einer Lösung für das vorgenannte Problem kreativer (transformative) Werknutzungen von urheberrechtlich geschütztem Material im (Social) Web durch „Laienurheber“ (Produzenten). Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die hierfür in aller Regel bestehende Zustimmungspflicht (und damit einhergehend die Notwendigkeit, jede Nutzung zu lizenzieren) die Produzenten vor unlösbare Probleme stellt. Musik- und Filmmnutzungsrechte zu „klären“, um etwa ein Mashup-Video für YouTube zu produzieren und es hochzuladen, erfordert einen Aufwand und Kosten, die viel zu groß sind, um in solchen Zusammenhängen geleistet werden zu können. Dies führt dazu, dass die meisten kreativen Leistungen, die durch die Bevölkerung im Social Web veröffentlicht werden, gegen das Urheberrecht verstoßen.

Vor dem Hintergrund, dass solche Kulturpraktiken gesamtgesellschaftlich wünschenswert sind und daher vom Urheberrecht gefördert werden sollten, drängt sich daher eine gesetzliche Lösung auf, die die Produzenten zumindest von der Pflicht enthebt, für ihre Nutzungen Rechte einzuholen (mit anderen Worten eine gesetzliche Lizenz). Eine rechtsvergleichende Untersuchung ergibt, dass eine solche Regelung in Europa derzeit nicht möglich ist, da sie im abschließenden Schrankenverzeichnis der InfoSoc-Richtlinie nicht enthalten ist. Im US-amerikanischen Copyright werden derartige Nutzungen dagegen in der Regel als *fair use* im Sinne des Art. 107 US Copyright Act angesehen und sind daher zustimmungs- und vergütungsfrei zulässig.

In Übereinstimmung mit anderen Untersuchungen (zum Beispiel dem britischen Gowers Review of Intellectual Property aus dem Jahr 2006) wird hier vorgeschlagen, eine neue europäische Schrankenbestimmung für transformative Werknutzungen einzuführen, die sich an der US-amerikanischen Rechtsauffassung orientiert.² Unter transformativen Werknutzungen werden Handlungen verstanden, bei denen urheber- und/oder leistungsschutzrechtlich geschütztes Material ganz oder teilweise verwendet wird, um im Rahmen einer kreativen/künstlerischen Auseinandersetzung ein neues Werk zu schaffen, das einen neuen, von den verwendeten Werken unabhängigen, eigenen Sinngehalt aufweist und eine neue Ausdrucksform darstellt. Als transformative Nutzungen sollen nur solche verstanden werden, die kein Substitut für das oder die verwendeten Werke darstellen, da sie eine andere Art des Werkgenusses und der rezeptiven Wahrnehmung eröffnen. Beispiele sind Mashups (die Kombination verschiedener Materialien zu einem neuen Werk) oder Remixe (Veränderungen eines bestehenden Werkes oder einer Tonaufnahme, die zu einer veränderten Ausdrucksform mit anderem Sinngehalt führen).

Der Vorschlag dient dazu, bestimmte Formen kreativer Entfaltung rechtlich zu ermöglichen und Hemmnisse in Form von Verbotsrechten und Vergütungsansprüchen zu reduzieren. Das höherrangige Ziel liegt darin, das kulturelle Schaffen zu fördern, Rechtsunsicherheiten sowie Gefahren der Rechtsverfolgung zu beseitigen und aus Sicht des Gemeinwohls wünschenswerte Kulturtechniken zu legalisieren. Insofern stellt die neue Schrankenbestimmung eine der Kunst- und kreativen Entfaltungsfreiheit dienende Erweiterung des Zitatrechts dar, die ähnlichen Zwecken dient.

Gefördert werden hierdurch vor allem die Interessen der Urheber. Jeder Urheber ist – sowohl als Rezipient/Verbraucher als auch als kreativ Schaffender – gleichzeitig Nutzer. Kreativität entfaltet sich nicht im leeren Raum, sondern in einem kreativen Milieu. Urheberrechtlich relevante Nutzungen (also nicht etwa nur das Lesen von Büchern oder Hören von Musik) sind bei der Erschaffung von „neuen“ Werken in vielen Fällen unabdingbar.

² Konkret wird der folgende Wortlaut für eine solche Bestimmung vorgeschlagen: „(1) Zulässig ist es, veröffentlichte Werke oder Werkteile zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich wiederzugeben, zu bearbeiten oder umzugestalten, wenn sie in eine selbstständige eigene geistige Schöpfung aufgenommen werden, deren Sinngehalt und geistig-ästhetische Wirkung sich von dem oder den aufgenommenen Werken unterscheidet (transformative Werknutzung).² Transformative Werknutzungen dürfen die normale Auswertung des oder der aufgenommenen Werke nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers unter Berücksichtigung der Interessen Dritter und der Allgemeinheit nicht ungebührlich verletzt werden. (2) Die Anwendung des § 62 ist ausgeschlossen. (3) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu Abs. 1 stehen, sind nichtig.“

Nach der vertretenen Auffassung führt eine solche Schrankenbestimmung nicht zu unangemessenen Beeinträchtigungen der Interessen von Urhebern und Verwertern. Durch die hierdurch gestatteten transformativen Nutzungen wird die wirtschaftliche Wertschöpfung der aufgenommenen Werke nicht beeinträchtigt, weil das neue Werk einen Mehrwert beziehungsweise anderen Wert aufweist und andere Nutzergruppen anspricht. Es ist und darf dabei nach der vorgeschlagenen Formulierung kein Substitut für das oder die aufgenommenen Werke sein. Hiermit sollte die Verfassungsmäßigkeit gewährleistet sein, da die Schrankenbestimmung aufgrund der Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt ist und der Kernbereich der Eigentumsgarantie (vor allem die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber) nicht angetastet wird.

Angesichts der vorgenannten Erwägungen ist die Regelung weder auf Nutzungen beschränkt, die „nichtkommerziellen Zwecken“ dienen. Eine solche Abgrenzung wäre ohnehin kaum handhabbar, da bei vielen Nutzungen – auch im Web 2.0 – nicht eindeutig geklärt werden kann, ob sie (im weiteren Sinne) kommerziellen Zwecken dienen oder nicht. Im Übrigen kann ein zunächst nichtkommerziellen Zwecken dienendes neues Werk später durchaus kommerziellen Zwecken dienen, etwa wenn ein YouTube-Video Vermarktungsinteressen Dritter weckt oder Ähnliches. Auch das verwandte Zitatrecht sieht eine solche Einschränkung für das zitierende Werk nicht vor. Ebenso wenig wie das Zitatrecht sieht die vorgeschlagene Regelung eine Vergütungspflicht vor. Eine solche wäre angesichts der dezentralen, meist durch Privatpersonen vorgenommenen und sehr vielfältigen Nutzungsformen außerordentlich schwer zu handhaben. Im Übrigen erscheint sie angesichts der vorstehenden Erwägungen auch nicht erforderlich. Die transformative Nutzung soll und darf die „normale Auswertung“ des oder der verwendeten Werke und Werkteile gerade nicht beeinträchtigen. Insofern führt sie bei den Rechteinhabern derselben nicht zu wirtschaftlichen Einbußen. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass transformative Nutzungen den Absatz und die Popularität der verwendeten Werke generell eher fördern werden.

II. Neuordnung der Schrankenbestimmung über Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch (Privatkopieschranke)

Im zweiten Teil werden Möglichkeiten untersucht, die Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG fortzuentwickeln. Bestrebungen (vor allem der Unterhaltungsindustrie), die Regelung weiter einzuschränken, sind hiernach abzulehnen. Vielmehr ist festzustellen, dass § 53 UrhG für die Endnutzer schon jetzt kaum mehr handhabbar ist, da er mit seinen vielen unbestimmten Rechtsbegriffen, Ausnahmen und Ausnahmen von der Ausnahme kaum noch verständlich ist. Kritisiert wird zudem erneut, dass gerade die digitale Privatkopie nicht „durchsetzungsstark“ gegen den Schutz technischer Maßnahmen nach den §§ 95a ff. UrhG ausgestaltet ist und dass sie durch Verträge und AGB (siehe oben) regelmäßig eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Vor diesem Hintergrund und angesichts der hier erneut hervorgehobenen Bedeutung der Privatkopieschranke für den „digitalen Nutzer“, wird eine Neuregelung vorgeschla-

gen, die vor allem der Verständlichkeit dienen soll.³ In der vereinfachten Formulierung soll zum Beispiel das Verbot der Vervielfältigung von rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Kopiervorlagen gestrichen werden. Diese Formulierung führt – obgleich sie bereits seit 2003 beziehungsweise 2008 in dieser Form existiert – nach eigener Anschauung bei Nutzern wie Rechtsexperten zu erheblichen Unsicherheiten. Nicht nur dass es angesichts dessen für die privilegierten Privatanutzer kaum möglich ist, sich rechtskonform zu verhalten. Die Schranken-Schranke ist letztlich auch überflüssig, da das hiermit angestrebte Verbot von Downloads aus illegalen Quellen aus technischen Gründen ohnehin nicht kontrollierbar ist.

Neben einer Vereinfachung des Wortlauts und dessen Reduzierung auf das Notwendige ist es nach der hier vertretenen Ansicht unerlässlich, die Privatkopieschranke als (vertraglich) unabdingbar auszugestalten. Andernfalls droht der hierdurch herzustellende Interessenausgleich zulasten der Verbraucher „privatisiert“ zu werden, indem die Zulässigkeit von Privatkopie ins Belieben der Rechteinhaber gestellt werden (siehe oben). Insofern erschiene auch eine Durchsetzungsstärke digitaler Privatkopien gegen den Schutz technischer Maßnahmen gemäß § 95b UrhG gerechtfertigt.

III. Begrenzung der Kosten für Abmahnungen an Verbraucher wegen Urheberrechtsverletzungen

Der dritte Teil im zweiten Abschnitt der Untersuchung beschäftigt sich mit dem zunehmend drängenden Problem von „Verbraucherabmahnungen“. Der deutsche Gesetzgeber hat im Zweiten Korb mit § 97a Abs. 2 UrhG versucht, eine Maßnahme gegen überhöhte Abmahnkosten bei Urheberrechtsverletzungen von geringem Ausmaß zu treffen, die die Verbraucher schützen soll. Der positive Effekt dieses Ansatzes hat sich bislang indes nicht realisiert. Ersichtlich wird die Abmahnkostendeckelung in der Praxis kaum angewendet, Judikatur zu § 97a Abs. 2 UrhG ist in den nunmehr drei Jahren seit In-Kraft-Treten kaum ergangen.

Der Grund hierfür ist in der Vielzahl von – durch unbestimmte Rechtsbegriffe geregelten – Einschränkungen zu vermuten, denen die Deckelung unterworfen wurde. Vor allem ist der durch die Tatbestandsmerkmale der „unerheblichen Rechtsverletzung“ und des „gewerblichen Ausmaßes“ eröffnete Einschätzungsspielraum für Gerichte und Rechteinhaber so groß, dass die Anwendung der Verbraucherschutznorm annähernd uneingeschränkt subjektiven Wertungen zugänglich ist. Zudem ist zu bemängeln, dass der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien gerade den drängendsten Fall von Massenabmahnungen aufgrund von Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen nicht genannt hat. Dies führt wiederum dazu, dass zumeist angenommen wird, dass § 97a Abs. 2 UrhG auf diese Fälle keine Anwendung findet.

Schließlich hat der Gesetzgeber offenbar übersehen, dass zwischen dem Tatbestandsmerkmal der „unerheblichen Rechtsverletzung“ und dem des „gewerblichen Ausmaßes“ im Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2, Abs. 9 UrhG vor allem bei Rechtsverletzungen in Tauschbörsen faktisch ein sehr enger Zusammenhang besteht.

³ Vorgeschlagen wird folgender Wortlaut von § 53 Abs. 1 UrhG: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch. Der Berechtigte darf die Vervielfältigung auch von einem Dritten herstellen lassen.“

Nahezu in allen Fällen werden vor Abmahnungen oder Klagen in Tauschbörsenfällen Auskunftsverfahren nach § 101 UrhG geführt. Entscheiden die Gerichte, dass die öffentliche Zugänglichmachung eines Albums oder gar eines einzigen Titels bereits eine Verletzungshandlung in „gewerblichem Ausmaß“ darstellt, kann schwerlich begründet werden, dass dieselbe Handlung im Rahmen der Entscheidung über die Abmahnkosten als „unerhebliche Rechtsverletzung“ im Sinne des § 97a UrhG gewertet wird.

Um den vom Gesetzgeber angestrebten (verbraucherschutzrechtlichen) Schutzzweck zu erfüllen, wird vorliegend ein Maßnahmenpaket vorgeschlagen, das auf einer Senkung des Gegenstands- beziehungsweise Streitwerts bei nicht vorsätzlichen Urheberrechtsverletzungen durch Privatnutzer in einfach gelagerten Fällen basiert.⁴ Die Begrenzung soll auch für die Störerhaftung in solchen Fällen gelten. Der Gegenstandswert einer Abmahnung beträgt hiernach maximal 50.000,00 Euro. In Härtefällen soll der Gebührenrahmen der für die Abmahnung zu fordernden Geschäftsgebühr (gemäß Ziff. 2300 VV RVG) zudem auf 0,5 begrenzt werden. Als Härtefälle werden solche bezeichnet, in denen die Kostenbelastung des Privatnutzers bei Ausschöpfung des vollen Gebührenrahmens angesichts seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint. Die Regelung orientiert sich an § 12 Abs. 4 UWG.

Ein solches Maßnahmenpaket wäre nach der hier vertretenen Auffassung geeignet, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen und die erwiesenen Nachteile von § 97a Abs. 2 UrhG zu vermeiden. Zunächst setzt sie anders als § 97a UrhG an der Ursache des Problems an, die im großen Spielraum bei der Bemessung des Gegenstandswertes liegt, auf dessen Basis die Abmahnkosten berechnet werden.

Aus Sicht der Verletzten hat der Regelungsvorschlag den Vorzug, dass sie hiernach nicht Gefahr laufen, einen Teil ihrer Rechtsverfolgungskosten selbst tragen zu müssen, was bei der geltenden Regelung häufig der Fall sein wird. Im Übrigen wird durch die Formulierung – ohne dabei auf die in der Regel nicht messbare wirtschaftliche Relevanz der Abmahnung für den Rechteinhaber abzustellen – vermieden, dass der Gegenstandswert bei Maßnahmen gegen massive Rechtsverletzungen, wie sie zum Beispiel durch Release-Groups oder andere „professionelle Rechtsverletzer“ vorgenommen werden, begrenzt wird.

Für die Verbraucher hat die Regelung den Vorteil gegenüber § 97a Abs. 2 UrhG, dass insbesondere die gegenüber subjektiven Einschätzungen höchst anfälligen Begriffe des „gewerblichen Ausmaßes“ und der „unerheblichen Rechtsverletzung“ vermieden werden. Als ergänzende Maßnahme wird schließlich vorgeschlagen, die Tauschbörsenfälle in den Gesetzesmaterialien als einer der Standardanwendungsfälle

⁴ Konkret wird folgende Formulierung im Gebührenrecht vorgeschlagen: „(1) In Streitigkeiten nach dem Urheberrechtsgesetz beträgt der Gegenstandswert einer Abmahnung (§ 97a Abs. 1 UrhG) höchstens 50.000,00 Euro, soweit es um die Verletzungshandlung eines Privatnutzers oder die Handlung eines Privatnutzers geht, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzungshandlung eines Privatnutzers beigetragen hat und es sich um eine nach Art und Umfang einfach gelagerte Sache handelt, es sei denn, die Verletzungshandlung wurde vorsätzlich begangen. (2) Erscheint die Kostenbelastung des Privatnutzers in den in Abs. 1 genannten Fällen nach dem vollen Wert seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar, beträgt die Geschäftsgebühr gem. Ziff. 2300 VV RVG maximal 0,5.“

der Regelung ausdrücklich zu nennen. Damit könnte vermieden werden, dass die Gerichte gerade diese Konstellationen wiederum aus der Anwendung der neuen Regelung ausschließen, da sie meinen, eine Deckelung der Abmahnkosten wäre hier angesichts des vermeintlich hohen Schadens für die Rechteinhaber nicht angemessen.

IV. Weiterveräußerung von unkörperlichen Werkexemplaren

Im letzten Teil der Untersuchung wird eine Regelung vorgeschlagen, die – angelehnt an die Wertungen des Erschöpfungsgrundsatzes – es ermöglichen soll, in unkörperlicher Form rechtmäßig erworbene Werkexemplare weiterzuveräußern. Übereinstimmend mit großen Teilen der Rechtsliteratur wird hier davon ausgegangen, dass es nicht gerechtfertigt ist, Erwerber von unkörperlichen Vervielfältigungsstücken (vor allem Downloads von Musikstücken, Filmen oder Computerspielen) gegenüber den Erwerbern körperlicher Werkträger (wie CDs, DVDs oder DVD-ROMs) zu benachteiligen. Eine solche Benachteiligung scheint das geltende Recht jedoch vorzusehen. Der Erschöpfungsgrundsatz ist auf die Weiterveräußerung derart in Verkehr gebrachter Werke nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, anwendbar. Insofern ist es zumindest unklar, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein Album, das ein Nutzer bei einem Musikdownload-Service wie iTunes erworben hat, weiterverkauft werden kann. Hätte der Nutzer das gleiche Album auf einer CD gekauft wäre dies dagegen ohne weiteres zulässig. Angesichts des Umstands, dass die zunehmende Substitution des Marktes mit körperlichen durch einen Markt mit unkörperlichen Werkexemplaren auch und vor allem (angesichts sinkender Distributions- und Herstellungskosten) den Anbietern zugute kommt, erscheint eine solche Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt. Gleiches gilt angesichts der eigentümerähnlichen Interessen der Erwerber, über das erworbene Gut uneingeschränkt verfügen zu können.

Eine Ungleichbehandlung ist auch nicht aus technischen oder Verkehrsschutzgründen gerechtfertigt. Das Argument, dass eine Weitervertriebsmöglichkeit von unkörperlichen Vervielfältigungsstücken „Piraterie“ fördern würde, da der Rechtsschein (die „Echtheit“) von Dateien geringer sei als der von körperlichen Werkexemplaren, trägt letztlich nicht. Vielmehr können unkörperliche Vervielfältigungsstücke von geschützten Werken mit Wasserzeichentechnologien sogar besser authentifiziert werden, als – heutzutage leicht fälschbare – Datenträger und ihre Verpackungen. Schließlich besteht für die Rechteinhaber stets die Möglichkeit, den Weitervertrieb durch technische Schutzmaßnahmen zu verhindern.

Angesichts der erheblichen Summen, die von den Verbrauchern für den Erwerb von unkörperlichen Werkexemplaren aufgewendet werden, ist es damit geboten, ihnen rechtlich zu ermöglichen, den Wiederverkaufswert ihrer erworbenen Güter zu realisieren.

Dies soll nach dem hier unterbreiteten Regelungsvorschlag⁵ durch Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis für urheberrechtlich geschützte Werkträger

⁵ Die vorgeschlagene Formulierung lautet: „(1) Vervielfältigungsstücke des Werkes, die vom Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurden, dürfen vom rechtmäßigen Erwerber weiterveräußert werden, soweit der Erwerber keine Kopie dieses Vervielfälti-

realisiert werden, die von der Art und Weise des In-Verkehr-Bringens, des Weitervertriebs sowie der Frage der Verkörperung der Werkkopie unabhängig ist. Im Umfeld digitaler Veräußerungsvorgänge müsste diese von den in deren Zuge vorgenommenen Nutzungshandlungen (Vervielfältigung, Verbreitung etc.) unabhängig ausgestaltet sein. Gerade Vervielfältigungen sind bei der digitalen Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare unvermeidlich. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe beziehungsweise Zugänglichmachung müsste dagegen nicht beschränkt werden. Bei einer Veräußerung zwischen Erst- und Zweiterwerber kommt es nicht – und darf es aus Sicht der Interessen der Rechteinhaber nicht kommen – zur öffentlichen Zugänglichmachung der Kopie. Sie wird vielmehr durch eine individuelle Punkt-zu-Punkt-Übertragung von einer Person zu einer anderen übertragen. Der hier unterbreitete Vorschlag sieht vor, dass der Veräußerer nach der Übertragung kein Vervielfältigungsstück dieses Werkexemplars zurückbehalten darf. Im Übrigen sollte die Weiterveräußerungsbefugnis aus den bereits verschiedentlich genannten Gründen unabdingbar ausgestaltet werden.

gungsstücks zurückbehält. (2) Die Weiterveräußerungsbefugnis nach Abs. 1 besteht unabhängig davon, ob der rechtmäßige Erwerber das vom Rechteinhaber erworbene Vervielfältigungsstück selbst oder eine weitere Vervielfältigung desselben veräußert, soweit die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine öffentliche Zugänglichmachung von Vervielfältigungsstücken des Werkes durch den Erwerber ist nicht zulässig. (3) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu Abs. 1 und Abs. 2 stehen, sind nichtig.“

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Rechtliche Analyse ausgewählter urheberrechtlicher Aspekte mit verbraucherschutzrechtlichem Bezug

| | | |
|-------|---|----|
| I. | Ausschluss von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch gemäß §53 Abs. 1 UrhG durch allgemeine Geschäftsbedingungen..... | 20 |
| 1. | Allgemeine Situation: Einfluss von Verträgen auf urheberrechtliche Schrankenbestimmungen..... | 20 |
| 2. | Rechtliche Beurteilung | 22 |
| 3. | Bewertung..... | 24 |
| II. | Kollektive Rechtswahrnehmung | 25 |
| 1. | System und Rechtsgrundlagen der kollektiven Rechtswahrnehmung in Deutschland | 25 |
| 2. | Kollektive Rechtswahrnehmung bei grenzüberschreitenden Nutzungen | 26 |
| 2.1 | Grundlagen des internationalen Systems kollektiver Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften..... | 26 |
| 2.2 | Europäische Maßnahmen auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für die kollektive Rechtswahrnehmung | 27 |
| 2.3 | Gegenwärtige Situation | 30 |
| 2.4 | Die Auswirkungen des Status' Quo auf die Interessen der Verbraucher | 31 |
| 2.5 | Modelle zur Anpassung des Systems grenzüberschreitender kollektiver Rechtswahrnehmung für Musik | 32 |
| 2.6 | Schlussfolgerung und Fazit..... | 34 |
| III. | Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 53, 54 ff. Urheberrechtsgesetz (UrhG) | 35 |
| 1. | Rechtlicher Hintergrund zu den Vergütungsvorschriften nach den §§ 54, 54a UrhG und den Verfahren zur Festsetzung von Tarifen für Geräte und Leermedien..... | 35 |
| 2. | Hat sich die Neuordnung des Pauschalvergütungssystems durch den Zweiten Korb auf die Interessen der deutschen Verbraucher ausgewirkt? | 36 |
| 2.1 | Vorbemerkung..... | 37 |
| 2.2 | Entwicklung des Gesamtvergütungsaufkommens seit In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes..... | 38 |
| 2.3 | Entwicklung der Pauschalabgaben für bestimmte Geräte und Speichermedien | 40 |
| 2.3.1 | Entwicklung der Vergütungen für CD- und DVD-Brenner..... | 40 |
| 2.3.2 | Die PC-Vergütung..... | 40 |
| 3. | Erkenntnisse aus der Entwicklung von PC- und Brenner-Vergütung | 41 |
| 4. | Vergütungen für Mobiltelefone..... | 42 |
| 5. | Vergütungspflicht für Speichermedien | 44 |
| 5.1 | Entwicklung der Zahl der vergütungspflichtigen Gerätetypen..... | 46 |

| | | |
|--------------------------|--|----|
| 5.2 | Ausblick | 47 |
| 5.3 | Bewertung: Wie ist das gegenwärtige System der Pauschalvergütung aus Verbrauchersicht zu bewerten? | 47 |
| IV. | Die Kulturflatrate aus Verbrauchersicht | 49 |
| 1. | Begriff und Grundlagen | 49 |
| 2. | Rechtswissenschaftliche Literatur zum Thema | 51 |
| 3. | Positionen in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft | 52 |
| 4. | Bewertung aus Verbrauchersicht..... | 53 |
| V. | Urheberrecht und kreative Werknutzung im Social Web..... | 54 |
| 1. | Schutzfähigkeit von nutzergenerierten Inhalten | 55 |
| 2. | Schutzumfang bei nutzergenerierten Inhalten | 55 |
| 3. | Möglichkeiten zustimmungsfreier, kreativer Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken oder Werkteilen nach geltendem Recht..... | 56 |
| 3.1 | Das Zitatrecht | 57 |
| 3.2 | Das Recht der freien Benutzung | 58 |
| 3.2.1 | Eigenständiges Werk..... | 59 |
| 3.2.2 | Sonderfall: Parodien und Satiren | 60 |
| 4. | Anwendung der gesetzlichen Nutzungsbefugnisse auf übliche Kulturtechniken des Social Web | 61 |
| 4.1 | Sampling | 61 |
| 4.2 | Remixe und Mashups | 61 |
| 4.3 | Appropriation Art..... | 62 |
| 4.4 | Einbinden von Videos auf eigenen Webseiten | 63 |
| 5. | Fazit | 64 |
| | | |
| Zweiter Abschnitt | | |
| | Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des Urheberrechts | 65 |
| I. | Regelung zur Gestattung transformativer Werknutzungen | 65 |
| 1. | Bestrebungen in der EU | 65 |
| 2. | Rechtslage in den USA | 68 |
| 2.1 | Die Fair-Use-Doktrin..... | 68 |
| 2.2 | Transformative Nutzungen von vorbestehenden Werken als <i>fair use</i> | 69 |
| 2.3 | Erkenntnisse aus der unterschiedlichen Rechtslage in den USA und Europa beziehungsweise Deutschland | 70 |
| 3. | Regelungsvorschlag..... | 72 |

| | | |
|---------|--|----|
| 3.1 | Formulierungsvorschlag | 73 |
| 3.2 | Regelungszweck | 74 |
| 3.3 | Weiterer Änderungsbedarf außerhalb der Schrankenbestimmung..... | 74 |
| II. | Neuordnung der Schrankenbestimmung über Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch – Privatkopieschranke..... | 75 |
| 1. | Entwicklung der Privatkopieschranke durch die Neuregelungen im Ersten und Zweiten Korb | 75 |
| 2. | Fortsetzung der Debatte im Dritten Korb | 75 |
| 3. | Liberalisierung der Privatkopieschranke im Dritten Korb..... | 77 |
| 4. | Plädoyer für eine vereinfachte Formulierung der Privatkopieschranke und Formulierungsvorschlag | 79 |
| 5. | Plädoyer für eine durchsetzungsfähige Privatkopieschranke auch im digitalen Bereich..... | 80 |
| 6. | Plädoyer für eine vertragliche Unabdingbarkeit der Privatkopieschranke..... | 81 |
| III. | Begrenzung der Kosten für Abmahnungen an Verbraucher wegen Urheberrechtsverletzungen | 82 |
| 1. | § 97a UrhG..... | 82 |
| 2. | Kritik..... | 82 |
| 3. | Auswirkungen in der Praxis | 83 |
| 4. | Stellungnahme | 85 |
| 5. | Alternativer Vorschlag für ein Maßnahmenpaket | 86 |
| 5.1 | Erste Maßnahme: Deckelung der Gegenstandswerte..... | 88 |
| 5.1.1 | Grundsätzliche Überlegung..... | 88 |
| 5.1.2 | Begrenzung der Gegenstandswerte bei Abmahnungen gegen Verbraucher . | 89 |
| 5.1.3 | Normative Begründung für eine Begrenzung des Gegenstandswerts für Verbraucherabmahnungen im Urheberrecht | 90 |
| 5.1.4 | Umsetzung einer Begrenzung von Gegenstandswerten | 91 |
| 5.1.4.1 | Vorbemerkung: Schwierigkeiten bei der Formulierung des Gesetzestextes | 91 |
| 5.1.4.2 | Sachlicher Anwendungsbereich: Abmahnungen in einfach gelagerten Fällen..... | 93 |
| 5.1.4.3 | Persönlicher Anwendungsbereich: Beschränkung auf Privatnutzer..... | 94 |
| 5.1.4.4 | Anwendung bei der Störerhaftung..... | 95 |
| 5.1.4.5 | Begrenzung auf nichtvorsätzliche Verletzungshandlungen..... | 95 |
| 5.1.4.6 | Höhe der Bemessungsgrenze..... | 96 |
| 5.2 | Zweite Maßnahme: Begrenzung des Gebührenrahmens in Härtefällen | 96 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 6. | Formulierungsvorschlag | 98 |
| IV. | Weiterveräußerung von unkörperlichen Werkexemplaren | 98 |
| 1. | Problembeschreibung | 98 |
| 2. | Vergleichbare Sachverhalte und Interessen | 103 |
| 3. | Rechtliche Vergleichbarkeit zwischen körperlichem und unkörperlichem Erwerb ... | 105 |
| 4. | Marktwirtschaftliche Aspekte | 107 |
| 5. | Vorschlag für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis | 107 |
| 6. | Einzelheiten der Ausgestaltung | 110 |
| 6.1 | Keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung..... | 110 |
| 6.2 | Keine Beschränkung auf die Veräußerung des Originals..... | 111 |
| 6.3 | Keine Beschränkung auf bestimmte Werkarten und Vertriebswege..... | 111 |
| 6.4 | Keine Nutzungsrechte auf Seiten des Zweiterwerbers erforderlich | 112 |
| 6.5 | Schutz der Verwerterinteressen durch Löschungspflicht und DRM..... | 112 |
| 6.6 | Schutz der Erwerberinteressen durch Ausschluss der Abdingbarkeit | 113 |
| 7. | Formulierungsvorschlag | 113 |
| 8. | Abkürzungsverzeichnis..... | 115 |

Erster Abschnitt

Rechtliche Analyse ausgewählter urheberrechtlicher Aspekte mit verbraucherrechtlichem Bezug

I. Ausschluss von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch gemäß §53 Abs. 1 UrhG durch allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Allgemeine Situation: Einfluss von Verträgen auf urheberrechtliche Schrankenbestimmungen

Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen dienen dazu, die Interessen der Allgemeinheit, Nutzern, Urhebern und Rechteinhabern in Einklang zu bringen. Zu diesem Zweck schränken sie das Urheberrecht in bestimmten Fällen ein, indem einzelne Nutzungsformen für zustimmungsfrei erklärt werden. Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen sind daher elementarer Bestandteil des als geistiges Eigentumsrecht bezeichneten Urheberrechts.

Dem läuft die starke Tendenz zuwider, dass der faktische Nutzen urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen heutzutage zunehmend davon abhängt, wie der jeweilige Rechteinhaber oder Anbieter seine Geschäftsmodelle und Verträge ausgestaltet. Allgemeine Geschäftsbedingungen, wie Nutzungs- oder Lizenzbestimmungen, führen heutzutage zunehmend zu einer „Privatisierung des Interessenausgleichs“. Grund hierfür ist einerseits, dass sich der (Verbraucher-) Markt mit urheberrechtlich geschütztem Material stark auf den Vertrieb von unkörperlichen Werkexemplaren verlagert. Während der Absatz von Musik-CDs beispielsweise stetig abnimmt, gewinnt der Online-Vertrieb von Musik-Dateien über Dienste wie iTunes oder Musicload stark an Bedeutung.⁶ Auch Filme und Computerprogramme sowie Games werden zunehmend online in unkörperlicher Form vertrieben.

Die Nutzung von Online-Angeboten geht stets mit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen einher, die den standardvertraglichen Bestimmungen („Nutzungsbedingungen“) des Anbieters unterliegen. Zudem ist es bei digitalen Produkten, die über PCs bezogen und/oder genutzt werden, möglich, den Nutzer vor dem Erwerb oder der ersten Verwendung des erworbenen Inhalts eine Zustimmung zu den Nutzungsregeln abzuverlangen. Der Erwerber muss die Bedingungen entweder „akzeptieren“ oder bleibt von der Nutzung ausgeschlossen. Dies ist bei physischen Werkexemplaren, die nicht bestimmungsgemäß auf Computern genutzt werden, anders. Wer eine Musik-CD kauft, in den CD-Spieler einlegt und abspielt, „akzeptiert“ keine (Lizenz-) Vertragsbedingungen.⁷

⁶ Nach Angaben des Bundesverbandes Musikindustrie stieg im Jahr 2009 der Umsatz mit Musikdownloads (wie auch in den vorangegangenen Jahren) um mehr als 30 Prozent. Zwar macht der Absatz von physischen Tonträgern noch immer ca. 80 Prozent des Gesamtumsatzes aus. Der Absatz sinkt jedoch stetig. Die Musikindustrie resümiert in ihrem Jahresabschlussbericht 2009: „Der Wandel vom physischen zum digitalen Markt vollzieht sich in Deutschland langsamer als zunächst erwartet, aber stetig.“ Siehe http://www.musikindustrie.de/jwb_umsatz09/.

⁷ Die zum Beispiel bei auf audiovisuellen Trägern (zum Beispiel DVDs) vertriebenen Filmkopien üblichen Hinweise „alle Rechte vorbehalten, jede Verwendung außerhalb des privaten Bereichs ist illegal“ und so weiter sind generell nicht als wirksame Vertragsbedingungen anzusehen. Gleiches gilt für Hinweise in Büchern (zum Beispiel „Nachdruck verboten“). Der Nutzer einer DVD schließt mit dem Filmhersteller keinen (Lizenz-) Vertrag, sondern lediglich einen Kaufvertrag mit dem Verkäufer. Solche Angaben sind daher nur rechtlich unverbindliche Hinweise, die den Käufer, sollten sie gesetzlich gewährte Nutzungsbefugnisse einschränken, nicht verpflichten.

Die sich hierdurch für die Verbraucher ergebenden Veränderungen sind erheblich. Schon die 2006 im Auftrag des vzbv erstellte Studie „Verbraucherschutz bei digitalen Medien“ kam zu dem Ergebnis:⁸

„Diese Komplexität wird durch das Verhalten der Anbieter auf dem Markt mit digitalen Inhalten weiter erhöht. Bei Produkt- und Diensteanbietern ist ein eindeutiger Trend zu erkennen, die Nutzung digitaler Inhalte durch Verträge, vor allem allgemeine Geschäftsbedingungen in Form von Nutzungs- und Lizenzbestimmungen, zu regeln. Diese scheinen in der Regel nicht in erster Linie dazu zu dienen, dem Nutzer Rechte zu übertragen, die er für die Verwendung des geschützten Materials benötigt oder die vertraglichen Vereinbarungen zum Anbieter klar zu regeln. Vielmehr hat die Untersuchung gezeigt, dass die auf dem Markt eingesetzten Nutzungs- oder Lizenzbestimmungen regelmäßig vorrangig dazu bestimmt sind, gesetzlich vorgesehene oder bis dato übliche Nutzungsbefugnisse mehr oder weniger erheblich zu beschneiden.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich eine im Vergleich zum „analogen Zeitalter“ deutliche Veränderung des Marktverhaltens der Anbieter von Kultur- und Entertainment-Gütern. Während die Nutzung herkömmlicher Inhalte in der Regel allein durch das Gesetz reglementiert wurde, geschieht dies zunehmend durch die von Anbietern oder Rechtsinhabern vorgegebenen Nutzungs- und Lizenzbestimmungen. Die Erwerber von digitalen Produkten werden häufig gezwungen, vom Anbieter vorgegebene Nutzungsbestimmungen bei der ersten Verwendung oder bereits beim Erwerb zu akzeptieren. Diese Praxis geht für die Verbraucher mitunter mit einschneidenden Konsequenzen einher, wie ein Beispiel zeigt:

Für die Verbraucher sind die Befugnisse, die ihnen im Umgang eines erworbenen Buches zustehen, weitgehend eindeutig. Sie können es so oft lesen, wie sie wollen, es wieder verkaufen, es an Freunde verleihen, es ins Regal stellen und Auszüge hieraus fotokopieren und so weiter. Ihre insoweit gesetzlich gewährten Befugnisse werden nicht etwa durch weitere Nutzungsbedingungen im Buchdeckel abgeändert oder eingeschränkt.

Dagegen werden die Erwerber des gleichen Buches in digitaler Form mit einer Vielzahl vertraglicher Vereinbarungen konfrontiert. Wer ein eBook in einem Online-Store per Download erwirbt, muss häufig schon beim „Betreten“ des virtuellen Geschäfts umfangreiche allgemeine Geschäftsbedingungen beachten („Die Nutzung dieses Online-Shops unterliegt unseren AGB“). Für die eigentliche Nutzung des digitalen Buches wird zudem ein eBook-Reader benötigt, dessen Verwendung einem weiteren Vertrag (den hierfür geltenden Lizenzbestimmungen des Software-Anbieters) unterliegt. Für die Nutzung des eBooks selbst gelten wiederum eigene Nutzungsbedingungen, deren Geltung der Erwerber beachten muss, will er dies bestimmungsgemäß benutzen (also lesen) oder anderweitig verwenden. Hierin finden sich in vielen Fällen Klauseln, nach denen das elektronische Buch (also die Datei, in der das Werk gespeichert ist) nur eingeschränkt verwendet werden darf. Obwohl für eBooks – vor allem gemessen an dem Umstand, dass der Nutzer kein körperliches Werkstück erhält und entsprechend geringe Kosten für Produktion und Versand anfallen – verhältnismäßig hohe Kaufpreise verlangt werden, wird er gegenüber dem Erwerber eines herkömmlichen Buches in seinen Verwendungsmöglichkeiten erheblich benachteiligt. So wird häufig verboten, das eBook weiterzuverkaufen, es beliebig auf alle zur Verfügung stehenden Endgeräte zu kopie-

⁸ Siehe Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Berlin 2006, S. 13 f. = http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf, S. 7 f.

ren (was nötig wäre, um es an jedem gewünschten Ort lesen zu können) oder es zu verleihen.“

Diese Situation hat sich im Zuge der weitergehenden Substitution von körperlichen Werkexemplaren durch Download- oder Streaming-Angebote weiter verschärft und wird sich im Zuge der voranschreitenden Digitalisierung der Märkte weiter zuspitzen.

2. Rechtliche Beurteilung

Ob urheberrechtliche Schrankenbestimmungen durch AGB abdingbar sind oder nicht, hängt zunächst von deren konkreter Ausgestaltung ab. Manche Schrankenbestimmungen sind schon nach dem Urheberrechtsgesetz ausdrücklich als unabdingbar ausgestaltet. Dies gilt zum Beispiel für die Regelung zu Sicherungskopien für Computerprogramme (§ 69d Abs. 2 in Verbindung mit § 69 g Abs. 2 UrhG) oder für vertragliche Beschränkungen von Nutzungsfreiheiten bei Datenbanken (§ 87e UrhG). Die weitaus meisten urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen unterliegen nach dem Urheberrechtsgesetz jedoch nicht derart ausdrücklichen Einschränkungen. Dies gilt auch und vor allem für die Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG.

Unwirksam sind formularvertragliche Einschränkungen der Privatkopieschranke vor diesem Hintergrund nur, wenn sie gegen die allgemeinen Bestimmungen des AGB-Rechts verstoßen. Relevant ist diesbezüglich – da die Klauselverbote in den §§ 308, 309 BGB insofern nicht einschlägig sind – insbesondere das Benachteiligungsverbot in § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁹

Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, „wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“. Eine unangemessene Benachteiligung in diesem Sinne kann gemäß Abs. 2, Nr. 1 dieser Vorschrift darin liegen, dass eine Klausel mit „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.“

Es stellt sich also die Frage, ob die Kopierfreiheit zu privaten Zwecken nach § 53 Abs. 1 UrhG einen wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts ausdrückt.¹⁰ Für diese Frage von wesentlicher Bedeutung ist, dass § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor allem dazu dient, den

⁹ Zudem kommen unter Umständen Verstöße gegen das Verbot überraschender Klauseln gemäß § 305c beziehungsweise gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht. Ob solche vorliegen, kann jedoch nur konkret an einzelnen Angebotskonstellationen überprüft werden. Gleiches gilt für die Frage, ob Einschränkungen der Privatkopieschranke wegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unzulässig sein können, da sie „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränken, dass sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährden“. Angesichts des Umstands, dass sich Verträge über den kostenpflichtigen Download oder die kostenpflichtige Nutzung von immateriellen Werkexemplaren nicht unmittelbar einem Vertragstyp des besonderen Schuldrechts zuordnen lassen, ist es bislang weitgehend ungeklärt, was „wesentliche Pflichten“ solcher Verträge sind. Diese Frage wird sich auch nicht abstrakt klären lassen, da die Vielfalt der möglichen Konstellationen eine Vielzahl unterschiedlicher (Misch-) Vertragstypen ergeben wird. Derartige Einzelfallprüfungen sind indes nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Vielmehr geht es hier um die grundsätzliche Frage, ob Einschränkungen der Privatkopieschranke in allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig sind oder ob dies einem gesetzlichen Leitbild des Urheberrechts entgegensteht.

¹⁰ Der Bezug auf einen „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ beschränkt sich dabei nicht auf die konkrete Bestimmung, von der abgewichen wird. Denn in diesem Fall wäre jede Abweichung oder jeder Ausschluss von einer im Grundsatz dispositiven Rechtsnorm durch allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam. Ob sich das „Gesetz“ aus einer einzelnen Vorschrift ergibt, aus einem Regelungskomplex (wie der „Miete“) oder ob es sich um einen dem gesetzlichen System immanenten Grundgedanken handelt, ist nicht entscheidend. Nicht jede Abweichung vom Gesetz ist dem AGB-Verwender verwehrt, sondern nur eine grundlegen-

Gerechtigkeitsgehalt von dispositivem Gesetzesrecht zu schützen. Anders formuliert schützt das Klauselverbot insbesondere solche Vorschriften des dispositiven Rechts, die „ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem Gerechtigkeitsgebot verdanken. Bei dieser Prüfung ist umso strenger zu verfahren, je stärker der Gerechtigkeitsgehalt der verdrängten dispositiven Normen ist.“¹¹

Ob die Privatkopieschranke einen wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts beziehungsweise des urheberrechtlichen Interessenausgleichs ausdrückt, ist angesichts der Motive und Gründe zu ermitteln, die zu ihrer Einführung beziehungsweise Weiterentwicklung geführt haben. Gerade die Gesetzesmaterialien zum Ersten und Zweiten Korb, aber auch diejenigen zur Urheberrechtsreform aus dem Jahr 1966 lassen dabei darauf schließen, dass der Gesetzgeber mit der Privatkopierfreiheit weniger Gerechtigkeits- als vielmehr vor allem Zweckmäßigkeitserwägungen verfolgt hat. Dass die Privatkopieschranke auch den Verbrauchern zugute kommt, ist hiernach nur ein Rechtsreflex des Schutzes „geistigen Eigentums“.

So hat der Gesetzgeber in den Motiven zur Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft hervorgehoben, dass die Privatkopieschranke ein Marktversagen ausgleichen soll. Dieses liege darin, dass Vervielfältigungen im privaten Bereich – auch heute – nicht kontrollierbar seien, so dass die Urheber wenigstens in den Genuss einer Vergütung kommen sollen.¹² Nach dem Grundsatz „vergüten, was man nicht verhindern kann“ dient die Privatkopieschranke nach Aussagen des Gesetzgebers insbesondere dem Schutz der Urheber (und nicht vorrangig den Nutzern).¹³ Einzelne Forderungen, zum Beispiel der Musik- und Filmindustrie, die Privatkopierregelung weiter einzuschränken, wurden bei der Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom Gesetzgeber nicht etwa deshalb verworfen, weil sie die Verbraucherinteressen zu sehr einschränken, sondern vor allem, weil sie als nicht praktikabel, nicht durchsetzbar und nicht zu überwachen angesehen wurden.¹⁴

Im Regierungsentwurf für den Zweiten Korb macht der Gesetzgeber seine Haltung zur Zielrichtung von § 53 Abs. 1 UrhG mehr als deutlich:¹⁵

„Der Gesetzgeber des Jahres 1965 hat die Privatkopie zugelassen, weil ein Verbot mangels Durchsetzbarkeit für den Urheber ohne Nutzen gewesen wäre und der Gesetzgeber dem Urheber über die Gerätevergütung wenigstens einen finanziellen Ausgleich für die unkontrollierbare Nutzung seiner Werke sichern wollte. Sinn und Zweck der damaligen Regelung von 1965 und der nachfolgenden Ergänzung des Jahres 1985 war dabei ausschließlich der Schutz des geistigen Eigentums. Die Interessen der Verbraucher waren kein Beweggrund für die Ausgestaltung dieser Regelung. Vielmehr war es nur ein Reflex des Schutzgesetzes für den geistigen Eigentümer, dass die Vervielfältigung für den privaten Gebrauch zugelassen

de Veränderung der vom Gesetz als gerecht vorgegebenen Ausgleichsstruktur (zu Vorstehendem: Staudinger-Coester, Neubearbeitung 2006, § 307, Rn. 230). Vorliegend ist daher zu fragen, ob ein Ausschluss privater Vervielfältigungen gegen wesentliche Grundgedanken des urheberrechtlichen Interessenausgleichs verstößt.

¹¹ Kieninger in Münchener Kommentar zum BGB (MüKo), 5. Auflage 2007, § 307, Rn. 61.

¹² Vgl. nur die klaren Ausführungen im 1. Referentenentwurf zum Zweiten Korb vom 27.9.2004, S. 35 f.

¹³ Vgl. nur die Aussage im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 19: „Im Interesse der Urheber sind [sic!] daher nach wie vor an der bewährten Regelung des Urheberrechtsgesetzes festzuhalten, die (nicht zu verhindernde) private Vervielfältigung zu gestatten, aber mit dem pauschalen Vergütungssystem vergütungspflichtig zu gestalten.“ Diese und andere Aussagen dieser Art in den Gesetzesmaterialien zeugen davon, wie wenig Bedeutung das Urheberrecht – trotz seiner heutzutage immensen Bedeutung für die Allgemeinheit – den Interessen von Nutzern und Verbrauchern beimisst.

¹⁴ So zum Beispiel ein Verbot, digitale Privatkopien auch von Dritten anfertigen lassen zu dürfen oder eine Beschränkung derselben auf „Kopien vom eigenen Original“. Siehe die ausführliche Begründung im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 19 f.

¹⁵ BT-Drcks. 16/1828, S. 20.

wurde ... Den Verbrauchern ist aus der Befugnis zur Privatkopie, die 1965 aus der Not der geistigen Eigentümer geboren wurde, kein Recht erwachsen, das sich heute gegen das geistige Eigentum ins Feld führen ließe.“

Mit dieser Begründung hat es der Gesetzgeber abgelehnt, die digitale Privatkopieschranke „durchsetzungsstark“ zu gestalten. Sie zählt daher nach wie vor nicht zu den Schranken, die gemäß § 95b UrhG gegen technische Schutzmaßnahmen durchgesetzt werden können. Der Gesetzgeber hat sich damit in der letzten größeren Reform von § 53 Abs. 1 UrhG von der Anerkennung eines (unabdingbaren und „durchsetzungsstarken“) „Rechts auf Privatkopie“ ausdrücklich distanziert. Die Privatkopieschranke ist dementsprechend nicht als (Nutzer-)Recht anzusehen, sondern lediglich als eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht, die aus Zweckmäßigkeitserwägungen eingeführt (siehe den Hinweis des Gesetzgebers auf die Gesetzesmaterialien der großen Urheberrechtsreform 1965) und weiterentwickelt wurde, um den Rechteinhabern Vergütungsansprüche für unkontrollierbare Nutzungshandlungen zu verschaffen.

3. Bewertung

Vor diesem Hintergrund kann nach geltendem Recht nicht davon ausgegangen werden, dass AGB-Klauseln, nach denen Privatkopien nicht oder nur eingeschränkt angefertigt werden können, generell unwirksam sind.¹⁶ Dies ist zwar in Einzelfällen denkbar – zum Beispiel wenn die jeweilige Klausel intransparent oder angesichts der Gesamtumstände überraschend ist. Ein einzelfallbezogener Schutz gegen derartige Klauseln ist jedoch aus Verbrauchersicht unbefriedigend. Denn anders als ein eindeutiges urheberrechtliches Ausschlussverbot sichert ein Schutz, der nur in spezifischen (und angesichts der obigen Feststellungen: seltenen) Fällen greift, weder die Bedeutung der Privatkopieschranke im Allgemeinen noch versetzt er den Verbraucher in die Lage, eine rechtliche Einschätzung über die (Un-)Wirksamkeit solcher Klauseln zu treffen. Die insofern bestehende Rechtsunsicherheit trifft insbesondere den Verbraucher.¹⁷

¹⁶ So die wohl herrschende Meinung. Wie hier auch Dreier/Schulze-Dreier, UrhG, 3. Auflage 2008, vor §§ 44a ff., Rn. 9. Vertragsklauseln, mit denen ein Rechteinhaber die Privatkopie ausschließt, können daher nur bei Hinzutreten anderer Aspekte als unwirksam betrachtet werden. Solche können sich etwa aus allgemeinen vertragsrechtlichen Aspekten ergeben; vor allem wenn derartige Ausschlussklauseln in AGB vorgesehen sind. Differenzierend, aber im Ergebnis wie hier: Hohagen, Die Freiheit zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, Dissertation 2004, S. 504 ff., der meint, da die sachgerechte Abgrenzung der Rechte des Urhebers gegenüber der Allgemeinheit ein Grundanliegen des Urheberrechtsgesetzes darstelle und der Gesetzgeber diese Abwägung in § 53 UrhG konkretisiert habe, sei die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen Gebrauch als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechtsgesetzes anzusehen. Dennoch sei nicht jede formularvertragliche Abweichung von § 53 UrhG als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes zu qualifizieren. Dies hänge von einer Gesamtabwägung nach Treu und Glauben gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Einzelfall ab. In der einzig bekannten Gerichtsentscheidung, die diesen Aspekt zumindest tangiert, hat das LG Berlin (MMR 2010, 46/47 – iTunes, mit Anmerkung Gräbich) ohne weitere Begründung vage angedeutet, dass es § 53 UrhG für zwingendes Recht hält. Ob das Gericht dies jedoch tatsächlich meinte, ist zumindest nicht eindeutig. Jedenfalls zeugt die Tatsache, dass dieser Aspekt ohne jede Begründung in einem Nebensatz und mit anderem Bezug angesprochen wurde, davon, dass die Äußerung eher unbedacht erfolgte.

¹⁷ An der allgemeinen Kritik zur rechtlichen Situation in Bezug auf die Abdingbarkeit urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, die der Verfasser in Verbraucherschutz bei digitalen Medien, Berlin 2006, S. 10 (im PDF) geäußert hat, hat sich damit nichts geändert: „Dabei sind Transparenzgebote und Hinweispflichten letztlich kaum geeignet, die Situation des Verbrauchers zu verbessern. Sie ändern naturgemäß nichts daran, dass die Kumulation restriktiver allgemeiner Geschäftsbedingungen, technischer Schutzmaßnahmen und rechtlichem Umgehungsschutz, zu einer Rechtslage führt, nach der die Rechteinhaber die Nutzungsmöglichkeiten und -befugnisse der Verbraucher nahezu nach Belieben steuern können. Grenzen sind allenfalls noch durch die AGB-rechtlichen Bestimmungen gesetzt, die jedoch nur Schutz entfalten können, wenn das Urheberrecht selbst klare

II. Kollektive Rechtewahrnehmung

1. System und Rechtsgrundlagen der kollektiven Rechtewahrnehmung in Deutschland

Die kollektive Rechtewahrnehmung dient der Vereinfachung bei der Wahrnehmung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten und der Einziehung von Vergütungsansprüchen für Nutzungen nach Schrankenbestimmungen („gesetzliche Lizenzen“). Das System dient zum einen den Nutzern, indem sie Rechte für lizenzpflichtige Handlungen an zentraler Stelle erwerben können (bei einer Verwertungsgesellschaft). Dies kommt vor allem Nutzern zugute, die massenhaft geschützte Werke verwenden, wie zum Beispiel die TV- oder Radiosender. Es wäre annähernd unmöglich, für jedes einzelne Musikstück, das bei einem Radiosender ausgestrahlt wird, individuelle Lizenzverträge mit allen betroffenen Rechteinhabern zu schließen. Stattdessen nehmen die Verwertungsgesellschaften (hier die GEMA und die GVL) die Rechte im Namen der Rechteinhaber (Komponisten, Musikverlage, Textdichter, Tonträgerhersteller und so weiter) wahr und schließen mit den Sendern Pauschalverträge. Durch diese erhalten die Sender die notwendigen Ausstrahlungsrechte.

Auf der anderen Seite kommt das System auch und vor allem den Rechteinhaber selbst zugute. Statt für derartige Massennutzungen selbst Vergütungen erheben und einziehen zu müssen, zahlen die Nutzer an die Verwertungsgesellschaften, die sie wiederum an die Rechteinhaber ausschütten.

Die zweite wichtige Funktion des Systems der kollektiven Rechtewahrnehmung liegt darin, Vergütungsansprüche geltend zu machen und an die Rechteinhaber auszuschütten, die aufgrund der Inanspruchnahme von Schrankenbestimmungen (wie zum Beispiel der Privatkopie) entstehen. Auch hierfür besteht ein unmittelbares praktisches Bedürfnis: Vergütungen für zum Beispiel Privatkopien individuell geltend zu machen und direkt zwischen Nutzern und Rechteinhabern abzurechnen, ist aufgrund der massenhaften Nutzung und der Unkontrollierbarkeit des privaten Raums praktisch unmöglich. Daher wurde bereits 1985 das System einer mittelbar – in Form von Abgaben auf Kopiergeräte und Speichermedien – erhobenen und durch die Verwertungsgesellschaften realisierten Pauschalvergütung eingeführt. Ähnliche Vergütungspflichten bestehen zudem für eine Vielzahl anderer Schrankenbestimmungen des 6. Abschnitts des Urheberrechtsgesetzes.

Die meisten der gesetzlichen Vergütungsansprüche sind verwertungsgesellschaftspflichtig, können also nicht individuell, sondern nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Für die Pauschalvergütungen für Privatkopien und Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch gemäß § 53 UrhG ergibt sich die Verwertungsgesellschaftspflicht aus §54h Absatz1 UrhG.

Die Wahrnehmung von Rechten und Vergütungsansprüchen durch Verwertungsgesellschaften bedingt eine vertragliche Verbindung mit den Rechteinhabern. Diese schließen mit der jeweiligen Verwertungsgesellschaft „Wahrnehmungsverträge“ ab, die die Rechtsgrundlage für die Mitgliedschaft in der Verwertungsgesellschaft darstellt. Durch die Wahrnehmungsverträge übertragen die Mitglieder der Verwertungsgesellschaft diejenigen Rechte, die kollektiv

Wertungen zugunsten der Verbraucherbefugnisse vorsieht. Dies ist regelmäßig nicht der Fall. Vielmehr liegt der Fokus des heutigen Urheberrechts in erster Linie auf dem Schutz der Interessen der Rechtsinhaber. Einschränkungen der ihnen gewährten absoluten Rechte werden dagegen generell als zweitrangig bewertet.“

verwaltet werden sollen. Nach Abschluss eines Wahrnehmungsvertrags wird die Verwertungsgesellschaft für das jeweilige Mitglied treuhänderisch tätig, indem sie die ihr eingeräumten Rechte verwaltet, Lizenznehmern solche Rechte einräumt und Vergütungen geltend macht, die im Anschluss – auf Basis von vorab festgelegten Verteilungsschlüsseln – an die Rechteinhaber ausgeschüttet werden.

Die Verwertungsgesellschaften sind jeweils für bestimmte Arten von Rechteinhabern beziehungsweise bestimmte Arten von Schöpfungen oder geschützten Leistungen zuständig. So verwaltet die GEMA urheberrechtliche Ansprüche an Musik (für die Komponisten, Textdichter und Musikverlage), die VG WORT nimmt Rechte der Autoren und Buchverlage wahr, die GVL solche der Musiker und Tonträgerhersteller.

2. Kollektive Rechtewahrnehmung bei grenzüberschreitenden Nutzungen

2.1 Grundlagen des internationalen Systems kollektiver Rechtewahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften

Seit Jahren wird über das System der kollektiven Rechtewahrnehmung bei grenzüberschreitenden Nutzungen diskutiert. Der Grund hierfür ist schnell erklärt. Das herkömmliche System kollektiver grenzüberschreitender Rechtewahrnehmung basiert streng auf dem Territorialitätsprinzip, auf dem auch das internationale Urheberrecht gründet. Das Territorialitätsprinzip – das unter anderem auf der Souveränität der Staaten basiert – hat zur Folge, dass es kein internationales Urheberrecht gibt, sondern jedes Land selbstständig nationale Urheberrechte gewährt. Ein Urheber hat daher kein weltweites Recht an seinem Werk, sondern je ein deutsches, ein französisches, ein US-amerikanisches und so weiter Urheberrecht. Das jeweilige Urheberrecht endet an der Staatsgrenze.

Dieser Struktur entsprechen auch das System und die Praxis der Verwertungsgesellschaften. In jedem Land, jedenfalls den größeren Staaten, existiert zum Beispiel eine nationale Musikverwertungsgesellschaft (wie in Deutschland die GEMA). Die nationalen Verwertungsgesellschaften sind zwar durch Gegenseitigkeitsverträge in gewisser Weise miteinander verbunden. Diese Verträge bewirken jedoch nur, dass eine Verwertungsgesellschaft auch Rechte von Mitgliedern ihrer Schwestergesellschaften, also ausländischen Rechteinhabern, vergeben darf. Auf diese Weise können die durch Gegenseitigkeitsverträge verbundenen nationalen Verwertungsgesellschaften über ein internationales Repertoire verfügen und Rechte zum Beispiel auch für Musik ausländischer Künstler und Labels vergeben (die GEMA beispielsweise spricht davon, dass sie über Rechte am Weltrepertoire verfüge).

Durch die herkömmlichen Gegenseitigkeitsverträge ermächtigt eine Verwertungsgesellschaft ihre ausländischen Schwestergesellschaften jedoch nur, Rechte zur Nutzung ihres Repertoires für deren eigenes Territorium zu vergeben. Die Folge ist, dass die Lizenznehmer, zum Beispiel Radio- oder Fernsehsender, keine grenzüberschreitenden Rechte bei einer Verwertungsgesellschaft erwerben können, sondern nur Rechte für das Gebiet, in dem die jeweilige Verwertungsgesellschaft tätig ist. Ein One-Stop-Shop, bei dem grenzüberschreitende Nutzungsrechte, idealerweise für die ganze Welt, erworben werden können, wäre jedoch insbesondere für Internetnutzungen im Prinzip sinnvoll. Gibt es einen solchen nicht, müssen Nutzer, zum Beispiel Webradio-Veranstalter, Rechte von jeder nationalen Verwertungsgesellschaft einholen, in deren Gebiet sie ausstrahlen wollen.

Um dieses Defizit für den Online-Bereich zu beheben, wurde in den letzten Jahren eine Vielzahl von Initiativen und Reformprozessen von Seiten der Politik und der Akteure angeregt und initiiert. Unmittelbares Ziel ist es, die Rechtklärung für internationale Auswertungen gerade im Online-Bereich zu vereinfachen.¹⁸ Mittelbar könnte über diesen Weg erreicht werden, dass sich das Repertoire online verfügbarer Musik vergrößert. Auch könnte die Vereinfachung des Rechteerwerbs die Markteintrittshürden verringern, was es neuen, vor allem kleineren Anbietern erst ermöglichen würde, in den Wettbewerb mit „Online-Musik“ einzutreten. Mehr Wettbewerb würde wiederum potenziell zu geringeren Preisen und damit zu Vorteilen für die Verbraucher führen.

Um weltweiten Rechteerwerb für Online-Nutzungen zu ermöglichen, haben die in der internationalen Organisation Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) verbundenen nationalen Verwertungsgesellschaften bereits im Jahr 2000 das so genannte Santiago Abkommen verabschiedet, auf dessen Grundlage die Verwertungsgesellschaften Lizenzen für Werke ihrer Schwestergesellschaften zur Nutzung von Musik im Internet auch über ihre jeweiligen Verwaltungsgebiete hinaus, das heißt im Zweifel weltweit, erteilen konnten. Der Effekt des Santiago-Abkommens kam der Idee eines One-Stop-Shops für Internetnutzungsrechte schon recht nahe. Allerdings ist es Ende 2004 ausgelaufen und nicht mehr verlängert worden.¹⁹

2.2 Europäische Maßnahmen auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsrahmen für die kollektive Rechtswahrnehmung

Der Vereinfachung des Rechteerwerbs für Online-Nutzungen dient auch eine Reihe von Initiativen, die die Europäische Union seit einigen Jahren vorantreibt. Im Wesentlichen geht es hierbei um eine Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für die kollektive Rechtswahrnehmung auf EU-Ebene. Das Europäische Parlament hat bereits im Jahr 2004 in einer Entschließung eine Vielzahl von Neuerungen und Reformen des Systems der Verwertungsgesellschaften und der grenzüberschreitenden Lizenzvergabe angemahnt. „Ein gemeinschaftlicher Ansatz im Bereich der Wahrnehmung und Verwaltung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, insbesondere der effektiven kollektiven Rechtswahrnehmung im

¹⁸ Schon im Jahr 1995 forderte die EU-Kommission in ihrem Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“, siehe http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/l24152_de.htm, neue und effiziente Mechanismen für die Einräumung von Urheberrechten für Multimediaproduktionen offline oder online und verlangte eine drastische Vereinfachung der Rechtevergabe. Die Kommission schlug vor, „die Verwertungsgesellschaften und andere Verwalter solcher Rechte [sollten] angeregt werden, gemeinsame Organisationen zu schaffen, die eine Vereinfachung der Verwaltung der Rechte erlauben“.

¹⁹ Siehe hierzu: Karbaum/Oeller, Recht und Praxis der GEMA: Handbuch und Kommentar, 2. Auflage 2008, Kapitel 17, Rn. 29 ff. Ein offizieller Grund hierfür ist nicht bekannt. Zu vermuten ist, dass die Beendigung des Abkommens einem Verletzungsverfahren nach Art. 81 EG die Grundlage entziehen sollte, das die EU-Kommission im Jahr 2004 eingeleitet hatte. Die Kommission hatte vor allem Zweifel daran, dass die im Santiago-Abkommen vorgesehene exklusive Bindung des Rechteinhabers an die in seinem Sitzland zuständige Verwertungsgesellschaft zulässig ist. Siehe hierzu: Küng, Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht durch Verwertungsgesellschaften?, ifrOSS-NDW vom 10.5.2004, <http://www.ifross.org/artikel/verstoss-gegen-eu-wettbewerbsrecht-durch-verwertungsgesellschaften>; die Pressemitteilung der EU-Kommission unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/586&format=HTML&aged=0&language=DE&language=en> sowie Drexl, Das Recht der Verwertungsgesellschaften in Deutschland nach Erlass der Kommissionsempfehlung über die kollektive Verwertung von Online-Musikrechten, in Hilty/Geiger (Hrsg.): Impulse für eine Europäische Harmonisierung des Urheberrechts, 2007, S. 369 (378).

Binnenmarkt, unter Achtung und Wahrung der urheberrechtlichen Prinzipien, des Wettbewerbsrechts und im Einklang mit den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit“ müsse verfolgt werden.²⁰

Im Anschluss sprach die Kommission im Jahr 2005 eine unverbindliche „Empfehlung“ (die keine Umsetzungspflichten auf Seiten der Mitgliedstaaten auslöst) aus, in der auf die Schwierigkeiten des Rechteerwerbs für Online-Musikdienste, unter anderem aufgrund des dem System der kollektiven Rechtewahrnehmung zugrunde liegenden Territorialitätsprinzips, der Bindung der Rechteinhaber an deren national zuständige Verwertungsgesellschaft (keine Wahlfreiheit innerhalb der EU) und der nationalen Beschränkung von Nutzungsrechten hingewiesen wurde.²¹ Den Mitgliedsstaaten wurde empfohlen, Maßnahmen einzuleiten, um zu ermöglichen, dass

- die Rechteinhaber Wahlfreiheit hinsichtlich der mit der Rechtewahrnehmung zu betrauenden Verwertungsgesellschaft haben;
- die Verwertungsgesellschaften ihre Mitglieder diskriminierungsfrei, das heißt unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrem Sitz, behandeln müssen;
- die Rechteinhaber selbst entscheiden können, für welches (nationale oder grenzüberschreitende) Territorium sie die gewählte Verwertungsgesellschaft mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betrauen.

Die Empfehlung gibt den Mitgliedstaaten dabei nicht vor, wie diese Ziele erreicht werden. Vielmehr enthält sie lediglich eine Reihe von möglichen Optionen, die sich zum Teil nicht einmal an die Gesetzgeber, sondern an die Verwertungsgesellschaften und Rechteinhaber selbst richten. Die Kommission verfolgt mithin einen „Soft-law-Ansatz“ und setzt weitgehend auf Selbstregulierung und innerstaatliche Handlungsfreiheit. Eine Harmonisierung des Systems der kollektiven Rechtewahrnehmung kann auf diesem Weg naturgemäß nicht erreicht werden.

Unter anderem aus diesem Grund wurde die Empfehlung vom Europäischen Parlament in Form einer weiteren Entschließung gerügt. Das Parlament monierte, dass eine nicht bindende Maßnahme getroffen wurde und dass das Parlament vor Verabschiedung der Empfehlung nicht konsultiert wurde.²² Das Parlament forderte die Kommission auf, „so bald wie möglich – nach eingehender Konsultation der beteiligten Kreise – unter Berücksichtigung der Besonderheit des digitalen Zeitalters und der Notwendigkeit, die europäische kulturelle Vielfalt, kleine Beteiligte und lokale Repertoires auf der Grundlage des Prinzips der Gleichbehandlung zu schützen, einen Vorschlag vorzulegen **für eine flexible Rahmenrichtlinie** zur Regelung der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten für grenzübergreifende Online-Musikdienste, die vom Europäischen Parlament und vom Rat

²⁰ Entschließung des Europäischen Parlaments zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte (2002/2274(INI)), ABl. C 92 E vom 16.4.2004, S. 425, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:092E:0425:0432:DE:PDF>.

²¹ 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. L 276 vom 21.10.2005, S. 54, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:276:0054:0057:DE:PDF>.

²² Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2007 zu der Empfehlung 2005/737/EG der Kommission vom 18. Oktober 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden (2006/2008(INI)), ABl. C 301 E vom 13.12.2007, S. 64, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:301E:0064:0069:DE:PDF>.

im Mitentscheidungsverfahren anzunehmen ist“. Diese Richtlinie solle „die Möglichkeit von Rechteinhabern fördern, EU-weit eine neue Generation von Modellen für Sammellizenzen für Musik für Online-Zwecke zu entwickeln, die besser zu der Online-Umgebung passen, und zwar auf der Grundlage von Gegenseitigkeitsverträgen und der gegenseitigen Einziehung von Nutzungsgebühren, während sichergestellt wird, dass Rechteinhaber ihre Position nicht dahingehend missbrauchen, einen One-Stop-Shop für den kollektiven Rechteerwerb des weltweiten Repertoires zu unterbinden“.

Die Kommission kam den Entschlüssen des Parlaments zunächst nicht nach. Zur Verabschiedung einer oder auch nur Beratung über eine Rahmenrichtlinie kam es nicht. Dementsprechend hat das EP in zwei weiteren Entschlüssen aus dem Jahr 2007 und 2008 seine Forderungen erneut bekräftigt und das Vorgehen sowie eine Vielzahl der Empfehlungen der Kommission inhaltlich gerügt.²³ Erneut wurde verlangt, eine Konsultation der beteiligten Kreise durchzuführen und auf die Notwendigkeit einer verbindlichen Regulierung durch eine Rahmenrichtlinie sowie auf die nach wie vor bestehenden Defizite bei der kollektiven Rechtswahrnehmung für Online-Nutzungsrechte hingewiesen.

Eine entsprechende Konsultation wurde im Jahr 2007 durchgeführt, die Ergebnisse wurden Anfang 2008 veröffentlicht.²⁴ Zuletzt hat die Kommission am 23. April 2010 zum Thema der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in der EU eine öffentliche Anhörung organisiert.²⁵

Weitere, konkrete und verbindliche rechtliche Maßnahmen hat die EU bis heute nicht ergriffen. Weder wurde die Empfehlung der Kommission aufgrund der Entschlüsse des EP überarbeitet noch wurde eine Richtlinie vorgeschlagen oder gar entworfen. Bis heute gibt es daher keinen verbindlichen gemeinschaftsweiten EU-Rechtsrahmen für die kollektive Rechtswahrnehmung.

Die Konsultation hat dabei gezeigt, dass die Positionen der Akteure in Bezug auf einen solchen noch immer sehr umstritten sind.²⁶

Immerhin hat die Kommission mit einer kartellrechtlichen Entscheidung im Jahr 2008²⁷ gewisse, in den Gegenseitigkeitsverträgen der Verwertungsgesellschaften geregelte, Praktiken untersagt, die ihrer Ansicht nach auf Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Verwer-

²³ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2007 zu der Empfehlung 2005/737/EG der Kommission vom 18. Oktober 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden; 2006/2008(INI), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:301E:0064:0069:DE:PDF>. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. September 2008 zur länderübergreifenden kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten für legale Online-Musikdienste, angenommener Text P6_TA(2008)0462, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0462+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

²⁴ Siehe die Zusammenfassung der Ergebnisse der Konsultation unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf.

²⁵ Eine Dokumentation der Anhörung findet sich unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/management_de.htm.

²⁶ Vgl. die Stellungnahmen der beteiligten Kreise in der Zusammenfassung der Konsultationsergebnisse http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/monitoring-report_en.pdf. Die Einreichungen der verschiedenen Akteure zeigen ein sehr disparates Meinungsbild in Bezug auf EU-Regelungen zur kollektiven Rechtswahrnehmung auf.

²⁷ EU-Kommission, IP/08/1165 vom 16. Juli 2008, Kartellrecht: Kommission untersagt europäischen Verwertungsgesellschaften wettbewerbsverzerrende Praktiken, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1165&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

tungsgesellschaften hinausliefen und europaweite Lizenzierungen erschwerten. Einige Verwertungsgesellschaften hatten in ihren Gegenseitigkeitsverträgen vorgesehen, dass²⁸

- der Rechteinhaber nur die Verwertungsgesellschaft des Staates, in dem er seinen Sitz hat, mit der Wahrnehmung seiner Rechte betrauen darf;
- die Verwertungsgesellschaften keine grenzüberschreitenden Lizenzen an gewerbliche Nutzer vergeben dürfen.

Obwohl diese Klauseln schon seit Langem von einigen Verwertungsgesellschaften als wettbewerbsfeindlich angesehen wurden und auch die internationale Vereinigung der Verwertungsgesellschaften CISAC sie längst aus ihren Musterverträgen entfernt hatten (die Regelungen zur Mitgliedschaft zum Beispiel ist seit 2004 nicht mehr enthalten), waren sie in den Gegenseitigkeitsverträgen von insgesamt 23 Verwertungsgesellschaften (unter anderem der GEMA) nach wie vor enthalten. Die Kommission untersagte solche Regelungen unter Verweis auf Art. 81 EG.

2.3 Gegenwärtige Situation

Bis heute haben die Initiativen der EU also keine konkreten Ergebnisse erbracht. Verbindliche legislative Maßnahmen wurden bis dato nicht verabschiedet. Dementsprechend entscheiden die Verwertungsgesellschaften nach wie vor mehr oder weniger nach freier Entscheidung über ihre Praxis. Die Vorstellungen der Politik, dass Anbieter von Musik-Online-shops an zentraler Stelle (in einem One-Stop-Shop) alle notwendigen Nutzungsrechte erwerben können, die sie zur Verwertung zumindest im gesamten EU-Raum benötigen, haben sich bislang nicht realisiert. Es bedarf daher – in der Regel – des Erwerbs einer Vielzahl von territorialen Lizenzen. Zudem verbleibt das erhebliche Problem, dass unterschiedliche Verwertungsgesellschaften für die Rechte der verschiedenen Rechteinhaber zuständig sind, also die GEMA nicht etwa auch alle erforderlichen Tonträgerherstellerrechte und Rechte der Interpreten wahrnimmt. Die Zersplitterung der Wahrnehmungsbefugnisse stellt nach wie vor eine erhebliche Marktzutrittschürde für neue Anbieter dar.²⁹

Lediglich vereinzelt wurden seit Aufkommen des Online-Marktes Initiativen zur Vereinfachung des Rechteerwerbs an urheberrechtlich geschützter Musik begründet. So haben die Verwertungsgesellschaften zum Teil so genannte Clearingstellen eingerichtet, wie etwa die Clearingstelle Multimedia (CMMV) in Deutschland. Diese sind jedoch nicht dazu in der Lage, selbst Rechte zu vergeben, sondern nur dazu, bei der Identifikation von Rechteinhabern zu helfen beziehungsweise beim Rechteerwerb zu vermitteln. Sie selbst sind nicht wahrnehmungsbefugt.

Überdies wurden mittlerweile einzelne Initiativen beziehungsweise neue Gesellschaften

²⁸ Siehe hierzu im Einzelnen das Memo zur Entscheidung der Kommission unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/511&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁹ Immerhin haben sich die Tonträgerhersteller in dem so genannte IFPI-Simulcasting-Agreement darauf geeinigt, dass die für diese Rechte zuständigen Verwertungsgesellschaften grenzüberschreitende Lizenzen vergeben können und sie – basierend auf Gegenseitigkeitsverträgen – auch über das Repertoire der jeweiligen Schwestergesellschaften verfügen können. Die Idee eines One-Stop-Shops ist damit im Bereich der Tonträgerherstellerrechte bereits sehr viel weiter gediehen als bei den (Musik-) Urheberrechten. Auch die deutsche „Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), die hierzulande die Rechte der Tonträgerhersteller wahrnimmt, ist der Vereinbarung beigetreten. Siehe hierzu Mestmäcker, Recht und Praxis der GEMA, Kapitel 6, unter anderem Rn. 13 ff.

gegründet, die europaweite Lizenzen für ein bestimmtes Repertoire vergeben (also nicht umfassend Rechte am Weltrepertoire vergeben können).³⁰ So hat zum Beispiel die GEMA gemeinsam mit der britischen Verwertungsgesellschaft für Musikurheber MCPS/PRS die CELAS (Centralized European Licensing and Administration Service) gegründet. CELAS kann zwar europaweite Lizenzen vergeben, verfügt dabei jedoch nicht über Rechte am Weltrepertoire, sondern vermarktet lediglich Lizenzen für das angloamerikanische Repertoire eines Musikverlags, der EMI Music Publishing. EMI hat in diesem Zusammenhang von einer der Optionen der oben genannten Kommissionsempfehlung Gebrauch gemacht, nach der der Rechteinhaber die Wahl haben soll, welcher Verwertungsgesellschaft er seine Rechte zur Wahrnehmung überlässt (ohne dabei an die Verwertungsgesellschaft seines Herkunftslandes gebunden zu sein) und für welches Territorium die Wahrnehmungsbefugnis gelten soll.³¹ GEMA und MCPS/PRS wurden die Wahrnehmungsbefugnisse nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens überlassen.

Auch wenn es mittlerweile eine Vielzahl von Initiativen wie CELAS gibt,³² ist ein zentraler Rechteerwerb im eigentlichen Sinne auch heute nicht möglich. Da die jeweiligen Gesellschaften nicht über das Weltrepertoire verfügen können, sind sie keine One-Stop-Shops, von denen Anbieter von zum Beispiel Musik-Downloaddiensten zentral grenzüberschreitende Rechte an einem breitgefächerten Angebot erwerben können. Vielmehr wird durch die neuerliche Tendenz, Rechte nur von bestimmten Rechteinhabern wahrzunehmen, das Problem des Lizenzerwerbs nur verlagert. Zwar können – anders als nach dem herkömmlichen, auf dem Territorialitätsprinzip basierenden, System der Verwertungsgesellschaften – nunmehr grenzüberschreitende Rechte an einer Stelle erworben werden. Dennoch erfordert der Rechteerwerb für ein breitgefächertes Repertoire mangels umfassender Gegenseitigkeitsverträge zwischen den einzelnen Gesellschaften nach wie vor, mit einer Mehr- oder Vielzahl von Rechteinhabern zu kontrahieren. Viel dürfte hierdurch letztlich nicht gewonnen sein.

2.4 Die Auswirkungen des Status' Quo auf die Interessen der Verbraucher

Wie oben bereits angedeutet, spricht einiges für die Annahme, dass es sich positiv für die Interessen der Verbraucher auswirken würde, wenn die Rechtklärung für grenzüberschreitende Online-Angebote von Musik vereinfacht würde. Auch wenn die konkreten Auswirkungen solcher Maßnahmen vorliegend nicht eingehend untersucht werden können, ist doch anzunehmen, dass hierdurch die Marktzutrittschürden für neue Anbieter verringert werden könnten. Da davon auszugehen ist, dass unter vereinfachten Voraussetzungen für den Lizenzerwerb neue Marktteilnehmer in den Wettbewerb eintreten würden, würden mittelbar auch die Verbraucher hiervon profitieren. Erwartet werden könnte sowohl, dass die Vielfalt verfügbarer Musik (vor allem in Bezug auf Nischenrepertoire) vergrößert würde, als auch, dass ein vielfältigerer Wettbewerb geringere Endverbraucherpreise zur Folge hätte.

³⁰ Siehe die Übersicht im Abschlussbericht der EU-Kommission zur Konsultation über bestimmte Fragen des kollektiven Rechteerwerbs aus dem Jahr 2008 (siehe Fn. 26), S. 5.

³¹ Vgl. Wolf/Evert, *Recht und Praxis der GEMA*, Kapitel 17, Rn. 84 ff. (89).

³² Weitere Initiativen sind im Abschlussbericht der Kommission (Fundstelle siehe Fn. 30) genannt.

2.5 Modelle zur Anpassung des Systems grenzüberschreitender kollektiver Rechtevernehmung für Musik

Ob und inwieweit sich die vorgenannten positiven Auswirkungen auf die Verbraucherinteressen realisieren lassen, hängt ganz entscheidend davon ab, welche Maßnahmen ergriffen und wie sie ausgestaltet werden. Der Umstand, dass die Meinungen diesbezüglich äußerst kontrovers sind, verdeutlicht, dass es sich um eine äußerst komplexe Materie handelt und dass die Folgen unterschiedlicher Handlungsoptionen schwer einzuschätzen sind.

So ist bereits im Grundsatz umstritten, ob gesetzliche Maßnahmen – auf EU- oder gar internationaler Ebene – erforderlich sind, oder ob der Markt sich letztlich selbst regeln wird.³³

Umstritten ist zudem, ob etwaige Maßnahmen fördern sollen, dass die Rechteinhaber den Markt mit kollektiver Rechtevergabe steuern können. In diese Richtung geht die – äußerst umstrittene – oben genannte Kommissionsempfehlung aus dem Jahr 2005, in der angeregt wird, dass den Rechteinhabern die freie Wahl einer exklusiv mit der Verwertung ihrer Rechte beauftragten Verwertungsgesellschaft überlassen wird. Eine solche Maßnahme hätte (und hat bereits) zur Folge, dass die Verwertungsgesellschaften nicht mehr über das Weltrepertoire verfügen können, wodurch das herkömmliche System auf Basis von Gegenseitigkeitsverträgen obsolet würde.³⁴ Das Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum und Steuerrecht in München hat sich bereits 2005 in einer Stellungnahme äußerst kritisch zu dieser Option geäußert.³⁵

Dieses Modell fördert eine zunehmende Monopolbildung auf Seiten der Verwertungsgesellschaften, wobei die Verwertungsgesellschaft kleinerer EU-Staaten wenig Chancen hätten, sich in einem offenen Wettbewerb um Wahrnehmungsbefugnisse vor allem für international relevante, populäre Musik durchzusetzen. Kleinere Verwertungsgesellschaften könnten in diesem Zuge vom Markt verdrängt werden, da sich letztlich diejenigen durchsetzen würden, die das größte Repertoire verwalten. Durch die Größe des Repertoires entstehen Netzwerkeffekte, da der Aufwand des Rechteerwerbs für die Nutzer (also die Anbieter von Online-Diensten) geringer ist, wenn sie möglichst viele Rechte aus einer Hand erhalten. Auch können größere Verwertungsgesellschaften den Rechteinhabern attraktivere Beteiligungen an den Lizenzeinnahmen bieten, was wiederum dazu führen würde, dass mehr Rechteinhaber ihnen exklusiv verwaltetes Repertoire zur Wahrnehmung überlassen. All diese Netzwerkeffekte fördern die Entstehung natürlicher Monopole in Form von wenigen großen europäischen Verwertungsgesellschaften.

Würden auf diesem Weg kleinere Verwertungsgesellschaften verdrängt, hätte dies negative Auswirkungen auf die Verfügbarkeit von Nischen-Musik und damit für die Interessen der

³³ Siehe hierzu erneut die Stellungnahmen der beteiligten Kreise zur Evaluation der EU-Kommission im Bericht von 2008 (siehe Fn. 26), S. 4 ff. Während sich hierin die (meisten) Verwertungsgesellschaften und die Rechteinhaber grundsätzlich gegen gesetzliche Maßnahmen und für die Selbstregulierung durch den Markt aussprechen, drängen die Nutzer (also die Anbieter von Online-Diensten) auf verbindliche gesetzliche Regelungen.

³⁴ So ausdrücklich die Kommissionsempfehlung in 5c und d): „Die Rechteinhaber sollten, nach Ankündigung ihres Vorhabens innerhalb einer angemessenen Frist, das Recht haben, alle Online-Rechte herauszunehmen und die Wahrnehmung dieser Rechte für ein geografisches Gebiet ihrer Wahl einer Verwertungsgesellschaft ihrer Wahl zu übertragen; der Sitzstaat oder die Staatsangehörigkeit der Verwertungsgesellschaft beziehungsweise des Rechteinhabers sollte hierfür keine Rolle spielen. Wenn ein Rechteinhaber mit der Wahrnehmung von Online-Rechten eine andere Verwertungsgesellschaft beauftragt hat, so sollten alle beteiligten Verwertungsgesellschaften, vorbehaltlich der sonstigen Kooperation zwischen Verwertungsgesellschaften, sicherstellen, dass diese Online-Rechte vom Geltungsbereich aller Gegenseitigkeitsvereinbarungen untereinander ausgenommen werden.“

³⁵ Siehe http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_mpi.pdf.

Verbraucher. Auch die stark marktwirtschaftliche Ausrichtung der Kommissionsempfehlung fördert einen solchen Effekt, da sie – anders als das deutsche Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, siehe § 6 – keinen Wahrnehmungszwang vorsieht. Könnten sich dementsprechend die Verwertungsgesellschaften frei aussuchen, welches Repertoire sie verwalten, würden Werke mit geringem (oder noch unsicherem) wirtschaftlichen Potenzial im Zweifel vernachlässigt, wodurch ihre Verbreitung behindert würde.

Zudem würde durch die verstärkte Monopolbildung auf Seiten der Verwertungsgesellschaften wiederum der Preiswettbewerb (zum Beispiel in Bezug auf Tarife, Verwaltungskosten und so weiter) eingeschränkt, was letztlich wiederum Auswirkungen auf die Endkundenpreise hätte.³⁶

Ein mögliches Gegenmodell läge darin, die Steuerung des Wettbewerbs mit Online-Musikrechten durch die Lizenznehmer (Nutzer) zu fördern. Ein solcher Effekt entsteht, wenn alle Verwertungsgesellschaften (wiederum basierend auf Gegenseitigkeitsverträgen) über Rechte am Gesamtrepertoire verfügen können und die Nutzer unabhängig von ihrem Sitz oder ihrer Staatsangehörigkeit bei einer Verwertungsgesellschaft ihrer Wahl grenzüberschreitende Rechte erwerben können.

Dieses Modell verfolgen die Tonträgerhersteller und ihre Verwertungsgesellschaften. Sie haben sich bereits im Jahr 2000 auf ein Musterabkommen für die Gegenseitigkeitsverträge zwischen den nationalen Verwertungsgesellschaften geeinigt. Nach diesem so genannten IFPI/Simulcasting-Agreement kann jede der teilnehmenden Verwertungsgesellschaften grenzüberschreitende Rechte am Repertoire aller verbundenen Schwestergesellschaften einräumen.³⁷ Der Lizenznehmer genießt dabei Wahlfreiheit in Bezug auf die Verwertungsgesellschaft, von der er die Rechte erwerben will. Da insofern keine exklusive Bindung an die nationale Verwertungsgesellschaft besteht, werden die Verwertungsgesellschaften einem erhöhten Wettbewerbsdruck ausgesetzt (die Nutzer können sich diejenige Verwertungsgesellschaft als Lizenzgeber auszusuchen, die ihnen die interessantesten Konditionen anbietet). Jede Verwertungsgesellschaft kann in diesem Modell über das Weltrepertoire verfügen und hierbei – da sie grenzüberschreitende Rechte auch an den Werken der Schwestergesellschaften vergeben kann – im eigentlichen Sinne als One-Stop-Shop fungieren.

Welches Modell für ein internationales System kollektiver Rechtswahrnehmung für den Online-Bereich aus Sicht aller zu berücksichtigenden Interessen ideal wäre, kann an dieser Stelle nicht im Detail untersucht werden. Auch Politik und Wissenschaft sind diesbezüglich offensichtlich noch weit von einer abschließenden Erkenntnisfindung, geschweige denn Entscheidung, entfernt.

Eindeutig ist meines Erachtens jedoch, dass es eines europaweit einheitlichen, verbindlichen Rechtsrahmens bedarf, um der Bedeutung der kollektiven Rechtswahrnehmung in allen

³⁶ Vgl. zu diversen weiteren Gegenargumenten Drexler, Das Recht der Verwertungsgesellschaften in Deutschland nach Erlass der Kommissionsempfehlung über die kollektive Verwertung von Online-Musikrechten, in Hilty/Geiger (Hrsg.): Impulse für eine Europäische Harmonisierung des Urheberrechts, S. 369 ff.

³⁷ Das Simulcasting-Agreement wurde durch Kommissionsentscheidung vom 8.10.2002 für europarechtlich (aus Sicht des Art. 81 EG) zulässig erkannt, vgl. die Entscheidung unter <http://aepo.bugjweb.com/usr/docs%20ifpi/Commission%20decision%20simulcasting.pdf>.

Belangen (wirtschaftlich, sozial, kulturell und so weiter) gerecht zu werden.³⁸ Die Annahme, dass der Markt sich ohne regulatorische Eingriffe positiv entwickeln wird, ist meines Erachtens schon heute widerlegt. Auch wenn zugestehen ist, dass eine derartige Entwicklung Zeit braucht, spricht doch der Umstand, dass die Problematik seit den ersten Diskussionen vor 15 Jahren nicht annähernd einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt wurde, eine deutliche Sprache.

2.6 Schlussfolgerung und Fazit

Vor diesem Hintergrund ist abschließend festzuhalten, dass es aus Verbrauchersicht wünschenswert wäre, das System kollektiver Rechtswahrnehmung zumindest für die Online-Nutzung zu vereinfachen. Aus Sicht der Verbraucher wäre es von Vorteil, wenn Anbieter die Möglichkeit hätten, bei einer einzigen zentralen Stelle (im Zweifel einer einzigen Verwertungsgesellschaft) alle Rechte zu erwerben, die sie benötigen, um Musik ohne territoriale Beschränkungen online anbieten zu können. Um dieses Ziel voranzutreiben, sind gesetzgeberische Maßnahmen, zumindest auf EU-, idealerweise auf internationaler Ebene, unumgänglich.

Solche müssen die Interessen aller, also nicht nur der Verwerter, sondern auch und vor allem der Dienstanbieter, der Urheber und der Verbraucher, berücksichtigen. Will man die Einrichtung von One-Stop-Shops im eigentlichen Sinne erleichtern, reicht es darüber hinaus nicht – was die EU-Kommission in ihrer Empfehlung von 2005 offenbar übersieht –, einheitliche Regeln zur kollektiven Rechtswahrnehmung der **Urheberrechte** an Musik zu schaffen. Vielmehr ist auch das Problem zu lösen, dass für das Angebot von Musikaufnahmen durch Online-Dienste eine Vielzahl von Rechten von verschiedenen Rechteinhabern benötigt werden. Dies gilt vor allem auch für die verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und ausübenden Künstler und urheber- beziehungsweise künstlerpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse. All diese Befugnisse werden heute von unterschiedlichen Verwertungsgesellschaften, teilweise sogar von den Rechteinhabern selbst, wahrgenommen. Hierdurch vergrößert sich der Aufwand des Lizenzerwerbs für die Anbieter von Online-Diensten weiter. Eine Zentralisierung aller Rechte an einer Stelle ist aus Sicht der vielschichtigen Interessenlage alles andere als trivial. Zu berücksichtigen ist etwa, dass die Interessen der Kreativen (Urheber und ausübende Künstler) in mancher Hinsicht anders gelagert sind als die der Verwerter. Vor diesem Hintergrund muss die Tätigkeit einer etwaigen einheitlichen Verwertungsgesellschaft gesetzlich geregelt werden, um die Interessen vor allem der Urheber und Künstler zu schützen. Ein Vorbild für Regelungen, die die Interessenkonflikte bei der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch eine Verwertungsgesellschaft berücksichtigen, stellen im gegenwärtigen deutschen System die Regelungen des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes dar.³⁹ Auf ein solches Regelungsmodell, das letztlich auch und vor allem dem Schutz der Kreativen vor den Verwertern dient, könnte

³⁸ So auch das MPI in seiner Stellungnahme zur Kommissionsempfehlung (siehe Fn. 35), S. 4, in der ein „ganzheitlicher Ansatz“ und ein „umfassendes Regelungsmodell für die Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften in der EU“ gefordert wird.

³⁹ Die Interessen der Kreativen schützt zum Beispiel der Grundsatz der Verteilungsgerechtigkeit in § 7 UrhWG. Auch § 63a UrhG, nach dem Vergütungsansprüche aus gesetzlichen Lizenzen im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden können, dient einem solchen Zweck. Die Regelung verhindert, dass sich mächtige Verwerter (wie Plattenfirmen oder Musikverlage) durch nicht verhandelbare Standardverträge von den Urhebern ihre Ansprüche an den Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften übertragen lassen.

und sollte in einem EU-Rechtsrahmen zur kollektiven Rechtswahrnehmung ebenso wenig verzichtet werden wie auf urhebervertragsrechtliche Regelungen, die die Interessen von Urhebern und ausübenden Künstlern wahren.

III. Die Vergütungspflicht für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 53, 54 ff. Urheberrechtsgesetz (UrhG)

1. Rechtlicher Hintergrund zu den Vergütungsvorschriften nach den §§ 54, 54a UrhG und den Verfahren zur Festsetzung von Tarifen für Geräte und Leermedien

Das System der Pauschalvergütungen für Privatkopien und „Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch“ gemäß § 53 UrhG ist im Rahmen des Zweiten Gesetzes der Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (so genannter Zweiter Korb) neu geregelt worden. Am 1. Januar 2008 sind die §§ 54 und 54a UrhG in ihrer heute gültigen Fassung in Kraft getreten. Von der Vergütungspflicht sind nach § 54 Absatz 1 UrhG neuer Fassung solche Geräte und Speichermedien umfasst, die tatsächlich zur Vornahme von Vervielfältigungen von urheberrechtlich geschützten Werken benutzt werden. Nach der alten Regelung des § 54 Abs. 1 UrhG waren Geräte und Leermedien vergütungspflichtig, wenn sie „erkennbar zur Vornahme solcher [gemäß § 53 UrhG] Vervielfältigungen bestimmt sind“. Durch die Neuregelung sollte das System der Pauschalvergütungen modernisiert und dafür gesorgt werden, dass neue Speichertechnologien leichter und schneller in das Vergütungssystem einbezogen werden können.

Ziel der Reform war es also, die Pauschalvergütungen auszuweiten. Geräte und Speichermedien, die vor der Reform vergütungspflichtig waren, sollten dabei weiterhin hiervon erfasst bleiben.⁴⁰

Auch die Bemessungsgrundlagen für die Vergütungshöhe wurden im Zuge der Gesetzesreform neu geregelt. Während die Vergütungen nach altem Recht gesetzlich, durch die Anlage zu § 54d UrhG, festgelegt wurden, bemisst sich deren Höhe nach dem neuen § 54a UrhG daran, „in welchem Maß die Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 bis 3 genutzt werden“. Das Maß tatsächlicher Nutzung soll durch empirische Untersuchungen ermittelt und – bei Tarifaufeinanderstellungen – nachgewiesen werden.

Anspruchsberechtigte des Vergütungsanspruchs sind die Urheber der Werke (§ 54 Absatz 1 UrhG). Die Pauschalabgaben können jedoch nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (§ 54h Absatz 1 UrhG). Gesamtschuldner der Vergütung sind Hersteller (§ 54 Absatz 1 UrhG) sowie Importeure und Händler (§ 54b Absatz 1 UrhG). Die Verbraucherrelevanz der Pauschalvergütungen ergibt sich daraus, dass sie in aller Regel auf die Verbraucherendpreise umgelegt werden.

Die Vergütungsansprüche gegenüber Herstellern, Importeuren und Händlern von Geräten und Speichermedien werden im Wesentlichen durch die 1963 gegründete Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) geltend gemacht. Sie ist eine Inkassostelle, also selbst

⁴⁰ Wandtke/Bullinger-Lüft, UrhG, 3. Auflage 2008, § 54 Rn. 11.

keine Verwertungsgesellschaft, jedoch ein Zusammenschluss der deutschen Verwertungsgesellschaften.⁴¹

Vergütungspflichten werden seit der Neuregelung in einem komplizierten und offensichtlich meist langwierigen Verfahren festgelegt. Die Regelungen hierfür ergeben sich aus dem Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG). Nach § 13 UrhWG müssen die Verwertungsgesellschaften Tarife über die Vergütung, die sie auf Grund der von ihnen wahrgenommenen Rechte und Ansprüche fordern, aufstellen. Vor Aufstellung der Tarife für Geräte und Speichermedien hat die jeweilige Verwertungsgesellschaft gemäß § 13a UrhWG jedoch mit den Verbänden der betroffenen Hersteller über die angemessene Vergütungshöhe und den Abschluss eines Gesamtvertrages zu verhandeln. Scheitern die Gesamtvertragsverhandlungen, kommt es also nicht zu einer einvernehmlichen Lösung, stellen die Verwertungsgesellschaften einseitig einen Tarif auf. Zuvor müssen sie allerdings gemäß § 13a Abs. 1 empirische Untersuchungen (siehe § 14 Abs. 5a UrhWG) durchführen, aus denen sich die tatsächliche Nutzung des jeweiligen Geräts und damit die Grundlage für die Vergütungshöhe ergeben soll.

Der einseitig aufgestellte Tarif ist jedoch (noch) nicht verbindlich. Hiergegen können die Vergütungsschuldner die Schiedsstelle beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) anrufen und ein Schiedsverfahren einleiten (§ 14 Abs. 1 UrhWG). Die Schiedsstelle hat innerhalb eines Jahres einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten (§ 14a Abs. 1 UrhWG). Das Schiedsverfahren kann mit Zustimmung der Parteien um ein halbes Jahr verlängert werden. Gegen den Schiedsspruch kann wiederum innerhalb eines Monats Widerspruch eingelegt werden. Ist das Schiedsverfahren aufgrund eines Widerspruchs gescheitert, kann eine gerichtliche Auseinandersetzung vor dem OLG München geführt werden (§ 16 UrhWG). Gegen die Entscheidung des OLG kann zudem Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt werden.

Vor diesem Hintergrund können sich Verfahren über die Festsetzungen von Tarifen nach § 54 UrhG jahrelang hinziehen. Die Erfahrung hat gezeigt, dass in sehr vielen Fällen sämtliche rechtlichen Mittel ausgeschöpft werden, bevor eine endgültige Entscheidung (häufig vom Bundesgerichtshof) vorliegt. Diese Verfahrensdauer hat naturgemäß Auswirkungen auf den Erkenntnisgehalt über die Veränderungen des Vergütungsaufkommens seit der Gesetzesreform.

2. Hat sich die Neuordnung des Pauschalvergütungssystems durch den Zweiten Korb auf die Interessen der deutschen Verbraucher ausgewirkt?

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob sich schon heute konkrete Auswirkungen der Neuregelungen auf die Verbraucherinteressen feststellen lassen und welcher Natur diese sind. Insbesondere von Interesse ist, ob die Verbraucher seither höhere Preise für Speichergeräte und Leermedien zu bezahlen haben. Ein solcher Effekt könnte einerseits durch die Erhöhung von Vergütungssätzen für Technologien zur Folge gehabt haben, die bereits vor der Reform vergütungspflichtig waren. Andererseits könnten höhere Belastungen bei Geräten und Leermedien entstanden sein, die erst aufgrund der Neuregelung vergütungspflichtig wurden.

⁴¹ Vgl. <http://www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/gesellschaften-zpue/>.

2.1 Vorbemerkung

Öffentlich zugängliche, übersichtliche und nachvollziehbare Informationen, denen die Entwicklung des Vergütungsaufkommens entnommen werden könnte, sind ausgesprochen rar. Quellen, aus denen sich eindeutige und nachvollziehbare Daten ergeben, sind faktisch nicht existent, jedenfalls nicht öffentlich zugänglich. Offensichtlich – die Annahme hat sich bei Nachfragen bei einzelnen Stakeholdern bestätigt – herrscht seit der Gesetzesänderung einige Verunsicherung über die Vorgehensweise beziehungsweise sind sich die Parteien (Verwertungsgesellschaften/Vergütungsschuldner und deren Verbände) über viele Grundsatzfragen uneinig. Dies hat dazu geführt, dass kaum eine der bislang durchgeführten oder in Durchführung befindlichen Tarifänderungen oder -neuaufstellungen einer einvernehmlichen Regelung (Gesamtvertrag) zugeführt werden konnte. Die Vorstellungen der Verwertungsgesellschaften und die der Gebührensschuldner liegen offensichtlich generell sowohl in Bezug auf die Vergütungspflicht an sich als auch in Bezug auf die Höhe der jeweiligen Zahlungen so weit auseinander, dass Ergebnisse ohne Anrufung von Gerichten oder zumindest der Schiedsstelle nicht erzielt werden können.

Dass die Informationslage über die Entwicklung des Vergütungsaufkommens derart intransparent ist, scheint unter anderem dem Umstand geschuldet zu sein, dass die ZPÜ als zentrale Inkassostelle selbst keine Zahlen oder Geschäftsberichte veröffentlicht. Sie ist nicht einmal eine im eigentlichen Sinne eigenständige Organisation, sondern wird als Abteilung der GEMA geführt, hat also zum Beispiel offensichtlich keinen eigenen Internet-Auftritt. Diese Umstände führen dazu, dass Entwicklungen über das Vergütungsaufkommen nur dezentral, aufgrund der Geschäftsberichte der einzelnen Verwertungsgesellschaften, ermittelt werden können.⁴² An einer Gesamtübersicht fehlt es indessen, was eine erhebliche Intransparenz zur Folge hat.

Im Folgenden werden die verfügbaren Quellen – soweit möglich – in Bezug auf die oben genannte Fragestellung ausgewertet. Ein einheitliches Bild darüber, ob das Vergütungsaufkommen insgesamt gestiegen ist beziehungsweise wie es sich in den kommenden Jahren entwickeln wird, ergibt sich daraus jedoch nicht. Ebenso ist mangels Informationen durch die einzelnen Beteiligten in einigen Fällen nicht ermittelbar, warum sich das jeweilige Vergütungsaufkommen so entwickelt hat, wie es die Zahlen darstellen. Ein Beispiel hierfür ist die Entwicklung der Gesamteinnahmen der GEMA durch Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG. Laut Geschäftsbericht 2009 sind diese von ca. 25 Millionen Euro im Jahr 2008 auf ca. 5,5 Millionen Euro im Jahr 2009 gefallen (!). Eine Erklärung, wie es zu einem derart drastischen Einbruch kommen konnte und worauf dieser zurückzuführen ist, gibt die GEMA nicht ab. Dies ist umso bemerkenswerter als die anderen Verwertungsgesellschaften (VG WORT, BILD-KUNST) im gleichen Zeitraum erhebliche Einnahmesteigerungen verzeichnet haben und daher auch bei der GEMA eher eine Zu- als eine Abnahme zu erwarten gewesen wäre.

Eine konkrete Einschätzung der bisherigen Entwicklung oder gar Prognose für das Vergütungsaufkommen in der Zukunft zu treffen, ist auch vor dem Hintergrund kaum möglich, als Vergütungspflichten im Grundsatz oder der Höhe nach in einer Vielzahl von Fällen noch Gegenstand von Verhandlungen, Schiedsverfahren oder gerichtlichen Auseinandersetzungen sind. Die komplizierten und langwierigen Verfahren, die durchlaufen werden können – und angesichts der erheblichen Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten auch durchgeführt werden – bis eine endgültige Entscheidung über die Vergütungspflicht und -höhe für ein

⁴² Die ZPÜ allein müsste über die Gesamtzahlen verfügen, da sie zunächst alle Vergütungen einnimmt und sie dann aufgrund der Verteilungsschlüssel an die einzelnen Verwertungsgesellschaften ausschüttet.

bestimmtes Gerät oder LeermEDIUM vorliegt, führt in einer Übergangszeit von noch unabsehbarer Dauer zu einer undurchsichtigen Situation.

Erschwerend kommt hinzu, dass sich konkrete Erkenntnisse über die Entwicklung der einzelnen Vergütungen (und damit auch des Gesamtvergütungsaufkommens) erst ergeben, nachdem diese einige Zeit geltend gemacht wurden, was wiederum eine abschließende und rechtskräftige Entscheidung über Bestehen und Höhe voraussetzt. In der Zwischenzeit verweigern die Vergütungsschuldner häufig die Zahlungen und bilden (unter Umständen) entsprechend Rückstellungen. Mitunter kommt es aufgrunddessen Jahre später zu erheblichen Zahlungen für die Vergangenheit (wie beispielsweise in Bezug auf die Vergütung für Multifunktionsgeräte oder PCs an die VG WORT und VG BILD-KUNST geschehen). Verschieben sich die Zahlungen, kommt es zu mehr oder weniger großen Schwankungen beim Vergütungsaufkommen, deren Ursachen häufig – da die Umstände nicht transparent gemacht werden – nicht nachvollziehbar sind (siehe am Beispiel der Vergütungsentwicklung bei der GEMA im Jahr 2009).

Vor diesem Hintergrund wird sich ein klares Bild über die Auswirkungen des neuen Vergütungssystems im Zweifel erst in einigen Jahren zeichnen lassen.

2.2 Entwicklung des Gesamtvergütungsaufkommens seit In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes

Da offizielle Zahlen über das Gesamtvergütungsaufkommen nicht verfügbar sind, ist es lediglich möglich, die Entwicklung der Einnahmen einzelner Verwertungsgesellschaften zu untersuchen. Hierfür wurden die Zahlen der größten Verwertungsgesellschaften GEMA, VG WORT und VG BILD-KUNST analysiert.

In den Jahren 1998 bis 2009 entwickelten sich die Gesamteinnahmen durch Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG bei der GEMA wie folgt (Beträge in Millionen Euro):⁴³

| 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|------|
| 15,426 | 15,154 | 17,007 | 15,280 | 20,038 | 24,308 | 33,145 | 33,127 | 34,935 | 34,649 | 24,204 | 5,4 |

Auf die große Schwankungsbreite der Einnahmen gehen die Geschäftsberichte nicht ein. Auch der jüngste, äußerst deutliche Einbruch im Jahr 2009 wird unkommentiert gelassen. Die ausgebliebenen Vergütungseinnahmen scheinen sich nicht in anderen Einnahmen wiederzufinden.⁴⁴

⁴³ Siehe GEMA, Geschäftsberichte 2000 bis 2009, jeweils Kapitel „Alles auf einen Blick“; abrufbar via <http://www.gema.de/presse/publikationen/geschaeftsbericht/>.

⁴⁴ Inoffiziellen Informationen zufolge ist der Einbruch auf noch laufende Auseinandersetzungen zwischen manchen Herstellern (wohl von Blu-ray- und DVD-Brennern) und der GEMA zurückzuführen, aufgrund derer derzeit bestimmte Zahlungen zurückgehalten werden. Je nachdem, wie diese Auseinandersetzungen ausgehen, kann es im Nachhinein zu Nachzahlungen kommen, die die Einbrüche (gegebenenfalls auch nur zum Teil) wieder ausgleichen können. Insgesamt sind die Einnahmen der GEMA im Geschäftsjahr 2009 um rund 18 Millionen Euro gegenüber 2008 gestiegen, was vor allem auf den Anstieg der Lizenzeinnahmen aus Hörfunk und Fernsehen zurückzuführen ist, vgl. GEMA, Geschäftsbericht 2009, S. 5.

Bei der VG WORT entwickelten sich die Einnahmen aus der „Kopiergeräteabgabe“ (ebenfals im Rahmen der Vergütungsansprüche nach § 54 UrhG) in den vergangenen drei Jahren folgendermaßen (Beträge in Millionen Euro):⁴⁵

| 2007 | 2008 | 2009 |
|-------|-------|--------|
| 29,96 | 60,42 | 377,15 |

Der sprunghafte Anstieg der Einnahmen im Jahr 2009 ist darauf zurückzuführen, dass die Industrie aufgrund einer BGH-Entscheidung für die Jahre 2002 bis 2007 für Multifunktionsgeräte eine Vergütung von insgesamt 282 Millionen Euro nachzuzahlen hatte.⁴⁶ Selbst wenn man diese Rückzahlung für den Zeitraum vor dem In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes herausrechnet, bleibt festzuhalten, dass die Einnahmen seit der Gesetzesänderung erheblich gestiegen sind (auf deutlich über 80 Millionen Euro). Zahlungen für PCs sind hierin noch nicht einmal enthalten. Zwar werden ab 2009 aufgrund eines neu geschlossenen Vertrags zwischen den Verwertungsgesellschaften und einem PC-Herstellerverband dem Grundsatz nach erstmals auch PCs von der Vergütungspflicht erfasst. Zahlungen wurden jedoch – ausweislich des Jahresberichts der VG WORT aufgrund noch laufender gerichtlicher Auseinandersetzungen mit einem anderen Verband – noch nicht geleistet.⁴⁷

Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich bei dem der VG Bild-Kunst zugute kommenden Anteil an der Kopiergeräteabgabe (Beträge in Millionen Euro):⁴⁸

| 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-------|-------|-------|--------|--------|
| 7,729 | 6,670 | 7,124 | 12,902 | 95,728 |

Hier sind Schwankungen und sprunghafter Anstieg offenbar auf dieselben Gründe wie bei der VG WORT oben zurückzuführen.⁴⁹

Wegen der erheblichen Schwankungen der Einnahmen und der teilweise undurchsichtigen Gründe für diese lässt sich aus den vorstehenden Ausführungen kein allgemeingültiges, konsistentes Bild der Entwicklung der Summe der Pauschalabgaben ableiten. Jedenfalls sind große Unterschiede in Bezug auf das Vergütungsaufkommen zwischen den einzelnen Verwertungsgesellschaften zu verzeichnen. Selbst wenn deren Ursache feststehen würde, könnte anhand dieser Zahlen aus den letzten beiden Jahren nicht eingeschätzt werden, wie die zukünftige Entwicklung konkret verlaufen wird. Möglich erscheint lediglich die abstrakte Annahme, dass das Vergütungsaufkommen auf längere Sicht weiter ansteigen wird.

⁴⁵ VG WORT, Geschäftsberichte 2008 und 2009, jeweils S. 2; abrufbar via <http://www.vgwort.de/publikationen/geschaeftsberichte.html>.

⁴⁶ VG WORT, Geschäftsbericht 2009, S. 3.

⁴⁷ VG WORT, Geschäftsbericht 2009, S. 2 f.; siehe hierzu auch im Folgenden die Ausführungen zu den einzelnen vergütungspflichtigen Geräten und Speichermedien unter 2.3.

⁴⁸ VG BILD-KUNST, Geschäftsbericht 2009, S. 2.

⁴⁹ Vgl. VG BILD-KUNST, Geschäftsbericht 2009, S. 3.

2.3 Entwicklung der Pauschalabgaben für bestimmte Geräte und Speichermedien

Auch die Entwicklung der Tarife für einzelne Geräte und Leermedien ist mangels zentraler Informationen nicht ohne weiteres nachzuvollziehen.

2.3.1 Entwicklung der Vergütungen für CD- und DVD-Brenner

Dass ein „Vorher-Nachher-Vergleich“ zwischen alter und neuer Rechtslage schwierig ist, zeigt sich zum Beispiel an den Vergütungshöhen für CD- und DVD-Brenner.⁵⁰ So wurde nach der Gesetzesänderung 2008 bei Brennern, die zum Einbau in PCs bestimmt sind, eine deutliche Reduktion der Vergütung vereinbart: Lag diese früher bei 7,50 Euro für CD-Brenner⁵¹ und 9,21 Euro für DVD-Brenner⁵², so beträgt sie heute nur noch 1,875 Euro für beide Arten von Geräten⁵³.

Allerdings ist dieser Entwicklung keine Information darüber zu entnehmen, ob die Verbraucher nach neuem Recht tatsächlich weniger belastet werden. Hintergrund der Reduktion ist nicht, dass solche Geräte nach empirischen Erkenntnissen weniger zu Vervielfältigungen nach § 53 UrhG genutzt werden oder dass gar die angemessene Vergütung nach dem neuen Vergütungssystem geringer ausfallen muss als unter der alten Rechtslage. Grund für die Änderung ist vielmehr, dass seit der Gesetzesänderung zumindest von Seiten der Verwertungsgesellschaften (sowie einiger Hersteller) davon ausgegangen wird, dass PCs nunmehr vergütungspflichtig sind. Da Brenner zumeist in PCs eingebaut sind, sind sie Teil einer technischen Funktionseinheit, was wiederum bei ihrer Vergütung zu berücksichtigen ist. Daher sollen nach neuer Rechtslage vor allem PCs vergütet werden. Enthalten sie Brenner, ist die PC-Vergütung höher. Nur wenn Brenner (die zum Einbau in PCs bestimmt sind) isoliert hergestellt oder importiert werden, sind sie gesondert zu vergüten und zwar in Höhe der genannten 1,875 Euro.

2.3.2 Die PC-Vergütung

Zur alten Rechtslage (§ 54a UrhG a. F.) hatte der BGH noch im Oktober 2008 entschieden,⁵⁴ dass PCs nicht vergütungspflichtig seien. § 54a Abs. 1 Satz 1 UrhG a. F. galt unmittelbar nur für Vervielfältigungen, die „durch Ablichtung eines Werkstücks oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung vorgenommen“ werden. Mit PCs erstellte Vervielfältigungsstücke fallen nach der Auffassung des BGH nicht unter diese Regelung. Der BGH führte hierzu aus: „Das Erfordernis einer der Ablichtung des Werkstücks vergleichbaren Wirkung des Vervielfältigungsverfahrens setzt jedoch, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, voraus, dass die Vervielfältigung – wie bei einer Ablichtung – bewirkt, dass von einem analogen Werkstück, (etwa einem Buch) analoge Vervielfältigungsstücke (vor allem auf Papier) entstehen.

⁵⁰ Die Angaben im Folgenden verstehen sich jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer und beinhalten nicht eventuelle Rabatte aufgrund von Verträgen zwischen Vergütungsgläubigern und -schuldern.

⁵¹ ZPÜ, VG WORT, VG Bild-Kunst, Vergütungssätze für jeden ab 1.7.2001 veräußerten oder sonst wie in Verkehr gebrachten CD-Brenner zum Einbau oder Anschluss an PC vom 1.7.2001; abrufbar via <http://www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/brenner/cd-brenner/>.

⁵² ZPÜ, Vergütungssätze DVD-Brenner für die Herstellung oder den Import und veräußerte oder sonst wie in Verkehr gebrachte DVD-Brenner aus dem August 2003, <http://www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/brenner/dvd-brenner/>.

⁵³ ZPÜ, VG WORT, VG BILD-KUNST, Gemeinsamer Tarif für PCs und zum Einbau bestimmte Brenner vom 21. April 2010; abrufbar via <http://www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/pcs-zum-einbau-bestimmte-brenner/>.

⁵⁴ Urteil vom 2. Oktober 2008, Az, I ZR 18/06 – PC, MMR 2009, 182, online <http://bit.ly/cRik62>.

Eine der Ablichtung vergleichbare Wirkung eines Vervielfältigungsverfahrens ist demnach nicht gegeben, wenn digitale Vorlagen verwendet oder digitale Kopien hergestellt werden.⁵⁵

Nach der neuen Rechtslage entfällt die Beschränkung auf derart analoge Vervielfältigungsvorgänge, weshalb nunmehr zum Beispiel auch rein digitale oder solche Geräte und Speichermedien vergütungspflichtig sein können, die nur als Funktionseinheit in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder anderem Zubehör zur Vervielfältigung eignen.⁵⁶

Die Frage nach der PC-Vergütung ist daher seit der Gesetzesänderung erneut virulent und – da die BGH-Entscheidung diesen Punkt offen lässt – entsprechend umstritten. Sogar die Hersteller sind sich diesbezüglich offensichtlich uneinig. Grundsätzlich werden die Interessen der PC-Hersteller durch den BITKOM vertreten. Nachdem es zwischen den Mitgliedern des Verbandes zu Meinungsverschiedenheiten über die PC-Vergütung gekommen war, schieden einige große PC-Hersteller (unter anderem Acer, IBM, Fujitsu) aus den Verhandlungen zwischen BITKOM und den Verwertungsgesellschaften aus und gründeten im Dezember 2009 einen neuen Verband, den Bundesverband Computerhersteller (BCH). Der BCH einigte sich in der Folge mit der ZPÜ darauf, Pauschalabgaben für PCs zu leisten und zwar 13,65 Euro für Geräte mit eingebautem Brenner und 12,15 Euro für Geräte ohne Brenner. Andere (vor allem kleinere) Hersteller streiten nach wie vor mit den Verwertungsgesellschaften, vertreten durch den BITKOM und den neu gegründeten Zentralverband Informationstechnik und Computerindustrie (Zitco), über die Vergütungspflicht, vor allem über deren Höhe.⁵⁷

Nachdem eine ganzheitliche Einigung nicht zustande gekommen war, veröffentlichte die ZPÜ am 6.5.2010 einseitig einen PC-Tarif. Hiernach sind pro PC 17,0625 Euro mit eingebautem Brenner und ohne 15,1875 Euro zu zahlen.⁵⁸ Der Tarif soll rückwirkend ab Anfang 2008 gelten. BITKOM hat dies nicht akzeptiert, sondern ein Schiedsverfahren eingeleitet, in dessen Rahmen geklärt werden soll, welche Abgabenhöhe gerechtfertigt ist. Mit einem endgültigen Ergebnis ist – so der BITKOM – frühestens Ende 2010 zu rechnen.⁵⁹

3. Erkenntnisse aus der Entwicklung von PC- und Brenner-Vergütung

Die oben beschriebene Verbindung von Brenner- und PC-Abgaben führt letztlich dazu, dass über die Frage, ob sich die Vergütungen für Brenner nach der Gesetzesreform für Verbraucher erhöht oder verringert haben, keine Rückschlüsse gezogen werden können. Auch können derzeit keine Einschätzungen über die Entwicklung der PC-Abgaben, deren endgültige Höhe oder die auf die Verbraucher zukommenden Zusatzkosten getroffen werden. Nach derzeitigem Stand haben sich manche Hersteller zumindest verpflichtet, Vergütungen zu zahlen. Von anderen Herstellern verlangen die Verwertungsgesellschaften höhere Vergütungen (die aber nicht bezahlt werden). Die Verfahren zur Feststellung einer angemessenen

⁵⁵ Siehe BGH, ebenda, S. 182.

⁵⁶ Siehe hierzu Dreier/Schulze-Dreier, § 54, Rn. 6 mit weiteren Nachweisen.

⁵⁷ Siehe zu den komplexen Hintergründen und Zusammenhängen die illustrativen Artikel unter <http://www.it-business.de/news/recht/zoelle-abgaben/abgaben-urheberrecht/articles/245476/index.html> und <http://www.it-business.de/news/recht/zoelle-abgaben/abgaben-urheberrecht/articles/247039>. Hiernach will Zitco für seine Mitglieder eine Vergütung von lediglich einem Euro pro PC gegenüber den Verwertungsgesellschaften durchsetzen.

⁵⁸ ZPÜ, VG WORT, VG BILD-KUNST, Gemeinsamer Tarif für PCs und zum Einbau bestimmte Brenner vom 21. April 2010, siehe http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_sonstige/Tarif_PCs_und_zum_Einbau_be-stimmte_Brenner.pdf.

⁵⁹ Siehe http://www.bitkom.org/de/themen/37153_63691.aspx.

Höhe laufen derzeit noch, wann sie rechtskräftig abgeschlossen werden, ist derzeit nicht absehbar.

Das einzige Fazit, das sich derzeit über die Entwicklung seit der Gesetzesänderung in Bezug auf Vergütungen für Brenner und PCs ziehen lässt, ist, dass die Rechtslage über die Vergütungspflicht für PCs nach den Neuregelungen wieder offen ist. Während der BGH diese Frage nach altem Recht geklärt hat, wird eine Entscheidung zu den geänderten Regeln sicherlich noch einige Zeit in Anspruch nehmen. Immerhin ist mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen – diese Ansicht vertreten sogar der BITKOM und zumindest die großen PC-Hersteller – dass eine Vergütungspflicht dem Grundsatz nach bestehen dürfte.⁶⁰ Geht man hiervon aus, ergibt sich, dass die neue Rechtslage in Bezug auf die im Grundsatz vergütungspflichtigen Geräte offener ist als § 54a UrhG a. F. und damit zukünftig sowohl mehr Geräte unter die Vergütungspflicht fallen werden als auch das Vergütungsaufkommen insgesamt (im Zweifel) steigen wird. Dies war schließlich auch die Vorstellung des Gesetzgebers, der alle Arten von „Speichermedien“ erfasst sehen wollte, unter anderem „Smartcards, Memory Sticks, Musikkassette, Magnetbänder, Festplatten, Disketten, Filme, DVDs, CD-ROMs, CD-Rs, CD-RWs, Laserdisks, Speicher“.⁶¹

4. Vergütungen für Mobiltelefone

Auch im Hinblick auf eine Vergütung für Mobiltelefone zeichnen sich Änderungen ab, deren Ausgang derzeit noch nicht absehbar ist. Am 7.7.2010 haben die in der ZPÜ zusammengeschlossenen Verwertungsgesellschaften GEMA, VG WORT und VG BILD-KUNST im Bundesanzeiger einen Tarif für die Vergütung für private Vervielfältigungen nach § 54 UrhG für Mobiltelefone veröffentlicht. Der Tarif beträgt für Mobiltelefone mit Touchscreen 11,00 Euro sowie für Mobiltelefone ohne Touchscreen 4,00 Euro, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer von derzeit sieben Prozent.⁶² Der Tarif soll rückwirkend ab dem 01.01.2008 gelten.⁶³ Versuche im Vorfeld, mit den Verbänden der Hersteller einen Gesamtvertrag abzuschließen (wie es nach § 13a Abs. 1 UrhWG vorgesehen ist), waren gescheitert. Ob der Tarif Bestand hat, ist derzeit noch ungewiss. Wie oben beschrieben, können die betroffenen Unternehmen beziehungsweise Verbände hiergegen ein Schiedsverfahren anstrengen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1b UrhWG), gefolgt von möglichen weiteren Auseinandersetzungen vor den Gerichten. BITKOM etwa hat sich bereits vehement gegen die Verbindlichkeit des Tarifs ausgesprochen und angedeutet, hiergegen vorgehen zu wollen.⁶⁴ Zudem haben die Verwertungsgesellschaften einen Tarif für Mobiltelefone für die Zeit vor der Gesetzesänderung aufgestellt. Dieser wurde auf Basis der im Zuge des Zweiten Korbes außer Kraft getretenen Anlage zu § 54d UrhG berechnet. Hiernach errechnet die ZPÜ eine Vergütungsforderung je nach Konfiguration der Mobiltelefone in Höhe von 2,56 Euro oder

⁶⁰ Siehe hierzu wiederum die Stellungnahme des BITKOM vom 6.5.2010, http://www.bitkom.org/de/themen/37153_63691.aspx, in der Verbandspräsident Scheer darauf hinweist: „Es ist unstrittig, dass alle PC-Anbieter für jedes verkaufte Gerät Kopierabgaben zahlen müssen.“

⁶¹ Siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 29.

⁶² ZPÜ, VG WORT, VG BILD-KUNST, Gemeinsamer Tarif für Mobiltelefone vom 30. Juni 2010; abrufbar via <http://www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/mobiltelefone/>.

⁶³ Die Höhe der Vergütungen wurde offenbar anhand einer empirischen Untersuchung ermittelt, mit der die tatsächliche Nutzung nachgewiesen wurde. Die Untersuchung wurde allerdings nicht veröffentlicht und ist daher nicht einsehbar (kritisch äußerte sich auch insofern der BITKOM, siehe http://www.bitkom.org/de/themen/37153_64668.aspx).

⁶⁴ Siehe http://www.bitkom.org/de/themen/37153_64668.aspx.

1,28 Euro je Stück beziehungsweise 1,02 Euro je GB Speicherkapazität, jeweils zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer. Die Schiedsstelle hatte die Angemessenheit dieser Vergütungsforderung in einer Entscheidung vom 15.10.2008 bestätigt. Da sich die Vergütungsschuldner bislang weigern, Abgaben zu leisten, hat die ZPÜ verschiedene Vergütungsschuldner vor dem OLG München auf Basis des festgesetzten Tarifs auf Zahlung verklagt. Die Entscheidung hierüber steht jedoch noch aus.⁶⁵ Nach der ablehnenden Entscheidung des BGH zu PC-Vergütungen gemäß § 54a a. F. UrhG (siehe oben) kommt diesbezüglich meines Erachtens nur eine Vergütungspflicht gemäß § 54 a. F. UrhG in Betracht, da auch Mobiltelefone nicht in analogen, sondern allenfalls in rein digitalen Verfahren zu Vervielfältigungen geeignet sind. Entsprechend entspricht der Tarif für Mobiltelefone dem Berechnungsmodell nach der alten Anlage zu § 54d UrhG zu „Tonaufzeichnungsgeräten“.

⁶⁵ Siehe die Pressemitteilung der ZPÜ vom 7.7.2010, http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/leermedien_geraete/PM_ZPUE_Mobiltelefone_070710.pdf.

5. Vergütungspflicht für Speichermedien

Auch die Vergütungen für (Daten-) CD-Rs und CD-RWs wurden nach der Gesetzesnovelle geändert. Sie betragen seit dem 1. Januar 2003 0,072 Euro pro Spielstunde.⁶⁶ Zu vergüten waren jedoch nur 30 Prozent aller hergestellten oder importierten Rohlinge, um zu berücksichtigen, dass längst nicht alle Rohlinge für urheberrechtlich relevante Kopien gemäß § 53 UrhG verwendet werden.

Für die Zeit zwischen dem 1.1.2008 und dem 31.12.2009 hat die ZPÜ neue, vor allem weitere (unter anderem für DVD-Rohlinge) Tarife aufgestellt. Diese betragen nach der Tarifübersicht der ZPÜ:⁶⁷

| Produkt | Vergütung | Grundlage |
|---|--|---|
| CD-R | € 0,072 je Spielstunde, für 30% der Rohlinge | Übergangsregelung § 27 Abs. 1 UrhWG i. V. m. dem Tarif „Data-CD“ von Januar 2003 |
| CD-RW | € 0,072 je Spielstunde, für 30% der Rohlinge | Übergangsregelung § 27 Abs. 1 UrhWG i. V. m. dem Tarif „Data-CD“ von Januar 2003 |
| DVD+/-R 4,7 GB | € 0,0870 je Spielstunde | Übergangsregelung § 27 Abs. 1 UrhWG i. V. m. der Anlage Ziffer I. 6. zu § 54d UrhG a. F. ¹ |
| DVD+/-RW 4,7 GB | € 0,0870 je Spielstunde | Übergangsregelung § 27 Abs. 1 UrhWG i. V. m. der Anlage Ziffer I. 6. zu § 54d UrhG a. F. ¹ |
| DVD-RAM 4,7 GB | € 0,0870 je Spielstunde | Übergangsregelung § 27 Abs. 1 UrhWG i. V. m. der Anlage Ziffer I. 6. zu § 54d UrhG a. F. ¹ |
| DVD-RAM 9,4 GB | € 1,264 je Stück | Vergütung nach §§ 54, 54a UrhG |
| DVD Double Sided 9,4 GB | € 0,117 je Stück | Vergütung nach §§ 54, 54a UrhG |
| DVD Double Layer / Dual Layer 8,5 GB | € 0,386 je Stück | Vergütung nach §§ 54, 54a UrhG |
| Blu-ray 25 GB | € 3,473 je Stück | Vergütung nach §§ 54, 54a UrhG |

Mit Wirkung vom 1.1.2010 geht die ZPÜ wiederum von einer veränderten Gesetzesgrundlage aus (danach berechnen sich die Tarife nach Angabe der ZPÜ für alle Speichermedien nicht mehr nach der Übergangsregelung in § 27 UrhWG, sondern nur noch nach den neuen

⁶⁶ ZPÜ, Vergütungssätze Data-CD für die Herstellung oder den Import und veräußerte oder sonst wie in Verkehr gebrachte Datenträger der Bezeichnung Data-CD-R oder Data-CD-RW, <http://www.gema.de/de/musiknutzer/leermedien-geraete/leermedien/data-cd-r-rw/>.

⁶⁷ Siehe http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_sonstige/Tarif_Rohlinge.pdf.

§§ 54, 54a UrhG). Nach dem neuen Tarif werden die Vergütungen für Rohlinge nicht mehr nach „Spielstunden“ berechnet, sondern es werden Stückpreise in folgender Höhe geltend gemacht:⁶⁸

| Produkt | Vergütung je Stück |
|---|---------------------------|
| CD-R | € 0,062 |
| CD-RW | € 0,197 |
| DVD+/-R 4,7 GB | € 0,139 |
| DVD+/-RW 4,7 GB | € 0,271 |
| DVD-RAM 4,7 GB | € 0,550 |
| DVD-RAM 9,4 GB | € 1,264 |
| DVD Double Sided 9,4 GB | € 0,117 |
| DVD Double Layer / Dual Layer 8,5 GB | € 0,386 |
| Blu-ray 25 GB | € 3,473 |

Ob nach dieser Änderung eine Erhöhung oder Verringerung des Gesamtvergütungsaufkommens zu erwarten ist, lässt sich wiederum nicht einschätzen, bevor der Tarif längere Zeit in Kraft war. Eine direkte Gegenüberstellung der alten und neuen Tarife lässt eine solche Einschätzung vor allem aufgrund des Umstands nicht zu, dass mit dem neuen Tarif offensichtlich die Begrenzung der Vergütungspflicht auf 30 Prozent aller hergestellten Rohlinge entfallen ist. Wenn dies tatsächlich so gehandhabt würde, wäre eine höhere Belastung der Verbraucher zu erwarten, trotz der prinzipiellen Reduktion der Vergütungssätze für CD-Rs von ca. 0,096 Euro pro durchschnittlichem Rohling⁶⁹, auf 0,062 Euro, für die Verbraucher letztlich zu höheren Kosten führen wird.

Für CD-RWs gilt dies umso mehr. Nicht nur, dass hier die Begrenzung auf 30 Prozent wegfallen soll, auch die Vergütungshöhe pro Stück hat sich – geht man wieder davon aus, dass ein solcher Rohling durchschnittlich 80 Minuten unkomprimierten Ton speichern kann – ungefähr verdoppelt.⁷⁰

⁶⁸ Siehe wiederum den gemeinsamen Tarif für CD- und DVD-Rohlinge vom 18. Dezember 2009, <http://www.gema.de/de/musiknutzer/leermedien-geraete/leermedien/data-cd-r-rw/>.

⁶⁹ Ein durchschnittlicher Rohling fasst ca. 80 Min. unkomprimierter Musik. Bei einer Vergütung von 0,072 Euro pro Spielstunde ergibt sich ein Durchschnittswert von ca. 0,096 Euro pro Rohling.

⁷⁰ Nach der Modellrechnung in der vorstehenden Fußnote wurden nach dem alten Tarif für einen CD-RW-Rohling ca. 0,096 Euro fällig. Der neue Tarif in Höhe von 0,197 Euro entspricht etwa dem Doppelten dieser Abgabe.

Auffällig ist auch die sehr hohe Forderung für Blu-ray-Rohlinge. Zum einen verwundert die Tarifaufstellung schon an sich insofern, dass aufgrund der geringen Verbreitung von Blu-ray-Brennern derzeit kaum empirische Erkenntnisse darüber vorliegen dürften, in welchem Maße diese Leermedien tatsächlich zur Erstellung von Vervielfältigungen nach § 53 UrhG genutzt werden, wie § 54 UrhG vorgibt. Zudem erscheint die Vergütung auch sehr hoch. 25 GB Blu-ray-Rohlinge von Markenherstellern kosten auf Zehner-Spindeln derzeit pro Stück ca. 3,50 Euro inklusive Mehrwertsteuer. Der Tarif in Höhe von 3,47 Euro zuzüglich sieben Prozent Mehrwertsteuer wäre daher höher als der eigentliche Kaufpreis.

5.1 Entwicklung der Zahl der vergütungspflichtigen Gerätetypen

Angesichts des eingangs beschriebenen Umstands, dass die Vergütungspflicht derzeit in Bezug auf die meisten (vor allem neuen) Geräte noch nicht abschließend geklärt ist, ist eine genaue Einschätzung, ob und inwieweit die Gesetzesreform 2008 zu einer größeren Zahl vergütungspflichtiger Geräte geführt hat beziehungsweise führen wird, nicht möglich. Im Zweifel – dies zeigt die Entwicklung in Bezug auf PCs – wird hiervon aber grundsätzlich auszugehen sein.

Bereits Ende Januar 2008 hat die ZPÜ verkündet, welche Geräte Leermedien aus ihrer Sicht nach neuem Recht vergütungspflichtig sein werden. Auf dieser „Wunschliste“ sind die folgenden Technologien genannt:⁷¹ Audiokassetten, Audio-CD, CD-R und CD-RW, Blu-ray-Disc, CD-Brenner für CD-Leermedien aller Art, DAT, Data-CD, CD-R und CD-RW, DVD-Brenner für DVD-Leermedien aller Art, DVD- und/oder Festplatten-Rekorder, DVD+ und DVD-, R und RW, DVD Double-Layer, DVD Dual-Layer, Festplatten (eingebaut, extern, zum Einbau, SSD), HD-DVD, Kassettenrekorder, MiniDisc-Player, MP3-Player, MP3-fähige Mobiltelefone, Multimedia-Festplatten, PC, Sat-Receiver mit Festplatte und/oder DVD-Rekorder, Speicherkarten aller Art, insbesondere CompactFlash-Card, Memory Stick, Multimedia Card, Secure Digital, Memory Card, Smart Media Card, xD-Picture Card, Stereoanlagen mit USB-Schnittstelle zur Speicherung von MP3s auf USB-Sticks, USB-Sticks, Videokassetten, Videorekorder.

Konkret gefordert wurden nach dem In-Kraft-Treten des Zweiten Korbes neue Vergütungen für USB-Sticks, Speicherkarten, Festplatten und Multimediafestplatten sowie Drucker, Handys und PCs. Wie beschrieben wird aber über die meisten Tarife (teilweise auch die Vergütungspflicht an sich) nach wie vor gestritten.

Eine Einigung konnten die Verwertungsgesellschaften – neben dem oben genannten eingeschränkten Kompromiss über die PC-Vergütung – nur über einen Tarif für USB-Sticks und Speicherkarten erzielen. Mit den Verbänden Informationskreis Aufnahmemedien (IM) und BITKOM wurde vertraglich vereinbart, dass in den Jahren 2010 und 2011 0,10 Euro pro Produkt fällig werden, danach werden die Verträge neu ausgehandelt.⁷²

⁷¹ Siehe ZPÜ, offener Brief „Reform des Urheberrechtsgesetzes mit Wirkung ab 01.01.2008 – Auswirkungen auf die Vergütungen für private Vervielfältigung“ vom 28. Januar 2008, S. 3, http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/leermedien_geraete/ZPUE_Neues_Recht_2008.pdf.

⁷² Siehe die Pressemitteilungen der GEMA vom 26.4.2010, http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/presse/ZPUE_USB_260410.pdf, sowie des BITKOM vom 16.4.2010, http://www.bitkom.org/de/themen/37153_63324.aspx.

5.2 Ausblick

Die Wunschliste der ZPÜ zeigt, dass nach Meinung der Verwertungsgesellschaften die meisten digitalen Technologien, mit denen Kopien von geschützten Werken erstellt oder auf denen solche gespeichert werden können, vergütungspflichtig sind. Diese Haltung wird auch neu aufkommende Technologien erfassen.

Diese Einschätzung entspricht im Prinzip der Intention, die der Gesetzgeber bei der Reform des Vergütungssystems verfolgt hat. Nicht nur, dass die Gesetzesänderung den Weg für digitale Vervielfältigungsgeräte aller Art ebnet sollte (entgegen dem alten § 54a UrhG, wie der BGH-Entscheidung zur PC-Vergütung zu entnehmen ist), sie sollte ausdrücklich auch dazu führen, Vergütungen für Technologien zu erheben, die sich „nur in Verbindung mit anderen Geräten oder sonstigem Zubehör zur Vervielfältigung eignen“⁷³ (wie zum Beispiel Festplatten oder USB-Sticks). Die neuen Regelungen sollten mit anderen Worten die gesetzliche Grundlage dafür schaffen, neue Geräte jederzeit in die Vergütungspflicht einbeziehen zu können.

In welchem Maße sich die Gesetzesreform letztlich tatsächlich auf die Endkundenpreise auswirkt, ist schwer zu prognostizieren. Meines Erachtens ist zu erwarten, dass sich viele Technologien verteuern werden. Grund hierfür werden im Zweifel nicht nur die Vergütungen selbst sein, sondern auch sonstige Kosten, die aufgrund der unsicheren Rechtslage entstehen (wie zum Beispiel Verfahrens- und Gerichtskosten, Kosten für Rückstellungen, Steuernachteile und vieles mehr). Entstehen den Herstellern höhere Kosten – gleich aus welchem Grund – werden die Verbraucher im Zweifel am Ende hierfür aufkommen müssen.

5.3 Bewertung: Wie ist das gegenwärtige System der Pauschalvergütung aus Verbrauchersicht zu bewerten?

Eine abschließende Bewertung des neuen Vergütungssystems ist vor diesem Hintergrund derzeit nicht möglich. In welchem Maße Verbraucher mit neuen Abgaben auf Geräte und Speichermedien belastet werden, wird sich erst in den nächsten Jahren zeigen, wenn sich die Prozesse zu deren Festlegung stärker etabliert haben und wenn über die Vielzahl von derzeit noch umstrittenen Vergütungspflichten abschließend entschieden wurde.

Allgemein ist anzumerken, dass die Vergütungspflichten nach den §§ 54 ff. UrhG aus Verbrauchersicht ambivalent zu werten sind. Einerseits trifft es zu, dass sich Geräte und Speichermedien hierdurch verteuern, da die Vergütungen auf die Verkaufspreise zumindest teilweise aufgeschlagen werden. Andererseits aber sind die Vergütungen rechtliche Voraussetzung für die Befugnis, Privatkopien und Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch (zum Beispiel zu Archiv- und zu wissenschaftlichen Zwecken) anzufertigen zu können. Diese urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen kommen den Verbrauchern sehr zugute, da sie (vor allem die Privatkopie) erhebliche Freiheiten eröffnen, urheberrechtlich geschütztes Material zu nichtkommerziellen Zwecken, also außerhalb des öffentlichen Bereichs zu nutzen.

Ohne solche Vergütungen wären die Schrankenbestimmungen aus § 53 UrhG nach geltendem Recht im Zweifel nicht verfassungskonform. Zwar sind Einschränkungen des Urheberrechts grundsätzlich aufgrund der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG), möglich. Hierfür ist – wie das Bundesverfassungsgericht bereits 1972 entschieden hat – dem

⁷³ So die Gesetzesbegründung, BT-Drcks. 16/1828, S. 29.

Urheber jedoch generell eine Vergütung zu gewähren.⁷⁴ Das Prinzip der Pauschalvergütung ist in der gegenwärtigen Rechtsordnung daher aus Verbrauchersicht grundsätzlich als positiv zu bewerten, da hierdurch wichtige Freiheiten „erkauft“ werden.

Kritisch sind jedoch manche Ausprägungen des Vergütungssystems zu sehen. So sind die zwischen Verwertungsgesellschaften, Herstellern, Importeuren und Händlern getroffenen Vereinbarungen und die auf der Basis der oben beschriebenen Festlegungsprozesse geforderten Vergütungen schon für Insider und Fachleute kaum nachvollziehbar. Für Verbraucher muss es daher gänzlich unverständlich sein, welche Vergütungen wofür in welcher Höhe gezahlt werden müssen.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund ist die Hinweispflicht gemäß § 54d UrhG, wonach die anfallenden Vergütungen auf Rechnungen auszuweisen sind, für Verbraucher wenig hilfreich. Anhand des Betrages allein dürfte sich für den Verbraucher weder erschließen, warum derartige Zahlungen geleistet werden müssen noch – erst recht – warum sie in der jeweiligen Höhe anfallen. Ob dies allerdings wirklich problematisch oder auch nur zu ändern ist, ist fraglich. Es wäre kaum praktikabel, auf jeder Rechnung für ein vergütungspflichtiges Gerät oder Speichermedium ausführlich Rechts- und Berechnungsgrundlagen für die Vergütung darzulegen. Es ist zudem fraglich, ob die Verbraucher auf derartige Informationen tatsächlich Wert legen würden.

Durchaus bedenklich – wenn auch wiederum ambivalent – ist dagegen die Tendenz, Vervielfältigungen von online bereitgestellten Inhalten nicht als solche gemäß § 53 UrhG zu verstehen. Diese Ansicht hat der BGH in seiner Entscheidung „Drucker und Plotter“ vertreten,⁷⁶ in der er meint, dass Downloads und Ausdrücke von Online-Inhalten nicht unter die Schrankenbestimmungen fallen. Vielmehr basierten solchen Nutzungshandlungen auf einem Einverständnis des jeweiligen Anbieters.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidung mittlerweile aufgehoben⁷⁷ und das Verfahren an den BGH zurückverwiesen. Grund für die Aufhebung war jedoch lediglich, dass der BGH sich in seiner Entscheidung nicht ausreichend mit einer Vorlagepflicht zum EuGH über die Frage nach einer Vergütungspflicht für Drucker und Plotter auseinandergesetzt hat. Ob eine Vergütungspflicht bei digitalen Vorlagen aufgrund einer Einwilligung der Rechteinhaber generell entfallt – wie der BGH angedeutet hatte –, war dagegen nicht entscheidungserheblich. Zwar hat das BVerfG diesbezüglich „im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber erhebliche Bedenken“ geäußert.⁷⁸ Endgültig entschieden wurde über die Frage bislang aber nicht.

Würde sich die vom BGH geäußerte Auffassung durchsetzen, könnte dies einerseits zu Vorteilen für die Verbraucher führen, da Online-Inhalte hiernach nicht unter die Vergütungspflichten fallen, was wiederum bei der Vergütungshöhe zu berücksichtigen wäre. Andererseits würde dies jedoch bedeuten, dass die gesetzlichen Vervielfältigungsfreiheiten aus

⁷⁴ BVerfGE 31, 229, 229 f. – Kirchen- und Schulgebrauch.

⁷⁵ Diesen Mangel an Transparenz bemängelt auch der Branchenverband der IT-Wirtschaft BITKOM in einer Stellungnahme vom 2.8.2010, http://www.bitkom.org/files/documents/20100803_BITKOM_URASTellungnahme.pdf, S. 12: „Auch der Verbraucher muss darüber informiert werden, ob er für eine ausgesuchte Hardware Abgaben zahlen muss.“ BITKOM unterbreitet Vorschläge, wie die Transparenz insbesondere im Verhältnis zwischen Verwertungsgesellschaften und Unternehmen verbessert werden könnte.

⁷⁶ BGH GRUR 2008, 245/247.

⁷⁷ Beschluss des BVerfG vom 30.8.2010, Az. 1 BvR 1631/08, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100830_1bvr163108.html.

⁷⁸ Siehe BVerfG, ebenda, Rz. 66.

§ 53 UrhG den Verbrauchern bei der Nutzung von Online-Inhalten keine Befugnisse vermitteln. Die Folge wäre einerseits, dass – da die Nutzung von frei zugänglichen Online-Inhalten in der Regel keinen ausdrücklichen vertraglichen Regelungen (etwa in Form von Nutzungsbedingungen) unterfallen wird – wenig Klarheit darüber bestünde, welche Nutzungshandlungen durch konkludente Einwilligungen oder ähnliche Rechtskonstrukte vom Rechteinhaber tatsächlich erteilt werden.⁷⁹

Andererseits kann man einer solchen Auffassung die Tendenz entnehmen, dass die Nutzung digitaler Werkexemplare zunehmend nicht mehr über den gesetzlich geregelten Interessenausgleich des Urheberrechts, sondern über privatrechtliche Vereinbarungen geregelt wird. Dies führt letztlich zu einer „Privatisierung des Interessenausgleichs“, im Rahmen dessen die Anbieter naturgemäß eine deutlich stärkere Position haben als die Nutzer. Denn sie können ihre Nutzungsbedingungen – da das Urheberrecht kaum unabdingbare Nutzerbefugnisse vorsieht – weitgehend frei ausgestalten.⁸⁰ Die Nutzer haben daher auf die Ausgestaltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter in aller Regel keinerlei Einfluss.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Bewährungsprobe für das neue Vergütungssystem noch aussteht. Es wird zu beobachten sein, wie sich die Prozesse zur Festlegung von neuen beziehungsweise Anpassung bereits bestehender Geräte- und Leermedienabgaben entwickeln. Aus Verbrauchersicht wäre eine Vereinfachung und Beschleunigung der Verfahren insbesondere von daher wünschenswert, da die Verbraucher im Zweifel letztlich durch die hierfür aufzuwendenden Kosten zusätzlich belastet werden. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass es einige Zeit braucht, bis sich ein derart einschneidender Systemwechsel, wie er durch die Neuregelungen im Zweiten Korb vollzogen wurde, etabliert und sich Strukturen herausgebildet haben, hiermit effizient umzugehen.

IV. Die Kulturflatrate aus Verbrauchersicht

1. Begriff und Grundlagen

Unter der so genannten Kulturflatrate versteht man ein pauschales Vergütungs- und Abrechnungsmodell für die öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung digitaler Inhalte durch Privatpersonen in Filesharing-Netzen.⁸¹ Die Grundidee folgt dem – bereits bei der Privatkopie verfolgten – Grundsatz „Vergüten, was nicht verhindert werden kann“. Hintergedanke ist, dass die massenhaften Urheberrechtsverletzungen durch unautorisierte öffentliche Zugänglichmachung von insbesondere Musik und Filmen in Tauschbörsen langfristig weder durch technische noch durch rechtliche Maßnahmen verhindert werden können. Um einerseits zukünftig zu vermeiden, dass sich weite Teile der Bevölkerung ständig rechtswidrig verhalten und andererseits zu einer Vergütung für die in diesen Zusammenhängen erfolgten Nutzungshandlungen für Urheber und Rechteinhaber zu gelangen, sollen sie gegen pauschales Entgelt erlaubt werden. Die Zahlungen würden (im Zweifel) von Verwertungsge-

⁷⁹ Die schwer durchschaubare Entscheidung des BGH über die in der Google-Bildersuche angezeigten Thumbnails zeigt deutlich, dass sich auch der BGH mit dieser Beurteilung schwer tut, vgl. BGH NJW 2010, 2731 – Vorschaubilder.

⁸⁰ Siehe hierzu Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien (Studie im Auftrag des vzbv), Berlin 2006, S. 76 ff. = http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf, S. 50 ff.

⁸¹ Der englische Begriff Flatrate kann als Pauschaltarif oder Festpreis übersetzt werden.

sellschaften erhoben und an die Rechteinhaber wiederum ausgeschüttet. Auf kommerzielle Nutzungen soll die Kulturflatrate dabei nicht angewendet werden, insofern würde es bei der geltenden Rechtslage bleiben.

Die Idee einer Kulturflatrate wird national wie international seit Jahren immer wieder von verschiedenen Interessengruppen⁸² aufgegriffen, um Phänomenen wie der derzeit illegalen, weiten Verfügbarkeit urheberrechtlich geschützter Werke über das Internet, den sich wandelnden Nutzungsgewohnheiten der Verbraucher und massenhaften Abmahnungen zu begegnen.

Da sich die Grundidee auf digitale Inhalte und deren Verbreitung über das Internet bezieht, nicht jedoch auf „Offline-Kultur“ wie beispielsweise Theater, Museen und verkörperte Ton- und Bildträger, kann der Begriff einer *Kulturflatrate* irreführend verstanden werden. Teilweise wird daher der Begriff einer Content-Flatrate⁸³ verwendet, wobei Content für digitale audiovisuelle Inhalte steht. Damit ist jedoch keineswegs endgültig geklärt, was im Einzelnen unter Kultur im Sinne einer Kulturflatrate zu fassen ist.⁸⁴

Das Prinzip der Kulturflatrate ist seit jeher stark umstritten und wird von Kritikern teils polemisch angegriffen.⁸⁵ Ein Grund für die Angreifbarkeit dieses Ansatzes liegt sicherlich darin, dass der Begriff der Kulturflatrate nicht klar definiert ist, da es sich hierbei mehr um eine – unterschiedlich verstandene – Idee handelt als um ein bestimmtes Regelungskonzept. Fraglich ist etwa, welche Arten von Inhalten hierunter fallen sollen, ob sich eine Regelung nur auf die Nutzung in Tauschbörsen (die aufgrund technischer Entwicklung früher oder später anderen System weichen werden) oder auf jede Art von Online-Nutzung beziehen soll, wie und von wem die Vergütungen berechnet, erhoben und eingezogen werden sollen,⁸⁶ wie die Nutzungsintensität zwecks gerechter Verteilung gemessen⁸⁷ oder und ob eine Kulturflatrate national oder supranational geregelt werden sollte⁸⁸. In Bezug auf die Vergütungshöhe⁸⁹ scheint schon im Grundsatz Uneinigkeit darüber zu bestehen, ob die Kulturflatrate eine Vollkompensation für die (wie auch immer zu berechnenden) Verluste der Rechteinhaber und

⁸² Siehe zum Beispiel Beckedahl et al., Berlin Declaration on Collectively Managed Online Rights: Compensation without Control, öffentlicher Aufruf vom 21. Juni 2004 an die Europäische Kommission, http://www.wizards-of-os.org/archiv/wos_3/programm/workshops/two_hour_workshops_tutorials/alternative_compensation_systems/v_10.html.

⁸³ Zum Beispiel Runge, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, 130; Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Position zur Kulturflatrate, <http://www.boersenverein.de/de/portal/Kulturflatrate/336624>.

⁸⁴ Vgl. Meyer-Lucht, Markt- oder Allmendewirtschaft: Worum es bei der Kulturflatrate eigentlich geht, CARTA.info vom 17. Juni 2009, <http://carta.info/10584/markt-oder-allmendewirtschaft-worum-es-bei-der-kulturflatrate-eigentlich-geht/>.

⁸⁵ Siehe nur die bei Roßnagel/Jandt/Schnabel, Kulturflatrate – Ein verfassungsrechtlich zulässiges alternatives Modell zur Künstlervergütung?, MMR 2010, 8 f., mit weiteren Nachweisen, angeführten Begriffe „Enteignung“ und „Sowjetisierung“.

⁸⁶ Hier ist eine VG Netz im Gespräch, siehe Freund, Wenn alle umsonst kopieren, verdient keiner mehr Geld, Welt-Online, 28.8.2009, <http://www.welt.de/die-welt/kultur/article4413806/Wenn-alle-umsonst-kopieren-verdient-keiner-mehr-Geld.html>.

⁸⁷ Meyer-Lucht, Markt- oder Allmendewirtschaft: Worum es bei der Kulturflatrate eigentlich geht, CARTA.info, 17.6.2009, <http://carta.info/10584/markt-oder-allmendewirtschaft-worum-es-bei-der-kulturflatrate-eigentlich-geht/>.

⁸⁸ EMR/provet, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 4, http://www.gruene-bundestag.de/cms/netzpolitik/dokbin/278/278059.kurzgutachten_zur_kulturflatrate.pdf.

⁸⁹ Beträge von fünf bis 50,00 Euro pro Monat werden genannt, siehe Mönch, Kulturflatrate – Für eine Handvoll Euro, FAZ.de, 28.8.2009, <http://www.faz.net/s/Rub475F682E3FC24868A8A5276D4FB916D7/Doc~E8440FAE6E56943E0B1AD2E570E3F763C~ATpl~Ecommon~Scontent.html>.

Urheber durch Tauschbörsennutzungen gewährleisten oder ob es sich nur um einen ökonomischen Baustein einer Gesamtverwertungsstrategie handeln soll (etwa gepaart mit Einnahmen aus legalen Online-Angeboten, privatwirtschaftlichen Flatrates und so weiter).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Kulturflatrate zwar bereits seit einigen Jahren durch Politik, Wirtschaft, Zivilgesellschaft und Wissenschaft diskutiert wird, bislang jedoch wenig Einigkeit über die rechtliche Machbarkeit, konkrete Umsetzung und andere wichtige Faktoren besteht.

Das heißt jedoch nicht, dass nicht bereits konkrete Modelle, rechtliche und wirtschaftliche Machbarkeitsstudien und andere Grundlagen erarbeitet worden wären. Bereits im Jahr 2004 präsentierte der US-Rechtswissenschaftler William Fisher von der Universität Harvard sehr konkrete Ansätze zur Ausgestaltung der Kulturflatrate.⁹⁰ Noch immer sind die Einzelheiten jedoch – häufig aufgrund von Unkenntnis und Unverständnis – heillos umstritten.⁹¹

2. Rechtswissenschaftliche Literatur zum Thema

Aus deutscher und europäischer Sicht ist insbesondere ein von Bündnis 90/Die Grünen in Auftrag gegebenes Gutachten aus dem Jahr 2009 hervorzuheben. Die Autoren kamen hierin zu dem Schluss, dass für die Einführung einer Kulturflatrate zwar sowohl in Deutschland als auch auf EU-Ebene Gesetzesänderungen erforderlich wären, sie im Grundsatz aber weder unangemessen in die Eigentumsgarantie der Urheber eingreifen noch gegen den so genannten Drei-Stufen-Test nach WCT, WPPT, TRIPS und der Richtlinie 2001/29/EG verstoßen würde.⁹² Geprüft und vorgeschlagen wurde hier die Einführung einer neuen Schrankenbestimmung, die die nichtkommerzielle öffentliche Zugänglichmachung und die Vervielfältigung von Werken erlaubt, in Verbindung mit einer Vergütungspflicht nach dem Vorbild der §§ 54 ff. UrhG. Das Gutachten kommt zu dem Schluss, dass eine nationale Einführung zunächst die Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG geändert werden müsste, da der abschließende Schrankenkatalog aus Art. 5 der Richtlinie eine solche Flatrate-Schranke nicht vorsehe.⁹³

⁹⁰ William Fisher: Promises to Keep, Technology, Law and the Future of Entertainment, Stanford University Press 2004, siehe <http://www.tfisher.org/PTK.htm>. Fisher schlug hier vor, dass jeder Breitband-Internetnutzer eine Vergütung von 5,00- USD als zusätzliche Gebühr für den Internet-Anschluss zahlen solle. Siehe Näheres zu den Argumenten für und gegen die Kulturflatrate Grassmuck, Erwiderung auf das Musikindustrie-Positionspapier zur Kulturflatrate, netzpolitik.org, 10.2.2010, <http://www.netzpolitik.org/2010/erwiderung-auf-das-musikindustrie-positionspapier-zur-kulturflatrate/>.

⁹¹ Dafür: Grassmuck, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, 107 ff.; kritisch: Nümann/Mayer, Rechtfertigung und Kritik von Massenabmahnungen gegen Urheberrechtsverletzungen in Filesharing-Netzwerken, ZUM 2010, 330 f.

⁹² EMR/provet, Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht, S. 24 und S. 26 ff.; zu den Einzelheiten der Ausgestaltung siehe S. 28 ff. und S. 61 f., http://www.gruene-bundestag.de/cms/netzpolitik/dokbin/278/278059.kurzgutachten_zur_kulturflatrate.pdf. Dagegen (in Bezug auf den Drei-Stufen-Test): Runge, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, S. 136 f.

⁹³ Siehe Gutachten S. 26 f., auch zu der Gegenansicht, die jedoch nicht von einer – vom Katalog des Art. 5 der EU-Richtlinie 2001/29/EG nicht gedeckten – Schranke, sondern von einer Verwertungsgesellschaftspflicht für die Wahrnehmung derartiger Rechte ausgeht.

3. Positionen in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft

Die Musikwirtschaft lehnt eine Kulturflatrate generell als „Kapitulation der Politik vor der Komplexität des Urheberrechts in der digitalen Welt“ ab; die Pauschale sei unfair, sozial ungerecht und unmarktwirtschaftlich, beschneide die Rechte der Urheber und „verflache“ die Kultur.⁹⁴

Sowohl die Bundesregierung in Gestalt des für das Urheberrecht federführenden Bundesjustizministeriums⁹⁵ als auch die CDU/CSU-Bundestagsfraktion⁹⁶ stehen der Einführung einer Kulturflatrate zurzeit ablehnend gegenüber. Auf eine in den Konsultationen zum Zweiten Korb eingebrachte Forderung in diese Richtung erwiderte die Bundesregierung im Regierungsentwurf wie folgt:⁹⁷

„Dem Vorschlag von privatkopie.net, eine Schrankenregelung für die Onlinenutzung zu schaffen und vergütungspflichtig zu gestalten, wird nicht gefolgt. Zum einen fehlt hierfür eine Grundlage im europäischen Urheberrecht. Der Urheber hat das Recht, sein Werk umfassend zu verwerten. Das gilt auch für eine Verwertung zum Abruf im Internet. Die Richtlinie lässt keine Regelung zu, durch die eine allgemeine Schranke für die Onlinenutzung geschaffen wird. Zum anderen würde mit einer solchen Schrankenregelung eine erfolgreiche Vermarktung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet unmöglich gemacht. Neue Geschäftsmodelle, wie sie zurzeit entwickelt werden, würden zugunsten einer zustimmungsfreien Zugänglichmachung zum Einheitspreis verdrängt. Schrankenregelungen dürfen aber nur in Sonderfällen geschaffen werden, die weder die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen. Bei einer allgemeinen Schranke für die Onlinenutzung wären diese Voraussetzungen nicht erfüllt: Es würden kein Sonderfall geregelt und die normale Auswertung des Werks im Internet unmöglich gemacht.“

Für die Einführung einer Kulturflatrate machen sich auf politischer Ebene vor allem die Grünen stark.⁹⁸ Zudem sprechen sich verschiedene zivilgesellschaftliche Gruppen und Initiativen mit unterschiedlichen Argumenten für eine Kulturflatrate aus.⁹⁹ Sie wird unter anderem als

⁹⁴ BVMI, Bundesverband Musikindustrie veröffentlicht Positionspapier zur Kulturflatrate, Pressemitteilung vom 25. Januar 2010, http://www.musikindustrie.de/fileadmin/news/presse/100125_Kulturflatrate_10_Argumente_FINAL.pdf; hiergegen Grassmuck, Erwidern auf das Musikindustrie-Positionspapier zur Kulturflatrate, netzpolitik.org vom 10.2.2010, <http://www.netzpolitik.org/2010/erwidern-auf-das-musikindustrie-positionspapier-zur-kulturflatrate/>. Gegen die Kulturflatrate positionierten sich auch der BITKOM, Wachsende Zahlungsbereitschaft für Qualitätsjournalismus im Web, Pressemitteilung vom 26. April 2010, http://www.bitkom.org/63493_63489.aspx, und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Position zur Kulturflatrate, <http://www.boersenverein.de/de/portal/Kulturflatrate/336624>.

⁹⁵ Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger betonte am 14.6.2010 in ihrer „Berliner Rede zum Urheberrecht“, dass eine Kulturflatrate wegen mangelnder Verteilungsgerechtigkeit und Verkenning des Urheberpersönlichkeitsrechts „keine Lösung des Problems“ sei, http://www.bmj.de/enid/80c9e8af88c6477124692431b9db018b,41c20c636f6e5f6964092d0936393139093a095f7472636964092d0936393230/Reden/Sabine_Leutheusser-Schnarrenberger_1mt.html; vgl. hierzu auch den Kommentar von Hoeren in MMR 2010, 445.

⁹⁶ Krings, Gesetzentwurf zum 3. Korb noch im Herbst, Pressemitteilung vom 16.6.2010, http://www.cdu.de/archiv/2370_31143.htm.

⁹⁷ Siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 20.

⁹⁸ Siehe <http://www.golem.de/0907/68570.html>. Auch die SPD wies in ihrem Wahlprogramm 2009 darauf hin, sich zumindest für die Prüfung einer Kulturflatrate einsetzen zu wollen (siehe <http://www.golem.de/0906/67758.html>).

⁹⁹ Beckedahl et al., Berlin Declaration on Collectively Managed Online Rights: Compensation without Control, öffentlicher Aufruf vom 21.6.2004 an die Europäische Kommission, <http://www.wizards-of->

kunstförderlich und monopolbrechend¹⁰⁰, als Erhaltung des Rechts auf Privatkopie¹⁰¹ oder als freiheitsbeschränkende Rettungsmaßnahme¹⁰² für die Musikwirtschaft angesehen.

4. Bewertung aus Verbrauchersicht

Ob eine Kulturfltrate aus Verbrauchersicht zu begrüßen wäre, kann nicht allgemein beantwortet werden. Dies hängt erheblich davon ab, wie sie ausgestaltet wäre. Aspekte wie Vergütungshöhe, Berechnungs-, Verteilungs- und Erhebungsmodalitäten und andere Einzelheiten wirken sich auf die Interessenlage der Verbraucher naturgemäß entscheidend aus.

Grundsätzlich wäre eine Kulturfltrate insofern im Interesse der Verbraucher, als sie dem zunehmenden – und ordnungspolitisch nicht hinnehmbaren – Problem massenhafter Rechtsverletzungen entgegenwirken würde. Auch würden Verbraucher erheblich weniger von Abmahnungen bedroht, die sehr häufig wegen Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen ausgesprochen werden. Von gesamtgesellschaftlichem Interesse ist es zudem, dass kreative Leistungen vergütet werden, ohne dass – zumindest bei bestimmten Teilen der Bevölkerung – allgemein übliche Nutzungsgewohnheiten als rechtswidrig bewertet werden. Dass täglich Millionen von an sich rechtstreuen Verbrauchern gegen das Urheberrecht verstoßen, ist ein untragbarer Zustand, den zu beseitigen nicht nur ein Anliegen des Verbraucherschutzes, sondern aller Beteiligten sein muss.

Dennoch brächte eine gesetzlich angeordnete Kulturfltrate für Verbraucher auch Pflichten mit sich, die im Zweifel nicht allgemein begrüßt oder akzeptiert würden. Ein solches Regelungsmodell würde zwangsläufig zu einer Art allgemeiner „Kulturabgabe“ führen, die jeder zahlen müsste, der einen Internetanschluss besitzt. Dies betrifft – was in der Natur der Sache liegt – auch diejenigen, die Tauschbörsen nicht nutzen. Gerade Personen, die weiterhin kostenpflichtige Download- oder Streaming-Angebote nutzen, würden im Zweifel doppelt bezahlen.

Diese Folge ist derartigen Systemen immanent und meines Erachtens unumgänglich. Auch die Leermedien- und Geräteabgaben zum Beispiel auf DVD-Rohlinge werden unabhängig davon erhoben, ob ein Erwerber auf ihnen im konkreten Fall urheberrechtlich geschützte Werke Dritter speichert. Auch wer niemals öffentlich-rechtliche Rundfunksender nutzt, muss GEZ-Gebühren bezahlen.

Derartige Ungerechtfertigkeiten (wenn man sie so nennen will) im Einzelfall können nur in Grenzen über die Vergütungsbemessung bereinigt werden. Zwar ist die tatsächliche Nutzungsintensität nach geltendem Recht (§ 54a UrhG, dessen Grundsätze im Zweifel auch auf die Vergütung nach der Kulturfltrate anzuwenden wären) maßgeblich für die Höhe der Vergütung. Entsprechend wäre es vergütungsmindernd zu berücksichtigen, dass manche oder viele Internetnutzer keine Tauschbörsen, sondern ausschließlich kommerzielle Online-Angebote verwenden. Dass der Umsetzung dieser theoretischen (Wertungs-) Entscheidung jedoch faktische Grenzen gesetzt sind, zeigt die Erfahrung mit dem geltenden Vergütungs-

os.org/archiv/wos_3/programm/workshops/two_hour_workshops_tutorials/alternative_compensation_systems/v_10.html.

¹⁰⁰ attac, AttacBasistext15: Wissensallmende, Kapitel 7. Unsere Alternativen, Kulturfltrate, <http://www.attacmarburg.de/wissensallmende/basistext/alternativen1.php>.

¹⁰¹ Initiative privatkopie.net, Rettet die Privatkopie!, <http://privatkopie.net/>.

¹⁰² Freie Gesellschaft, Kulturfltrate, <http://www.freie-gesellschaft.de/wiki/Kulturfltrate>.

system (siehe oben, III). Im Übrigen ändert auch dies nichts daran, dass manche Verbraucher – wenn auch in geringerer Höhe – für etwas bezahlen, das sie nicht in Anspruch nehmen. Ob diese Folge für das zu erreichende, ordnungs-, sozial- und kulturpolitisch in mancher Hinsicht wünschenswerte Ziel hinnehmbar und angemessen ist, liegt im Auge des Betrachters.

Meines Erachtens kann vor diesem Hintergrund zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend entschieden werden, ob die Einführung einer Kulturflatrate verbraucherpolitisch wünschenswert ist. Jedenfalls wäre es aber im Sinne der Verbraucher, darauf hinzuwirken, dass der Ansatz und seine möglichen Ausprägungen weiter untersucht werden. Auch ist es meines Erachtens nicht hinnehmbar, dass der Gesetzgeber Vorschläge in diese Richtung mit zum Teil auf reiner Unkenntnis basierenden Argumenten und ohne eingehende Prüfung verwirft. Sowohl der deutsche als auch der EU-Gesetzgeber sind gehalten, dem Ansatz nachzugehen und ihn sowohl aus rechtlicher als auch aus gesellschaftspolitischer, wirtschaftlicher und technischer Sicht zu evaluieren. Der Handlungsbedarf liegt angesichts der drängenden gesellschaftlichen Probleme auf der Hand. Ein anderes Modell, das dem Abhilfe schaffen könnte, wurde bislang weder von der Wirtschaft noch der Politik entwickelt. Stattdessen drängt die Politik stetig auf bessere Durchsetzungsmechanismen, die die Verbraucher im Zweifel weiterer Rechtsverfolgungsgefahr aussetzen (man denke nur an das Olivennes-Modell oder den urheberrechtlichen Auskunftsanspruch gemäß § 101 Abs. 9 UrhG).

V. Urheberrecht und kreative Werknutzung im Social Web

Durch die breite Verfügbarkeit von Computern und schnellen Internet-Anschlüssen in deutschen Haushalten sowie die Digitaltechnik allgemein sind Kulturtechniken wie remixen, mashing, sampeln oder collagieren zu Massenphänomenen geworden. Im Web 2.0 oder Social Web werden täglich Millionen „nutzergenerierte Inhalte“¹⁰³ (englisch *user-generated content*) publiziert, in denen in unterschiedlichem Umfang und in unterschiedlicher Art und Weise urheberrechtlich geschützte Werke anderer verwendet werden. Durch diese „Kreativität der Massen“ verschwimmen die Grenzen zwischen Nutzern und Urhebern zunehmend. Vor allem in den Sozial- und Kommunikationswissenschaften ist daher in solchen Zusammenhängen immer häufiger nicht mehr von Nutzern oder Konsumenten, sondern von *Prosumern* oder *Produzern* die Rede.¹⁰⁴

Die im Social Web praktizierten Kulturtechniken und Kommunikationsformen basieren zumeist darauf, dass bestehende Werke neu arrangiert, kombiniert, aufgenommen oder in sonstiger Weise anders aufbereitet werden. Es herrscht eine große Vielfalt neuartiger kreativer Erscheinungsformen. Hierunter fallen zum Beispiel nutzergenerierte Videos, die auf Plattformen wie YouTube oder Vimeo hochgeladen werden, Remixe und andere musikalische Neuarrangements und vieles mehr.

¹⁰³ Nutzergenerierte Inhalte wurden in einer OECD-Studie als von Nutzern geschaffene Inhalte definiert, „die über das Internet öffentlich zur Verfügung gestellt werden, von einer gewissen kreativen Eigenleistung zeugen und außerhalb der regulären beruflichen Tätigkeit entstehen“. Siehe das Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ vom 16.7.2008 KOM (2008) 466 endgültig, S. 20, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:DE:PDF>. Der Terminus ist aus urheberrechtlicher Sicht eigentlich irreführend. Denn zumeist werden solche Inhalte urheberrechtlich geschützt sein, ihre Erzeuger sind dann aus Sicht des Urheberrechts nicht in erster Linie Nutzer, sondern Urheber.

¹⁰⁴ Siehe zu den Begrifflichkeiten die Ausführungen des Wissenschaftlers Axel Bruhns, der den Terminus Produser geprägt hat, *Producers: Towards a Broader Framework for User-Led Content Creation*, Juni 2007, abrufbar unter <http://snurb.info/node/720> sowie <http://producers.org/node/9>.

Der Bedeutungszuwachs solcher kultureller Ausdrucksformen stellt das Urheberrecht vor neue Herausforderungen. Zwar sind viele dieser Methoden an sich nicht neu. Schon immer schufen Künstler, Autoren, Musiker und andere Kreative auf der Grundlage fremder Werke und bedienten sich ihrer in mehr oder weniger erheblichem Umfang. Dass es jedoch annähernd jedem möglich ist, Remixe und Mashups nicht nur herzustellen, sondern auch einer unbegrenzten Öffentlichkeit (online) zugänglich zu machen, ist ein neues Phänomen.

Ähnlich der Filesharing-Problematik ist das geltende Urheberrecht auf solche Massennutzungen nicht eingestellt und hält keine hierauf zugeschnittenen Lösungen bereit. Nachstehend wird untersucht, wie nutzergenerierte Inhalte aus urheberrechtlicher Sicht zu beurteilen sind. Zunächst wird auf ihre Schutzfähigkeit eingegangen. Im Anschluss wird untersucht, ob und inwieweit die kreative Nutzung fremder Werke in nutzergenerierten Inhalten urheberrechtlich zulässig ist.

1. Schutzfähigkeit von nutzergenerierten Inhalten

In Bezug auf die Schutzfähigkeit von nutzergenerierten Inhalten ergeben sich zunächst keine Besonderheiten. YouTube-Videos, Postings in Weblogs oder in Sozialen Netzwerken, Fotos, die auf Bilderplattformen gestellt werden, sind urheberrechtlich geschützt, wenn sie „persönlich geistige Schöpfungen“ im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG darstellen. Dies setzt eine gewisse – je nach Werkart unterschiedliche – Schöpfungshöhe voraus. Zudem können nutzergenerierte Inhalte nach den allgemeinen Regeln durch ein Leistungsschutzrecht (wie das Laufbild-, das Filmhersteller- oder das Lichtbildrecht) geschützt sein.

Das Urheberrecht unterscheidet nicht danach, von wem geistige Schöpfungen geschaffen oder wie und wo sie veröffentlicht werden. Es entsteht zudem unabhängig davon, ob im Zuge der Schöpfung (oder deren Veröffentlichung) die Urheberrechte anderer verletzt werden. Konkret heißt das, dass ein Amateurvideo, auf dem unter Verstoß gegen die Rechte der Tonträgerhersteller, ausübenden Künstler und Musikurheber kommerzielle Musik zu hören ist, gleichwohl urheber- oder leistungsschutzrechtlich (als Laufbild gemäß § 95 UrhG) geschützt sein kann.¹⁰⁵

2. Schutzzumfang bei nutzergenerierten Inhalten

Das Vorstehende gilt nicht nur hinsichtlich der Schutzanforderungen, sondern auch für den Schutzzumfang an nutzergenerierten Inhalten. Ist das Werk urheberrechtlich geschützt, stehen den Schöpfern umfassende Nutzungsrechte nach Maßgabe des § 15 UrhG zu. Diese Rechte verbleiben bei ihnen, unabhängig davon, ob sie ihre Inhalte auf einer Plattform online stellen oder nicht. Eine gewisse Einschränkung der Rechtsposition kann sich allenfalls daraus ergeben, dass sie den Plattformbetreibern einzelne eingeschränkte Nutzungsrechte einräumen, sofern sich etwas Derartiges aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Dienstes ergibt.

Werden nutzergenerierte Inhalte von mehreren Urhebern geschaffen, gelten die Regeln aus den §§ 8 und 9 UrhG. Handelt es sich um ein gemeinsames Werk, dessen Teile nicht

¹⁰⁵ So ausdrücklich der BGH, NJW 1995, 1556 – Mauerbilder: „Für die mit der Werkschöpfung kraft Gesetzes entstehende Urheberrechtsschutzfähigkeit ist es grundsätzlich bedeutungslos, dass sich die Herstellung des Werkes als gesetzwidrig – hier als eine mit zivil- und strafrechtlichen Sanktionen bewehrte Eigentumsverletzung (§ 823 BGB, § 303 StGB) – erweist.“

gesondert verwertet werden können, sind dessen Schöpfer als Miturheber gemäß § 8 UrhG anzusehen. Dies wäre etwa bei Mashup-Videos oder Ähnlichem der Fall, die von mehreren Personen gemeinsam gedreht, geschnitten, bearbeitet und so weiter wurden. Besteht eine Veröffentlichung dagegen aus einer Mehrzahl von für sich genommen gesondert verwertungsfähiger Einzelwerke, handelt es sich um eine schlichte Werkverbindung gemäß § 9 UrhG.

Beide Formen unterscheiden sich dadurch, dass Miturheber bei der Verwertung ihrer Werke in Form einer Gesamthandsgemeinschaft aneinander gebunden sind (siehe § 8 Abs. 2 bis 4 UrhG), während bei bloßen Werkverbindungen¹⁰⁶ gesetzlich nur eine Rücksichtnahmepflicht vorgesehen ist.

3. Möglichkeiten zustimmungsfreier, kreativer Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken oder Werkteilen nach geltendem Recht

Für die Möglichkeit, nutzergenerierte Inhalte rechtssicher schaffen und – gemäß ihrer Bestimmung – auch veröffentlichen zu dürfen, sind urheberrechtliche Nutzungsfreiheiten von elementarer Bedeutung. Die erforderlichen Rechte zum Beispiel für Musiksamples in eigenen Stücken oder die Verwendung eines Musikstücks zur Untermalung eines eigenen Videos einzuholen, ist eine komplexe und aufwändige Aufgabe, die von Privatnutzern nicht erbracht werden kann und nicht erbracht wird. Bestehen keine rechtlichen Nutzungsfreiheiten für derartige Handlungen, würde bei dem heute üblichen und massenhaft praktizierten kreativen Umgang mit fremden Werken, ebenso wie beim bloßen Kopieren (wie in Tauschbörsen), massenhaft gegen Rechte verstoßen.

Eine unmittelbar auf solche Fälle zugeschnittene Schrankenbestimmung enthält das deutsche Urheberrecht nicht. Auch sieht es keine der US-amerikanischen Fair-Use-Regelung ähnliche generelle Schrankenbestimmung vor, die kreative oder künstlerische Auseinandersetzungen mit fremden Werken in solchen Fällen gestatten würde. Vielmehr sind die Schrankenregelungen des Sechsten Teils des Urheberrechtsgesetzes als Ausnahmebestimmungen formuliert, die sich auf bestimmte Einzelfälle beziehen. In Bezug auf neue Nutzungsformen, die bei Abfassung des Gesetzes noch nicht berücksichtigt wurden, erweist sich diese Regelungssystematik als wenig flexibel. Auch wenn die Rechtsprechung mittlerweile den Grundsatz aufgegeben hat, dass Schrankenbestimmungen stets eng und nur angesichts „der tatsächlichen und rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung vorfand“¹⁰⁷ auszulegen sind, tun sich vor allem die Instanzgerichte nach wie vor schwer, Schrankenbestimmungen auf neue Sachverhalte auszudehnen, sie extensiv oder analog anzuwenden. Dies erschwert es, die Rechtslage in Bezug auf neue Nutzungsformen einzuschätzen.

Der kreative Umgang mit fremden Werken kann nach deutschem Recht insbesondere aufgrund des Zitatrechts (§ 51 UrhG) und des Instituts der freien Benutzung (§ 24 UrhG) zulässig sein.

¹⁰⁶ Werkverbindung in diesem Sinne bedeutet, dass die Urheber vereinbart haben, ihre Werke gemeinsam zu verwerten, siehe Dreier/Schulze-Schulze, § 9, Rn. 1.

¹⁰⁷ Siehe BGHZ 17, 266 – Grundig Reporter. Siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung von Schrankenbestimmungen Kreuzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, S. 290 ff. sowie Schrickler/Melichar, Urheberrecht, 4. Auflage 2010, vor §§ 44a ff., Rn. 18 ff.

3.1 Das Zitatrecht

Die Zitatschranke in § 51 UrhG eröffnet gewisse Möglichkeiten, sich mit fremden Werken auseinanderzusetzen beziehungsweise sie in eigenen Werken zu verwenden. Im Jahr 2001 hat das BVerfG entschieden, dass bei der Auslegung des Zitatrechts auch die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist.¹⁰⁸ Bei „Auslegung und Anwendung des § 51 Nr. 2 UrhG [ist] die innere Verbindung der zitierten Stellen mit den Gedanken und Überlegungen des Zitierenden über die bloße Belegfunktion hinaus auch als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen“, stellte das Verfassungsgericht grundlegend fest. Damit war eine wichtige Basis für eine im Rahmen der Zitatschranke vorzunehmende Güterabwägung geschaffen.

Durch die Urheberrechtsreform 2008 (den Zweiten Korb) wurde der Wortlaut des § 51 UrhG zudem leicht geändert. Ob und inwieweit sich hierdurch inhaltliche Änderungen ergeben haben, vor allem das Zitatrecht ausgeweitet wurde, wird in Rechtsprechung und Literatur allerdings nicht einheitlich beurteilt.

Einig ist man sich lediglich darüber, dass hiermit keine grundlegende Änderung des Zitatrechts vorgenommen werden sollte.¹⁰⁹ § 51 UrhG wurde lediglich etwas flexibler ausgestaltet indem die Zitatschranke im Zweiten Korb in eine Art Generalklausel¹¹⁰ mit (den auch vorher bereits bestehenden) Fallgruppen umgewandelt wurde. Dies diente aber ausweislich der Gesetzesmaterialien weniger dazu, ihren Anwendungsbereich zu erweitern, als vielmehr vor allem dazu, die Regelung an Art. 5 Abs. 3 lit. d der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG anzugleichen. Im Übrigen wurde die Formulierung des Zitatrechts gegenüber Filmzitat und anderen bislang nicht genannten Zitierungsformen geöffnet,¹¹¹ wobei Filmzitate ohnehin seit Langem von der Rechtsprechung anerkannt werden.¹¹²

Uneins ist sich die Literatur, ob der Anwendungsbereich über diese Einbeziehung der geltenden Rechtsprechung inhaltlich ausgeweitet werden sollte¹¹³ oder nicht¹¹⁴. Im Kern geht es um die Frage, ob nur in anderen Werken (die ebenfalls urheberrechtlich schutzfähig sind) zitiert werden darf. Nach alter Rechtslage war dies Voraussetzung für die Zulässigkeit des Zitats¹¹⁵. Seit dem Zweiten Korb nun findet sich die Formulierung des „selbstständigen Werks“ zwar noch in den Nummern 1 bis 3 von § 51 Abs. 1 Satz 2, aber nicht mehr in der Generalklausel des Satzes 1.

Vereinzelt wird mit Verweis auf die Neuformulierung in Satz 1 vertreten oder zumindest in Erwägung gezogen, dass das Zitatrecht nunmehr auch dann gelte, wenn die eigene Schöpfung nicht urheberrechtlich schutzfähig ist.¹¹⁶ Die herrschende Auffassung in der Literatur ist jedoch der Ansicht, dass die Neuregelung zum 1. Januar 2008 keine derartige Änderung mit

¹⁰⁸ GRUR 2001, 149 ff. – Germania III.

¹⁰⁹ Dreier/Schulze-Dreier, § 51 Rn. 2; Lüft, in: Wandtke/Bullinger, § 51 Rn. 1; so auch die Absicht des Gesetzgebers, siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 25.

¹¹⁰ BT-Drcks. 16/1828, S. 25; Dreier/Schulze-Dreier, § 51 Rn. 2.

¹¹¹ BT-Drcks. 16/1828, S. 25.

¹¹² BGH NJW 1987, 1408 f. = GRUR 1987, 362, 363 – Filmzitat.

¹¹³ So Dreier/Schulze-Dreier, § 51 Rn. 2.

¹¹⁴ So Spindler, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, 9/15, mit weiteren Nachweisen; Schrickler/Spindler, § 51, Rn. 20.

¹¹⁵ Vgl. BGH GRUR 1994, 800, 802 – Museumskatalog.

¹¹⁶ Siehe Dreier/Schulze-Dreier, § 51 Rn. 6; OLG Jena MMR 2008, 408, 410 (Vorinstanz zu BGH MMR 2010, 475, 477 – Vorschaubilder).

sich brachte.¹¹⁷ Der BGH¹¹⁸ hat die Frage in der Leitsatzentscheidung „Vorschaubilder“ aus dem April 2010, in der es um die Anzeige von Thumbnails in der Google-Bildersuche ging, ausdrücklich offen gelassen.

Letztlich kann die Frage an dieser Stelle ebenso offen bleiben, da es vorliegend um die Nutzung fremden Materials in solchen Schöpfungen geht, in denen sich der Schöpfer kreativ mit dem Ausgangsmaterial auseinandersetzt und hierbei ganze Werke oder Werkteile verwendet. Solche werden in der Regel urheberrechtlich geschützt sein. Die Diskussion über die Neuregelung des Zitatrechts zeigt jedoch, dass keineswegs davon ausgegangen werden kann, dass § 51 UrhG nunmehr eine Art Generalklausel darstellt, die es allgemein gestatten würde, fremde Werke in eigenen Schöpfungen zu verwenden.

3.2 Das Recht der freien Benutzung

Auch aus dem Recht zur freien Benutzung nach § 24 UrhG können sich Nutzungsfreiheiten beim Umgang mit fremden Werken ergeben.

Die Norm soll die ausschließlichen Interessen des Urhebers und das kulturelle Interesse der Allgemeinheit in Einklang bringen¹¹⁹ und stellt faktisch eine weitere, entgegen der üblichen Gesetzessystematik nicht in Teil 1 Abschnitt 6 des UrhG geregelte, Schranke dar.¹²⁰

Mit dem Zitatrecht gemeinsam hat § 24 UrhG, dass hiernach ebenfalls ein Werk oder ein schutzfähiger Teil eines Werks¹²¹ für die eigene Schöpfung verwendet werden darf. Der Unterschied liegt darin, dass ein Zitat in unveränderter Form in das eigene Werk eingebracht wird, zum Beispiel um den eigenen Standpunkt deutlich zu machen, während das benutzte Werk bei der freien Benutzung nur als Anregung für das neue Werk dient, dabei aber im neuen Werk vollständig aufgeht.¹²² Die freie Benutzung dient der Inspiration, als Ansporn zu eigenen Leistungen im weiteren Sinne. Daher ist die Abgrenzung gegenüber Nutzungen, die ohnehin nicht unter das Urheberrecht fallen (zum Beispiel das bloße Ansehen von Bildern, um sich für das eigene Bild zu inspirieren und dabei gewisse – nichtschutzfähige – Stilelemente zu übernehmen), häufig schwierig.

Dient die Nutzung des fremden Werks nur dazu, dem Schöpfer des neuen Werks Arbeit zu ersparen, handelt es sich nicht um eine freie Benutzung.¹²³ Schon aus dem Wortlaut wird deutlich, dass eine Berufung auf die freie Benutzung nur dann möglich ist, wenn die neue Schöpfung ebenfalls schutzfähig ist. Unerheblich ist, welcher Werkgattung nach § 2 Abs. 1 UrhG das neue Werk zuzuordnen ist.

¹¹⁷ Wandtke/Bullinger-Lüft, § 51 Rn. 8; ähnlich: Schricker-Spindler, § 51 Rn. 20; im Ergebnis ebenso Fromm/Nordemann-Dustmann, § 51 Rn. 19; gleicher Ansicht offenbar auch Spindler, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, 9/15, Fn. 135.

¹¹⁸ BGH MMR 2010, 475, 477 – Vorschaubilder.

¹¹⁹ Dreier/Schulze-Schulze, § 24 Rn. 1.

¹²⁰ BGH NJW 2009, 770, 772 = GRUR 2009, 403, 405 – Metall auf Metall. Wandtke/Bullinger-Bullinger, § 51 Rn. 1, spricht von einer Beschränkung des Schutzbereichs.

¹²¹ Die Regelung ist nicht anwendbar auf gemeinfreie, also nicht (mehr) schutzfähige Werke oder Werkteile. Gemeingut kann stets frei benutzt werden.

¹²² In bestimmten Fällen kann § 24 auch die unveränderte Übernahme eines fremden Werks gestatten, siehe unten, Punkt 3.2.2.

¹²³ So schon BGH GRUR 1958, 500, 502 für den damals noch geltenden § 16 KUG (Wortlaut: „Die freie Benutzung eines Werkes ist zulässig, wenn dadurch eine eigentümliche Schöpfung hervorgebracht wird.“); GRUR 1978, 305, 306 – Schneewalzer; GRUR 1981, 267, 269 – Dirlada.

Teilweise wird auch in den Regelungen über verwandte Schutzrechte auf die Anwendbarkeit von § 24 UrhG verwiesen. Das gilt insbesondere für das Lichtbildschutzrecht in § 72 UrhG.¹²⁴ Ist dies nicht der Fall, kommt unter Umständen eine analoge Anwendung in Betracht. Dies soll jedoch nicht für alle Leistungsschutzrechte gelten. Nach der Rechtsliteratur kann man sich insbesondere von den unternehmerischen beziehungsweise organisatorischen Leistungen der Tonträger- oder Filmhersteller kaum zur Schaffung eines neuen Werks anregen lassen. Daher sei eine analoge Anwendung hier grundsätzlich ausgeschlossen.¹²⁵

Im Bereich des Social Web ist vor allem von Bedeutung, ob eine freie Benutzung von Filmen, Videoclips und Musikstücken zulässig ist. Auf urheberrechtlich geschützte Film- und Musikwerke ist § 24 Abs. 1 UrhG direkt anwendbar. Dies hilft jedoch für sich genommen nicht weiter, da stets auch die Leistungen der Ton- und Filmhersteller genutzt werden, wenn ein Musikstück oder ein Filmausschnitt in einem eigenen Werk verwendet wird. Auch wenn die Verwendung der urheberrechtlich geschützten Komposition oder der Filmstoff durch § 24 UrhG gedeckt wäre, ist die Übernahme nur erlaubt, wenn die Regelung auch auf Tonträger-, Filmhersteller- oder Laufbildrechte (§ 95 UrhG)¹²⁶ angewendet werden kann. In den Urteilen „Mattscheibe“¹²⁷ und „Metall auf Metall“¹²⁸ hat der Bundesgerichtshof § 24 UrhG auf Laufbilder- und Tonträgerherstellerechte analog angewendet. Dies sei erforderlich, um durch § 24 UrhG „eine Fortentwicklung des Kulturschaffens zu ermöglichen“. Allerdings dürfen hiernach selbst kleinste Tonschnipsel (im Fall ging es um die Übernahme eines zweisekündigen Rhythmusamples) nur dann unmittelbar übernommen werden, wenn die Tonfolge nicht auch selbst eingespielt werden kann. Ansonsten diene die Übernahme nur dazu, sich eigenen Aufwand zu ersparen, was die Anwendung von § 24 UrhG ausschliesse. Auch sei, wie sich aus § 24 Abs. 2 UrhG ergibt, jede Verwendung der Melodie unzulässig.¹²⁹

3.2.1 Eigenständiges Werk

Die Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands ist als freie Benutzung nur dann erlaubt, wenn das neue Werk keine Bearbeitung oder Umgestaltung im Sinne des § 23 UrhG ist, sondern eine unabhängige Neuschöpfung, ein eigenständiges Werk, darstellt. Grundsätzlich erfordert dies nach der Rechtsprechung des BGH, dass „angesichts der Eigenart des neuen Werkes die Züge des benutzten Werkes verblassen“¹³⁰. „Die dem geschützten älteren Werk entlehnten Züge [müssen] in dem neuen Werk zurücktreten.“¹³¹ Bleiben die entlehnten Züge des benutzten Werks jedoch in der Neuschöpfung eindeutig erkennbar, liegt generell keine freie Benutzung vor.

¹²⁴ Auch nach den Regelungen über wissenschaftliche Ausgaben (§ 70) und nachgelassene Werke (§ 71) ist § 24 UrhG ausdrücklich anwendbar.

¹²⁵ Dreier/Schulze-Schulze, UrhG, § 24 Rn. 10.

¹²⁶ Laufbilder sind Bildfolgen und Bild- und Tonfolgen, die nicht als Filmwerke geschützt sind (§ 95 UrhG), also Filme, die nicht die Schöpfungshöhe erreichen, sowie Filmteile, die für sich genommen keine Werke sind. Beispiele sind Dokumentationen, Aufzeichnungen, Live-Übertragungen und Naturfilme – vorausgesetzt, sie beschränken sich jeweils auf eine rein beobachtende Darstellung und erreichen nicht anderweitig die für ein Filmwerk erforderliche Gestaltungshöhe, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 95 Rn. 6.

¹²⁷ BGH NJW 2001, 603, 604 = GRUR 2000, 703, 704 – Mattscheibe.

¹²⁸ Ebenda.

¹²⁹ BGH NJW 2009, 770, 772 = GRUR 403, 405 f. – Metall auf Metall.

¹³⁰ Ständige Rechtsprechung seit BGH GRUR 1958, 500, 502 – Mecki-Igel; GRUR 1994, 191, 193 m. w. N.

– Asterix-Persiflagen.

¹³¹ BGH NJW 2003, 3633, 3635 = GRUR 2003, 956, 958 – Gies-Adler.

In neueren Entscheidungen hat der BGH diese restriktive Haltung relativiert. Da „entgegenstehenden Interessen sowohl der Allgemeinheit als auch spezieller Nutzungsgruppen Rechnung“ zu tragen ist, müsse in bestimmten Fällen „eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen“¹³². Bei bestimmten Verwendungsformen – wie insbesondere Parodien, Karikaturen oder Satiren – sei die Erkennbarkeit des genutzten Werks unerlässlich. Derartiges sei ausnahmsweise zulässig, wenn das neue Werk einen „inneren Abstand“ wahrte,¹³³ was zum Beispiel bei „antithematischen Auseinandersetzungen“ mit dem vorbestehenden Werk der Fall sein kann.¹³⁴

3.2.2 Sonderfall: Parodien und Satiren

Ist der entlehnte Inhalt eindeutig im neuen Werk erkennbar, eröffnet § 24 UrhG vor allem für die – auch für die Kulturpraktiken des Social Web relevante – Fallgruppe antithematischer Auseinandersetzungen Möglichkeiten. Dies ist vor allem für Parodien und Satiren typisch.¹³⁵ Charakteristisch für Parodie und Satire ist zudem die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Aussagen der Vorlage.¹³⁶

Keine freie Benutzung hat der BGH bei der Nutzung eines 20-sekündigen Sendungsausschnitts in der Sendung „TV Total“ anerkannt. Hier fehlte es nach dem BGH schon an einem selbstständigen Werk, in das der Ausschnitt hätte eingebracht werden dürfen. Der Moderator Stefan Raab habe den Beitrag lediglich an- und abmoderiert, nicht aber kritisiert, parodiert oder karikiert¹³⁷.

Anders entschied der BGH über eine ähnliche Nutzung in der Satiresendung „Kalkofes Mattscheibe“. Dort war ein 58 Sekunden langer Ausschnitt aus der Sendung „Der Preis ist heiß“ Gegenstand eines parodistischen Beitrags. Obwohl auch in diesem Fall eine unveränderte¹³⁸ Übernahme des originalen Ausschnitts erfolgt war und obschon in solchen Fällen strenge Maßstäbe für das Vorliegen eines selbstständigen Werks anzulegen seien,¹³⁹ nahm der Bundesgerichtshof eine freie Benutzung an. Der innere Abstand könne im Allgemeinen durch kritische Auseinandersetzung gewahrt werden, wie „etwa bei einer Parodie, aber auch einer auf die Vorlage bezogenen Satire“¹⁴⁰. In dem streitgegenständlichen Beitrag sei dies durch satirische Umkehr, teils „grobe“ und „beißende“ Mittel und eine insgesamt antithematische Auseinandersetzung mit den ursprünglichen Aussagen geschehen. Daneben seien „geschickte Bildmontagen“, Übertreibungen und ein Lächerlichmachen des beworbenen Produkts eingesetzt worden. Selbst wenn man die Kritik als geschmacklos und bössartig bis

¹³² BGH NJW 2003, 3633, 3634 = GRUR 2003, 956, 957 – Gies-Adler.

¹³³ BGH GRUR 1994, 191, 205 – Asterix-Persiflagen; für die Zulässigkeit einer unveränderten Übernahme auch Axel Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, §§ 23/24 Rn. 90.

¹³⁴ Dreier/Schulze-Schulze, § 24, Rn. 25.

¹³⁵ Wandtke/Bullinger-Bullinger, § 24 Rn. 14; Schrickler/Loewenheim-Loewenheim, § 24 Rn. 27; Dreier/Schulze-Schulze, § 24 Rn. 25.

¹³⁶ Schrickler/Loewenheim-Loewenheim, § 24 Rn. 28.

¹³⁷ BGH NJW 2008, 2346, 2349 = GRUR Int. 2008, 855, 858 – TV total.

¹³⁸ BGH GRUR 1994, 191, 205 – Asterix-Persiflagen – hatte noch von einer „fast unveränderten“ Übernahme gesprochen. Aus den Ausführungen in NJW 2001, 603, 604 f. = GRUR 2000, 703, 704 f. – Mattscheibe – ergibt sich, dass der zugrundeliegende Beitrag teilweise anders geschnitten, überblendet und durch eigene Szenen unterbrochen wurde; fraglich ist, warum das Gericht hier dennoch von einer „unveränderten“ Übernahme spricht.

¹³⁹ BGH NJW 2001, 603, 604 = GRUR 2000, 703, 704 – Mattscheibe.

¹⁴⁰ Ebenda.

sitten- oder rechtswidrig ansehe, sei doch die Qualität für ein eigenes urheberrechtlich schutzwürdiges Werk gegeben.¹⁴¹ Diese wortreichen Ausführungen, die sich ungewohnt intensiv mit den rechtlichen Details einer Übernahme eines gerade einmal 58 Sekunden langen Sendungsausschnitts auseinandersetzen, verdeutlichen den Argumentationsaufwand, den der Bundesgerichtshof treiben musste, um im Ergebnis eine freie Benutzung annehmen zu können. In jedem anderen Fall – und seien die Umstände auch noch so ähnlich gelagert – könnte die Entscheidung anders ausfallen.

4. Anwendung der gesetzlichen Nutzungsbefugnisse auf übliche Kulturtechniken des Social Web

4.1 Sampling

Beim Musiksampling werden kurze Ausschnitte aus Musik- oder Tonaufnahmen aus dem Originalwerk kopiert und in das eigene Stück geschnitten. Dies sind häufig kurze Rhythmus- oder Sprechgesangspassagen wie zum Beispiel charakteristische Teile des Refrains der

Vorlage. Im September 2008 erregte der deutsche Aktionskünstler Johannes Kreidler Aufmerksamkeit, als er bei der GEMA anmelden wollte, dass er in seinem 33 Sekunden langen Stück „Product Placement“ 70.200 Tonschnipsel aus fremden Songs verwendet habe. Die GEMA wies die Anmeldung mit dem Hinweis zurück, dass die Verwendung mangels Erkennbarkeit der fremden Werke urheberrechtlich nicht relevant sei.¹⁴² Dass sehr kurze Ausschnitte aus Musikstücken frei verwendet werden können, ist hiermit jedoch nicht gesagt. Im Gegenteil: Die Metall-auf-Metall-Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigt, dass § 24 UrhG für das Sampling kaum Nutzungsfreiheiten eröffnet. Selbst kleinste Musiksamples wie eine zwei Sekunden lange Rhythmussequenz können hiernach nur übernommen werden, wenn sie ausnahmsweise nicht selbst eingespielt werden können.¹⁴³ Die Tonträgerherstellerrechte gehen – in Bezug auf die Übernahme aus Musikaufnahmen – in diesen Fällen nach Ansicht des BGH offenbar deutlich weiter als das Urheberrecht selbst (hiernach werden solch kurze Sequenzen in aller Regel nicht geschützt sein).

Angesichts dieser Einschränkung besteht faktisch – jedenfalls bei Unterhaltungsmusik – keine Möglichkeit, Samples direkt zu übernehmen. Denn Klänge selbst mit Instrumenten oder Computer nachzuspielen, dürfte generell möglich sein. Das hinter dem Sampling üblicherweise stehende Ziel, eine Hommage an andere Künstler zum Ausdruck zu bringen, kann mit nachgespielten Sequenzen jedoch nicht in gleichem Maß erreicht werden.

4.2 Remixe und Mashups

Bei einem Remix wird ein Inhalt – üblicherweise ein Musikstück – mehr oder weniger erheblich verändert, zum Beispiel indem ein neuer Rhythmus untergemischt, das Stück in eine andere Musikrichtung transformiert wird, bestimmte Elemente hervorgehoben und andere unterdrückt werden et cetera.

Mashup bedeutet in etwa Vermischung oder Vermenschung und geht über einen Remix hinaus, indem mehrere Medieninhalte miteinander verwoben werden. So könnte zum Beispiel

¹⁴¹ BGH NJW 2001, 603, 605 = GRUR 2000, 703, 705 – Mattscheibe.

¹⁴² GEMA, Aktionskunst gegen das Urhebergesetz, Pressemitteilung vom 11.9.2008, [http://www.gema.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/archive/2008//browse/3/select_category/13/?tx_ttnews\[tt_news\]=757](http://www.gema.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/archive/2008//browse/3/select_category/13/?tx_ttnews[tt_news]=757).

¹⁴³ BGH NJW 2009, 770, 773 = GRUR 2009, 403, 406 – Metall auf Metall.

die Gesangspur eines Lieds mit dem Instrumentalteil eines anderen Lieds verbunden und das Ganze mit einer oder mehreren Videosequenzen zu einem neuen Film zusammengeschnitten werden. Auch Collagen¹⁴⁴ zum Beispiel von Bildern, Grafiken oder Filmen können als Mashups verstanden werden.¹⁴⁵

Mashups und Remixe sind nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsliteratur in aller Regel weder durch das Zitatrecht noch durch das Recht zur freien Benutzung gedeckt.¹⁴⁶ In der Tat erscheinen beide Bestimmungen nicht passend, um solche Kulturtechniken zu regeln. Bei Mashups sollen die verwendeten Werke oder Werkteile gerade nicht „verblässen“. Die kreative Leistung liegt darin, die verwendeten Inhalte erkennbar neu zu arrangieren. Eine Anwendung des Zitatrechts wird meist daran scheitern,¹⁴⁷ dass ein anerkannter Zitatzzweck¹⁴⁸ fehlt und der angemessene Umfang an Zitierungen überschritten ist, was vor allem dann der Fall ist, wenn das neue Werk nur aus „Zitaten“ besteht.¹⁴⁹ Grundsätzlich – und das spricht sowohl gegen die Anwendung von § 51 als auch § 24 UrhG – zeichnet sich ein Mashup gerade dadurch aus, dass er nicht ohne die übernommenen Teile existieren kann, was bedeutet, dass es sich nach urheberrechtlichem Verständnis nicht um ein eigenständiges, sondern ein abhängiges Werk handelt.

4.3 Appropriation Art

Appropriation¹⁵⁰ Art ist eine Kulturtechnik und Kunstform, die zum Ziel hat, andere Kunst zu kopieren. Dies kann von offensichtlichen, verfremdenden Imitaten über die Übertragung in andere Medienarten bis zur möglichst detailgetreuen Kopie reichen.¹⁵¹ Anders als beim Plagiat, bei dem der Kopierende sich die Urheberschaft anmaßt, geht es bei der Appropriation Art insbesondere um die kritische Auseinandersetzung mit anderen Werken. Das Verständnis des Betrachters zum Original soll hinterfragt werden.¹⁵² Der eigene künstlerische Beitrag soll schon im Vorgang des Kopierens zu sehen sein, oder es werden durch kleine Veränderungen – zum Beispiel im Kontext der Rezeption – satirische Effekte erzielt. Teilweise werden die Gattungen Appropriation Art, Collagen, Adaptionen, Remixe, Cover und Sampling unter den Sammelbegriff der „Aneignungskunst“ gefasst.¹⁵³

¹⁴⁴ Schrickler-Schricker/Spindler, § 51, Rn. 53, verwenden die Begriffe Mashup und Collage synonym, gehen aber offenbar davon aus, dass verschiedene Mediengattungen kombiniert werden müssen.

¹⁴⁵ Vgl. Braun, Remixes und Mash-Ups – Kreativ, vielfältig und meistens verboten, iRights.info vom 15.11.2010, <http://www.iriights.info/?q=node/1522>.

¹⁴⁶ Schrickler/Schricker-Spindler, § 51, Rn. 53, mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁷ Ebenda.

¹⁴⁸ Siehe zum Zitatzzweck BGH NJW 2010, 2731/2734 – Vorschaubilder: „Für den Zitatzzweck ist es erforderlich, dass eine innere Verbindung zwischen den verwendeten fremden Werken oder Werkteilen und den eigenen Gedanken des Zitierenden hergestellt wird (BGHZ 175, 135 = NJW 2008, 2346 = GRUR 2008, 693 Rdnr. 42 – TV Total, mit weiteren Nachweisen). Zitate sollen als Belegstelle oder Erörterungsgrundlage für selbstständige Ausführungen des Zitierenden, der Erleichterung der geistigen Auseinandersetzung dienen (BGH, NJW 1986, 131 = GRUR 1986, 59 [60] – Geistchristentum). Es genügt daher nicht, wenn die Verwendung des fremden Werks nur zum Ziel hat, dieses dem Endnutzer leichter zugänglich zu machen oder sich selbst eigene Ausführungen zu ersparen (vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, § 51 Rdnr. 3 a.E.).“

¹⁴⁹ So schon BGH GRUR 1973, 216 ff. – Handbuch moderner Zitate.

¹⁵⁰ Englisch für Aneignung.

¹⁵¹ Vgl. en.wikipedia.org/wiki/Appropriation_Art und de.wikipedia.org/wiki/Appropriation_Art.

¹⁵² Schrickler-Schricker/Spindler, § 51 Rn. 53, mit weiteren Nachweisen.

¹⁵³ Anderl/Schmid, Appropriation Art, *ecolex* – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 49, http://www.dbj.co.at/phps/start.php?noie=&lang=de&content=publikationen_show.php&navi=publikationen&publikation_nr=532.

Wie Mashups und Remixe werden Werke der Appropriation Art, wenn überhaupt, nur in sehr seltenen Ausnahmefällen nach §§ 51 oder 24 UrhG gestattet sein.¹⁵⁴ Die im Wesentlichen unveränderte Übernahme eines ganzen Werks oder Werkteils wird – außer in seltenen Sonderfällen – weder durch das Zitatrecht noch das Institut der freien Benutzung gestattet. Auch eine im Sinne der Germania-III-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵⁵ im Prinzip mögliche Abwägung von Urheberrecht und Kunstfreiheit wird in solchen Fällen – angesichts der anders gelagerten Zweckrichtung der Ausnahmeregelungen – kaum einmal zu anderen Ergebnissen führen. Weder Zitatrecht noch freie Benutzung sind als Universalschranke für die kreative Auseinandersetzung mit fremdem Werkschaffen konzipiert oder geeignet.

4.4 Einbinden von Videos auf eigenen Webseiten

Spätestens seit im Jahr 2005 das Videoportal YouTube, das mittlerweile zu Google gehört, online ging, ist das extensive Nutzen und Verlinken von Videodateien aus dem Internet nicht mehr wegzudenken. Auf YouTube können Nutzer kurze Filme veröffentlichen, die mittels Flash-Technologie direkt im Browser angeschaut werden können. Außerdem können die Filme kommentiert werden, was für das interaktive „Web 2.0“ typisch ist und zur Entstehung von Communities führt. Namhafte ähnlich strukturierte Angebote sind beispielsweise Dailymotion, Yahoo! Video und Vimeo. Teilweise werden dort auch redaktionell ausgesuchte Inhalte angeboten. Viele Institutionen und Unternehmen verwenden Videoplattformen, um eigene Inhalte zu Werbe- oder Promotion-Zwecken einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Nutzung der Plattformen ist jedenfalls für private Nutzer generell kostenlos.

Um die Verbreitung und Publizität der Inhalte zu erhöhen, ist es vor allem bei Videoplattformen zudem vorgesehen, die Inhalte in eigene Webseiten einzubinden (zu *embedden*), damit sie die Nutzer unmittelbar auf der jeweiligen Seite anschauen können. Die Einbindung erfordert dabei nicht, die Dateien auf einen anderen Server zu kopieren und dort zu „hosten“. Vielmehr erfolgt sie über eine Art Hyperlink. Das jeweilige Video wird bei Aktivierung des Links von der Original-Quelle abgespielt.¹⁵⁶

Beim Embedding wird regelmäßig nicht gegen das Urheberrecht verstoßen. Weder werden hierbei Vervielfältigungen der Dateien vorgenommen noch werden sie im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich gemacht.¹⁵⁷ Im Übrigen gestatten es die Nutzungsbedingungen der Plattformen (und damit korrespondierend die jeweiligen Rechteinhaber) in der Regel, die Videos in fremde Webseiten einzubetten.¹⁵⁸ Schließlich ist es – da die Plattformen und ihre Nutzer diese Funktionalität selbst anbieten – aufgrund einer einfachen Einwilligung

¹⁵⁴ So auch Schrickler-Schricker/Spindler, § 51 Rn. 53, mit weiteren Nachweisen. Hierfür müsse der „künstlerische Zweck eindeutig überwiegen und es darf nicht zu einer Ersetzung des Originals kommen“ (Dreier/Schulze-Dreier, § 51, Rn. 24). In seltenen Fällen könne sich aus der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG ergeben, dass derartige Werke keine Urheberrechtsverletzung darstellen.

¹⁵⁵ BVerfG NJW 2001, 598, 599 = GRUR 2001, 149, 151.

¹⁵⁶ Siehe zur Technik: Kreutzer/Weitzmann, Video-Nutzung bei YouTube, kino.to und Co., iRights.info vom 25.12.2009, <http://www.iriights.info/index.php?q=node/847&page=3>. Ott, Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet, ZUM 2008, 556 ff.

¹⁵⁷ Kreutzer/Weitzmann, Video-Nutzung bei YouTube, kino.to und Co., iRights.info vom 25.12.2009, <http://www.iriights.info/index.php?q=node/847&page=3>. Anderer Auffassung Ott, Haftung für Embedded Videos von YouTube und anderen Videoplattformen im Internet, ZUM 2008, 556/560, der aus Wertungsgesichtspunkten im Embedding einen Eingriff in eine unbenannte Form öffentlicher Wiedergabe gemäß § 15 Abs. 2 UrhG sieht.

¹⁵⁸ Kreutzer/Weitzmann, ebenda. Dies verkennt Ott, ebenda.

ausgeschlossen, dass durch das Embedding rechtswidrig in das Urheberrecht eingegriffen wird. Hierbei handelt es sich um eine Nutzung solcher Inhalte „in üblichem Umfang“.¹⁵⁹

5. Fazit

Auch wenn die §§ 24, 51 UrhG gewisse Möglichkeiten eröffnen, sich mit fremdem Schaffen auseinanderzusetzen und dabei Werke oder Werkteile zu nutzen, eröffnen die Regelungen – die, wie alle Beschränkungen des Urheberrechts, generell eng ausgelegt werden¹⁶⁰ – nur wenig Raum für Kulturpraktiken wie Sampling, Mashing oder Appropriation Art. Wie kurz die gegenwärtig gewährten Nutzungsfreiheiten des Urheberrechtsgesetzes in diesem Zusammenhang in aller Regel greifen werden, zeigt sich deutlich am Beispiel des Musik-Samplings und der diesbezüglich ergangenen Metall-auf-Metall-Entscheidung des Bundesgerichtshofs.¹⁶¹

Zu beurteilen, ob eine Ausnahmeregelung greift, ist zudem sehr schwierig. Die Grenzen zwischen Urheberrechtsverletzung und erlaubter Verwendung sind fließend. Einschätzen zu können, was erlaubt ist und was nicht, erfordert stets eine Einzelfallprüfung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung¹⁶² aller Umstände. Die hierbei anzulegenden Kriterien sind äußerst dehnbar. Ob die entlehnten Züge des verwendeten Werks im neuen Werk „verblassen“ oder eine Abwägung mit der Kunstfreiheit ergibt, dass § 51 UrhG ausnahmsweise eine Nutzung gestattet, die im urheberrechtlichen Sinn eigentlich nicht als Zitat verstanden werden kann, liegt weitgehend im Auge des Betrachters. Gesicherte Einschätzungen zu treffen, wird – nicht zuletzt aufgrund des Umstands, dass es nur wenig Rechtsprechung zu solchen Fragen gibt – in den meisten Fällen nicht einmal Urheberrechtsexperten möglich sein.

Für (Laien-) Urheber, die ihre Mashup-Videos oder Remixe im Social Web veröffentlichen, bieten die Regelungen der §§ 51, 24 UrhG mithin keine gesicherte Rechtsgrundlage.

¹⁵⁹ So für die in der Google-Bildersuche angezeigten Thumbnails: BGH NJW 2010, 2731/2734 – Vorschaubilder.

¹⁶⁰ Wandtke/Bullinger-Bullinger, § 24 Rn. 9; Dreier/Schulze-Schulze, § 24 Rn. 9.

¹⁶¹ BGH NJW 2009, 770, 772 = GRUR 2009, 403, 405 – Metall auf Metall.

¹⁶² Dreier/Schulze-Schulze, § 24 Rn. 16.

Zweiter Abschnitt

Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des Urheberrechts

I. Regelung zur Gestattung transformativer Werknutzungen

Wie in Teil V ausgeführt wurde, enthält das geltende Urheberrecht keine Regelungen, die explizit darauf ausgerichtet sind, Freiheiten für die transformative Werknutzung¹⁶³ eröffnen. Die geltenden Bestimmungen, deren Anwendungsbereich im weiteren Sinne solche Nutzungsformen betreffen (das Zitatrecht und das Recht der freien Benutzung), sind für diesen Zweck weder bestimmt noch letztlich – da sie auf anderen Erwägungen basieren und andere Nutzungsformen vor Augen haben – geeignet. Um die kreative Entfaltungskraft und neuartige Phänomene wie die Kreativität der Massen einerseits nicht mit einem zu engen Rechtsrahmen zu behindern und andererseits klar zu regeln, welche Befugnisse in diesem Zusammenhang existieren, besteht für eine gesetzliche Regelung dringender Bedarf. Denn es ist kreativen Prosumern nicht möglich, die für ihre Aktivitäten notwendigen Nutzungsrechte individuell einzuholen.¹⁶⁴

Einer Neuregelung müsste dabei eine grundlegende Abwägung von Eigentums- und Gestaltungs- beziehungsweise Kunstfreiheit (im weiteren Sinne) zugrunde gelegt werden.

1. Bestrebungen in der EU

Dass es diesbezüglich Regelungsbedarf geben könnte, stellte bereits die EU-Kommission in ihrem Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ vom 16.7.2008 fest.¹⁶⁵ Hierin heißt es:

„Verbraucher sind nicht nur Nutzer, sondern schaffen in zunehmendem Maße auch selbst Inhalte. Zunehmende Konvergenz zieht die Entwicklung neuer Anwendungen nach sich, die die Möglichkeiten der IKT zur Einbeziehung der Nutzer in die Schaffung und Verbreitung von Inhalten nutzen. Web-2.0-Anwendungen, wie Blogs, Podcasts, Wikis oder Video Sharing, ermöglichen es Benutzern, problemlos eigene Texte, Videos oder Bilder ins Internet zu stellen und bei der Schaffung von Inhalten und der Verbreitung von Wissen eine aktivere Rolle zu spielen und sich mit anderen Internetnutzern auszutauschen. Doch besteht ein erheblicher Unterschied zwischen den von Nutzern selbst geschaffenen Inhalten und solchen, die

¹⁶³ Unter transformativer Werknutzung sollen hier Handlungen verstanden werden, bei denen urheber- und/oder leistungsschutzrechtlich geschütztes Material ganz oder teilweise verwendet wird, um im Rahmen einer kreativen/künstlerischen Auseinandersetzung ein neues Werk zu schaffen, das einen neuen, sich von den verwendeten Werken, unabhängigen, eigenen Sinngehalt aufweist und eine neue Ausdrucksform darstellt. Als transformative Nutzungen sollen nur solche verstanden werden, die (eben weil sie eine andere Art des Werkgenusses und der rezeptiven Wahrnehmung eröffnen) kein Substitut für das oder die verwendeten Werke darstellen. Konkrete Beispiele sind die schon oben genannten Schöpfungspraktiken wie Mashups (die Kombination verschiedener Materialien zu einem neuen Werk) oder Remixe (Veränderungen eines bestehenden Werkes oder einer Tonaufnahme, die zu einer veränderten Ausdrucksform mit anderem Sinngehalt führen). Zu einer möglichen Gesetzesformulierung siehe unten, Punkt 3.

¹⁶⁴ Zu diesem Schluss kommt auch das Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ vom 16.7.2008 KOM (2008) 466 endgültig, S. 20, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:DE:PDF>.

¹⁶⁵ KOM (2008) 466 endgültig, S. 19 ff., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0466:FIN:DE:PDF>.

von Nutzern einfach nur ins Internet gestellt werden und in der Regel urheberrechtlich geschützt sind. In einer OECD-Studie werden die von Nutzern geschaffenen Inhalte definiert als Inhalte, die über das Internet öffentlich zur Verfügung gestellt werden, von einer gewissen kreativen Eigenleistung zeugen und außerhalb der regulären beruflichen Tätigkeit entstehen.

Die Richtlinie enthält derzeit keine Ausnahme, die es erlauben würde, bestehende, urheberrechtlich geschützte Inhalte zur Schaffung neuer oder abgeleiteter Werke zu nutzen. Die Verpflichtung, sich vor der Veröffentlichung von Adaptionen erst der Rechte des zugrunde liegenden Werks zu versichern, kann als Innovationshindernis angesehen werden, da sie der Verbreitung neuer, potenziell wertvoller Werke im Wege steht. Doch bevor eine Ausnahme für Adaptionen eingeführt werden kann, müsste erst genau festgelegt werden, unter welchen Bedingungen eine Adaption zulässig wäre, damit eine solche Nutzung den wirtschaftlichen Interessen der Inhaber der ursprünglichen Rechte nicht schadet.“

Das Grünbuch bezieht sich dabei ausdrücklich auf den so genannten Gowers Review aus dem Jahr 2006,¹⁶⁶ in dem empfohlen wurde, nach Maßgabe des Drei-Stufen-Tests der Berner Übereinkunft eine Ausnahme für „kreative Adaptionen oder abgeleitete Werke zu schaffen“. Hierfür solle die InfoSoc-Richtlinie geändert und um eine derartige Schrankenbestimmung erweitert werden. Hiermit wird die innovative Nutzung von Werken gefördert und so zur Erzeugung von Mehrwert beigetragen.

Angelehnt an die Terminologie im US-Copyright beschäftigt sich der Gowers Review mit dem „transformative Use“ und führt hierzu aus:¹⁶⁷

„In the USA, the fair use exception allows ‘transformative works’. The purpose of this exception is to enable creators to rework material for a new purpose or with a new meaning ... Such new works can create new value, and can even create new markets. Transforming works can create huge value and spur on innovation. ‘Good artists borrow; great artists steal.’ So said Pablo Picasso, borrowing from Igor Stravinsky, or perhaps from T. S. Eliot. Hip hop is not the first genre to ‘sample’ music: composers from Beethoven to Mozart to Bartok to Charles Ives have regularly recycled themes, motifs, and segments of prior works. Under the current copyright regime, these creators would need to clear permission and negotiate licences to avoid infringement suits. The barriers that new musicians have to overcome are extremely high, and the homogenisation of hip hop music is, critics argue, a direct response to the costs of clearing rights.“

Angesichts der Notwendigkeit, die Richtlinie 2001/29/EG ändern zu müssen, um eine neue Schrankenbestimmung für die transformative Nutzung einführen zu können, schließt der Gowers Review mit folgendem Vorschlag:¹⁶⁸ „Propose that Directive 2001/29/EC be amended to allow for an exception for creative, transformative or derivative works, within the parameters of the Berne Three-Step Test.“

In Richtung einer Liberalisierung der Schrankenregelungen im europäischen Recht gehen auch die Vorschläge der „Wittem Group“ für einen „European Copyright Code“.¹⁶⁹ Dieser Vorschlag für eine Neuordnung des europäischen Urheberrechts wurde in Zusammenarbeit

¹⁶⁶ Gowers Review of Intellectual Property, Dezember 2006, <http://www.official-documents.gov.uk/document/other/0118404830/0118404830.pdf>.

¹⁶⁷ Siehe Rz. 4.85 und 4.86.

¹⁶⁸ Recommendation 11, S. 68.

¹⁶⁹ Siehe den Abschlussbericht des Wittem Projekts unter <http://www.copyrightcode.eu/>.

von europäischen Urheberrechtsexperten entwickelt und im Jahr 2010 vorgestellt. Das Ziel des Wittem-Projekts wird auf der Projektseite wie folgt erläutert:

„The aim of the Wittem Project and this Code is to promote transparency and consistency in European copyright law. The members of the Wittem Group share a concern that the process of copyright law making at the European level lacks transparency and that the voice of academia all too often remains unheard. The Group believes that a European Copyright Code drafted by legal scholars might serve as a model or reference tool for future harmonization or unification of copyright at the European level. Nevertheless, the Group does not take a position on the desirability as such of introducing a unified European legal framework.“

Im Abschnitt 5, für den die deutschen Urheberrechtswissenschaftler Thomas Dreier und Reto Hilty verantwortlich zeichnen, enthält der European Copyright Code Regelungen über Schrankenbestimmungen. Regelungstechnisch schlagen die Autoren vor, Elemente des Common Law und des Civil Law zu kombinieren.¹⁷⁰ Abschnitt 5 enthält zunächst vier Einzelregelungen, in denen in Unterabsätzen konkrete Schrankenbestimmungen geregelt sind, die jeweils einer bestimmten Kategorie zugeordnet werden:

- Art. 5.1 Nutzungen mit minimaler ökonomischer Relevanz
- Art. 5.2 Nutzungen zur Förderung der Meinungs- und Informationsfreiheit
- Art. 5.3 Nutzungen, die sozialen, politischen und kulturellen Zielen dienen
- Art. 5.4 Nutzungen zur Förderung des Wettbewerbs

Anders als der Schrankenatalog des Art. 5 der RL 2001/29/EG ist diese Aufzählung jedoch nicht abschließend. Sie wird in Art. 5.5 durch eine Generalklausel ergänzt, nach der Nutzungen, die mit den in Art. 5.1 bis 5.4 genannten Formen vergleichbar sind, ebenfalls nach der jeweiligen Regelung zulässig sind. Dies gilt unter der Einschränkung, dass sie mit der „normalen Auswertung des Werks“ nicht kollidieren und dass sie die legitimen Interessen der Rechteinhaber – unter Berücksichtigung der Interessen Dritter – nicht unangemessen beeinträchtigen.¹⁷¹

In den konkreten Regelungen werden unter anderem eine vergütungsfreie Schrankenbestimmungen für Zitate und eine für Karikaturen, Parodien oder Pastiches vorgeschlagen

¹⁷⁰ Der Regelungsansatz wird in Fußnote 48 erläutert. Hier heißt es: „For the sake of clarity, limitations have been brought together under several categories. The categories do not however prejudice as to the question, what interests do, or should, in a particular case or even in general, underlie the limitation. In practice, this might be a mixture of several of the interests indicated. The weakness in a particular case of the interest under which the applicable limitation has been categorized does not prejudice as to the (non-) applicability of the limitation. However, the concrete examples enumerated under those categories do have a normative effect, since art. 5.5 extends the scope of the specifically enumerated limitations by permitting other uses that are similar to any of the uses enumerated, subject to the operation of the three-step test. In this way, Chapter 5 reflects a combination of a common law style open-ended system of limitations and a civil law style exhaustive enumeration. On the one hand, the extension to similar uses provides the system with a flexibility, which is indispensable in view of the fact that it is impossible to foresee all the situations in which a limitation could be justified. On the other hand, the possibility of flexibility is narrowed down in two ways. Firstly, the extension applies to uses ‘similar’ to the ones expressly enumerated. Thus, a certain normative effect is bestowed on these examples; the courts can only permit uses not expressly enumerated insofar as a certain analogy can be established with uses that are mentioned by the Code. Secondly, such similar uses may not conflict with the normal exploitation of the work and not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties.“

¹⁷¹ Hiermit wird eine dem Drei-Stufen-Test des europäischen und internationalen Urheberrechts ähnliche (wenn auch erheblich abgeschwächte) Schranken-Schranke vorgeschlagen, die Raum für wertende Betrachtungen (durch die anwendenden Gerichte) eröffnet.

(Art. 5.2 Abs. 1, lit. d und e). Entsprechend dem offenen Regelungsansatz bezieht sich diese Bestimmung (wie auch die anderen Schranken) nicht auf bestimmte Arten von Nutzern, Nutzungshandlungen oder -rechte (wie auf das Vervielfältigungs- oder das Verbreitungsrecht). Vielmehr werden alle Nutzungen zu den genannten Zwecken gestattet, unabhängig davon, von wem, auf welche Weise, in welcher (technischen) Form oder welchem Medium sie vorgenommen werden. Sämtliche Handlungen werden dabei in einem Umfang erlaubt, der durch den jeweiligen Zweck gerechtfertigt ist („to the extent justified by the purpose of the use“). Hierin ähneln die Vorschläge der Wittem-Group dem Regelungsansatz des Common Law, wie er auch im US-Copyright und dessen Fair-use-Doktrin Ausdruck gefunden hat (siehe sogleich). Das Modell unterscheidet sich regelungstechnisch dagegen grundsätzlich von dem deutschen und europäischen Ansatz von Schrankenbestimmungen, die sich stets auf bestimmte Verwertungsrechte und/oder Nutzergruppen beziehen, wodurch ihr Anwendungsbereich stark verengt wird.

2. Rechtslage in den USA

2.1 Die Fair-Use-Doktrin

Wie im Gowers Review erläutert, werden transformative Nutzungen in den USA in der Regel als *fair use* im Sinne des Art. 107 US Copyright Act (USCA)¹⁷² angesehen. Bei der Fair-Use-Regelung handelt es sich um eine als Generalklausel formulierte generelle Einschränkung des US-Copyrights. Eine Nutzungshandlung, die als *fair use* zu werten ist, ist hiernach keine Urheberrechtsverletzung. Anders als die deutschen und europäischen Schrankenbestimmungen verleiht *fair use* – sofern die Doktrin auf eine Nutzungshandlung anwendbar ist – dem Nutzer subjektive Rechte, es handelt sich also nicht nur um ein Privileg oder eine Befugnis. Dies entspricht der Funktion der Fair-Use-Doktrin, die nach dem US Supreme Court darin liegt, die im „First Amendment“¹⁷³ verfassungsrechtlich garantierten Kommunikationsfreiheiten (allen voran, die „freedom of speech“) gegen Verletzungen durch das Copyright zu schützen.¹⁷⁴ Entsprechend konsequent hat das US-Copyright-Office in einer verbindlichen Entscheidung zur Auslegung des Umgehungsschutzes für technische Schutzmaßnahmen aus dem Digital Millennium Copyright Act (DMCA)¹⁷⁵ im Jahr 2010 entschieden,¹⁷⁶ dass die Urheber von Video-Mashups auch dann von ihrem Recht auf *fair use* Gebrauch machen können, wenn sie hierfür technische Schutzmaßnahmen umgehen müssen (um Auszüge von Filmen von geschützten DVDs zu kopieren).¹⁷⁷

¹⁷² Siehe den Wortlaut unter <http://www.law.cornell.edu/uscode/17/107.html>.

¹⁷³ Der Wortlaut des First Amendment lautet: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“ Siehe zum Inhalt: http://en.wikipedia.org/wiki/First_Amendment_to_the_United_States_Constitution.

¹⁷⁴ So der „Code of Best Practices in Fair Use for Online Video“ (S. 1) des Centers for Social Media (siehe hierzu unten), http://centerforsocialmedia.org/sites/default/files/online_best_practices_in_fair_use.pdf.

¹⁷⁵ Siehe Kapitel 12 des 17. Titels des USCA.

¹⁷⁶ Siehe den Entscheidungstext unter https://www.eff.org/files/filenode/dmca_2009/RM-2008-8.pdf.

¹⁷⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Electronic Frontier Foundation (EFF), die diese Entscheidung im wesentlichen vorangetrieben hat: „The new rule holds that amateur creators do not violate the DMCA when they use short excerpts from DVDs in order to create new, noncommercial works for purposes of criticism or comment if they believe that circumvention is necessary to fulfill that purpose.“ (<http://www.eff.org/press/archives/2010/07/26>)

Laut Art. 107 Copyright Act sind bei der Wertung, ob eine Nutzungshandlung einen *fair use* darstellt, vorrangig vier Faktoren zu berücksichtigen.

- (1) The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) The nature of the copyrighted work;
- (3) The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) The effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

Da es sich bei der Beurteilung um eine Abwägung verschiedener Interessen handelt, wird zudem in der Regel berücksichtigt, ob der Nutzer in „*good faith*“ handelt. Ein Umstand, der auf einen *good faith* des Nutzers schließen lässt, sind Quellen- und Urheberangaben, die auf den oder die Rechteinhaber an dem verwendeten Material hinweisen.¹⁷⁸ Quellenangaben sind jedoch nicht obligatorisch oder konstituierend für kreative Formen des *fair use*, ob sie erforderlich sind, hängt vom jeweiligen Fall ab.

2.2 Transformative Nutzungen von vorbestehenden Werken als *fair use*

Auf Basis der oben genannten gesetzlichen Vorgaben des Art. 107 USCA hat ein US-amerikanisches Expertenbündel unter der Ägide des Center for Social Media (SOC) eine Reihe von Leitfäden entwickelt, in denen konkret beschrieben wird, welche Auswirkungen die *Fair-use*-Regelung auf bestimmte Tätigkeitsfelder hat.¹⁷⁹ Einer dieser Leitfäden behandelt das Thema „Practices in Fair Use for Online Video“.¹⁸⁰ Aufgrund des Renommées der Autoren ist der Leitfaden als Auslegungshilfe und Leitlinie für die hierin behandelten Rechtsfragen weithin anerkannt.

Als *fair use* gestattet ist es hiernach unter anderem, ein neues Werk zu erstellen, indem vorbestehende Elemente (Werke oder Teile von Werken) neu kombiniert oder arrangiert werden, wenn hierdurch ein neuer Sinngehalt entsteht.¹⁸¹ Hierunter fallen im Bereich audiovisueller Ausdrucksformen (um die es im Leitfaden geht) ausdrücklich auch Mashups, Remixe oder Collagen aus Musikvideos.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Fair-Use-Doktrin ist, dass die Nutzung („reuse“) von urheberrechtlich geschützten Werken dazu führt, dass ein neues Ganzes mit einem veränderten Sinngehalt entsteht. Das neue Werk muss eine „eigenständige kulturelle Identität“

¹⁷⁸ Code of Best Practices in Fair Use for Online Video, S. 5 (siehe Fn. 174), http://centerforsocialmedia.org/sites/default/files/online_best_practices_in_fair_use.pdf.

¹⁷⁹ Siehe <http://centerforsocialmedia.org/fair-use>. In den Bereichen Dokumentarfilm, Online Video, Medienbildung und kreative Praktiken findet sich eine Vielzahl von Leitfäden, Studien, Informationsvideos und anderen Materialien zu den genannten Themen.

¹⁸⁰ http://centerforsocialmedia.org/sites/default/files/online_best_practices_in_fair_use.pdf. Der Leitfaden basiert auf vielfältigen Konsultationen und Untersuchungen: „This is a guide to current acceptable practices, drawing on the actual activities of creators, as discussed among other places in the study Recut, Reframe, Recycle: Quoting Copyrighted Material in User-Generated Video (www.centerforsocialmedia.org/recut) and backed by the judgment of a national panel of experts. It also draws, by way of analogy, upon the professional judgment and experience of documentary filmmakers, whose own code of best practices has been recognized throughout the film and television businesses (centerforsocialmedia.org/fairuse).“

¹⁸¹ Siehe im Leitfaden S. 8 f.

aufweisen und andere Zielgruppen adressieren. Der *fair use* ist überschritten, wenn die Werke übernommen werden, ohne dass sich der Kontext oder der Sinngehalt maßgeblich ändert. Auch wenn das neue Arrangement letztlich nur dazu dient, die Popularität der verwendeten Werke auszubeuten, oder das verwendete Material „exzessiv“ genutzt wird, liegt kein *fair use*, sondern eine Copyright-Verletzung vor. Sind alle Voraussetzungen gegeben, ist nach dem US-Recht davon auszugehen, dass die Nutzungen die berechtigten Interessen der Rechteinhaber (zum Beispiel an einer „normalen Auswertung“ ihrer Werke) nicht unangemessen beeinträchtigen.¹⁸² Vielmehr sind solche Nutzungen zulässig, da sie einem angemessenen Ausgleich zwischen den (vor allem Verwertungs-) Interessen der Rechteinhaber und den Gemeinwohlinteressen entsprechen.

Auch andere Formen transformativer Nutzungen in audio-visuellem Material werden im US-Recht als *fair use* angesehen. Hierzu zählt unter anderem die Nutzung von Werken oder Werkteilen:

- um das Werk selbst zu kommentieren und sich hiermit auseinanderzusetzen. Hierunter fallen auch Parodien und andere Arten kritischer oder antithematischer Auseinandersetzung;¹⁸³
- um die eigene Argumentation zu stützen oder etwas zu veranschaulichen;¹⁸⁴
- wenn sie nur „versehentlich“ erfolgte oder reines Beiwerk ist;¹⁸⁵
- wenn sie Archiv- und Erhaltungszwecken dient;¹⁸⁶
- wenn sie dazu dient, zum Gegenstand einer Diskussion oder Debatte gemacht zu werden.¹⁸⁷

2.3 Erkenntnisse aus der unterschiedlichen Rechtslage in den USA und Europa beziehungsweise Deutschland

Die Gründe für die insofern elementaren Unterschiede zwischen der Rechtslage in den USA und Deutschland beziehungsweise Europa sind vielfältig. Ein wesentlicher Aspekt liegt meines Erachtens in den abweichenden Zwecksetzungen von US-Copyright und kontinentaleuropäischem Urheberrecht. Das US-Copyright und der Grundsatz des *fair use* zielen vor allem darauf ab, Anreize zur Entfaltung von Kreativität zu setzen. Dafür, dass der Urheber die Gesellschaft durch kreative Leistungen bereichert, soll eine Belohnung in Form eines zeitlich und inhaltlich begrenzten Ausschließlichkeitsrechts gewährt werden (Belohnungsgedanke).

¹⁸² Siehe die Erläuterung im Leitfaden, S. 9: „The recombinant new work has a cultural identity of its own and addresses an audience different from those for which its components were intended.“

¹⁸³ Siehe Leitfaden, S. 5, Best-Practice-Beispiel 1. Einzelne Nutzungsmöglichkeiten aus dieser Kategorie eröffnet auch das deutsche Zitatrecht beziehungsweise § 24 UrhG (Freie Benutzung), siehe oben. Die aufgrund der Fair-use-Regelung eröffneten Nutzungsmöglichkeiten gehen aber deutlich weiter.

¹⁸⁴ Siehe Leitfaden, S. 6, Best-Practice-Beispiel 2. Solche Nutzungshandlungen deckt das deutsche Zitatrecht („Belegfunktion“) ebenfalls teilweise ab.

¹⁸⁵ Siehe Leitfaden, S. 6 f., Best-Practice-Beispiel 3. Die aus dieser Kategorie erwachsenden Nutzungsfreiheiten entsprechen im Ansatz § 57 UrhG, der Regelung über „unwesentliches Beiwerk“, gehen aber wiederum deutlich hierüber hinaus.

¹⁸⁶ Siehe Leitfaden, S. 7 f., Best-Practice-Beispiel 4. Das Pendant im deutschen Urheberrecht wäre § 53 Abs. 2, Satz 1, Nr. 2 UrhG, der jedoch wiederum nur einen kleinen Ausschnitt dessen gestattet, das von dieser Kategorie des *fair use* abdeckt.

¹⁸⁷ Diese Kategorie findet im deutschen Recht keine (auch nicht in Ausschnitten) Entsprechung. Siehe Leitfaden, S. 8, Best-Practice-Beispiel 5.

Das kontinentaleuropäische Urheberrecht fokussiert dagegen ganz vorrangig auf den Schutz des Urhebers und dessen wirtschaftlichen und persönlichen Interessen am Werk. Die Interessen der Allgemeinheit werden aufgrund der „Sozialbindung des (geistigen) Eigentums“ (siehe Art. 14 Abs. 2 GG) zwar berücksichtigt, jedoch als grundsätzlich zweitrangig und als Ausnahmen von der Regel eines umfassenden Schutzrechts gewertet. Als Grundprämisse geht dieser monopolare Schutzansatz – irrtümlich¹⁸⁸ – davon aus, dass ein möglichst weitreichendes Recht im Sinne des Urhebers ist.¹⁸⁹ Gepaart mit der rein individualrechtlichen Intention des „Droit D’Auteur“ führt diese Annahme dazu, dass Ausnahmen nur „in Sonderfällen“ und nur insoweit zulässig sind, als sie die „normale Verwertung“ nicht beeinträchtigen und die „berechtigten Interessen“ des Urhebers nicht „ungebührlich verletzen“, ¹⁹⁰ häufig sollen sie sogar allein den Interessen des Urhebers dienen (siehe Abschnitt 1, I zur Privatkopierschranke).

Ein Recht, das auf den Anreiz- und Belohnungsgedanken und damit vorrangig auf die Interessen der Allgemeinheit fokussiert, eröffnet naturgemäß erheblich mehr Spielraum für Nutzungsfreiheiten als ein Recht, das vor allem das Individualinteresse des Urhebers (und faktisch zunehmend: der Verwertungsindustrie) schützen soll.¹⁹¹ Nach dem Ansatz des Copyright ist es selbstverständlich, dass das Schutzrecht eingeschränkt werden muss, wenn es Nutzungsmöglichkeiten unterbindet oder dadurch massiv erschwert, dass die Nutzer aufwändig Rechte einholen oder hohe Vergütungen zahlen müssen. Ansonsten wird die Rechtfertigung des Schutzes – die Belohnung dafür, dass kulturelle Werke geschaffen werden, die die Gesellschaft bereichern – überschritten und der Sinn des Schutzes – Förderung des kreativen Schaffens zugunsten der Gemeinwohlinteressen bei gleichzeitigem (und gleichrangigen) Schutz der Kommunikationsfreiheiten – kann nicht erreicht werden.

Ein weiterer wichtiger Grund für die unterschiedliche Rechtslage liegt in den unterschiedlichen Regelungstraditionen des Common Law und des Civil Law. Während der Ansatz des Common Law „offene Regelungssysteme“ und Generalklauseln wie die Fair-Use-Doktrin begünstigt, sind abschließende Regelungssysteme mit konkret auf bestimmte Einzelfälle bezogenen Bestimmungen – wie der Schrankenatalog des Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG

¹⁸⁸ Die Annahme ignoriert die für die Interessen der Schöpfer grundlegende Tatsache, dass sie bei der Schaffung neuer Werke auf Nutzungsfreiheiten elementar angewiesen sind. Entgegen der idealisierenden Vorstellung vom Schöpfer, der allein und von äußeren Einflüssen unberührt gänzlich „neue“ Werke schafft, basierte die Realität kulturellen Schaffens schon immer vor allem darauf, dass existente Schöpfungen, Informationen und bestehendes Wissen neu aufbereitet, zusammengestellt, hinterfragt oder sonst wie „recycelt“ wurden. Isaac Newton und andere drückten dies mit dem Satz aus: „We all stand on the shoulders of giants.“

¹⁸⁹ Siehe zu Vorstehendem ausführlich Kreuzter, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Diss. 2008, S. 37 ff.; ders. Den gordischen Knoten, durchschlagen – Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept, in Böll Stiftung (Hrsg.): Copy.Right.Now – Ideen für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Berlin 2010, S. 45 (48 ff.), http://www.boell.de/downloads/2010-04-copy_right_now_zukunft_urheberecht.pdf.

¹⁹⁰ So formuliert der so genannte Drei-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie 2001/29/EG das europäische Verständnis von einem urheberrechtlichen Interessenausgleich. Wörtlich lautet er: „Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung, des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“ Dieser Grundsatz, der die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten beschränkt, eigene Schrankenbestimmungen vorzusehen beziehungsweise als Auslegungsgrundsatz bei der Anwendung nationalstaatlicher Schrankenbestimmungen heranzuziehen ist, zeigt deutlich das hierarchische Verhältnis zwischen Schutzrecht und Schranken.

¹⁹¹ Ausführlich zur Interessenlage im Urheberrecht und deren Regulierung durch die Schutzrecht- Schrankensystematik und das Urhebervertragsrecht, Kreuzter, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Diss. 2008, S. 107 ff. Hier wird ausgeführt, dass die Interessen der „Rechteinhaber“, womit in der Regel Urheber und Verwerter bezeichnet werden, nicht einheitlich beurteilt werden können, sondern Urheber und Verwerter in vielerlei Hinsicht sehr unterschiedliche Interessen haben.

–typische Elemente der Civil Law Tradition.¹⁹² Gerade in Bezug auf die sich schnell ändernden Rechtstatsachen und damit Interessenkonstellationen, die das Urheberrecht angemessenen Lösungen zuführen muss, haben offene Regelungssysteme große Vorteile. Sie sind wesentlich dynamischer als geschlossene Regelungskataloge, die gegenüber der tatsächlichen (technischen, gesellschaftlichen) Entwicklung wenig flexibel sind.

Das bedeutet weder, dass das Common-Law-System dem Civil-Law-System noch dass der Copyright-Ansatz dem Droit D’Auteur grundsätzlich überlegen ist. In der konkreten Ausprägung zeigen sich lediglich in Bezug auf die vorliegend relevante urheberrechtliche Schranken-systematik deutliche Vorzüge der Regelungen des US-Copyrights, insbesondere in der Gegenüberstellung zum abschließenden Schranken-katalog des europäischen *acquis communautaire*. Ein Schranken-katalog, der nur durch den (EU-) Gesetzgeber geändert werden kann, wenn Veränderungen der Rechtstatsachen dies gebietet, ist aus Sicht der Nutzer- und Gemeinwohlinteressen zu unflexibel, um einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen.

3. Regelungsvorschlag

Die vorstehenden Überlegungen sollten gezeigt haben, dass weder die geltenden Schrankenbestimmungen noch die europäische Schrankensystematik an sich geeignet sind, den Interessen einer hoch kreativen und vielfältigen Remix-Kultur gerecht zu werden. In Anschluss an die Empfehlungen des Gowers Review, des Wittem-Projekts sowie in Anlehnung an die US-amerikanische Rechtslage soll daher ein Vorschlag für eine Neuregelung unterbreitet werden, die transformative Nutzungen in einem Maß zulässt, dass die Interessen von Urhebern, Verwertern und Dritten gleichermaßen gewährleistet sind. Eine solche Regelung würde – wie bereits ausgeführt – zunächst eine Öffnung oder Erweiterung des abschließenden Schranken-kataloges in Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG erfordern. Davon abgesehen ist sie – angesichts des hiermit erreichten angemessenen Ausgleichs aller betroffenen Interessen – nach der hier vertretenen Auffassung sowohl mit deutschem Verfassungsrecht als auch mit internationalem Recht vereinbar. Ohne dies im Einzelnen prüfen zu müssen, spricht für Letzteres bereits die Tatsache, dass sich der Vorschlag an das US-Recht anlehnt, hierüber jedenfalls nicht hinausgeht, und die USA Mitglied sowohl in der RBÜ als auch von TRIPS sind. Dass die Ausprägungen der Nutzungsfreiheiten im US-Copyright mit den in diesen völkerrechtlichen Abkommen geregelten Mindeststandards nicht vereinbar wären, wird – jedenfalls auf politischer Ebene in Europa – ersichtlich nicht behauptet. Entsprechend wären dahingehende Einwände wenig überzeugend.

¹⁹² Dass jedoch Generalklauseln auch dem Civil Law nicht fremd sind, zeigt sich im deutschen Recht an den Regelungen der §§ 3 bis 5a UWG. Hier wird zunächst eine Generalklausel aufgestellt (§ 3 UWG), die nur sehr abstrakt vorgibt, dass unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig sind. Die Generalklausel wird dann durch einen nicht abschließenden Katalog von Fallbeispielen konkretisiert. Eine solche Regelungstechnik stellt gewissermaßen eine Kombination von Common-Law- und Civil-Law-Mechanismen dar. Auch für das Urheberrecht wurden solche Regelungstechniken angeregt, unter anderem um die Anpassungsfähigkeit des Rechts im Hinblick auf die Dynamik der Entwicklung der Rechtstatsachen zu optimieren. Vgl. Kreuzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Diss. 2008, *passim*, unter anderem S. 466 ff. und S. 484 ff.

3.1 Formulierungsvorschlag

§ 51a Transformative Werknutzungen

(1) ¹Zulässig ist es, veröffentlichte Werke oder Werkteile zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich wiederzugeben, zu bearbeiten oder umzugestalten,¹⁹³ wenn sie in eine selbstständige eigene geistige Schöpfung aufgenommen werden,¹⁹⁴ deren Sinngehalt und geistig-ästhetische Wirkung¹⁹⁵ sich von dem oder den aufgenommenen Werken unterscheidet (transformative Werknutzung).¹⁹⁶ ²Transformative Werknutzungen dürfen die normale Auswertung des oder der aufgenommenen Werke nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers unter Berücksichtigung der Interessen Dritter und der Allgemeinheit nicht ungebührlich verletzt werden.¹⁹⁷

(2) *Die Anwendung des § 62 ist ausgeschlossen.*¹⁹⁸

¹⁹³ Soll die Schrankenbestimmung ihren Zweck erfüllen, muss sie auch das ausschließliche Bearbeitungs- und Umgestaltungsrecht in § 23 UrhG einschränken. Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzungen werden dadurch vermieden, dass § 14 UrhG uneingeschränkt gilt.

¹⁹⁴ Der Begriff „aufnehmen“ ist der Regelung des Zitatrechts in § 51 UrhG entlehnt. Er ist in Bezug auf die Art der Verwendung neutral, greift also unabhängig davon, ob es sich zum Beispiel um einen Remix handelt (ein oder mehrere Werke werden in veränderter Form präsentiert) oder um ein Mashup (Werke werden unverändert übernommen und in einem größeren Ganzen mit veränderter geistig-ästhetischer Wirkung kombiniert).

¹⁹⁵ Zum Begriff der „geistig-ästhetischen Wirkung“ siehe Dreier/Schulze-Schulze, § 2, Rn. 12. Hiermit gemeint ist die Wirkung, die das Werk in seiner konkreten Form beim Leser, Hörer oder Betrachter auslöst. Der Begriff „ästhetische Wirkung“ ist nicht gleichzusetzen mit „den Schönheitssinn ansprechend“, sondern in einem weiten Sinne zu verstehen. Er bezieht sich allgemein auf die sinnliche Wahrnehmung durch den Nutzer (siehe Dreier/Schulze-Schulze, ebenda).

¹⁹⁶ Den Zweck der Übernahme nicht zu nennen, dient der Vereinfachung der Formulierung und soll ebenfalls vermeiden, dass manche Ausdrucksformen, die angesichts der Vielfalt ohnehin nicht alle aufgeführt werden können, aus dem Anwendungsbereich herausfallen. Insofern heißt es hier nicht, „soweit dies der geistigen, künstlerischen, kreativen politischen ... Auseinandersetzung dient“ oder ähnlich. Solche Hinweise können in den Gesetzesmaterialien gegeben werden. Der Gesetzeswortlaut sollte dagegen bewusst zweckneutral ausgestaltet sein.

¹⁹⁷ Die an die Vorschläge im European Copyright Code (siehe Art. 5.5 und die Erläuterung dazu in Fn. 48 des Abschlussberichts) angelehnte Schranken-Schranke des Satzes 2 berücksichtigt einerseits die Anforderungen des Drei-Stufen-Tests und schließt andererseits unangemessene Auswirkungen auf die Interessen der Rechteinhaber aus. Wie bereits beschrieben, ist davon auszugehen, dass eine solche Schrankenbestimmung keine Auswirkungen auf die „normale Auswertung“ der aufgenommenen Werke hat, da diese in einen neuen Sinnzusammenhang gestellt werden und deren „geistig-ästhetische Wirkung“ eine andere ist. Mit anderen Worten: Durch die transformative Nutzung wird die wirtschaftliche Wertschöpfung der aufgenommenen Werke nicht beeinträchtigt, weil das neue Werk einen Mehrwert beziehungsweise anderen Wert aufweist und andere Nutzergruppen anspricht. Es ist und darf jedoch kein Substitut für das oder die aufgenommenen Werke sein. Diese Wertung entspricht der oben geschilderten Auffassung im US-Recht. Hiermit ist auch die Verfassungsmäßigkeit gewährleistet, da die Schrankenbestimmung aufgrund der Gemeinwohlinteressen gerechtfertigt ist und der Kernbereich der Eigentumsgarantie nicht angetastet wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber grundsätzlich gehalten, „für die Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber und dessen freie Verfügbarkeit über das Werk zu sorgen (BVerfGE 31, S. 229 (240 f.) – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 79, S. 29 (40 f.) – Vollzugsanstalten; BVerfGE 49, S. 382 (392) – Kirchenmusik). Dies ist durch die vorgeschlagene Regelung gewährleistet. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch eine Beschränkung der Regelung auf Nutzungen, die „nichtkommerziellen Zwecken“ dienen. Eine solche wäre ohnehin kaum handhabbar, da bei vielen Nutzungen – auch im Web 2.0 – nicht eindeutig geklärt werden kann, ob sie (im weiteren Sinne) kommerziellen Zwecken dienen oder nicht. Im Übrigen kann ein zunächst nichtkommerziellen Zwecken dienendes neues Werk später durchaus kommerziellen Zwecken dienen, etwa wenn ein YouTube-Video Vermarktungsinteressen Dritter weckt oder Ähnliches. Derartiges zu verhindern ist weder Sinn der Regelung noch nach der hier vertretenen Auffassung interessengerecht. Diese Wertung entspricht der des Zitatrechts, das ähnlichen Zwecken dient und derartige Beschränkungen ebenfalls nicht vorsieht.

¹⁹⁸ Diese Regelung dient dazu, Widersprüche zu Absatz 1 zu vermeiden, der Bearbeitungen und Umgestaltungen (mit anderen Worten Änderungen) gerade gestattet. Regelungssystematisch sollte dies jedoch eher in einem weiteren Absatz des § 62 UrhG vorgesehen werden, daher ist Absatz 2 hier kursiv geschrieben.

(3) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu Abs. 1 stehen, sind nichtig.¹⁹⁹

3.2 Regelungszweck

Der Vorschlag für eine Schrankenbestimmung für transformative Nutzungen dient dazu, bestimmte Formen kreativer Entfaltung rechtlich zu ermöglichen und Hemmnisse in Form von Verbotsrechten und Vergütungsansprüchen zu reduzieren. Das höherrangige Ziel liegt darin, das kulturelle Schaffen zu fördern, Rechtsunsicherheiten sowie Gefahren der Rechtsverfolgung zu beseitigen und aus Sicht des Gemeinwohls wünschenswerte Kulturtechniken zu legalisieren. Insofern stellt die neue Schrankenbestimmung eine der Kunst- und kreativen Entfaltungsfreiheit dienende Erweiterung des Zitatrechts dar, die ähnlich ausgestaltet ist.

Dieses Ziel dient auch den Interessen der Urheber. Jeder Urheber ist – sowohl als Rezipient/Verbraucher als auch als kreativ Schaffender – gleichzeitig Nutzer. Kreativität entfaltet sich nicht im leeren Raum, sondern in einem kreativen Milieu. Urheberrechtlich relevante Nutzungen (also nicht etwa nur das Lesen von Büchern oder Hören von Musik) sind bei der Erschaffung von „neuen“ Werken in vielen Fällen unabdingbar. Sofern sie sich auf höherrangige Interessen der Urheber und Rechteinhaber nicht unangemessen auswirken, sind sie zu gestatten, um einen ausgewogenen Interessenausgleich zu gewährleisten. Dies wird durch die vorgeschlagene Regelung erreicht.

3.3 Weiterer Änderungsbedarf außerhalb der Schrankenbestimmung

Neben der Einführung der Schrankenbestimmung an sich wäre darauf zu achten, dass sie auch auf die verwandten Schutzrechte zum Beispiel der ausübenden Künstler, Tonträger-, Film- und Datenbankhersteller und Sendeunternehmen Anwendung findet. Generell werden keine Rechtsänderungen erforderlich sein. So erklären vor allem die §§ 83 (ausübende Künstler), 85 (Tonträgerhersteller), § 87 Abs. 4 (Sendeunternehmen) und 94 (Filmhersteller) die „Vorschriften des Abschnitts 6 des Teils 1“ (in dem auch die neue Schrankenbestimmung zu regeln wäre) allgemein für anwendbar.

Im Zuge einer ohnehin notwendigen Änderung der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG durch Aufnahme einer solchen Schrankenbestimmung für „transformative Werknutzungen“ sollte darauf geachtet werden, dass diese in den Katalog möglicher „durchsetzbarer Schrankenbestimmungen“ in Art. 6 Abs. 4, UA 1 aufgenommen wird. Wird diese Möglichkeit eröffnet, sollte der neue § 51a UrhG in § 95b Abs. 1 UrhG aufgenommen werden. Eine solche Entscheidung entspricht der oben genannten Entscheidung des US-Copyright Office zur Auslegung des Digital Millennium Copyright Act.²⁰⁰

Aus den in Fn. 197 genannten Gründen ist die Schrankenbestimmung bewusst nicht vergütungspflichtig ausgestaltet. Auch insofern ähnelt sie dem Zitatrecht.

¹⁹⁹ Dieser Absatz soll die Interessen der Nutzer und die Möglichkeit, die Schrankenbestimmung in Anspruch zu nehmen, schützen. Wie in dieser Untersuchung verschiedentlich ausgeführt wurde, werden Schrankenbestimmungen, die nicht „vertragsfest“ ausgestaltet sind, in der digitalen Welt ganz häufig durch allgemeine Geschäftsbedingungen abgedeckt, was ihre Bedeutung für den urheberrechtlichen Interessenausgleich erheblich und unangemessen entwertet.

²⁰⁰ Wobei die Rechtslage in den USA die Nutzungsinteressen gegenüber dem Schutz technischer Maßnahmen sehr viel weitergehend berücksichtigt, da dort die eigenhändige Umgehung der Maßnahme gestattet ist.

II. Neuordnung der Schrankenbestimmung über Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch – Privatkopieschranke

1. Entwicklung der Privatkopieschranke durch die Neuregelungen im Ersten und Zweiten Korb

Über die Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG wurde im Zuge der Urheberrechtsreformen des Ersten und Zweiten Korbes viel diskutiert. Insbesondere die Verwertungswirtschaft – allen voran die Musik- und Filmindustrie – hat in beiden Gesetzgebungsverfahren mehr oder weniger erhebliche Einschränkungen und Bereichsausnahmen gefordert. Es wurde (von der Musikindustrie) sogar verlangt, die Privatkopieregelung im digitalen Bereich ganz abzuschaffen.²⁰¹ Diese Debatte wurde an anderer Stelle bereits ausführlich dargestellt und kommentiert.²⁰²

§ 53 Abs. 1 UrhG wurde im Zuge der „Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (Ersten und Zweiter Korb) in verschiedener Hinsicht eingeschränkt.²⁰³ Privatkopien sind seitdem nur noch zulässig, „soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird“. Im Übrigen sind Privatkopien seit dem Ersten Korb (zurückgehend auf Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG) nur noch gestattet, wenn hierbei nicht eine wirksame technische Schutzmaßnahme umgangen wird (§ 95a UrhG). Die digitale Privatkopie ist gegen den Schutz technischer Maßnahmen nicht „durchsetzungsstark“ im Sinne des § 95b UrhG ausgestaltet worden, kann also beim Einsatz von DRM- und Kopierschutzsystemen durch die Verwerter nicht ausgeübt werden. Forderungen im Ersten und Zweiten Korb – unter anderem von Seiten des Verbraucherschutzes – dies anders zu regeln, erteilte der Gesetzgeber eine Absage.²⁰⁴

2. Fortsetzung der Debatte im Dritten Korb

Weitere Einschränkungen (nicht aber: Liberalisierungen) der Privatkopieregelung hat der Gesetzgeber auch für den Dritten Korb auf die Agenda gesetzt. Der Gesetzgeber hat dem

²⁰¹ Siehe hierzu die Stellungnahme der Bundesregierung und die Begründung für die Ablehnung dieser Forderung im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

²⁰² Siehe zu den Diskussionen über die Privatkopieregelung und deren Verhältnis zum Schutz technischer Maßnahmen in den beiden Gesetzgebungsverfahren Kreuzer, Geistiges Eigentum – Immaterialgüter in der Wissensgesellschaft, 2007, S. 52 ff. und 77 ff., <http://www.dgb.de/themen/+++co++article-mediapool-cce12cd66d602547d0de1d105decc34a>. Vgl. hierzu auch die Ausführungen der Bundesregierung in den Gesetzesentwürfen zum Ersten und Zweiten Korb: BT-Drcks. 15/38, S. 20 f. und 39 (Erster Korb), BT-Drcks. 16/1828, S. 18 ff. (Zweiter Korb).

²⁰³ Die alte Fassung (vor In-Kraft-Treten des Ersten Korbs 2003) des § 53 Abs. 1 UrhG lautete: „Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes zum privaten Gebrauch herzustellen. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen; doch gilt dies für die Übertragung von Werken auf Bild- oder Tonträger und die Vervielfältigung von Werken der bildenden Künste nur, wenn es unentgeltlich geschieht.“ In der aktuellen Fassung heißt es dagegen: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.“

²⁰⁴ Siehe auch hierzu die Begründung des Gesetzgebers im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 20 f.

BMJ im Zuge der Beschließung des Zweiten Korbes aufgefordert, erneut zu prüfen, ob in den folgenden Punkten Regelungsbedarf besteht:²⁰⁵

- Die Begrenzung der Privatkopie auf Kopien nur vom Original und ein Verbot der Herstellung einer Kopie durch Dritte;
- Prüfung eines gesetzlichen Verbots so genannter intelligenter Aufnahmesoftware, mit der gezielt Musiktitel automatisiert aus dem Webradioangebot herausgefiltert und aufgenommen werden können.

Beide Forderungen sind nicht neu, sondern wurden von Verwerterseite bereits im Zweiten Korb gefordert. Der Gesetzgeber ist diesen Forderungen nach langen Erörterungen, unter anderem in Anhörungen und anderen Konsultationen nicht gefolgt.²⁰⁶ Im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb begründete die Bundesregierung die Ablehnung insbesondere damit, dass weitere Einschränkungen nicht durchsetzbar und nicht verständlich beziehungsweise von den Nutzern nicht handhabbar seien und daher nicht befolgt würden.²⁰⁷

Auf die durch das BMJ durchgeführte Befragung der beteiligten Kreise haben sich zu diesem Aspekt verschiedene Institutionen geäußert. Gegen weitere Einschränkungen dieser und anderer Art und für einen Schutz der Nutzerinteressen haben sich unter anderem der vzbv und das Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht ausgesprochen. Der vzbv weist in seiner Stellungnahme vom 15.6.2009²⁰⁸ darauf hin, dass die derzeitige Regelung bereits so kompliziert sei, „dass sie von Verbrauchern nicht verstanden wird. Weitere Einschränkungen verstärken dieses Manko und würden aufgrund der Undurchsichtigkeit der Regelung vermutlich nicht eingehalten werden. Ein gesetzliches Verbot so genannter intelligenter Aufnahmesoftware ist abzulehnen. Ein solches Verbot könnte weder mit der gebotenen Bestimmtheit noch technologieneutral formuliert werden und wäre zwingend mit einer weiteren rechtlichen Beschränkung der Privatkopie verbunden.“ Ähnlich äußerte sich das MPI. Allgemein wird in dessen Stellungnahme vom 19.2.2009 resümiert:²⁰⁹

„Die Privatkopie steht nicht zum ersten Mal im Fokus der Gesetzgebungsbemühungen – insbesondere schon in den ersten beiden Urheberrechtsnovellen nahm das Thema der Privatkopie, insbesondere die Frage nach ihrer Durchsetzbarkeit, einen großen Raum, nicht nur in der juristischen, sondern auch in der gesellschaftlichen Debatte ein. Es ist daher nicht verwunderlich, dass es fast keinen Aspekt mehr gibt, der noch nicht ausführlich beleuchtet und untersucht worden wäre; auch ist nicht erstaunlich, dass es kaum offene dogmatische Fragen gibt. Im Ausgangspunkt ist daher festzustellen, dass es sich bei der Diskussion nicht um eine genuin rechtliche, sondern primär um eine rechtspolitische handelt.“

Eine Beschränkung auf Kopien nur vom eigenen Original beziehungsweise ein Ausschluss der Vervielfältigungsmöglichkeit durch Dritte (§ 53 Abs. 1, Satz 2 UrhG) lehnen die Autoren der Stellungnahme ab. „Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch sehr schnell, dass die vorgeschlagenen Begrenzungen nicht überzeugen können. Erster und wesentlicher Grund hierfür ist der Aspekt der Durchsetzbarkeit: Was nützt eine Beschränkung auf dem Papier,

²⁰⁵ Siehe BT-Drcks. 16/5939, S. 3.

²⁰⁶ Siehe die Darstellung und Begründung im Regierungsentwurf zum Zweiten Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

²⁰⁷ BT-Drcks. 16/1828, S. 19.

²⁰⁸ Siehe http://www.vzbv.de/mediapics/stn_fragebogen_bmj_handlungsbedarf_urheberrecht_06_2009.pdf,

S. 4 ff.

²⁰⁹ Siehe http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_vom_19.02.2009.pdf, S. 3.

wenn sie sich in der Praxis als zahnloser Tiger erweist. Die Frage, die sich in diesem Kontext stellt, ist nämlich: Wie kann der Rechteinhaber kontrollieren, ob es sich um eine Herstellung nur vom Original handelt, oder dass ein Nutzer sie selbst für eigene Zwecke hergestellt hat?“

Die „kontinuierliche Verschärfungen des Urheberrechts in den vergangenen Jahren“ habe zudem keine Verbesserung zugunsten der Verwerter gebracht. Stattdessen habe die Akzeptanz des Urheberrechts erheblich gelitten. Im Übrigen sei das System der Privatkopierfreiheit insbesondere im Zusammenspiel mit dem Schutz technischer Maßnahmen schon jetzt „kaum vermittelbar“. „Insgesamt sind weitere Beschränkungen der Privatvervielfältigungsfreiheit daher abzulehnen“, lautet die Schlussfolgerung der Wissenschaftler des MPI.²¹⁰

Auch ein Verbot „intelligenter Aufnahmesoftware“ wird abgelehnt. Es sei schon nicht empirisch bewiesen, dass durch die Nutzung solcher Software ein wirtschaftlicher Schaden entstehe. Ein Verbot sei zudem nicht kontrollierbar und würde im Übrigen auch dazu führen, dass unabhängig von der Privatkopieschranke in jedem Fall rechtmäßige Aufnahmen gemeinfreier Werke unterbunden werden. „Das Urheberrecht darf jedoch nicht dazu führen, dass Technologien und deren Weiterentwicklung verhindert werden, die auch einen rechtmäßigen Einsatz (selbst jenseits der Privatkopieschranke) finden können“, resümieren die Verfasser der Stellungnahme.²¹¹

Dem ist ohne weiteres zuzustimmen. An den Argumenten, auf deren Basis der Gesetzgeber die Forderungen für weitergehende Einschränkungen der Privatkopieschranke in den letzten Gesetzesreformen abgelehnt hat, hat sich nichts geändert. Schon jetzt ist die Privatkopieregelung für juristische Laien (und oft auch Experten) kaum noch verständlich.²¹² Der Gesetzgeber sollte auch im Dritten Korb von zusätzlichen Beschränkungen, die die Rechtslage weiter verkomplizieren würden, absehen.

3. Liberalisierung der Privatkopieschranke im Dritten Korb

Anders als die Forderungen der Musik- und Filmindustrie will der Gesetzgeber die Durchsetzbarkeit der Privatkopieschranke gegen technische Schutzmaßnahmen offenbar nicht noch einmal aufgreifen.²¹³ Ohnehin scheint eine Liberalisierung des § 53 Abs. 1 UrhG auf politischer Ebene nicht mehr zur Debatte zu stehen. Die oben zitierten Formulierungen in den Gesetzesmaterialien machen vielmehr deutlich, dass Gesetzgeber und BMJ die Privatkopie nur für ein „notwendiges Übel“ halten, das nur den Interessen der Rechteinhaber dienen soll. Eine Liberalisierung zugunsten der Nutzerinteressen liegt bei einer solchen Haltung naturgemäß nicht im Fokus.

Betrachtet man § 53 Abs. 1 UrhG jedoch – was meines Erachtens zwingend ist²¹⁴ – auch als Teil des Nutzer- und Verbraucherschutz und damit als Regelung zum Schutz von Gemeinwohlinteressen, wird deutlich, dass eine Ausweitung der durch die Privatkopieschranke

²¹⁰ Siehe Stellungnahme S. 6.

²¹¹ Siehe Stellungnahme S. 8 f.

²¹² So auch das MPI, siehe oben und Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rn. 4: „Problematisch ist jedoch, dass § 53 nicht zuletzt durch die letzten Änderungen einen Grad von Komplexität und Differenzierung erreicht hat, der für die privaten Werknutzer, deren Befugnisse er doch regelt, kaum mehr verständlich sein dürfte.“

²¹³ Der vzbv hat in seiner Stellungnahme vom 15.6.2009 hierauf erneut hingewiesen, http://www.vzbv.de/mediapics/stn_fragebogen_bmj_handlungsbedarf_urheberrecht_06_2009.pdf, S. 6.

²¹⁴ So im Übrigen auch die Rechtsprechung des BGH, der in der Entscheidung „CB-Infobank I“ (GRUR 1997, 459/463) hervorhob, dass die Schranke des § 53 UrhG auch dem Interesse der Allgemeinheit dient, „im

erlaubten Nutzungshandlungen nach wie vor geboten ist. Dies gilt allen voran im Hinblick auf den überbordenden Schutz technischer Maßnahmen, durch den es praktisch in die Hände der Rechteinhaber gelegt wurde, Vervielfältigungen zu privaten Zwecken zu ermöglichen oder zu verhindern.

Der Umstand, dass die Musikindustrie mittlerweile annähernd auf Kopierschutz- und DRM-Systeme verzichtet, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch weiterhin technische Sperren sind, die die Möglichkeiten, Privatkopien anzufertigen, am meisten einschränken. Dementsprechend ist das Verhältnis zwischen dem Schutz technischer Maßnahmen (§3 95a ff. UrhG) und § 53 Abs. 1 UrhG weiterhin äußerst relevant.

Allen voran die Filmwirtschaft setzt nahezu flächendeckend für alle audiovisuellen Trägermedien (DVD und Blu-ray-Discs) Kopierschutzsysteme ein. Folge ist, dass die Erwerber wegen § 95a UrhG nicht einmal zur Anfertigung einer Sicherungskopie befugt sind. Im aufstrebenden Online-Markt für den Erwerb von Filmkopien (zum Beispiel über Online-Dienste wie iTunes oder Maxdome) ist der Einsatz technischer Schutzmaßnahmen ebenfalls allgemein üblich.

Auch die Buchbranche setzt bei eBooks in der Regel auf technische Schutzmaßnahmen.²¹⁵ Folge ist unter anderem, dass die Erwerber von elektronischen Büchern gegenüber denen, die physische Ausgaben kaufen, erheblich benachteiligt werden. Gedruckte Bücher können beliebig verliehen, weiterverkauft und im Rahmen der Privatkopieschranke jedenfalls teilweise kopiert werden.²¹⁶ Bei den kopiergeschützten eBooks liegt es dagegen in der Entscheidung der Anbieter, ob sie durch Kopierschutz- oder DRM-Systeme beziehungsweise Lizenz- und Nutzungsbestimmungen, Kopien der Werke zulassen wollen. Dies verdeutlicht den Trend, die gesetzliche Wertung der Privatkopieschranke auf privatwirtschaftliche Entscheidungen zu verlagern, was faktisch dazu führt, dass der hierdurch zu regelnde Interessenausgleich dem Markt und damit in erster Linie den Rechteinhabern überlassen wird. Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich derzeit sogar im privaten, an sich werbefinanzierten, Free-TV ab. Der neue Standard HD+, eine Digitalplattform des Satellitenbetreibers SES Astra über die hochauflösende Fernsehsignale (HDTV) ausgestrahlt werden, erlaubt es, im Sendesignal zusätzliche Informationen auszustrahlen, so genannte Usage Rules Information (URI). Über diesen Weg kann das Sendesignal erheblichen Nutzungsbeschränkungen unterworfen werden. So ist es möglich, bei einzelnen oder allen Sendungen Aufnahmen vollständig zu unterbinden, die Wiedergabe aufgenommener Sendungen zeitlich zu begrenzen oder „time-shifting“ gänzlich zu unterbinden, die Abspielbarkeit von Aufnahmen auf ein

Rahmen der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen einen unkomplizierten Zugang haben zu müssen“. Gleicher Ansicht Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rn. 1 mit weiteren Nachweisen. Näher erläutert wird der Verbraucherschutzaspekt in der Stellungnahme des vzbv zum Fragebogen des BMJ,

http://www.vzbv.de/mediapics/stn_fragebogen_bmj_handlungsbedarf_urheberrecht_06_2009.pdf, S. 6: „Es ist eine wesentliche und angesichts des Interesses an kultureller und informationeller Teilhabe legitime Folge der Privatkopie, dass es gestattet sein muss, sich von den Originalen Anderer eigene Privatkopien erstellen zu dürfen. Wirtschaftlich benachteiligte Verbraucher verfügen häufig nicht über die finanziellen Mittel, Originale zu erwerben. Vor diesem Hintergrund entbehrt die zum Teil implizit, zum Teil explizit geäußerte Behauptung, die Nutzer wollten durch die Herstellung von Privatkopien ‚nur Geld sparen‘, wobei jede gebrannte CD einer ‚nicht verkauften CD‘ entspreche, jeglicher nachvollziehbaren Grundlage. Für die Teilhabe am kulturellen Leben ist es elementar, dass die Verbraucher Privatkopien auch dann anfertigen dürfen, wenn sie kein ‚eigenes‘ Original besitzen.“

²¹⁵ Siehe hierzu etwa focus.de vom 10.3.2009, E-Books – Bücher mit Kopierschutz, http://www.focus.de/digital/multimedia/e-books-buecher-mit-kopierschutz_aid_378817.html.

²¹⁶ Vervielfältigungen ganzer Bücher sind dagegen gemäß § 53 Abs. 4 lit. b untersagt, soweit das Buch nicht seit mindestens zwei Jahren vergriffen ist.

bestimmtes Gerät (etwa einen HD-Rekorder) zu begrenzen, Kopierschutzsysteme wie Makrovision zu implementieren und so weiter.²¹⁷ Auch im Fernsehen zeichnet sich also eine Entwicklung ab, die es den Anbietern erlaubt, bislang selbstverständliche und nach der Privatkopierschranke an sich zulässige Nutzungshandlungen technisch zu unterbinden oder jedenfalls nach ihrem Belieben zu steuern und zu kontrollieren.

4. Plädoyer für eine vereinfachte Formulierung der Privatkopierschranke und Formulierungsvorschlag

Die Privatkopierschranke ist – wie gesagt – für die Privatnutzer, deren Befugnisse sie doch regeln soll, kaum noch verständlich.²¹⁸ Dass dies der Rechtsordnung insgesamt schadet, da Gesetze, die die Adressaten nicht verstehen auch nicht befolgt werden, erkennt auch der Gesetzgeber an. Dies gilt insbesondere wenn, wie im Fall der Privatkopie, ihre Einhaltung kaum kontrolliert werden kann.

Zwar ist davon auszugehen, dass die konkrete Formulierung von Gesetzestexten für die Verständlichkeit eines Gesetzes nicht entscheidend ist, da Privatpersonen sie in der Regel ohnehin nicht lesen werden. Auch ist klar, dass ein gewisser Komplexitätsgrad und eine gewissen Offenheit bei abstrakt-generellen Regelungen – wie sie Rechtsnormen darstellen – unvermeidbar ist. Ohne Abstrahierungen könnte der Zweck, eine Vielzahl unterschiedlicher Fallgestaltungen zu erfassen und offen gegenüber der rechtstatsächlichen Entwicklung zu sein, nicht erreicht werden.

Von wesentlicher Bedeutung ist dagegen die Verständlichkeit des Regelungsinhalts. Abgesehen von der verschachtelten und kaum noch verständlichen Formulierung, weist § 53 Abs. 1 UrhG auch diesbezüglich wesentliche Defizite auf. Diese sollen mit dem nachstehenden Vorschlag für eine vereinfachte Regelung behoben werden.

§ 53 Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch

(1) Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch.²¹⁹ Der Berechtigte darf die Vervielfältigung auch von einem Dritten herstellen lassen.²²⁰

²¹⁷ Zu den technischen Hintergründen siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/HD%2B>.

²¹⁸ So auch die Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum vom 19.2.2009, S. 6, http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/stellungnahme_vom_19.02.2009.pdf; Dreier/Schulze-Dreier, § 53, Rn. 4.

²¹⁹ Bei den weiteren Einschränkungen der geltenden Formulierungen („durch eine natürliche Person“, „soweit sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen“) handelt es sich angesichts der Rechtssprechung des BGH zur Auslegung des „privaten Gebrauchs“ um überflüssige und verwirrende Tautologien. Zum einen können hiernach ohnehin nur natürliche Personen „privaten Gebrauch“ ausüben (BGH GRUR 1997, 459/461 – CB-Infobank I). Zum anderen schließen berufliche oder Erwerbszwecke den privaten Gebrauch aus (BGH GRUR 1993, 899/900 – Dia Duplikate). Auch zur Erläuterung sind die weitergehenden Formulierungen nicht erforderlich, da die Auslegung des Begriffs privater Gebrauch durch den BGH dem allgemeinen Verständnis dieses Begriffs entsprechen dürfte. Dass die InfoSoc-Richtlinie in Art. 5 Abs. 2b diese Formulierungen enthält, ist unerheblich. Die Umsetzungspflicht einer Richtlinie bezieht sich naturgemäß nicht die Übernahme des exakten Wortlauts, sondern nur auf den Inhalt der jeweiligen Norm.

²²⁰ Weitere Einschränkungen, wie zum Beispiel diejenige auf eine „offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ sind meines Erachtens überflüssig, da ihre Einhaltung ohnehin nicht kontrolliert werden kann (so schon Kreuzer, Das deutsche Urheberrecht und Regelungsalternativen, S. 298 ff.). Selbst mit dieser Beschränkung kann das hiermit angestrebte Verbot von Downloads (nicht: öffentlicher Zugänglichmachung) von geschützten Werken in Tauschbörsen nicht erreicht werden. Bloße Downloads können aufgrund der rechtlichen Umstände ohnehin nicht verfolgt werden, da sie praktisch nicht ermittelt werden können. Grund hierfür ist, dass der Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2, 9 UrhG, der erforderlich ist, um die Identität des Downloaders aufzudecken, nur geltend gemacht werden kann, wenn die Rechtsverletzung ein gewerbliches

5. Plädoyer für eine durchsetzungsfähige Privatkopieschranke auch im digitalen Bereich

Die Begründung, mit der es der Gesetzgeber im Zweiten Korb abgelehnt hat, auch die digitale Privatkopieschranke durchsetzungsstark auszugestalten, überzeugt nicht. Insbesondere kann keine Rede davon sein, dass hiermit „ein kostenloser Genuss von geistigem Eigentum für den Verbraucher zur Regel wird.“²²¹ Auch würde auf diese Weise keine „Regelung getroffen, die für den Verbraucher auch in diesen Fällen die Möglichkeit schafft, kostenlos in den Genuss von Vervielfältigungen für den privaten Gebrauch zu kommen.“

Die Gesetzesmaterialien widersprechen sich diesbezüglich selbst. Privatkopien sind nicht „kostenlos“, sondern sie werden gemäß der Regelungen in den §§ 54 ff. UrhG „angemessen vergütet“. Um eine angemessene Vergütung dauerhaft zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber im Zweiten Korb mit erheblichem Aufwand das Pauschalvergütungssystem reformiert (siehe oben, Abschnitt 3.I).

Auch beschränkt sich – wie bereits ausgeführt²²² – der Sinn und Zweck der Privatkopieschranke nicht auf ein bloßes Marktversagen, das zugunsten der Rechteinhaber auszugleichen ist. Vielmehr dient die Regelung der Teilhabe der Verbraucher am kulturellen Leben der Rechtssicherheit (da hierdurch Nutzungshandlungen im privaten Raum ermöglicht werden, ohne dass die Nutzer über vertiefte Rechtskenntnisse verfügen müssen) und einem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Anbieters und des Erwerbers von Vervielfältigungsstücken (zum Beispiel weil der Erwerber eines Werkexemplars hiernach Sicherungskopien machen kann). Angesichts der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung in der digitalen Informations- und Wissensgesellschaft ist es ungerechtfertigt, digitale Vervielfältigungen anders zu behandeln als analoge. Schließlich ist daran zu erinnern, dass Nutzer auch im Falle einer gemäß § 95b Abs. 1 UrhG „durchsetzungsstark“ ausgestalteten Privatkopieschranke keineswegs beliebig technische Schutzmaßnahmen umgehen dürfen. Sie erhalten nur einen Anspruch auf Bereitstellung der „notwendigen Mittel“, um Privatkopien „in erforderlichem Maß“ anfertigen zu können. Die Nutzer (beziehungsweise ihre Interessenvertreter, siehe § 2a Abs. 1 UKlaG) müssen also aktiv werden, um ihre Befugnisse realisieren zu können. Durch diesen Ausschluss von „Selbsthilfemaßnahmen“ ist und bleibt die Inanspruchnahme von § 53 Abs. 1 UrhG auch dann erheblich eingeschränkt, wenn § 95b UrhG auf digitale Privatkopien erweitert wird. Den Interessen der Rechteinhaber würde hierdurch ausreichend Rechnung getragen.

Vor diesem Hintergrund sollte von der Option in Art. 6 Abs. 4, UA 2 der InfoSoc-Richtlinie Gebrauch gemacht und die Beschränkung der Regelung in § 95b Abs. 1, Nr. 6a UrhG auf

Ausmaß erreicht (siehe hierzu unten, Abschnitt 2, III.). Dies wird bei Downloads von Vervielfältigungsstücken, die ausschließlich der privaten Nutzung des jeweiligen Werkes dienen, im Zweifel niemals der Fall sein. Verfolgt der Downloader dagegen (auch) erwerbswirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke, fallen die Vervielfältigungen ohnehin nicht unter § 53 Abs. 1 UrhG. Da die Beschränkung auf „offensichtlich rechtswidrige Vorlagen“ insofern keine praktische Bedeutung hat, sollte sie gestrichen werden. Sie führt angesichts der Auslegungsschwierigkeiten, die diese Begrifflichkeit mit sich bringt, zu erheblicher Rechtsverwirrung, die nicht einmal von Experten aufgelöst werden kann. Hinzu kommt, dass das Verbot derartiger Downloads dazu führt, dass es nicht einmal möglich ist, solche Nutzungshandlungen finanziell über die Pauschalvergütung nach den §§ 54 ff. UrhG zu kompensieren. Da keine Kontrolle möglich ist, sollte im Sinne des Grundsatzes „Vergüten, was nicht verboten werden kann“ zumindest eine finanzielle Kompensation realisiert werden. Dies kann nur erreicht werden, wenn das Verbot von Downloads aus Tauschbörsen aufgehoben wird. Im Übrigen findet sich eine solche Einschränkung nicht in Art. 5 Abs. 2b der InfoSoc-Richtlinie und ist daher auch insofern nicht erforderlich.

²²¹ BT-Drcks. 16/1828, S. 20.

²²² Siehe unter anderem Fn. 214.

„Vervielfältigungen auf Papier oder einen ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung“ gestrichen werden. Alternativ kann – da auch die Richtlinie diesbezüglich unterscheidet – lit. a in der geltenden Form aufrecht erhalten und in einem neuen lit. b hinzugefügt werden:

„Abs. 1, soweit es sich um Vervielfältigungen auf digitalen Trägern handelt, sofern die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch nicht bereits durch die Rechtsinhaber in dem für die Nutzung nach § 53 Abs. 1 UrhG erforderlichen Maße ermöglicht worden ist;“

Eine solche Einschränkung erscheint – abgesehen davon, dass sie durch die Richtlinie vorgeschrieben wird – als tragbarer Kompromiss, der die Interessen von Rechteinhabern und Verbrauchern in einen angemessenen Ausgleich bringt. Die Rechteinhaber können hiernach selbst dafür sorgen, dass digitale Privatkopien in ausreichendem Maße möglich sind. Nur wenn sie dem nicht nachkommen, haben die Nutzer einen Anspruch auf die Bereitstellung der „notwendigen Mittel“, um von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen.²²³

6. Plädoyer für eine vertragliche Unabdingbarkeit der Privatkopieschranke

Wie bereits ausgeführt, werden Schrankenbestimmungen bei digitalen Werken häufig durch allgemeine Geschäftsbedingungen wie Nutzungs- oder Lizenzbestimmungen ausgeschlossen. Die Wahrnehmbarkeit der Nutzerbefugnisse wird durch diese Entwicklung erheblich gefährdet. Solange Schrankenbestimmungen nicht „vertragsfest“, also unabdingbar, ausgestaltet sind, verbleiben den Rechteinhabern und Anbietern der Werkexemplare weitgehende Möglichkeiten, die konkrete rechtliche Situation in Bezug auf die Nutzungsbefugnisse zu ihren Gunsten zu regeln. So können Privatkopien, sogar einzelne Sicherungskopien, nach geltendem Recht in der Regel durch AGB ausgeschlossen werden (siehe Abschnitt 1.I). Insofern führt die vertragliche Abdingbarkeit der Privatkopie und anderer wichtiger Schrankenregelungen zu einem ähnlichen Effekt, wie der überbordende Schutz technischer Maßnahmen. Nach geltendem Recht ergänzen sich diese beiden Möglichkeiten, die Nutzerbefugnisse nach § 53 Abs. 1 UrhG auszuschließen, sogar.

Um diese zunehmende Interessenverschiebung zulasten der Nutzer aufzuhalten, wäre es von großer Bedeutung, wenn in § 53 UrhG, etwa in einem neuen Absatz 8, bestimmt würde:

(8) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu den Befugnissen aus Abs. 1 bis 3 stehen, sind nichtig.

²²³ Zwingend notwendig wäre eine solch ausdrückliche Beschränkung meines Erachtens dennoch nicht. Schon nach § 95b Abs. 1 Satz 1 UrhG sind solche Ansprüche nur gegeben, wenn es notwendig ist, um von „diesen Bestimmungen (hier § 53 Abs. 1 UrhG) in dem erforderlichen Maße Gebrauch machen zu können“. Ermöglicht es der Rechteinhaber von sich aus, digitale Privatkopien im erforderlichen Maß anzufertigen zu können, entfällt der Anspruch. Als Klarstellung wäre ein Zusatz wie vorgeschlagen indes unbedenklich und unter Umständen auch von Vorteil.

III. Begrenzung der Kosten für Abmahnungen an Verbraucher wegen Urheberrechtsverletzungen

1. § 97a UrhG

Im Zuge der Implementierung des „Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ zum 1.9.2008 hat der Gesetzgeber mit § 97a UrhG erstmals eine urheberrechtliche Spezialregelung zu Abmahnungen eingeführt. Durch die Neuregelung sollten „die bestehenden Regelungen zu Abmahnungen für urheberrechtliche Rechtsverletzungen noch verbessert werden, um einen angemessenen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu gewährleisten“.

Vor allem dem Verbraucherschutz soll § 97a Abs. 2 UrhG dienen, nach dem der Ersatzanspruch für Abmahnkosten für die „erstmalige Abmahnung“ in „einfach gelagerten Fällen“ bei nur „unerheblichen Rechtsverletzungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“ auf 100,00 Euro beschränkt ist. Verbraucher sollen vor „überzogenen Forderungen“ geschützt werden.²²⁴ In der Gesetzesbegründung²²⁵ sind – nicht abschließend – einige Fallbeispiele genannt, auf die die Neuregelung insbesondere abzielt:

- *„öffentliches Zugänglichmachen eines Stadtplanausschnitts der eigenen Wohnumgebung auf einer privaten Homepage ohne Ermächtigung des Rechtsinhabers;*
- *öffentliches Zugänglichmachen eines Liedtextes auf einer privaten Homepage, ohne vom Rechtsinhaber hierzu ermächtigt zu sein;*
- *Verwendung eines Lichtbildes in einem privaten Angebot einer Internetversteigerung ohne vorherigen Rechtserwerb vom Rechtsinhaber.“*

2. Kritik

§ 97a Abs. 2 UrhG ist nahezu überall auf massive Kritik gestoßen. Manche Stimmen sprechen sich gegen eine solche Regelung an sich aus, da sie „den Rechtsschutz des Verletzten verkürzt“²²⁶, „systemwidrig“ ist²²⁷ und „geradezu als Freibrief für Rechtsverletzungen verstanden kann, statt das Verständnis für Urheberrechte als Eigentumsrechte zu stärken“²²⁸. Auch würde die Regelung die Rechteinhaber (und teilweise auch deren Rechtsanwälte) unangemessen benachteiligen, da die dem Anwalt nach dem „Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte“ (RVG)²²⁹ zu berechnenden Gebühren, die der Rechteinhaber zu tragen hat, in aller Regel höher seien als 100 Euro. Der Rechteinhaber bliebe dann in Fällen, da die Kostendeckelung des § 97a UrhG greift, auf einem Teil seiner Kosten sitzen, wenn er seine Rechte durchsetzt²²⁹. Auch sei eine gesetzliche Festschreibung zu

²²⁴ So die amtliche Begründung in der Beschlussempfehlung, BT-Drcks. 16/8783, S. 50 und den Regierungsentwurf BT-Drcks. 16/5048, S. 48.

²²⁵ Siehe Beschlussempfehlung, BT-Drcks. 16/8783, S. 50.

²²⁶ So Ewert/v. Hartz, MMR 2009, S. 84.

²²⁷ So Schrickler/Wild, § 97a, Rn. 34.

²²⁸ Ebenda.

²²⁹ Ewert/v. Hartz, MMR 2009, S. 84/89.

unflexibel, da Gesetzesänderungen notwendig seien, um zum Beispiel inflationsbedingte Anpassungen vornehmen zu können²³⁰.

Unisono sind sowohl Kritiker als auch Befürworter eines gesetzlichen Schutzes vor überzogenen Abmahngebühren der Ansicht, dass § 97a UrhG letztlich ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erfüllen. Gerichtliche Auseinandersetzungen über Kostenersatzansprüche würden nicht vermieden, insbesondere aufgrund der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe, die einen so erheblichen Auslegungsspielraum der Gerichte eröffnen, dass ein „Rechtsfrieden“ hierdurch nicht zu erreichen sei.²³¹

Im Detail sind ersichtlich alle Tatbestandsmerkmale des § 97a Abs. 2 UrhG in Rechtsprechung und Literatur umstritten.²³²

3. Auswirkungen in der Praxis

Tatsächlich sind gerichtliche Entscheidungen, in denen die mittlerweile seit immerhin über zwei Jahren geltende Kostendeckelung angewendet wurde, noch immer sehr rar.²³³ Insbesondere in Bezug auf die praktisch besonders wichtigen Tauschbörsenfälle ist bislang nur eine einzige Entscheidung bekannt geworden, in denen ein Gericht von einem Fall des § 97a UrhG ausgegangen ist. Das Amtsgericht Frankfurt am Main wendete § 97a Abs. 2 UrhG in einem Fall an, in dem ein Tauschbörsennutzer eine einzige Musikdatei zum Download angeboten hatte.²³⁴

Darüber hinaus ist nur eine weitere Entscheidung bekannt geworden, in dem die Anwendbarkeit des § 97a UrhG bejaht wurde. Das OLG Brandenburg hat – immerhin rechtskräftig – entschieden,²³⁵ dass die unzulässige Verwendung eines Herstellerfotos von einem GPS-Empfänger für eine private eBay-Auktion eine unerhebliche Rechtsverletzung gemäß § 97a Abs. 2 UrhG darstellt und dem Rechteinhaber dementsprechend Abmahnkosten nur in Höhe von 100,00 Euro gewährt.

Andere Gerichte haben sich in Tauschbörsenfällen unisono gegen die Anwendung der Kostendeckelung ausgesprochen. Das AG München meinte in einem Fall, in dem ein Nutzer ein Hörbuch über ein Filesharing-Netz zum Download angeboten hatte, dass § 97a Abs. 2 UrhG schon deshalb ausgeschlossen sei, da kein unerheblicher Rechtsverstoß vorliege, wenn durch das Anbieten eines Werkes in einer Tauschbörse „mehrere 100.000 Nutzer“ auf die

²³⁰ Fromm/Nordemann-Jan Bernd Nordemann, § 97a, Rn. 31: „Der Gesetzgeber hat sich bei § 97a Abs. 2 UrhG für die denkbar schlechteste Lösung entschieden ...“

²³¹ So zum Beispiel Ewert/v. Hartz, MMR 2009, S. 84; Kitz, MMR 2007, S. 477/478; Schrickler/Wild, § 97a, Rn. 34.

²³² Siehe nur die ausführliche Analyse bei Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662, die sich im Ansatz für eine Abmahndeckelung aussprechen einerseits und Ewert/v. Hartz, MMR 2009, S. 84 ff. andererseits, die dies ablehnen. Die Tatbestandsmerkmale eröffnen – und das wird bei einer Gegenüberstellung der beiden ausführlichen Aufsätze sehr deutlich – außerordentlich großen Auslegungsspielraum. Dementsprechend lässt sich annähernd jedes Ergebnis begründen. Dies öffnet Tür und Tor für eine uneinheitliche Rechtsprechung, da den Gerichten die Möglichkeit eröffnet wird, subjektive Erwägungen über die Angemessenheit einer Kostenbeschränkung für derartige Abmahnungen einfließen zu lassen.

²³³ Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662/663: „Einen durchschlagenden Anwendungserfolg in der Praxis kann man der Neuregelung bislang nicht bescheinigen.“

²³⁴ Siehe <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/1013-AG-Frankfurt-am-Main-Az-30-C-235309-75-Anwendbarkeit-von-97a-Abs.-2-bei-Filesharing-Abmahnungen.html> = BeckRS 2010, 12644.

²³⁵ MMR 2009, 258, siehe auch online unter <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/710-OLG-Brandenburg-Az-6-U-5808-Urheberrechtsverletzungen-bei-Ebay.html>.

Datei zugreifen könnten.²³⁶ Das LG Köln sah in einer Abmahnung, die sich gegen das Anbieten eines Musikalbums in einer Tauschbörse wendete, aufgrund der „komplexen Materie“ schon keinen einfach gelagerten Fall, „zumal das Werk für alle an der Tauschbörse Teilnehmende abrufbar war“²³⁷. Das LG Hamburg lehnte die Anwendbarkeit von § 97a UrhG mangels „unerheblicher Rechtsverletzung“ sogar in einem Fall ab, in dem ein eBay-Verkäufer lediglich zwei „Bootleg-CDs“ (also unzulässige Konzertmitschnitte) auf der Auktionsplattform versteigern wollte.²³⁸

Zwischenzeitlich kam Hoffnung auf weitere Klarstellungen durch höchstrichterliche Entscheidungen des BGH und sogar des BVerfG auf, die letztlich jedoch enttäuscht wurden. Der BGH hat in seiner Pressemitteilung zur Entscheidung über die Haftung eines WLAN-Betreibers²³⁹ für einen einzelnen von Dritten zum Download über ein Filesharing-System angebotenen Musiktitel am Rande erwähnt, dass „nach geltendem, im Streitfall aber noch nicht anwendbaren Recht insofern maximal 100,00Euro anfallen“. Es war hiermit zu hoffen, dass sich der BGH auch in den Urteilsgründen, zumindest in einem obiter dictum, mit § 97a Abs. 2 UrhG auseinandersetzen würde. Im Urteil selbst wurde die Regelung dann jedoch mit keinem Wort erwähnt.²⁴⁰

Keine weiteren Erkenntnisse hat auch ein Beschluss des BVerfG erbracht, durch den die Verfassungsbeschwerde eines eBay-Händlers gegen § 97a UrhG als unzulässig abgewiesen wurde.²⁴¹ Der Beschwerdeführer sah sich in seinen Grundrechten verletzt, da er sich nicht mehr effektiv gegen die unberechtigte Verwendung seiner Produktfotos durch Dritte wehren könne. Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da es keine unmittelbare Betroffenheit sah. Eine Auseinandersetzung mit der Verfassungsmäßigkeit von § 97a UrhG oder den Details der Regelung enthält der Beschluss nicht. Das BVerfG nimmt hierzu nur sehr allgemein Stellung und meint insbesondere, dass die Auswirkungen der neuen Vorschrift noch nicht hinreichend konkret absehbar seien.²⁴²

²³⁶ AG München, Urteil vom 11.11.2009, Az. 142 C 14130/09, siehe hierzu <http://abmahnung-blog.de/tag/142-c-1413009> und Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662/663.

²³⁷ NJOZ 2010, 1931.

²³⁸ GRUR-RR 2010, 404. Das Gericht stellt für seine Entscheidung – mit äußerst fragwürdiger Begründung – insbesondere darauf ab, dass „von der Bekl. zwei CDs (davon eine Doppel-CD) mit insgesamt 32 nicht autorisierten Titeln angeboten“ wurden. Offensichtlich verkennt das Gericht, dass die Auswirkungen auf die Interessen des Rechteinhabers (sollte es diesen Aspekt als maßgebliches Kriterium für die „Unerheblichkeit“ der Rechtsverletzung angesehen haben, was aus dem Urteil nicht hervorgeht) beim Verkauf zweier CDs, die in der Folge lediglich den Eigentümer wechseln, äußerst gering sind.

²³⁹ Pressemitteilung Nr. 101/2010 vom 12.5.2010, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&sid=ec99fb0d1b8aac4097684f212d939381&nr=51934&pos=2&anz=5>.

²⁴⁰ BGH MMR 2010, 605 – Sommer unseres Lebens, mit Anmerkung Mantz. Immerhin, so Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662/663, „gibt die PM des BGH hierzu das sehr deutliche Signal, dass bei nur einem hochgeladenen Lied eine Kostendeckelung gerechtfertigt ist.“ Weniger optimistisch ist Mantz in seiner Anmerkung zum BGH-Urteil: „Das Urteil enthält entgegen der Pressemitteilung keine Erwähnung der Kostenkappung für die Abmahnung auf EUR 100,- nach §97a Abs. 2 UrhG. Alle diesbezüglichen Ausführungen in die eine oder andere Richtung sind damit hinfällig. Allerdings gilt dies auch für den Hinweis in der Pressemitteilung, dass §97a UrhG auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sein soll. Denn der BGH hat die komplette Kostenentscheidung an das OLG Frankfurt/M. zurückverwiesen. Es liegt jetzt in der Hand des OLG Frankfurt/M. nicht nur den Streitwert zu bestimmen, sondern auch über eine Anwendung von § 97a UrhG auf Altfälle zu entscheiden, da der BGH hierzu keine nach § 563 Abs. 2 ZPO bindende Ansicht geäußert hat. Die Anwendbarkeit auf Altfälle nimmt zum Beispiel das OLG Brandenburg (MMR 2009, 258) an.“

²⁴¹ Siehe GRUR 2010, 416.

²⁴² In Absatz 26 (GRUR 2010, 418) heißt es: „Schließlich bleibt abzuwarten, ob sich die Neuregelung überhaupt als wirksam erweist oder ob die Praxis Wege findet, ihren Anwendungsbereich zu minimieren. Dies könnte zum einen aus dem Umstand herrühren, dass die missbräuchliche Abmahnung als solche, bei der es bereits an

4. Stellungnahme

Der Kritik in der Rechtsliteratur ist insoweit zuzustimmen, als nicht davon auszugehen ist, dass das eigentliche Problem durch § 97a UrhG gelöst wird. Dies scheitert vor allem an den vielen unbestimmten Rechtsbegriffen. Der hierdurch eröffneten Spielraum ist so groß, dass die Gerichte annähernd uneingeschränkt nach ihrer eigenen subjektiven Wertung entscheiden können, ob sie eine Deckelung der Abmahnkosten allgemein oder im jeweiligen Fall für angemessen halten. Auch der Umstand, dass in den Fallbeispielen der amtlichen Begründung (siehe oben) das für die Verbraucher drängendste Problem, Abmahnungen aufgrund von Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen, nicht genannt wurde, entwertet die Bedeutung von § 97a Abs. 2 UrhG erheblich.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber offenbar nicht bedacht hat, dass zwischen dem Tatbestandsmerkmal der „unerheblichen Rechtsverletzung“ und dem des „gewerblichen Ausmaßes“ im Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2, Abs. 9 UrhG faktisch ein enger Zusammenhang besteht.

Zwar ist der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ selbstverständlich nicht mit dem der „unerheblichen Rechtsverletzung“ gleichzusetzen.²⁴³ In den Tauschbörsenfällen ist die Gewähr des Auskunftsanspruchs jedoch eine unumgängliche Voraussetzung dafür, dass es überhaupt zu einer gerichtlichen Entscheidung zu § 97a UrhG kommen kann. Nur über diesen Weg²⁴⁴ können Rechteinhaber die Identität des Anschlussinhabers ermitteln, über dessen Internet-Zugang die Verletzungshandlung begangen wurde. In diesen Tauschbörsenfällen dürfte damit jeder Abmahnung und jedem Verfahren ein Auskunftsverfahren vorausgegangen sein.

In den Auskunftsverfahren wird der Begriff des „gewerblichen Ausmaßes“ gemäß § 101 Abs. 2 UrhG in der Regel sehr weit auslegt. So gehen die meisten Gerichte davon aus, dass eine Urheberrechtsverletzung im „gewerblichen Ausmaß“ bereits vorliegt, wenn der Nutzer ein einziges vollständiges Musikalbum online stellt (zum Beispiel in einer Tauschbörse).

einem Urheberrechtsverstoß fehlt, von § 97a Abs. II UrhG nicht erfasst wird, sondern nur die berechtigte Abmahnung unter Forderung hoher oder überhöhter Anwaltskosten in Bagatellfällen. Weiterhin wird die Norm einen böswilligen Abmahner nicht davon abhalten, allein durch Aufbauen einer Drohkulisse etwa unerfahrene Internetnutzer zur Bezahlung unberechtigter, jedenfalls überhöhter Forderungen zu drängen (vgl. Tyra, ZUM 2009, Seite 934 [939ff.]). Schließlich könnten die in ihrem Urheberrecht in einem von § 97a Absatz II UrhG erfassten Fall Verletzten versuchen, durch eine zunächst von ihnen selbst ausgesprochene Abmahnung die hierbei entstehenden Kosten niedrig zu halten, um erst bei Erfolglosigkeit in einem zweiten Schritt einen Anwalt zu beauftragen, dessen Abmahnung nicht mehr ‚erstmalig‘ im Sinne von § 97a Absatz II UrhG sein könnte (vgl. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrheberR, 10. Aufl. [2008], § 97a Rdnr. 36; Dreier/Schulze-Dreier, 3. Aufl. [2008], § 97a Rdnr. 15). All dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die Eingriffswirkung des § 97a UrhG im Hinblick auf den grundrechtlichen Eigentumsschutz.“

²⁴³ Zutreffend Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662/666.

²⁴⁴ Zwar gibt es theoretisch noch immer die Möglichkeit, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den unbekanntes Verletzer einzuleiten und in dessen Verlauf die Identität des Verletzers in Erfahrung zu bringen, wie es vor In-Kraft-Treten des Auskunftsanspruchs praktiziert wurde. Angesichts des Aufwands, den diese Methode erfordert und des Umstands, dass die meisten deutschen Staatsanwaltschaften bereits seit dem Jahr 2008 nur noch in Fällen mit erheblichem Ausmaß ermitteln (siehe <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Abmahnmaschinerie-der-Medienindustrie-geraet-ins-Stocken-193363.html>: Ermittlungen nur, wenn mehr als 3000 Musikstücke oder 2300 Filme angeboten werden), dürfte dieses Verfahren jedoch kaum mehr beschritten werden.

Hierfür sprachen sich unter anderem die LG in Köln²⁴⁵, Bielefeld²⁴⁶, Oldenburg²⁴⁷, Frankfurt am Main²⁴⁸ und Nürnberg²⁴⁹ aus. Dies gilt nach herrschender Rechtsprechung jedenfalls, soweit es sich um kurz zuvor veröffentlichte (Musik-) Titel handelt. Auch bei den Oberlandesgerichten wird diese Auffassung häufig vertreten.²⁵⁰

Von der Vielzahl ergangener Entscheidungen zu diesem Punkt wurde im Zweifel nur ein kleiner Teil veröffentlicht. Jedenfalls das oben genannte Urteil des AG Frankfurt/Main legt es nahe, dass die Mindestgrenze für ein gewerbliches Ausmaß zum Teil noch niedriger angesetzt wird. In diesem Fall wurde nur ein einziger Musiktitel online angeboten. Der Umstand, dass die Abmahnung, über deren Kostenerstattung vor dem AG Frankfurt am Main gestritten wurde, überhaupt ausgesprochen werden konnte, spricht dafür, dass zuvor das zuständige Gericht einen Auskunftsanspruch zugesprochen hat.²⁵¹ Es muss also ein gewerbliches Ausmaß bei der öffentlichen Zugänglichmachung nur eines einzigen Musikstücks angenommen haben.

Diese Rechtsprechung hat naturgemäß auch Auswirkungen auf die Spruchpraxis zu § 97a UrhG. Entscheiden die Gerichte, dass die öffentliche Zugänglichmachung eines Albums oder gar eines einzigen Titels bereits eine Verletzungshandlung in „gewerblichem Ausmaß“ darstellt, kann schwerlich begründet werden, dass dieselbe Handlung im Rahmen der Entscheidung über die Abmahnkosten als „unerhebliche Rechtsverletzung“ im Sinne des § 97a UrhG gewertet wird.²⁵²

5. Alternativer Vorschlag für ein Maßnahmenpaket

§ 97a UrhG schon jetzt als gescheitert anzusehen, wäre angesichts der Tatsache, dass die Regelung erst seit ca. zwei Jahren in Kraft gilt und bislang kaum Rechtsprechung hierzu

²⁴⁵ ZUM 2008, 998, sowie http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_290.pdf. Hier heißt es nur, das gewerbliche Ausmaß liege vor, „da eine umfangreiche Datei unmittelbar nach Veröffentlichung des Tonträgers in Deutschland öffentlich zugänglich gemacht wurde“.

²⁴⁶ BeckRS 2008, 21933.

²⁴⁷ MMR 2008, 832, sowie http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1768.

²⁴⁸ MMR 2008 829, sowie http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2008_298.pdf.

²⁴⁹ http://www.musikindustrie.de/fileadmin/news/recht/LG_Nuernberg-Fuerth_3_O_8013-08.pdf.

²⁵⁰ Siehe die Nachweise bei Schrickler/Wimmers, § 101, Rn. 36. Anderer Auffassung war das OLG Oldenburg (MMR 2009, 188), das ein gewerbliches Ausmaß in einem Fall verneint hat, in dem ein zwar aktuelles und erfolgreiches Album angeboten, aber nur einmal heruntergeladen wurde. In einem solchen Fall könne von einer Rechtsverletzung mit gewerblichem Ausmaß nicht ausgegangen werden, da dies den äußersten Wortsinn als Grenze jeder Auslegung überschreite. Dem folgend auch LG Kiel, ZUM 2009, 978. Eine engere Auslegung vertritt zudem das OLG Zweibrücken, nach dem eine Handlung im „gewerblichen Ausmaß“ nur vorliege, wenn sie zur Erlangung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Vorteils vorgenommen wird. Handlungen von Endverbrauchern in gutem Glauben seien in der Regel nicht erfasst. Für ein Handeln im „gewerblichen Ausmaß“ müsse vielmehr eine Rechtsverletzung von erheblicher Qualität vorliegen (siehe ZUM-RD 2008, 605).

²⁵¹ Zwar ist theoretisch denkbar, dass die Auskunft über ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren erlangt wurde, da dieser Weg theoretisch auch heute noch beschritten werden kann (siehe Fn. 244). Dies ist jedoch eher unwahrscheinlich. Ausweislich des Beschlusses geschah die Verletzungshandlung am 2.1.2009, mithin nach In-Kraft-Treten des neuen § 101 UrhG. Im Übrigen ist es angesichts der oben (Fn. 244) geschilderten Haltung der Staatsanwaltschaften höchst unwahrscheinlich, dass ein Ermittlungsverfahren wegen einer solch geringfügigen Verletzungshandlung durchgeführt wurde.

²⁵² So auch Nümann/Meyer, ZUM 2010, 321/324, die davon ausgehen, dass angesichts der Anforderung des gewerblichen Ausmaßes für den Auskunftsanspruch, geringfügige Verletzungshandlungen in Tauschbörsen „gar nicht ermittelt“ werden können.

ergangen ist, sicherlich ebenso voreilig, wie schon jetzt eine Neuregelung zu fordern. Allerdings ist kaum damit zu rechnen, dass § 97a Abs. 2 UrhG letztlich seinen Zweck erfüllen wird. Daher sollte zumindest darüber nachgedacht werden, ob und wie die Defizite des § 97a UrhG durch alternative Maßnahmen behoben werden könnten.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Begrenzung von Abmahnkosten kein Allheilmittel ist. Eine solche Maßnahme kann nur sehr eingeschränkt die extremsten Auswüchse einer prekären Gesamtsituation korrigieren. Das eigentliche Problem liegt darin, dass die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken im Internet, derzeit vor allem in Tauschbörsen, bei vielen Verbrauchern – vor allem der jüngeren Generationen – heutzutage völlig üblich, gleichwohl aber nach geltendem Recht rechtswidrig ist. Um diesem Dilemma effektiv und nachhaltig zu begegnen, wären eigentlich Änderungen des geltenden Rechts – wie sie zum Beispiel mit dem Modell der Kulturfltrate vorgeschlagen werden (siehe oben) – erforderlich. Das Problem von Massenabmahnungen und überhöhten Abmahngebühren würde sich damit in großen Teilen erledigen. Angesichts der weitgehend auf die verbesserte Durchsetzung des Rechts und die effektivere Verfolgbarkeit von Urheberrechtsverletzungen fokussierende Haltung der Politik, ist – jedenfalls bis auf weiteres – indes kaum davon auszugehen, dass ein solcher Weg beschritten wird.

Eine Maßnahme oder ein Maßnahmenpaket, mit dem gleichzeitig effektiv das Kostenrisiko für Verbraucher durch Abmahnungen reduziert wird und die Interessen der Rechteinhaber gewahrt werden, wäre angesichts dessen im Prinzip der richtige Schritt. Die oben dargestellten Schwächen des § 97a UrhG zeigen, was es hierbei zu vermeiden gilt. Problematisch sind vor allem normative unbestimmte Rechtsbegriffe. Diese führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit, unter anderem weil ihre Auslegung zumeist erst im Prozess geklärt werden kann²⁵³ und wobei ihr Vorliegen vom Abgemahnten – sollte es zum Prozess kommen – auch noch bewiesen werden muss.²⁵⁴

Maßnahmen zur Senkung von Abmahnkosten in bestimmten Fällen dienen dabei nicht dazu, missbräuchliche Abmahnungen zu verhindern, also etwa solche, die in betrügerischer Absicht ausgesprochen werden oder deren Zweck nicht in erster Linie darin liegt, die Rechtsverletzung zu unterbinden, sondern darin, Rechtsanwaltsgebühren zu generieren. In Missbrauchsfällen können bereits nach dem geltenden Recht keine Abmahngebühren gefordert werden.²⁵⁵ Auch § 97a UrhG dient nicht dazu, missbräuchliche oder gar betrügerische Abmahnungen zu verhindern, sondern ausweislich der amtlichen Begründung dazu, einen Interessenausgleich zwischen den Nutzern und Rechteinhabern in Bezug auf „überzogene Anwaltshonorare“ herzustellen.²⁵⁶ Mit „überzogen“ ist nicht „unberechtigt“ oder „missbräuchlich“ gemeint, da § 97a UrhG solche Fälle gar nicht erfasst.²⁵⁷ Intention der Regelung ist vielmehr, den geltenden Rechtsrahmen, innerhalb dessen Rechtsanwaltsgebühren für berechnete Abmahnungen geltend gemacht werden können, anzupassen, um

²⁵³ So Kitz, MMR 2007, S. 477/478 mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁴ Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 84/89.

²⁵⁵ Siehe hierzu eingehend, OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 122 ff. – Rechtsanwaltsabmahnung in Routinesachen; Ewert/v. Hartz, ZUM 2007, 450/452. Unter anderem kommt in solchen Fällen eine entsprechende Anwendung von § 8 Abs. 4 UWG in Betracht. Auch § 249 BGB kann der Geltendmachung von Abmahnkosten in solchen Fällen entgegenstehen. Schließlich ist hier auch eine Geltendmachung nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA - §§ 670, 683 S. 1 BGB) ausgeschlossen, da die es nicht „erforderlich“ ist, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Damit entfällt die maßgebliche Anspruchsgrundlage für den Kostenersatzanspruch (siehe OLG Düsseldorf, ebenda).

²⁵⁶ BT-Drcks. 16/5048, S. 48.

²⁵⁷ Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 84/85.

die Belastung von Privatanutzern durch solche Forderungen in bestimmten Fällen von Urheberrechtsverletzungen durch Verbraucher zu mindern.

5.1 Erste Maßnahme: Deckelung der Gegenstandswerte

5.1.1 Grundsätzliche Überlegung

Der Grund für häufig unzumutbare Abmahngebühren liegt in der Bemessung der Gegenstandswerte (§ 2 Abs. 1 RVG)²⁵⁸, auf dessen Basis sie berechnet werden. Aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht ist die Gegenstandswertbemessung schon im Grundsatz problematisch, da sie zunächst vom Abmahnenden nach eigener Schätzung vorgegeben wird.²⁵⁹ Dass die Schätzung ebenso wie die geltend gemachten Kosten gerichtlich überprüft werden können, nützt den meisten Verbrauchern nichts. Denn um eine solche Überprüfung erzielen zu können, müssten sie sich auf eine Klage einlassen, was wegen des erhöhten Kostenrisikos erfahrungsgemäß nur wenige Verbraucher tun und auch Sinn und Zweck der Abmahnung (der gerade darin liegt, gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden) zuwiderläuft.

Hinzu kommt, dass der Bemessung durch den Verletzten – jedenfalls im gerichtlichen Verfahren – nach dem BGH sogar „indizielle Bedeutung“ zukommt.²⁶⁰ Da die Gerichte den Streitwert nach freiem Ermessen schätzen können (§ 3 ZPO) und der wirtschaftliche Wert eines Unterlassungsanspruchs für den Verletzten an keiner festen oder gar empirisch belegten Größe gemessen werden kann,²⁶¹ ist die Rechtsprechung (zum Beispiel zu Streitwerten bei Tauschbörsenfällen) extrem uneinheitlich. In vielen Gerichtsentscheidungen wurde ein hoher Gegenstandswert gerade bei Internet-Rechtsverletzungen mit generalpräventiven Erwägungen²⁶² begründet, die jedoch – da sich die Höhe allein nach der wirtschaftlichen Beschwer des Verletzten richten darf – hier völlig sachfremd sind.²⁶³

²⁵⁸ Der Begriff „Gegenstandswert“ wird in § 2 Abs. 1 RVG wie folgt definiert: „Die Gebühren werden, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit hat.“ Die ZPO verwendet – zur Wertbestimmung unter anderem der Prozesskosten – dagegen den Begriff „Streitwert“ (siehe zum Beispiel § 107 ZPO). Beide Begriffe werden häufig synonym gebraucht, auch decken sich Streit- und Gegenstandswert inhaltlich. Die Berechnungsgrundlage von Anwaltsgebühren im außergerichtlichen (Abmahn-)Verfahren ist jedoch als „Gegenstandswert“ und nicht als „Streitwert“ zu bezeichnen.

²⁵⁹ Ewert/v. Hartz, ZUM 2007, 450/451.

²⁶⁰ BGH GRUR 93/94 – Berufungssumme.

²⁶¹ Untechnisch gesprochen hängt der Wert davon ab, wie viel Geld es (für den Verletzten) wert ist, dass die jeweilige Verletzungshandlung (also zum Beispiel das Anbieten von zehn Musikdateien in einer Tauschbörse) nicht mehr vorkommt. Zu berücksichtigen sind dabei unter anderem „der wirtschaftliche Wert des verletzten Urheberrechts, die Bedeutung und Größe des Verletzten und des Verletzers, Zeit, Umfang der Beeinträchtigung sowie weitere einzelfallabhängige Faktoren“ (so Ewert/v. Hartz, ZUM 2007, 450/451). Da bis heute nicht einmal belastbare Nachweise darüber vorliegen, ob und gegebenenfalls wie groß der durch Tauschbörsennutzungen verursachte Schaden für die Rechteinhaber insgesamt ist (siehe auch Fn. 279), liegt auf der Hand, dass es kaum möglich ist, diesen Wert bezogen auf eine einzelne Verletzungshandlung an objektiven Kriterien zu bemessen. Dies wiederum eröffnet viel Raum für mehr oder weniger spekulative subjektive Einschätzungen darüber, wie hoch der Wert des jeweiligen Interesses ist.

²⁶² Siehe die Beispiele bei Kitz, MMR 2007, S. 477/478. Das OLG Hamburg sah in einer Entscheidung die „wirkungsvolle Abschreckung“ als streitwertbestimmenden Faktor an (GRUR-RR 2004, 342/343). Diese Rechtsprechung hat das OLG Hamburg in einem späteren Urteil erneut bestätigt (GRUR-RR 2007, 375/376). Bei „massenhaft und vorsätzlich begangenen Rechtsverletzungen über das Internet [sei] die Streitwerte in Hinblick auf den erheblichen Angriffsfaktor und unter generalpräventiven Überlegungen verhältnismäßig hoch festzusetzen“. Das Kammergericht berücksichtigte die „Nachahmungsgefahr aus einem verbreiteten leichtfertigen Umgang mit derartigen Urheberrechten“ bei der Bemessung des Streitwertes (GRUR 2005, 88).

²⁶³ Kitz, MMR 2007, S. 477/478.

Erschwerend hinzu tritt der Umstand, dass sich der Verletzte bei Online-Rechtsverletzungen den Gerichtsstand quasi²⁶⁴ frei aussuchen kann (so genannter fliegender Gerichtsstand)²⁶⁵, so dass spezialisierte Kanzleien in derartigen Verfahren im Zweifel das Gericht anrufen werden, das von den höchsten Streitwerten ausgeht.

Diese Probleme verkennen die Kritiker, unter anderem der Deutsche Anwaltsverein (DAV) und die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), wenn sie meinen, die Möglichkeit, überhöhte Gegenstandswerte und Kostenforderungen für Abmahnungen gerichtlich überprüfen zu lassen, sei ausreichend, um die Interessen der Empfänger von Abmahnungen zu wahren.²⁶⁶

5.1.2 Begrenzung der Gegenstandswerte bei Abmahnungen gegen Verbraucher

Um dem Ziel, das Kostenrisiko durch Abmahnungen für Verbraucher bei Urheberrechtsverletzungen zu senken, näher zu kommen, wäre es zunächst denkbar, die Gegenstandswerte bei Abmahnungen gegen Urheberrechtsverletzungen in bestimmten Konstellationen der Höhe nach zu begrenzen.²⁶⁷

Eine solche Maßnahme wäre kein regulatives Novum. Sowohl das Gerichtskostengesetz (GKG – hiernach werden die Gerichtskosten berechnet) als auch das RVG enthalten viele Sonderregelungen, in denen Gegenstands- beziehungsweise Streitwerte in bestimmten Angelegenheiten auf konkrete Beträge festgelegt²⁶⁸ oder nach oben oder unten begrenzt werden.²⁶⁹ Diese Regelungen haben üblicherweise normativen Charakter, dienen also der Umsetzung einer Wertungsentscheidung und zielen zudem auf Rechtssicherheit ab.²⁷⁰

²⁶⁴ Eine Einschränkung besteht im Prinzip nur dahingehend, dass für Urheberrechtsverletzungen gemäß § 105 UrhG eine Spezialzuständigkeit bestimmter Gerichte besteht, die durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen festgelegt wird. Außer Schleswig-Holstein (und den Stadtstaaten, in denen es ohnehin nur jeweils ein Landgericht gibt) haben hiervon alle Länder Gebrauch gemacht, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 105, Rn. 2.

²⁶⁵ Urheberrechtsverletzungen können überall dort gerichtlich verfolgt werden, wo sie sich auswirken. Bei Rechtsverletzungen im Internet bedeutet das, dass ein Gerichtsstand überall dort begründet ist, wo ein rechtswidrig online gestelltes Werk abgerufen werden kann. Daher hat der Verletzte im Prinzip die freie Wahl, vgl. Dreier/Schulze-Schulze, § 105, Rn. 9. Mittlerweile scheint sich in der Rechtsprechung eine Tendenz abzuzeichnen, diese Wahlfreiheit einzuschränken. Der BGH führte in seiner New-York-Times-Entscheidung (GRUR 2010, 461/463) aus: „Die Ansicht, die die bloße Abrufbarkeit der rechtsverletzenden Inhalte für zuständigkeitsbegründend hält, widerspricht dem Sinn und Zweck des § 32 ZPO. Die in dieser Bestimmung geregelte Tatortanknüpfung stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass die Klage am Gerichtsstand des Bekl. zu erheben ist (actor sequitur forum rei). Ihre Rechtfertigung liegt in der durch den Handlungs- oder Erfolgsort begründeten besonderen Beziehung der Streitigkeit zum Forum. Eine besondere Beziehung zu einem bestimmten Forum wird durch die bloße Abrufbarkeit der rechtsverletzenden Inhalte allein jedoch nicht begründet. Denn die Abrufbarkeit einer Website ist infolge der technischen Rahmenbedingungen in jedem Staat gegeben. Ließe man die bloße Abrufbarkeit genügen, so käme es zu einer uferlosen Ausweitung der Gerichtspflichtigkeit des Bekl., die den zuständigkeitsrechtlichen Leitprinzipien der Vermeidung beziehungsarmer Gerichtsstände, der Reduzierung konkurrierender Zuständigkeiten und der Vorhersehbarkeit und präventiven Steuerbarkeit der potenziellen Gerichtspflichtigkeit eklatant zuwiderliefe.“ Anknüpfend an dieses Urteil, entschied das Amtsgericht Charlottenburg in zwei Urteilen (Az. 226C130-10 und 226 C 128/10, siehe http://blog.1und1.de/wp-content/uploads/2010/11/Urteil_AG_Charlottenburg_226C130-10.pdf) im November 2011, dass bei Internetdelikten der fliegende Gerichtsstand nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden könne. Grundsätzlich müsse die Klage (hier ging es um Persönlichkeitsrechtsverletzungen) entweder am Sitz des Beklagten oder aber am Sitz oder Wohnort des Klägers eingereicht werden. Ob sich diese Auffassung jedoch (auch in Bezug auf Urheberrechtsverletzungen) durchsetzt, ist derzeit noch nicht absehbar.

²⁶⁶ Siehe die Stellungnahmen der GRUR vom 4.10.2006, <http://www.grur.de/cms/upload/pdf/stellungnahmen/2006/2006-10-04Stellungnahme-GRUR-AbmahngebührenimUrheberrecht.pdf>, und des DAV aus dem Juli 2006, <http://www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/2006-44.pdf>.

²⁶⁷ In diese Richtung auch Kitz, MMR 2007, S. 477/478.

Eine gesetzliche Deckelung des Gegenstandswerts auf einen konkreten Betrag schafft Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Dass dies und ein Schutz der Verbraucher vor „überhöhten Abmahnkosten“ ein anzustrebendes Ziel ist, hat der Gesetzgeber mit Einführung des § 97a UrhG bereits entschieden.

Eine solche Maßnahme wäre dem Ansatz von § 97a UrhG deutlich überlegen, da sie das zu lösende Problem an der richtigen Stelle angeht. Dies liegt – wie gesagt – in dem annähernd unbegrenzten Spielraum, den Rechteinhaber und Gerichte bei der Bemessung von Gegenstands- und Streitwerten, insbesondere bei Unterlassungsansprüchen, haben. Dem könnte man mit einer gesetzlich eingeführten Obergrenze begegnen. Gleichzeitig belässt eine solche Lösung genug Spielraum zur Berücksichtigung des Einzelfalls, da die Werte bis zur Obergrenze anhand der jeweiligen Umstände bemessen werden können.

Eine Gegenstandswertbegrenzung hat aus Sicht der Rechteinhaber im Vergleich zu § 97a UrhG zudem den Vorteil, dass sie hiernach nicht Gefahr laufen, einen Teil ihrer Rechtsverfolgungskosten selbst tragen zu müssen. Sind die nach dem Gegenstandswert zu zahlenden Anwaltsgebühren – wie es in aller Regel der Fall sein wird – höher als die gegenüber dem Verbraucher nach § 97a UrhG erstattungsfähigen 100 Euro, muss der Rechteinhaber die Differenz nach geltendem Recht selbst tragen. Denn der Anspruch des Anwalts gegenüber seinem Gebührenschuldner (dem Verletzten) wird durch § 97a UrhG gerade nicht begrenzt, er schuldet die vollen, nach den allgemeinen Kriterien des RVG (also anhand des Gegenstandswerts) zu berechnenden Gebühren.²⁷¹

Bei einer Deckelung des Gegenstandswerts bestünde dieses Problem nicht. Der vom Abgemahnten geschuldete Kostenersatz entspräche dann wieder – wie es eigentlich vorgesehen ist – der Gebührenforderung des Anwalts gegenüber seinem Mandanten.²⁷²

5.1.3 Normative Begründung für eine Begrenzung des Gegenstandswerts für Verbraucherabmahnungen im Urheberrecht

Eine Begrenzung des Gegenstandswertes für Abmahnungen in bestimmten Fällen mit Verbraucherbezug würde den gleichen Erwägungen folgen, die hinter § 97a Abs. 2 UrhG stehen. Das aus Urheberrechtsverletzungen erwachsende Abmahnkostenrisiko für „unbescholtene Bürger“ soll begrenzt werden. Hierdurch würde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Verbraucher in der digitalen Welt zunehmend vor komplexe (urheber-) rechtliche Fragen gestellt werden, die sie häufig nicht beantworten können. Das Urheberrecht unterliegt einem erheblichen Bedeutungswandel. Aus einem Recht für Profis ist ein allgemeines Verhaltensrecht für die Gesellschaft geworden. Fast jedes Mitglied der Informationsgesellschaft wird beim alltäglichen Umgang mit digitalen Gütern ständig mit urheberrechtlichen Fragen

²⁶⁸ Siehe zum Beispiel § 30 RVG (Gegenstandswert in gerichtlichen Verfahren nach dem Asylverfahrensgesetz).

²⁶⁹ Siehe zum Beispiel § 28 RVG (Gegenstandswert im Insolvenzverfahren – „mindestens 4.000 Euro“), § 48 Abs. 1 Satz 2 GKG („In Rechtsstreitigkeiten aufgrund des Unterlassungsklagengesetzes darf der Streitwert 250.000 Euro nicht übersteigen.“)

²⁷⁰ So Kitz, MMR 2007, 477/478. Vgl. zum normativen Wertbegriff des GKG

Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann-Dörndorfer, Gerichtskostengesetz, 2. Auflage 2009, § 48, Rn. 1.

²⁷¹ Dies ergibt sich schon aus der Formulierung des § 97a UrhG („der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen“). So auch Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 84/89.

²⁷² Dies gilt jedenfalls, sofern Anwalt und Mandant vereinbart haben, dass (wie es vom Gesetz grundsätzlich vorgesehen ist) nach RVG abrechnet wird.

konfrontiert, die aufgrund der Komplexität der Materie jedoch meist nicht beantwortet werden können.²⁷³

Der Gesetzgeber hat die gesellschaftspolitische Bedeutung dieser Entwicklung scheinbar noch nicht erkannt. Jedenfalls hat er in den bisherigen Reformen des Urheberrechts (außer durch § 97a Abs. 2 UrhG) nicht hierauf reagiert. Statt vor allem die verbraucherrelevanten Regelungen stark zu vereinfachen, indem eine Art „Straßenverkehrsordnung für den digitalen Datenverkehr“ geschaffen wird, werden gerade Schrankenbestimmungen immer spezifischer, kleinteiliger und restriktiver, um „Piraterie“ effektiv bekämpfen zu können und traditionelle Geschäftsmodelle zu erhalten (wie zum Beispiel bei der Regelung der Privatkopie).

Das hiermit einhergehende Dilemma für die Verbraucher hat sich längst zu einer allgemeinen, sehr bedenklichen sozialen, rechtlichen und wirtschaftlichen Bedrohung für die Gesellschaft entwickelt. Diese manifestiert sich vor allem an der Problematik der Massenabmahnungen, der der Gesetzgeber mit § 97a UrhG begegnen wollte. Überzogene und dem Verbraucher nicht vermittelbare Abmahngebühren sind wiederum einer der Gründe für die mangelnde Akzeptanz und die „Legitimationskrise“ des Urheberrechts, das von vielen als ungerecht empfunden wird.²⁷⁴ Diese Entwicklung aufzuhalten, liegt nicht nur im Interesse der Gesellschaft und der Rechtsordnung allgemein, sondern auch im Interesse der Urheber und Verwerter.²⁷⁵

Kann oder will man dieses drängende Thema nicht grundsätzlich angehen, indem weitgehende Nutzungsfreiheiten (wie eine Kulturfltrate) gewährt werden und das Recht erheblich vereinfacht wird, ist es zumindest geboten, die sich aus dem geltenden Recht für die Verbraucher resultierenden Risiken zu minimieren. Hierfür wäre eine generelle Begrenzung der Gegenstandswerte für Abmahnungen bei Urheberrechtsverletzungen von Verbrauchern ein wichtiger und effektiver Schritt.

5.1.4 Umsetzung einer Begrenzung von Gegenstandswerten

5.1.4.1 Vorbemerkung: Schwierigkeiten bei der Formulierung des Gesetzestextes

Erkennt man die Vorzüge einer Begrenzung der Gegenstandswerte im Grundsatz an, stellt sich weiterhin die Frage, in welchen Fällen eine entsprechende Regelung eingreifen sollte. Um nicht das Defizit des § 97a UrhG zu reproduzieren sollte deren Anwendungsbereich möglichst klar definiert sein. Eine Vielzahl von Einschränkungen durch unbestimmte Rechtsbegriffe muss dagegen vermieden werden, will man den Vorteil eines solchen Ansatzes nicht durch mangelhafte Umsetzung wieder verspielen. Allerdings sind unbestimmte Rechtsbegriffe in derartigen Bestimmungen letztlich unentbehrlich. Eine Regelung etwa, die sich konkret auf die Handlungen von Verbrauchern in Tauschbörsen bezöge, wäre dem deutschen Recht nicht nur fremd, sondern auch schnell obsolet, da sie zu spezifisch auf die gegenwärtige

²⁷³ Kreutzer, Den gordischen Knoten, durchschlagen – Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept, in Böll Stiftung (Hrsg.): Copy.Right.Now – Ideen für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Berlin 2010, S. 45 f., http://www.boell.de/downloads/2010-04-copy_right_now_zukunft_urheberrecht.pdf.

²⁷⁴ Siehe hierzu Hansen, Das Urheberrecht in der Legitimationskrise – Ansätze, für eine rechtstheoretische Neuorientierung, in Böll-Stiftung (Hrsg.): Copy.Right.Now – Ideen für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Berlin 2010, S. 56 ff. sowie Kreutzer, Den gordischen Knoten, durchschlagen – Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept, im gleichen Band, S. 45 ff.; http://www.boell.de/downloads/2010-04-copy_right_now_zukunft_urheberrecht.pdf.

²⁷⁵ So auch Kitz, MMR 2007, S. 477 f.

Situation fokussiert. Es gilt daher, einen Mittelweg zu finden und einerseits möglichst eindeutige Begriffe zu verwenden, ohne andererseits die Flexibilität der Regelung zu sehr einzuschränken.

Bei aller Kritik an § 97a UrhG ist dem Gesetzgeber zuzugestehen, dass diese Gratwanderung und die Begriffsfindung äußerst schwierig sind. Hierbei müssen viele Aspekte berücksichtigt und in Ausgleich gebracht werden. Einerseits muss sichergestellt sein, dass der Schutzzweck (Vermeidung überhöhter Abmahnkosten für „unbescholtene Bürger“) zwar erreicht, aber nicht überschritten wird. Andererseits ist zu verhindern, dass die Möglichkeiten, Urheber- und Leistungsschutzrechte durchzusetzen, unangemessen erschwert werden. All diese Erwägungen sind dann möglichst prägnant in Worte zu fassen.

In Umsetzung dieser Grundprämisse muss zunächst der Aufwand, der vom Rechtsanwalt betrieben werden muss, um die Abmahnung vorzubereiten und zu formulieren, in irgendeiner Weise berücksichtigt werden. Ansonsten würden die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung für den Rechteinhaber über Gebühr erschwert. Dies kann zum Beispiel passieren, wenn die Deckelung auch in (aufwändigen) Fällen greift, in denen der limitierte Gegenstandswert zu niedrig ist, um eine angemessene Vergütung der Rechtsanwälte sicherzustellen. Die Regelung muss daher auf Standard-, also Routinefälle beschränkt werden.

Zudem gebietet es der Schutzzweck, dass nur Verbraucher und nicht „professionelle“ Rechtsverletzer wie zum Beispiel Release-Groups privilegiert werden. Um dies zu gewährleisten, könnte man an die Bedeutung der Verletzung für den Rechteinhaber anknüpfen. Allerdings hat die Erfahrung mit den §§ 97a Abs. 2, 101 Abs. 2 UrhG gezeigt, dass die bislang hierfür verwendeten Begriffe „gewerbliches Ausmaß“ und „unerhebliche Rechtsverletzung“ im Zweifel ungeeignet sind.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, nur den Aufwand (siehe oben), nicht aber die – gerade bei Tauschbörsenfällen offensichtlich unergründliche – Bedeutung für den Schaden des Rechteinhabers zu berücksichtigen, und stattdessen eine Abgrenzung nach Personengruppen oder der Intention beziehungsweise den Umständen der Rechtsverletzung vorzunehmen.

Auch das bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten. Die Regelung beispielsweise auf „Verbraucher“ zu beschränken reicht für sich genommen nicht aus, unter anderem deshalb, da auch Mitglieder von Release-Groups in der Regel nicht zu kommerziellen, gewerblichen oder beruflichen Zwecken agieren. Sie handeln damit zum Beispiel nicht im Zusammenhang mit einer „gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit“ und wären damit nach der Definition in § 13 BGB „Verbraucher“. Auch beschränken sich Schutzzweck und Rechtfertigung für eine Gegenstandswertsbegrenzung auf „versehentliche“ Rechtsverletzungen. Wer bewusst und willentlich gegen das Urheberrecht verstößt, ist dagegen nicht schutzwürdig.

Stellt man auf die Intention des Nutzers oder die Umstände der Verletzungshandlung ab, ergeben sich ähnliche Schwierigkeiten. So dienen öffentliche Zugänglichmachungen urheberrechtlich geschützter Werke nach geltendem Verständnis nicht ausschließlich dem privaten Gebrauch, so dass auch der Terminus „privat“ nicht hinreichend trennscharf ist. Grenzt man dagegen negativ ab und schließt Handlungen aus, die zu gewerblichen oder kommerziellen Zwecken vorgenommen werden oder die der Gewinnerzielung dienen, stellt sich wiederum das Problem, Fälle auszuschließen, in denen es um die Tätigkeit von Release-Groups und Ähnliches geht.

Diese Überlegungen sollten deutlich machen, dass es unrealistisch ist, eine solche Regelung so zu formulieren, dass sie einerseits den Anwendungsbereich, idealerweise unter Verwendung eingeführter Rechtsbegriffe, präzise und trennscharf beschreibt und andererseits glei-

chermaßen alle relevanten Belange berücksichtigt, ohne dabei die notwendige Flexibilität vermissen zu lassen. Aus diesem Grund sind präzise formulierte und gründlich abgewogene Auslegungshinweise in den Gesetzesmaterialien meines Erachtens von herausragender Bedeutung. Erfahrungsgemäß orientieren sich die Gerichte eng an den Ausführungen in der amtlichen Begründung. Diese ist zwar nicht unmittelbar verbindlich, dient aber als wichtiger Auslegungsmaßstab, da sie den Willen des Gesetzgebers konkretisiert.

Nachstehend soll der Versuch unternommen werden, ein solches „Perpetuum Mobile“ zu konstruieren und eine Regelung vorzuschlagen, die den vorgenannten Erwägungen weitgehend gerecht wird.

5.1.4.2 Sachlicher Anwendungsbereich: Abmahnungen in einfach gelagerten Fällen

Angesichts der oben geschilderten Interessenlage sollte eine Deckelung von Gegenstandswerten für Urheberrechtsverletzungen zunächst nur in „einfach gelagerten Fällen“ beziehungsweise in „Sachen, die nach Art und Umfang einfach gelagert sind“ anwendbar sein. Diese Formulierung ist bereits eingeführt, sie findet sich fast identisch sowohl in § 97a UrhG als auch in § 12 Abs. 4 UWG.²⁷⁶ „Einfach gelagert“ ist ein Fall im Sinne von § 97a UrhG dann, wenn er nach Art und Umfang ohne größeren Arbeitsaufwand zu bearbeiten ist, also zur Routine gehört.²⁷⁷ Eine solche Eingrenzung wird aus Sicht der Rechtsdurchsetzungsinteressen unabdingbar sein. Ansonsten wäre nicht gewährleistet, dass die Rechtsanwälte in Angelegenheiten, die aufwändige rechtliche oder tatsächliche Recherchen erfordern, angemessen vergütet werden können.

Gleichzeitig ergeben sich aus diesem Merkmal – wenn es durch die Gesetzesmaterialien hinreichend präzisiert wird – meines Erachtens keine übermäßigen Auslegungsschwierigkeiten oder unangemessene sachliche Einschränkungen für den Anwendungsbereich. Die Formulierung schließt einerseits aus, dass aufwändige Verfahren gegen „Release-Groups“ und andere professionelle Raubkopierer unter die Regelung fallen. Andererseits stellt sie meines Erachtens ohne weiteres klar, dass die Begrenzung des Gegenstandswerts vor allem auf die typischen Massenabmahnungen, insbesondere auch in Tauschbörsenfällen, Anwendung findet.

Fälle dieser Art werden meist von hochspezialisierten Kanzleien bearbeitet. Diese verschicken in einer Vielzahl gleich gelagerter Konstellationen Abmahnschreiben, die aufgrund der Verwendung von Textbausteinen annähernd identischen Inhalts sind. Solche Fälle nicht als „Routine“ und damit „einfach gelagert“ anzusehen, ist meines Erachtens weder mit dem Wortlaut noch der hierhinter stehenden Wertung vereinbar. Dass es dennoch eines eindeutigen, vor allem auch auf Tauschbörsenfälle gerichteten, Hinweises bedarf, zeigt eine Entscheidung des LG Köln und gewisse Literaturmeinungen, die davon ausgehen, dass Abmahnungen bei Urheberrechtsverletzungen in Tauschbörsen niemals „einfach gelagerte Fälle“ sind.²⁷⁸

²⁷⁶ Zur Auslegung des Begriffs nach § 12 Abs. 4 UWG vgl. Harte/Henning-Retzer, UWG, 2. Auflage 2009, § 12, Rn. 928 ff.

²⁷⁷ So BT-Drcks. 16/5048, S. 49.

²⁷⁸ Das LG Köln, NJOZ 2010, 1931/1933 hat zu dem gleichlautenden Tatbestandsmerkmal in § 97a UrhG mit der – meines Erachtens fragwürdigen – Begründung entschieden: „Einfach gelagert sind allein Fälle, die weder in tatsächlicher noch rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten aufweisen, bei denen also das Vorliegen einer Rechtsverletzung – gegebenenfalls auch für einen geschulten Nichtjuristen – quasi auf der Hand liegt. Vorliegend geht es um die Haftung von Personen im Internet, wobei die Person des Verletzers streitig ist beziehungsweise

5.1.4.3 Persönlicher Anwendungsbereich: Beschränkung auf Privatnutzer

Aufgrund des Umstands, dass die wirtschaftliche Bedeutung von Rechtsverletzungen im Internet – unter anderem in Tauschbörsen – nach bisherigen Erkenntnissen nicht objektiv bestimmt werden kann (siehe oben), sollte es vermieden werden, auf die Bedeutung der Sache für den Rechteinhaber abzustellen. Die Erfahrung hat gezeigt, dass dies spekulativen und generalpräventiven Erwägungen der Gerichte Tür und Tor öffnet, was den Schutzzweck einer solchen Regelung erheblich gefährdet.²⁷⁹ Insofern sollte der Anwendungsbereich nicht über Begriffe wie „unerhebliche Rechtsverletzung“ oder „Rechtsverletzungen in gewerblichem Ausmaß“ definiert werden.

Vorzugswürdig erscheint es vielmehr, den durch die Deckelung des Gegenstandswertes privilegierten Personenkreis zu bestimmen. Da die Regelung dem Verbraucherschutz dienen soll, wäre es einerseits möglich, den Verbraucherbegriff zu verwenden. Überträgt man den Verbraucherbegriff des § 13 BGB auf das Urheberrecht wäre als Verbraucher jede natürliche Person anzusehen, die eine urheber- oder leistungsschutzrechtlich relevante Nutzungshandlung vornimmt, die weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Der Begriff des Verbrauchers hat dabei immerhin den Vorzug, im deutschen Zivilrecht eingeführt zu sein, wenn er auch im Urheberrecht bislang nicht verwendet wird. Auch ist er für einen Rechtsbegriff verhältnismäßig eindeutig.²⁸⁰ Zudem existiert hierzu bereits umfangreiche Rechtsprechung, unter anderem des Bundesgerichtshofs, auf die zurückgegriffen werden kann.²⁸¹

Gegen die Verwendung des Verbraucherbegriffs im Urheberrecht spricht, dass dieser Begriff letztlich falsche Assoziationen weckt. Der Nutzer eines Werkes „verbraucht“ nichts. Auch ist

vom Abgemahnten eine andere Person als Verletzer genannt wird und damit offensichtlich um eine komplexe Materie.“ Das Gericht steht mit dieser Auffassung nicht allein. Nümann/Mayer vertreten in ZUM 2010, 321/324, dass es sich bei Tauschbörsenfällen grundsätzlich nicht um einfach gelagerte Fälle handelt. Weniger weitgehend Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 89/87 (jedenfalls kein einfacher Fall, wenn es um die Haftung von Personen im Internet geht und die Person des Verletzers streitig ist oder vom Abgemahnten eine andere Person als Verletzer genannt wird. Meines Erachtens verkennen diese Stimmen, dass der Begriff des „einfach gelagerten Falls“ teleologisch ausgelegt werden muss und hierbei zu berücksichtigen ist, dass § 97a UrhG dem Verbraucherschutz dienen soll. Gerade die Tauschbörsenfälle werden von den meisten Kanzleien als Massengeschäft betrieben, zur Ermittlungen der Fälle werden automatische Systeme, Computerprogramme und externe Dienstleister eingesetzt. Wenn es sich hierbei nicht um diejenigen „Routinefälle“ handeln soll, die der Gesetzgeber nach der amtlichen Begründung vor Augen hatte (BT-Drcks. 16/5048, S. 49), stellt sich die Frage, ob es überhaupt „einfach gelagerte Fälle“ in diesem Sinne geben kann. Siehe auch Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662/664, die ausführlich die Praxis bei Filesharing-Abmahnungen darstellen.

²⁷⁹ Siehe auch das unten genannte Beispiel einer Entscheidung des LG Köln, das zeigt, welche enormen Streitwerte die Gerichte mitunter ansetzen, weil sie meinen, aus eigener Anschauung beurteilen zu können, dass Rechtsverletzungen im Internet allgemein großen Schaden anrichten, nur weil auf öffentlich zugänglich gemachte Kopien theoretisch jeder zugreifen kann. Trotz jahrelanger Forschung ist wissenschaftlich bis heute jedoch nicht einmal erwiesen, dass Filesharing überhaupt Schäden verursacht, geschweige denn, wie hoch sie sind (siehe hierzu das Interview des Wirtschaftswissenschaftlers Peter Tschmuck, futurezone vom 29.11.2010, <http://www.futurezone.at/stories/1664642/>). Dies zeigt, dass die persönliche Einschätzung mancher Gerichte auf reinen Spekulationen basiert.

²⁸⁰ Ist eine Streitwertbegrenzung nur auf Rechtsverletzungen von Verbrauchern anwendbar, ist damit eindeutig gesagt, dass die jeweilige Nutzungshandlung keinen beruflichen, geschäftlichen oder gewerblichen Zwecken dienen darf. Das deckt sich mit der verbraucherschutzrechtlichen Ausrichtung einer solchen Bestimmung. Zudem werden so die – jedenfalls aus derzeitiger Sicht – bedeutendsten Anwendungsbereiche abgedeckt (wie Tauschbörsenfälle, Stadtplanausschnitte auf Webseiten, die der Betreiber nicht „in Ausübung seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit“ (so der Unternehmerbegriff des § 14 BGB, der das Gegenstück zum Verbraucherbegriff darstellt) anbietet, Nutzungen von Fotos bei Internet-Auktionen von Privatverkäufern und so weiter.

²⁸¹ Siehe zur Auslegung Staudinger-Weick, Neubearbeitung 2004, § 13 BGB, Rn. 30 ff. und zu den Schwierigkeiten des Verbraucherbegriffs in manchen Zusammenhängen, ebenda Rn. 49 ff.

er keine „natürliche Person, die Waren und Dienstleistungen zur eigenen privaten Bedürfnisbefriedigung käuflich erwirbt“ (so die Definition des „Konsumenten“ beziehungsweise Verbrauchers bei Wikipedia und im Brockhaus)²⁸². Vielmehr rezipieren Nutzer entweder Werke, indem sie sie ansehen, anhören oder lesen oder sie nutzen sie, indem sie sie vervielfältigen, verbreiten oder öffentlich wiedergeben.

Meines Erachtens liegt es daher nahe, im Urheberrecht den neuen Rechtsbegriff des „Privatnutzers“ einzuführen. In den Gesetzesmaterialien wäre dabei zu erläutern, dass als Privatnutzer natürliche Personen bezeichnet werden, die urheberrechtliche Werke oder durch verwandte Schutzrecht geschützte Leistungen verwenden, ohne hierbei gewerbliche und/oder berufliche Zwecke zu verfolgen.

Damit sollte einerseits klargestellt sein, dass nur der „Verbraucher“ oder „Konsument“ im allgemeinen Sprachverständnis gemeint ist. Dies deckt sich meines Erachtens mit der allgemeinen personellen Ausrichtung des Verbraucherschutzes. Andererseits sollte die Formulierung sicherstellen, dass der Anwendungsbereich der Gegenstandswertbegrenzung nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen Werke „für den privaten Gebrauch“ (im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG) oder im (räumlich oder persönlich definierten) „privaten Bereich“ genutzt werden.

5.1.4.4 Anwendung bei der Störerhaftung

Gerade in den Tauschbörsenfällen wird häufig nicht der Urheberrechtsverletzer selbst, sondern ein Dritter (die Eltern, der Anschlussinhaber und so weiter) abgemahnt. Es liegt auf der Hand, dass diese Dritten, die als Störer bezeichnet werden, nicht schlechter behandelt werden können und sollten als die Verletzer selbst. Insofern sollte die Gegenstandswertbegrenzung nicht nur dem Privatnutzer, der das Recht selbst verletzt, zugute kommen, sondern auch jedem anderen Privatnutzer, der „in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts“²⁸³ beiträgt.

5.1.4.5 Begrenzung auf nichtvorsätzliche Verletzungshandlungen

Auch der Begriff des Privatnutzers schließt – wie oben dargestellt – allein nicht aus, dass die hier vorgeschlagene Privilegierung „notorischen“ Urheberrechtsverletzern, die in vollem Bewusstsein und absichtlich ständig gegen das Urheberrecht verstoßen, zugute kommt. Um den Anwendungsbereich im Sinne des Schutzzwecks weiter einzugrenzen, sollte der Gegenstandswert von Abmahnungen wegen vorsätzlicher Urheberrechtsverstöße daher meines Erachtens nicht begrenzt werden. Wer bewusst und willentlich gegen das Urheberrecht verstößt, ist auch aus Sicht des Verbraucherschutzes nicht schutzwürdig.

Auch diese Voraussetzung kann bei „kreativer Auslegung“ natürlich dazu führen, dass die Gegenstandswertbegrenzung praktisch ausgehebelt wird. Der Abmahnende müsste nur behaupten, dass jeder wisse, dass es nicht erlaubt ist, fremde Werke ins Netz zu stellen oder im Wege des Filesharing mit anderen zu teilen. Diese Gefahr kann jedoch über eine dem Regelungszweck entsprechende Verteilung der Beweislast erheblich vermindert werden. Um zu vermeiden, dass die reine Behauptung genügt, dass der Abgemahnte vorsätzlich gehandelt hat, müsste dem Verletzten hierfür die Beweislast auferlegt werden. Zu diesem Zweck

²⁸² Siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Verbraucher>.

²⁸³ So lautet die Definition des Störers, vgl. etwa BGH MMR 2010, 565/566 – Sommer unseres Lebens.

könnte beispielsweise formuliert werden: „... es sei denn, die Verletzungshandlung wurde vorsätzlich begangen“²⁸⁴.

Damit würde einerseits der Wertung Rechnung getragen, dass auch Privatnutzer nur dann geschützt werden sollen, wenn sie unbewusst – und sei es auch fahrlässig unbewusst – gegen das Urheberrecht verstoßen. Auch würde hiermit statuiert, dass Privatnutzer im Regelfall nicht vorsätzlich, sondern allenfalls fahrlässig handeln. Zudem würde so in gewisser Weise die verschuldensunabhängige Haftung auf Unterlassung gemäß § 97 Abs. 1 UrhG relativiert, die in derartigen Fällen angesichts der oben dargestellten Rechtsunsicherheit der Verbraucher häufig unangemessen erscheint.

Um den Rechteinhabern die Beweisführung zu erleichtern, könnten in der Gesetzesbegründung zudem gewisse Indizien aufgestellt werden, die dafür sprechen, dass der Verletzer vorsätzlich gehandelt hat. So könnte beispielsweise darauf hingewiesen werden, dass wiederholte Rechtsverstöße, für die der Privatnutzer rechtskräftig verurteilt wurde, ein Indiz für vorsätzliches Handeln darstellt. Auch die Art und Weise der Verletzungshandlung kann (unter Nennung von Beispielen) als Indiz für vorsätzliches Handeln genannt werden, zum Beispiel wenn Urheberrechtsverletzungen, wenn auch nicht zu gewerblichen Zwecken, durch organisierte Gruppen (wie wiederum Release-Groups) vorgenommen werden.

5.1.4.6 Höhe der Bemessungsgrenze

Nach kursorischer Einschätzung²⁸⁵ wäre eine in den vorstehenden Fällen vorzunehmende Deckelung der Gegenstandswerte auf 50.000,00 Euro angemessen. Dies würde nach den geltenden Regelungen des RVG (§ 2 Abs. 2, § 14 RVG in Verbindung mit Nr. 2300 des Gebührenverzeichnisses in Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG – VV RVG) einen maximalen Gebührenrahmen von 523,00 bis 2.615,00 Euro für derartige Abmahnungen eröffnen. Da jedoch nach Nr. 2300 VV eine höhere Gebühr als 1,3 (Mittelgebühr)²⁸⁶ nur gefordert werden kann, „wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war“, es vorliegend aber nur um „einfach gelagerte Fälle“ geht, sind die Abmahnkosten letztlich auf maximal 891,80 Euro begrenzt.²⁸⁷

5.2 Zweite Maßnahme: Begrenzung des Gebührenrahmens in Härtefällen

Um über die vorstehend beschriebene Maßnahme hinaus besondere Härtefälle berücksichtigen zu können, könnte zusätzlich der Gebührenrahmen in Sonderkonstellationen beschränkt werden. Eine solche Regelung könnte nach dem Vorbild des § 12 Abs. 4 UWG ausgestaltet werden und zur Anwendung kommen, „wenn die Kostenbelastung des Privatnutzers nach

²⁸⁴ Eine solche Formulierung führt zur Umkehr der Beweislast. Grundsätzlich ist hiernach davon auszugehen, dass die Gegenstandswertsbegrenzung bei Urheberrechtsverletzungen durch Privatnutzer in „einfach gelagerten“ Fällen anzuwenden ist. Behauptet der Verletzte, dass dies entgegen der Regel ausgeschlossen ist, weil der Privatnutzer vorsätzlich gehandelt hat, muss er diesen (für ihn günstigen) Einwand beweisen.

²⁸⁵ Im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung müsste der konkreten Festsetzung im Zweifel eine eingehende Untersuchung der hierfür relevanten Faktoren vorausgehen. Hierfür wäre insbesondere Rechtstatsachenforschung zu betreiben, etwa in Bezug auf die praktisch häufigsten Fallgestaltungen, die wirtschaftlichen Gesamtumstände solcher Konstellationen, die Leistungsfähigkeit durchschnittlicher Haushalte und anderes. Dies kann im vorliegenden Zusammenhang naturgemäß nicht geleistet werden.

²⁸⁶ Die wohl herrschende Meinung vertritt allerdings, dass in Urheberrechtssachen durchschnittlich eine 1,5 Gebühr gefordert werden kann, da es sich hierbei um eine Spezialmaterie handele, in die sich nicht spezialisierte Anwälte erst einarbeiten müssten, vgl. Fromm/Nordemann-Jan Bernd Nordemann, § 97a, Rn. 28 und Schrickler/Wild, § 97a, Rn. 33.

²⁸⁷ Siehe die aktuelle Gebührentabelle unter <http://www.brak.de/seiten/pdf/RVG/Gebuehrentabelle.pdf>.

dem vollen Wert seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint“.²⁸⁸ In derartigen Fällen könnte der Gebührenrahmen auf eine halbe Geschäftsgebühr beschränkt werden.²⁸⁹

Eine solche Beschränkung würde sich auf die Abmahnkosten in Härtefällen erheblich auswirken. Neben dem Gegenstandswert ist der Gebührenrahmen die maßgebliche Größe für deren Berechnung.²⁹⁰ Er wird durch das RVG festgelegt. Wie oben dargestellt, beträgt der Gebührenrahmen im Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Gegenstandswertsbegrenzung 0,5 bis 1,3.

Die Gebührenhöhe setzt zunächst einmal – wie den Gegenstandswert – der Abmahnende fest. Je größer der gesetzlich eröffnete Gebührenrahmen ist, desto ungünstiger für den Abgemahnten. Besteht der Abmahnende auf seiner Forderung und verweigert der Abgemahnte die Zahlung, riskiert er einen Rechtsstreit (siehe oben).

Wie groß die Bandbreite möglicher Abmahnkosten im Einzelfall sein kann, die der geltende Gebührenrahmen eröffnet, zeigt sich an einer Modellrechnung, die an einem konkreten Sachverhalt dargestellt werden soll. In einer (rechtskräftigen) Entscheidung hatte das LG Köln im Jahr 2007²⁹¹ über den Ersatz von Rechtsanwaltsgebühren in folgendem Fall zu urteilen:

Der Beklagte hatte in einer Tauschbörse insgesamt 126 Musikdateien zum Download freigegeben. Hierfür war er von zwei Tonträgerherstellern abgemahnt worden. Abmahngebühren wurden auf Basis eines Streitwerts von 250.000,00 Euro gefordert. Das LG Köln hat dies akzeptiert und ausgeführt: „Die Kammer geht in st. Rspr. davon aus, dass pro Musiktitel ein Gegenstandswert von 10.000,00 [Euro] angesetzt werden kann. Von der F GmbH wurden 58 Titel genutzt, von der N GmbH 68 Titel. Die Pauschalierung zu einem Gegenstandswert von 250.000,00 [Euro] für jede der Mandantinnen erscheint insoweit als angemessen.“

Insgesamt musste der Beklagte letztlich 4.813,60 Euro Anwaltsgebühren allein für die Abmahnung bezahlen (etwaige Schadensersatzforderungen, die in solchen Fällen generell zusätzlich geltend gemacht werden, sind hierin nicht enthalten)²⁹². Das Gericht rechnete wie folgt: „Eine 1,3 Gebühr nach Nr. 2400 VV RVG ist für eine Abmahnung angemessen. Es handelt sich nicht um eine Serienabmahnung in einer einfachen Angelegenheit, sondern um eine Urheberrechtsverletzung und damit eine schwere Materie. Bei mehreren Auftraggebern in derselben Angelegenheit ist eine Erhöhung um 0,3 gem. Nr. 1008 VV RVG vorzunehmen. Somit ergibt sich folgende Berechnung: 2.996 [Euro] x 1,6 zzgl. Auslagenpauschale i.H.v. 20 [Euro] = 4.813,60 [Euro].“

Wie oben dargestellt, beträgt der Gebührenrahmen für die Grundforderung (also abgesehen von der Erhöhungsgebühr nach Nr. 1008 VV RVG) 0,5 bis 2,5. Nach der geltenden Gebührentabelle²⁹³ rangieren die möglichen Kosten für eine Abmahnung in einem solchen Fall nach geltendem Recht bei einem Streitwert von 250.000,00 Euro zwischen 1.026,00 und 5.130,00 Euro. Die Differenz liegt also bei mehr als 4.000,00 Euro. Eine durchschnittliche Gebühr, die

²⁸⁸ Anders als zum Beispiel § 142 Abs. 1 MarkenG oder § 26 Abs. 1 GebrMG setzt diese Regelung keine „erhebliche Gefährdung der wirtschaftlichen Lage“ des Betroffenen voraus, geht also weiter.

²⁸⁹ Die VV RVG enthält beispielsweise bereits eine Vielzahl solcher Sonderregelungen, vgl. zum Beispiel Nr. 2301 (2).

²⁹⁰ Siehe weitergehend hierzu Fromm/Nordemann-Jan Bernd Nordemann, § 97a, Rn. 28.

²⁹¹ Siehe MMR 2008, 126 mit Anmerkung Solmecke.

²⁹² Siehe hierzu Solmecke in seiner Anmerkung zu diesem Urteil, MMR 2008, 126/129.

²⁹³ Siehe <http://www.brak.de/seiten/pdf/RVG/Gebuehrentabelle.pdf>.

nach der Rechtsliteratur bei 1,5 liegt, betrüge hiernach 3.078,00 Euro. Die Mehrwertsteuer, etwaige Erhöhungsgebühren (wie hier wegen der Mehrzahl [zwei] der Rechteinhaber vom LG Köln angenommen) sowie Schadensersatzzahlungen kommen hinzu.

Würde man nach dem hier skizzierten Modell den Gegenstandswert in Härtefällen auf 50.000,00 Euro und auf eine Geschäftsgebühr von maximal 0,5 begrenzen, lägen die maximalen Abmahnkosten bei 523,00 Euro.²⁹⁴

Um den Anwendungsbereich der Härtefallregel zu spezifizieren, wären auch diesbezüglich Hinweise in der Gesetzesbegründung hilfreich. Man könnte zum Beispiel erläutern, dass davon auszugehen ist, dass die Abmahnkosten „angesichts der Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Privatnutzers nicht tragbar erscheinen“, wenn sie einen bestimmten Anteil seines Einkommens oder des in seinem Haushalt verfügbaren Gesamteinkommens überschreiten.

6. Formulierungsvorschlag

Nach den vorstehenden Überlegungen könnte eine Regelung zur Begrenzung der Gegenstandswerte für Abmahnungen bei bestimmten Verletzungshandlungen durch Privatnutzer wie folgt lauten:

(1) In Streitigkeiten nach dem Urheberrechtsgesetz beträgt der Gegenstandswert einer Abmahnung (§ 97a Abs. 1 UrhG) höchstens 50.000,00 Euro, soweit es um die Verletzungshandlung eines Privatnutzers oder die Handlung eines Privatnutzers geht, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzungshandlung eines Privatnutzers beigetragen hat, und es sich um eine nach Art und Umfang einfach gelagerte Sache handelt, es sei denn, die Verletzungshandlung wurde vorsätzlich begangen.

(2) Erscheint die Kostenbelastung des Privatnutzers in den in Abs. 1 genannten Fällen nach dem vollen Wert seiner Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar, beträgt die Geschäftsgebühr gem. Ziff. 2300 VV RVG maximal 0,5.

IV. Weiterveräußerung von unkörperlichen Werkexemplaren

1. Problembeschreibung

Nach geltendem Recht (§§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG) erschöpft sich das Verbreitungsrecht an körperlichen Werkexemplaren (wie Musik-CDs, Büchern, Software-CD-ROMs) nach dem ersten In-Verkehr-Bringen durch den oder mit Zustimmung des Rechteinhaber(s). Körperliche Werkträger sind dann frei handelbar. Gebrauchte Vervielfältigungsstücke dürfen also frei weiterveräußert, verschenkt oder verliehen werden.

Ermöglicht wird dies durch den Erschöpfungsgrundsatz, der in ganz Europa aufgrund der Vorgabe verschiedener Richtlinien gilt.²⁹⁵ Er ist allerdings nur auf den Handel mit körperlichen

²⁹⁴ Dieser Betrag markiert hiernach wohlgerne die Höchstgrenze. Das hier vorgeschlagene Modell geht damit zwar der Höhe nach deutlich über § 97a UrhG hinaus. Dafür ist der Ansatz weniger leicht zu umgehen und belässt, anders als die unter anderem wegen ihrer Unflexibilität zu Recht kritisierte geltende Regelung, mehr Spielraum für die Besonderheiten des Einzelfalls.

Werkexemplaren, nicht aber – jedenfalls nicht unmittelbar – auf den mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken, mit anderen Worten Dateien, anwendbar. Grund hierfür ist, dass der Erschöpfungsgrundsatz sich in zweierlei Hinsicht nur auf das Verbreitungsrecht bezieht, das nur für den Verkehr mit körperlichen Vervielfältigungsstücken Anwendung findet. §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 UrhG gelten zum einen nur für Werkexemplare, die *durch Verbreitung* in Verkehr gebracht wurden und zum anderen nur für die *Weiterverbreitung* derselben. Veräußert der Anbieter Werke online und stellt sie zum Download durch die Abnehmer bereit, handelt es sich schon nicht um eine Erstverbreitung.²⁹⁶

Ein allgemeiner, auch andere Verwertungsrechte wie das Vervielfältigungsrecht oder das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betreffender Erschöpfungsgrundsatz, ist weder europarechtlich vorgesehen, noch wird er von der deutschen Rechtsprechung anerkannt.²⁹⁷ Für die Rechte der öffentlichen Wiedergabe, zu denen auch das Online-Recht, also das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zählt, schließt Art. 3 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG das Erschöpfungsprinzip sogar ausdrücklich aus.

Im Verkehr mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken, also etwa beim Erwerb eines Musikstücks von einem Musik-Downloaddienst, wird das Verbreitungsrecht nicht betroffen. Da unkörperliche Werkexemplare nicht im Wege der Verbreitung vertrieben werden,²⁹⁸ kommt eine unmittelbare Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes bei online erworbenen Vervielfältigungsstücken nicht in Betracht.²⁹⁹

Viele Stimmen in der Rechtsliteratur plädieren dagegen für eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes für den Fall, dass der Nutzer sich ein Werk heruntergeladen hat, dies auf einem materiellen Träger speichert (etwa auf CD brennt) und den Träger dann veräußert. Dies sei ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig, da sich hier ausnahmsweise das Verbreitungsrecht erschöpft habe, obgleich das Werkexemplar nicht durch Erstverbreitung in Verkehr gebracht wurde.³⁰⁰ Teilweise wird dies nur unter der Einschränkung für zulässig erachtet, dass der Veräußerer in diesem Zuge alle bei ihm verbleibenden Dateien löscht.³⁰¹ Einer etwaigen Missbrauchsgefahr könne durch technische Schutzmaßnahmen begegnet werden.³⁰²

Begründet wird diese Ansicht zumeist mit Wertungsaspekten. Die Interessenlage sei in

²⁹⁵ Die Vorgabe ergibt sich aus der Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie 92/100/EWG, Art. 9 Abs. 2 (für verwandte Schutzrechte), der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG, Art. 4c und der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG, Art. 4 Abs. 2.

²⁹⁶ Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler Schrickler-Loewenheim, § 17, Rn. 37.

²⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 2001, 51, 53 – Parfumflakon; GRUR 2000, 699, 701 – Kabelweitersendung.

²⁹⁸ Nach einigen Stimmen in der Literatur erfolgt der Online-Vertrieb unkörperlicher Werkexemplare jedoch auch nicht per *öffentlicher* Zugänglichmachung, da hier eine „Eins-zu-eins-Übertragung“ vorgenommen werde (vgl. Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Schrickler/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 5 ff.).

²⁹⁹ Teilweise wurde aber vertreten, die §§ 17 Abs. 2, 69c Abs. 3 Satz 2 UrhG könnten extensiv ausgelegt werden und daher direkt angewendet werden, vgl. Fromm/Nordemann-Vinck, Kommentar zum Urheberrecht, 9. Auflage 1998, § 69c, Rn. 6; Mäger, CR 1996, 522/524 ff.

³⁰⁰ Berger, GRUR 2002, 198/199; Dreier, ZUM 2002, 28/32; Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11; Hoeren MMR 2000, 515/517; Knies, GRUR Int. 2002, 314 ff. passim; Spindler, GRUR 2002, 105/110; Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Kröger, CR 2001, 316/318; Fromm/Nordemann-Dustmann, § 19a, Rn. 29; Mäger, CR 1996, 522/524 ff.; Linnenborn, K&R 2001, 394/395; Koch GRUR 1997, 417/425 ff.; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich, Dissertation 2000, S. 167 ff. Anderer Auffassung Jaeger, Der Erschöpfungsgrundsatz im neuen Urheberrecht, in Hilty, Reto/Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 47 ff.; Schrickler-Loewenheim, § 17, Rn. 37; Fromm/Nordemann-Czychowski, § 69c, Rn. 17; Schrickler/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 6; Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 34.

³⁰¹ So Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 36.

³⁰² Vgl. statt vieler Fromm/Nordemann-Dustmann, § 19a, Rn. 29.

solchen Fällen mit der beim Erwerb eines materiellen Werkstückes vergleichbar. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Rechtsinhaber das Werkstück selbst herstellt und dann (etwa per Post) verbreitet hat oder ob er dem Erwerber nur die Möglichkeit einräumt, die Herstellung in Form eines Downloads selbst vorzunehmen. In beiden Fällen bestehe ein gleich gelagertes Interesse des Rechtsverkehrs an einer freien Zirkulation des Werkexemplars.³⁰³ Die Interessen der Rechtsinhaber würden hierdurch nicht unangemessen beeinträchtigt. Sie könnten hier wie dort ihre wirtschaftlichen Interessen absichern, indem sie die Vergütung für die Erstveräußerung entsprechend ausgestalteten.³⁰⁴

Die Gegenansicht, nach der eine Analogie mit unterschiedlicher Begründung abgelehnt wird, ist jedoch ebenso weit verbreitet.³⁰⁵ Sie wird meist damit begründet, dass die InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG dem entgegenstehe,³⁰⁶ insbesondere deren Erwägungsgrund 29.³⁰⁷

In den gerichtlichen Auseinandersetzungen über „Gebrauchsoftware“³⁰⁸, in denen es auch und vor allem um die Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf immaterielle Werkexemplare geht, ist bislang keine einheitliche Linie der Instanzgerichte erkennbar. Das LG Hamburg³⁰⁹ ging von einer analogen Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf die Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare aus. OLG München³¹⁰ und OLG Frankfurt am Main³¹¹ haben dies abgelehnt. Das LG München differenziert in zwei Entscheidungen³¹² nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Eines der Verfahren, in denen die Münchener Gerichte im Instanzenzug gegen die Anwendbarkeit entschieden haben (Oracle ./ UsedSoft) ist in der Revisionsinstanz beim BGH anhängig. Am 3.2.2011 hat der BGH

³⁰³ Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 11.

³⁰⁴ Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31, 36.

³⁰⁵ So unter anderem ausdrücklich OLG Hamburg, BeckRS 18231 – Half Life 2. Siehe ausführlich zum Meinungsstand Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 51 ff., http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf; Fromm/Nordemann-Czychowski, § 69c, Rn. 17; Schrickler/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 6.

³⁰⁶ Diese Meinung hat unter anderem das LG Berlin in einer Entscheidung vertreten, dem eine Klage des vzbv gegen iTunes zugrunde lag. In knapper Begründung verwies es auf Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG nach dem eine Weiterveräußerung von (in diesem Fall digitalen Musikdateien) ausgeschlossen sei. Es fehle daher an einer Regelungslücke, eine analoge Anwendung sei nicht möglich. Siehe MMR 2010, 46/47. Der Rechtsstreit ist in der Berufungsinstanz beim Kammergericht anhängig.

³⁰⁷ Dieser lautet: „Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, das heißt einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

³⁰⁸ Auf dem florierenden Markt mit Gebrauchtssoftware handeln Anbieter vor allem mit Software-Lizenzen, die auf der ersten Handelsstufe von Unternehmen in Form von „Volumenlizenzen“ erworben wurden. Hierbei handelt es sich um Lizenzpakete, die dem Lizenznehmer erlauben, das jeweilige Programm auf einer Vielzahl von Computern zu nutzen. Steigen die Lizenznehmer im Laufe der Zeit auf andere Programme um oder (zum Beispiel weil Arbeitsplätze abgebaut oder ausgelagert werden) haben sie für einen Teil der Lizenzen keine Verwendung mehr, werden die Volumenlizenzen ganz oder in Teilen an Gebrauchtssoftwarehändler veräußert. Diese verkaufen die erworbenen „Gebrauchtlizenzen“ ganz oder in Teilen an andere Unternehmen weiter, die hierfür weniger zahlen, als beim Rechteinhaber.

³⁰⁹ MMR 2006, 827.

³¹⁰ MMR 2008, 601.

³¹¹ ZUM-RD 2009, 541 – Weiterveräußerung von Echtheitszertifikaten für Computerprogramme.

³¹² Siehe MMR 2007, 328 ff. einerseits (Übertragbarkeit der Lizenzen verneint) und MMR 2008, 563 ff. andererseits (Übertragbarkeit „im Grundsatz“ bejaht).

beschlossen, die entscheidungserheblichen Fragen dem EuGH vorzulegen, eine Entscheidung in der Sache ist damit erst in einiger Zeit zu erwarten.³¹³

In einem etwas anders gelagerten Fall hat der BGH bereits am 22.1.2010 entschieden, dass der Erschöpfungsgrundsatz dann keine (analoge) Anwendung findet, „wenn der Berechtigte das von ihm geschaffene, auf DVD vertriebene Computerspiel so programmiert, dass es erst nach der online erfolgten Zuweisung einer individuellen Kennung genutzt werden kann, und wenn er sich vertraglich ausbedingt, dass diese Kennung nicht an Dritte weitergegeben werden darf“³¹⁴.

In diesem Fall ging es um das Computerspiel „Half Life 2“, das vom Anbieter auf DVD-ROM im Handel vertrieben wurde. Zur Nutzung des Spiels muss ein Online-Account auf der Spiele-Plattform „Steam“ eingerichtet werden, ohne den das Spiel nicht genutzt werden kann. Im Rahmen der Installation des Spiels auf einem Computer wird es dem Account zugewiesen und kann im Anschluss nur noch gespielt werden, nachdem der Nutzer sich in diesen Account eingeloggt hat. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters untersagen zwar nicht die Weiterveräußerung der Spiele-DVD. Die Übertragung des Nutzeraccounts wird jedoch ausgeschlossen, was faktisch eine Weiterveräußerung des Spiels verhindert, da der Zweiterwerber es nicht verwenden kann.³¹⁵

Der vzbv (Kläger) argumentierte im Verfahren, dass hierdurch der Erschöpfungsgrundsatz faktisch ausgehebelt werde, was urheberrechtlichen Grundsätzen widerspreche. Die Klausel, durch die die Übertragung des Accounts ausgeschlossen wurde, sei daher aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksam. Der BGH folgte dieser Argumentation nicht. Er führte aus:³¹⁶

„Die Rechtsfolge der Erschöpfung soll demnach nur Behinderungen des Warenverkehrs infolge der Ausübung des Verbreitungsrechts begrenzen. Einschränkungen der rechtlichen oder tatsächlichen Verkehrsfähigkeit eines Werkstücks, die sich nicht aus dem Verbreitungsrecht des Urhebers als solchem ergeben, sondern auf anderen Umständen beruhen wie beispielsweise auf der spezifischen Gestaltung des betreffenden Werks oder Werkstücks, berühren den Grundsatz der Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts nicht. Es ist urheberrechtlich unbedenklich, wenn der Urheber sein Werk oder Werkstücke, die sein Werk verkörpern, so gestaltet, dass diese nur auf bestimmte Art und Weise genutzt werden können, und die Weiterveräußerung des Originals des Werks oder von ihm in Verkehr gebrachter Werkstücke durch den Ersterwerber infolge ihrer konkreten Ausgestaltung eingeschränkt ist oder faktisch ganz ausscheidet, weil wegen der beschränkten Nutzungsmöglichkeiten ein nennenswertes Interesse nachfolgender Erwerber nicht besteht.“

Auch wenn der BGH ausdrücklich darauf hinweist, dass sich seine Argumentation nicht auf Fälle bezieht, in denen die Werkexemplare selbst online bezogen werden,³¹⁷ hat er hiermit einer allgemeinen Wertungsentscheidung Ausdruck verliehen, die sich auch auf die vorliegend untersuchte Frage auswirkt. Kurz gesagt misst er dem Interesse des Erwerbers bei der Auslegung des Erschöpfungsgrundsatzes keine Bedeutung zu. Nicht die (Eigentums-) Inte-

³¹³ Siehe http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2288. Die Gründe des Beschlusses liegen zum heutigen Zeitpunkt (16.02.2011) noch nicht vor.

³¹⁴ So der Leitsatz der Entscheidung „Half Life 2“, BGH NJW 2010, 2661.

³¹⁵ Siehe eingehend zu dem Fall und die technischen Umstände Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 139 ff., http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf.

³¹⁶ Siehe BGH, ebenda S. 2663 (Rz. 21).

³¹⁷ Siehe BGH, ebenda, S. 2663 (Rz. 17).

ressen des Erwerbers würden hierdurch geschützt, sondern lediglich der Verkehr mit körperlichen Produkten.³¹⁸

Diese Wertung lässt sich ohne weiteres auf den Vertrieb von urheberrechtlich geschützten Werken über Downloaddienste übertragen. Für die Frage, ob die Erwerber ihre Dateien weiterveräußern können, ist es entscheidend, ob ihnen ein legitimes und schützenswertes Interesse zugestanden wird, mit solchen Vermögensgütern wie ein Eigentümer zu verfahren. Geht man davon aus, dass das Interesse des Erwerbers, über das erworbene Gut frei verfügen zu können, bei der Anwendung und Auslegung der Erschöpfungsregel ohne Bedeutung ist, entfällt damit das wesentliche Argument für eine (analoge) Auslegung.

Meines Erachtens fokussiert diese Auffassung jedoch zu sehr auf die Interessen der Rechteinhaber, missachtet die Interessen der Erwerber und ist vor dem Hintergrund der sich ändernden Märkte höchst bedenklich.

Angesichts dessen erscheint es dringend erforderlich, die bisherige Haltung zu Sinn und Zweck des Erschöpfungsgrundsatzes auf den Prüfstand zu stellen. Im Zweifel bedarf es – angesichts der insoweit ziemlich eindeutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – einer neuen gesetzlichen Lösung. Dies gilt unabhängig davon, ob es um die Veräußerung von „Gebrauchtssoftware“ oder von unkörperlichen Vervielfältigungsstücken anderer urheberrechtlich geschützter Werke geht.³¹⁹

Sowohl bei Software als auch bei anderen Werkarten wird der Vertrieb physischer Werkexemplare zunehmend durch den Vertrieb unkörperlicher Vervielfältigungsstücke substituiert. Statt massenhaft Datenträger zu versenden, sind die Hersteller bei Volumenlizenzen längst dazu übergegangen, dem Erwerber entweder eine einzige „Masterkopie“, von der er die benötigten weiteren Arbeitsplatzkopien selbst erstellt, zu überlassen.³²⁰ Alternativ (und das scheint die Regel zu sein) erhalten die Erwerber gar keinen physische Werkträger, sondern laden auch die „Masterkopie“ direkt vom Anbieter über das Internet herunter.³²¹

Auch in anderen Branchen ist dieser Wandel bereits weit fortgeschritten. Dies gilt vor allem für den Musikmarkt. Kommerzielle Downloaddienste verzeichnen riesige Umsatzsteigerungen, während der Absatz von Tonträgern stetig sinkt.³²² Auch in anderen Branchen (Filme, Bücher, Computerspiele) zeichnet sich (in unterschiedlichen Stadien) deutlich ab, dass in Download- oder Streaming-Angeboten die Zukunft liegt. Über kurz oder lang wird der Vertrieb körperlicher Werkträger weitgehend durch Online-Angebote substituiert werden.

Diese Entwicklung ist in vielerlei Hinsicht wünschenswert. Die Anbieter können so ihre Vertriebs-, Herstellungs-, Material- und Logistikkosten senken. Die Käufer können von überall schnell und komfortabel auf Kultur-, Kommunikations- und Informationsgüter zugreifen und

³¹⁸ Von diesem Standpunkt ausgehend ist es konsequent, dass der BGH zu dem Schluss kam, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht herangezogen werden könne. Denn die Weiterveräußerung der DVD – wenn auch für den Verkehr und den Ersterwerber letztlich sinnlos – wurde in diesem Fall durch die Vertragsbestimmungen des Anbieters nicht unterbunden, siehe BGH, ebenda, S. 2663 (Rz. 22).

³¹⁹ Unabhängig von der Werkart geht es hier um die grundsätzliche Entscheidung, ob die Erwerberinteressen im Verkehr mit Vervielfältigungsstücken von urheberrechtlich geschützten Produkten berücksichtigt werden müssen. Der Umstand, dass sich der Markt mit Gebrauchtssoftware im Unternehmensverkehr vom Vertrieb von Unterhaltungsgütern (wie Games, Musik, Filmen oder Computerprogrammen) im B2C-Bereich teils erheblich unterscheidet, ist für diese grundlegende Wertung belanglos.

³²⁰ Um diese Variante (die unter anderem von Microsoft praktiziert wird oder wurde), ging es im Rechtsstreit vor den Hamburger Gerichten, siehe LG Hamburg, MMR 2006, 827 ff.; OLG Hamburg, MMR 2007, 317 ff.

³²¹ So war es im Fall Oracle ./ UsedSoft, der demnächst vom BGH entschieden wird (vgl. die ersten Instanzen LG München MMR 2007, 328 ff.; OLG München, MMR 2008, 601 ff.).

³²² Siehe Fn. 6.

zum Beispiel auch auf mobilen Endgeräten nutzen. Sogar aus Sicht des Umweltschutzes ist die Abkehr vom physischen Werkträger zur digitalen Kopie zu begrüßen. Daten verursachen schlicht keinen Müll.

Werden die Erwerber von unkörperlichen Werkstücken rechtlich erheblich schlechter gestellt, wird diese positive Entwicklung behindert. Wäre den Erwerbern klar, dass ihre Rechtsstellung wesentlich schlechter ist, wenn sie Computerprogramme vom Server des Anbieters herunterladen, anstatt sie auf DVD-ROM in einem Laden kaufen, obwohl sie für beide Angebote denselben Preis bezahlen,³²³ würden sie sich für das physische Produkt entscheiden. Problematisch aus Verbrauchersicht ist dabei, dass sich die wenigsten Käufer darüber bewusst sind, dass der Vorteil physischer Werkexemplare größer ist, als nur eine Verpackung und einen Datenträger geliefert zu bekommen. Die Hersteller informieren sie nicht darüber, dass der teils erhebliche Gebrauchtwert eines Computerprogramms nur an Datenträgern, nicht aber an Dateien realisiert werden kann.

Es stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, den „Preis des Fortschritts“ allein den Erwerbern aufzuerlegen, indem ihnen das Recht, den erheblichen Wiederverkaufswert von immateriellen Gütern zu realisieren, aberkannt wird. Wie kann es zudem gerechtfertigt sein, dass den Anbietern unkörperlicher Werkexemplare die uneingeschränkte Kontrolle über jede Handelsstufe zugestanden wird, obwohl dies bislang stets abgelehnt wurde?

Im Rahmen einer Entscheidung über diese grundlegenden Fragen geht es um weit mehr als nur darum, auf welche Vertriebsformen und/oder Verwertungsrechte sich der Erschöpfungsgrundsatz beziehen sollte. Es geht um eine allgemeine Abwägung der Interessen aller Marktteilnehmer. Ist es hinnehmbar, dass sich das Urheberrecht immer mehr zu einem Wirtschaftsrecht entwickelt, über das in erheblichem Maße volkswirtschaftliche Weichen gestellt werden, ohne dass bei dessen Ausgestaltung marktwirtschaftliche Grundprinzipien berücksichtigt werden? Kann der Erwerberschutz im urheberrechtlichen Interessenausgleich angesichts der Entwicklung weiterhin zugunsten einer monopolaren Fokussierung auf die Interessen des Rechteinhabers ignoriert werden?

2. Vergleichbare Sachverhalte und Interessen

Aus Sicht der Erwerberinteressen kann es keinen Unterschied machen, in welcher (materiellen oder immateriellen) Form und auf welchem Weg das erworbene Gut vom Anbieter veräußert wird. Wer durch Kauf oder kaufähnliches Geschäft einen Vermögensgegenstand dauerhaft erwirbt, hat ein legitimes Interesse daran, hierüber frei verfügen zu können. Dieses Interesse besteht unabhängig davon, ob der Erwerber nach den rechtlichen Regelungen des BGB „Eigentümer“ wird (was bei immateriellen Gütern fraglich ist)³²⁴.

³²³ Gerade bei Software sind die Preise für Downloads und Softwarepakete in der Regel identisch. Die Microsoft Office für Macintosh 2011 – Home and Business beispielsweise kostet im Microsoft-Online-Store sowohl als Download als auch auf DVD 379,00 Euro, vgl. <http://emea.microsoftstore.com/DE/de-DE/Microsoft/Office-fur-Mac-2011-Home-and-Business-2-Pack>.

³²⁴ Fraglich ist dies, da die Eigentumsregelungen des BGB (§§ 929 ff.) auf *bewegliche Sachen* abstellen und *Sachen* im Sinne des § 90 BGB nur körperliche Gegenstände sind. Elementare Fragen in Bezug auf die Rechtsstellung immaterieller Güter sind – obschon seit langem bekannt und diskutiert – bis heute ungeklärt. Dies gilt unter anderem für den Sachcharakter von Informationen oder unkörperlichen Werkexemplaren (eingehend zu dieser Problematik Fromm/Nordemann-Czychowski, § 69c, Rn. 36 ff.). Das Urheberrechtsgesetz, in dem das „Geistige Eigentum“ an Werken geregelt ist, enthält ebenso wenig wie das BGB Bestimmungen über den Um-

Für eine grundlegende Wertung ist allein entscheidend, dass für den Erwerb von unkörperlichen Werkexemplaren im Rahmen von Kauf- oder zumindest kaufähnlichen Verträgen von den Nutzern erhebliche Summen bezahlt werden. Wie beim Erwerb von Werkträgern kann der Nutzer beanspruchen, dass in diesem Zuge eine zumindest eigentumsähnliche Rechtsstellung entsteht. Diese Rechtsstellung schließt die Möglichkeit ein, das erworbene Gut weiterzuveräußern und in diesem Zuge den „Gebrauchtwert“ zu realisieren. Es erschließt sich nicht, warum etwa ein Literaturliebhaber, der sich über lange Zeit eine umfangreiche Bibliothek an Science-Fiction-Romanen angeschafft hat und sich irgendwann entscheidet, nur noch Sachbücher lesen zu wollen, zur Weiterveräußerung der Romane (und damit Realisierung ihres Wertes) nur befugt sein soll, wenn er gedruckte Bücher gekauft, nicht aber, wenn er sich seine Bibliothek in Form von eBooks im „iBook-Store“ heruntergeladen hat. Warum sollte ein Verlag, der sich entschieden hat, seine Bücher digital zu vertreiben, besser gestellt werden, als derjenige, der bedrucktes Papier vertreibt? Will er verhindern, dass seine Kunden die Produkte dauerhaft erwerben (und damit eine eigentümerähnliche Position erlangen), kann der Anbieter sein Geschäftsmodell so ausrichten, dass die Nutzer nur für einen zeitlich begrenzten Zugriff auf einen Online-Dienst bezahlen, mithin keine Veräußerungsvorgänge stattfinden.³²⁵ Zudem hat er – wie beim Vertrieb materieller Vervielfältigungsstücke auch – die Möglichkeit, den Umstand, dass seine unkörperlichen Werkexemplare weiterveräußert werden dürfen, bei der Preisgestaltung zu berücksichtigen.³²⁶

Das häufig vorgebrachte Rechtsscheinsargument, nach dem sich bei einer Weiterveräußerungsbefugnis von unkörperlichen Werkexemplaren die Gefahr von Raubkopien erhöhen und ein Kontrollverlust entstehen würde, verkennt meines Erachtens die technische Realität. Nur bei oberflächlicher Betrachtung erscheint die Annahme plausibel, dass Daten-, Film- oder Tonträger zuverlässigere Rechtsscheinsträger sind als Dateien.

Faktisch trägt dieses Argument jedoch nicht.³²⁷ Zum einen können auch Trägermedien mit heute weit (bis in die Privathaushalte) verbreiteten Technologien (Scanner, Farbdrucker und so weiter) mit geringem Aufwand täuschend echt kopiert werden. Zum anderen können Dateien mit digitalen Identifikationsmerkmalen versehen werden (wie zum Beispiel digitalen Wasserzeichen), die weit weniger leicht gefälscht werden können und noch dazu gemäß § 95c UrhG gegen Umgehung und Entfernung geschützt sind.

gang mit unkörperlichen Werkexemplaren, sondern nur solche über Nutzungsrechte. Insofern besteht eine – angesichts des beschriebenen Wandels der Märkte sehr kritische – Lücke in der Eigentumsordnung.

³²⁵ Dies ist beispielsweise das Geschäftsmodell von Napster, Spotify oder Nokias „Comes With Music“. Die Kunden solcher Streaming-Dienste erwerben keine Inhalte, sondern bezahlen dafür, dass sie jederzeit auf ein großes Repertoire zugreifen und Musik hören können, die sich auf Online-Servern befindet. Solange der Kunde den Dienst abonniert hat, kann er jederzeit beliebig viel Musik hören. Er „kauft“ also keine Musik, sondern bezahlt für den Zugriff auf einen Server. Endet das Abonnement, kann auf den Dienst nicht mehr zugegriffen werden. Solche Angebote existieren heute bereits in vielen Branchen, zum Beispiel im Filmmarkt oder bei Software, wo sie als „Application Service Providing“ (ASP), „Software as a Service“ (SaaS) oder Cloud Computing bezeichnet werden.

³²⁶ Vgl. auch Wandtke/Bullinger-Grützmaier, § 69c, Rn. 31.

³²⁷ Siehe hierzu eingehend Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, S. 57,

http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf. So auch Grützmaier, ZUM 2006, 302/305.

3. Rechtliche Vergleichbarkeit zwischen körperlichem und unkörperlichem Erwerb

Auch aus rechtlicher Perspektive sind keine Gründe ersichtlich, den Verkehr mit unkörperlichen Vervielfältigungsstücken auf Erwerberseite anders zu regeln als den mit körperlichen Werkexemplaren.

Dies zeigt sich vor allem daran, dass in beiden Konstellationen Kaufverträge geschlossen werden. Für Standard-Software, die auf Datenträgern vertrieben wird, hat der BGH schon vor vielen Jahren entschieden, dass Kaufrecht Anwendung findet.³²⁸ Gleiches gilt nach einer BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1990 in solchen Fällen, in denen die Software unkörperlich überlassen wird. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Verkäufer dem Erwerber das Computerprogramm „unmittelbar durch Überspielen mittels Kabelverbindung von einer Festplatte der Kl. auf die Festplatte im Computer der Bekl. zu 2“³²⁹ überlassen. Auch in diesem Fall wechselte also kein physisches Trägermedium den Besitzer. Der BGH entschied, dass es in Bezug auf die Frage, ob auch auf solche Veräußerungsvorgänge Kaufrecht (beziehungsweise das Abzahlungsgesetz, das nur für „bewegliche Sachen“ galt) Anwendung findet, es nicht darauf ankomme, ob die Überlassung auf Datenträgern oder in anderer (unkörperlicher) Form erfolge. Er führte hierzu aus (Hervorhebungen nur hier):

*„Dieser Unterschied rechtfertigt jedoch entgegen der Ansicht der Revision hinsichtlich der Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes keine abweichende Beurteilung. Auch wenn die Lieferung der Software durch Übergabe einer Diskette oder eines anderen Datenträgers mit dem darauf gespeicherten Programm erfolgt, ist – jedenfalls beim hier zu erörternden Verkauf an einen (End-) Anwender – die Übergabe des Datenträgers nicht Endzweck des Rechtsgeschäfts. Der Datenträger ist vielmehr zunächst ein Mittel zum Transport des erworbenen Programms vom Verkäufer zum Käufer, vor allem aber dient er dazu, das erworbene Programm anschließend durch Überspielen auf die Festplatte im Computer des Käufers zu installieren und es dadurch für diesen nutzbar zu machen. Erst hierin liegt nach den Vorstellungen der Parteien der eigentliche Endzweck des **Kaufvertrages**; der dem Erwerber übergebene Datenträger dient ihm anschließend noch als Sicherungskopie für den Fall eines Zusammenbruchs der auf der Festplatte befindlichen Programme. **So gesehen, ist bei der im vorliegenden Fall erfolgten unmittelbaren Überspielung des gekauften Programms von einer Festplatte des Verkäufers auf eine solche des Käufers lediglich das ‚Zwischenstadium‘ der Kopierung des Programms auf Diskette oder andere Datenträger entfallen; der Endzweck des Erwerbs von Standard-Software, nämlich die Nutzbarmachung des Programms für den Erwerber durch Einspeicherung auf die Festplatte seines Computers, ist im einen wie dem anderen Fall in gleicher Weise erreicht. Ob auch in der hier gegebenen Variante von der Übergabe einer beweglichen Sache mit der Folge der unmittelbaren Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes gesprochen werden kann – immerhin verschafft auch hier der Verkäufer dem Käufer den Besitz an der in einem Datenträger, nämlich der Festplatte eines Computers, verkörperten Programmkopie, die, wie das BerGer. in anderem Zusammenhang ausführt, von dort ohne Schwierigkeit wieder auf Disketten ‚heruntergezogen‘ werden kann –, mag dahinstehen. **Jedenfalls rechtfertigt diese nur auf den fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten beruhende unmittelbare Installierung der gekauften Standard-Software im Computer des Käufers als*****

³²⁸ Vgl. zum Beispiel BGH NJW 1988, 406.

³²⁹ BGH NJW 1990, 320/321.

Endanwender bei gleichem wirtschaftlichem Endzweck des Geschäfts die entsprechende Anwendung der Vorschriften jenes Gesetzes. Zutreffend stellt das BerGer. hierbei auf den Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes ab, der seine Anwendbarkeit in beiden erwähnten Formen der Lieferung gekaufter Standard-Software in gleicher Weise erfordert.“ Der rechtliche Schwerpunkt bei Geschäften über den Erwerb von urheberrechtlich geschützten Vervielfältigungsstücken liegt daher auf der dauerhaften Überlassung der jeweiligen Kopie. Der Umstand, dass die „Nutzungsbedingungen“ unkörperlich überlassener Computerprogramme, Musik oder Filme stets auch Lizenzklauseln enthalten, macht aus solchen Verträgen keine „Lizenzverträge“.

Die Klauseln über Nutzungsrechte in solchen allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nicht wesentlicher Gegenstand des Veräußerungsgeschäfts. Sie sind – vor allem im Verbraucherverkehr – generell von untergeordneter Bedeutung, da der Endnutzer für die bestimmungsgemäße Benutzung der erworbenen Inhalte keinen Lizenzvertrag mit dem Rechteinhaber abschließen muss. Um die heruntergeladene Musik anzuhören, sie gegebenenfalls auch auf einen MP3-Spieler zu kopieren, das Computerspiel zu installieren und zu spielen, den Film auf einem Fernseher oder auch Computer anzusehen, sind keine Nutzungsrechte erforderlich. Die reine Rezeption (ansehen, anhören) ist ohnehin nicht Gegenstand des Urheberrechts. Soweit für die bestimmungsgemäße Benutzung technisch bedingt Kopien erforderlich sind (wie bei der Nutzung digitaler Werke auf Computern zumeist), werden sie durch Schrankenbestimmungen gesetzlich gestattet (vor allem durch §§ 44a, 53, 69d UrhG)³³⁰.

Das bedeutet, dass Lizenzklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Anbietern entweder rein deskriptiver Natur (sofern sie die gesetzlichen Befugnisse unverändert wiedergeben) sind, oder sie dazu dienen, die Nutzungsbefugnisse zu präzisieren beziehungsweise die gesetzlich gewährten Befugnisse zulasten der Nutzer einzuschränken. Der wesentliche Vertragsinhalt solcher Verträge liegt also darin, dass der Nutzer – gegen entsprechendes Entgelt – ein Werkexemplar (also einen Vermögensgegenstand) zur dauerhaften Nutzung überlassen bekommt.³³¹ Ist angesichts dessen Kaufrecht auf den Vertrag anwendbar, ist die Rechtsstellung des Erwerbers auch nach den Wertungen des Eigentumsrechts zu beurteilen. Hiernach erhält der Erwerber eine weitgehende Verfügungsbefugnis über das Erworbene. Diese beinhaltet – unabhängig davon, ob es sich um eine Musikdatei, eine DVD oder einen Kühlschrank handelt – auch das Recht, es weiterzuveräußern.

Bei den Weiterveräußerungsvorgängen von einem Endnutzer an einen anderen gilt nichts anderes. Entgegen der Auffassung des LG München I in der ersten Gebrauchtsoftwareentscheidung³³² schließt der Ersterwerber mit dem Zweiterwerber nicht etwa einen Lizenz-, sondern einen Kaufvertrag. Nutzungsrechte für die bestimmungsgemäße Verwendung der Werkkopie werden hierbei nicht übertragen, da der Zweiterwerber sie nicht benötigt (siehe

³³⁰ In Bezug auf die Benutzung (Installation, Ablaufenlassen) von Computerprogrammen entspricht es ganz herrschender Meinung, dass sich die Nutzungsberechtigung aus § 69d UrhG ergibt (vgl. Wandtke/Bullinger-Grützmacher, § 69d, Rn. 26 m. w. Nachw. A. A. LG München I, MMR 2006, 175 – Handel mit Gebrauchtsoftware I).

³³¹ Dies wird anders zu beurteilen sein, wenn es sich nicht um Downloaddienste, sondern solche handelt, die ihren Nutzern lediglich – für die Dauer des Vertrages – den Zugriff auf Inhalte ermöglichen, ohne dass den Nutzern eigene Kopien dauerhaft überlassen werden. Dies gilt zum Beispiel für die oben genannten Streamingdienste. Da hierbei keine kaufähnlichen Vereinbarungen getroffen werden, können auch die Wertungen von Kauf- und Eigentumsrecht nicht angewendet werden.

³³² Siehe MMR 2007, 328/331.

oben).³³³ Insofern spielt der Umstand, dass dies gemäß § 34 Abs. 1 UrhG nur mit Zustimmung des Rechteinhabers zulässig wäre, auch keine Rolle.³³⁴

4. Marktwirtschaftliche Aspekte

Auch marktwirtschaftliche Erwägungen sprechen dafür, eine Weiterveräußerungsbefugnis für unkörperliche Werkexemplare anzuerkennen. Dies gilt vor allem für die Verkehrsfähigkeit und den freien Warenverkehr. Es sind keine Gründe ersichtlich, immaterielle Vervielfältigungsstücke einem uneingeschränkten Steuerungsrecht des Rechteinhabers zu unterwerfen, mit dem er ihre Verkehrsfähigkeit auf jeder Handelsstufe und bei jedem Veräußerungsvorgang beeinflussen kann.³³⁵

Schon aus Art. 30 und 49 EGV ergibt sich, dass Unterscheidungen zwischen körperlicher oder unkörperlicher Erstüberlassung nur gemacht werden dürfen, wenn es mit Blick auf die Verwertungsinteressen geboten ist.³³⁶ Eine Rechtfertigung dafür, dass diejenigen, die Autos, DVDs oder Bücher verkaufen, einen „Gebrauchtmarkt“ ihrer Waren hinnehmen müssen, diejenigen, die in der Lage und gewillt sind, ihre Produkte unkörperlich zu veräußern hingegen nicht, ist jedoch nicht ersichtlich.³³⁷

5. Vorschlag für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis

Vor diesem Hintergrund erscheint es rechtlich und sachlich geboten, den Erwerbenden von Werkexemplaren eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis zu gewähren, die unabhängig davon gewährt wird, in welcher Form oder auf welchem Übermittlungsweg die Vervielfältigungsstücke in Verkehr gebracht wurden.³³⁸ Eine solche würde den Interessenkonstellationen auf digitalen Märkten gerecht werden. Sie müsste im Wege einer gesetzlichen Neuregelung eingeführt werden, da nach bisheriger Rechtsprechung eine allgemeine Erschöpfungswirkung von § 17 Abs. 2 UrhG nicht anerkannt³³⁹ und damit nicht gewährleistet ist, dass die im Rahmen einer unkörperlichen Weiterveräußerung notwendigen Nutzungshandlungen vorgenommen werden dürfen.

Weitgehende Änderungen des geltenden Rechts, insbesondere umfangreiche Einschränkungen der bestehenden Verwertungsrechte wären hierfür nicht einmal erforderlich. Vor allem ist es bei der Umsetzung einer solchen Regelung nicht nötig, die Erschöpfungswirkung auf verschiedene andere Verwertungsrechte zu erstrecken. Die Erschöpfung eines Verwertungsrechts ist für die Weiterveräußerungsmöglichkeit der Veräußerer nur dann erforderlich,

³³³ Gleicher Ansicht Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69d, Rn. 37.

³³⁴ Dies verkennt das LG München I in seiner ersten Gebrauchtssoftware-Entscheidung, siehe MMR 2007, 328/331. Aus den hier genannten Gründen ist es nicht erforderlich, den für den Rechtsschutz des Urhebers gegenüber den Verwertern sehr wichtigen § 34 Abs. 1 UrhG einzuschränken, um eine Weiterveräußerungsbefugnis durch die Erwerber zu ermöglichen.

³³⁵ Siehe eingehend zu den weiteren – wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Argumenten – die gegen eine Erweiterung des Erschöpfungsgrundsatzes vorgebracht werden, Kreuzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 53-59, http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf.

³³⁶ So Grützmaker, ZUM 2006, 302/305.

³³⁷ Grützmaker, ebenda. Siehe schon oben (Punkt 2) zu dem häufig vorbrachten, aber letztlich irreführenden Argument, eine Weiterveräußerungsbefugnis führe zu mehr „Raubkopien“.

³³⁸ Jedenfalls für eine Weiterveräußerungsbefugnis an unkörperlich erworbenen Kopien spricht sich auch die wohl herrschende Meinung aus, Nachweise siehe Fn. 300.

³³⁹ Vgl. unter anderem BGH GRUR 2005, 940/942 – Marktstudien, wonach sich das Vervielfältigungsrecht an geschützten Datenbanken durch das erste In-Verkehr-Bringen nicht erschöpft. Ebenso EuGH GRUR 2005, 244/248 – BnB-Pferdewetten.

wenn sie bei der Überlassung ihrer Werkkopie in diese eingreifen müssen. Fallen die mit der Weiterveräußerung verbundenen Handlungen dagegen nicht unter das Urheberrecht, bedarf es hierfür auch keiner Erschöpfung.

Ob Verwertungsrechte bei der Weiterveräußerung betroffen werden, hängt von den Umständen des Veräußerungsvorgangs ab. Diese können unterschiedlich sein. Praktisch relevant erscheinen aus heutiger Sicht zwei Vorgehensweisen. Zum einen können Vervielfältigungsstücke, die zunächst in unkörperlicher Form in Verkehr gebracht wurden, vom Ersterwerber zwecks Weiterveräußerung auf einem materiellen Träger gespeichert werden. Beispiele sind, dass Musikstücke, die per Download erworben wurden, auf CD gebrannt und die CD dann verkauft wird. Häufiger wird die Weiterveräußerung jedoch wiederum in unkörperlicher Form erfolgen, etwa indem der Nutzer dem Zweiterwerber die Musikdateien per E-Mail zuschickt oder sie auf einen individualisierten Webspaces hochlädt, auf den – zugangsgeschützt – nur der Erwerber zugreifen kann.

Die erstgenannte Konstellation (Weiterveräußerung auf einem Träger) bedingt, dass sich das Verbreitungsrecht durch das erste In-Verkehr-Bringen in unkörperlicher Form erschöpft. Nach § 17 UrhG fällt bereits das Angebot, ein körperliches Werkexemplar „in Verkehr zu bringen“ unter das Verbreitungsrecht. Bietet der Ersterwerber seine auf CD gebrannten Musikdateien also bei eBay zum Verkauf an, handelt es sich bereits um einen Eingriff in das Verbreitungsrecht. Es kommt dabei nicht darauf an, ob sich das Angebot an die Öffentlichkeit oder an eine Einzelperson richtet.³⁴⁰ Um ein solches Angebot unterbreiten zu dürfen, muss sich das Verbreitungsrecht also erschöpft haben.

Im Falle der praktisch wesentlich bedeutenderen unkörperlichen Übertragung der erworbenen Werkexemplare greift der Veräußerer dagegen nicht in urheberrechtliche Verwertungsrechte ein. Nimmt man im vorgenannten Beispiel etwa an, dass die Übermittlung an den Zweiterwerber per E-Mail oder Server-Download erfolgt, handelt es sich um einen Akt der unkörperlichen Individualkommunikation. Solche digitalen „Punkt-zu-Punkt-Übertragungen“ fallen nach ganz herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung weder unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung noch unter ein anderes urheberrechtliches Verwertungsrecht.³⁴¹

Dementsprechend muss sich – um solche Vorgänge zu gestatten – hier weder das Verbreitungsrecht noch das Recht der öffentlichen Wiedergabe erschöpfen.

Fraglich ist in solchen Fällen – wie im Übrigen auch bei der körperlichen Weiterveräußerung – nur, ob der Veräußerer hierfür Vervielfältigungsrechte benötigt. Denn sowohl das Brennen auf CD als auch die Übermittlung per E-Mail oder Server erfordern Vervielfältigungshandlungen.

³⁴⁰ BGH GRUR 1991, 316/317 – Einzelangebot.

³⁴¹ So ausdrücklich schon der BGH (Hervorhebung nur hier) in MMR 1999, 665/668 – Kopienversanddienst: „Die elektronische Übermittlung beim Faxversand vom Faxgerät des Kopienversanddienstes bis zum Empfangsgerät des Bestellers fällt als solche als *reiner unkörperlicher Übertragungsvorgang (das heißt als Einzelkommunikation im Wege der Datenfernübertragung von Punkt zu Punkt) ohnehin nicht unter ein Verwertungsrecht des Urhebers.*“ So auch die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 12. Februar 2009 in der Rechtssache C-5/08 des EuGH, Infopaq International A/S gegen Danske Dagblades Forening, Abs. 59, <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=488522:cs&lang=de&list=522492:cs,518934:cs,516849:cs,513458:cs,511832:cs,498202:cs,497637:cs,488522:cs,473092:cs,468757:cs,&pos=8&page=1&nbl=16&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>. Gleicher Auffassung OLG München, MMR 2007, 525/529 – Subito; Dreier/Schulze-Dreier, § 19a, Rn. 7; Grützmaker, ZUM 2006, 302/305; Kreutzer, ZGE 2009, 220/242; Fromm/Nordemann-Dustmann, § 19a, Rn. 26; Schrickler/v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn. 85.

gen. Für die unkörperliche Übertragung digitaler Inhalte auf ein anderes Speichermedium (PC, MP3-Spieler, Festplatte oder Ähnliches) sind Vervielfältigungen unabdingbar.³⁴²

Solche Vervielfältigungshandlungen können nach urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen erlaubt sein. Beispielsweise können sie unter §§ 53 Abs. 1 (Privatkopie) oder unter § 44a UrhG (vorübergehende Vervielfältigungshandlungen) fallen. Ob dies der Fall ist, hängt jeweils von den Umständen und der rechtlichen Bewertung ab, zum Beispiel ob die Vertragsparteien natürliche oder juristische Personen sind (Letzteres wäre bei der Veräußerung von „Gebrauchsoftware“ durch Unternehmen relevant). Diesen Fragen wurde bereits an anderer Stelle nachgegangen und sie sollen hier nicht weiter untersucht werden.³⁴³

Fest steht jedenfalls, dass das geltende Recht nicht in sämtlichen Konstellationen erlaubt, die für eine Weiterveräußerung von digitalen Vervielfältigungsstücken notwendigen Nutzungshandlungen vorzunehmen. Aus diesem Grund ist es einerseits erforderlich, die hier befürwortete Weiterveräußerungsbefugnis gesetzlich zu regeln. Andererseits müsste eine solche Regelung anders konstruiert sein als der geltende Erschöpfungsgrundsatz, weil sie – wie gezeigt – nur bedingt etwas mit der Erschöpfung (womöglich bestimmter) Verwertungsrechte zu tun hat.

Sollen die Interessen der Abnehmer durch eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis wirksam gesichert und soll ermöglicht werden, dass auch unkörperliche Werkexemplare unabhängig von den jeweiligen (technischen) Vorgängen weiterveräußert werden können, darf es zum Beispiel nicht darauf abstellen, dass ein Vervielfältigungsstück durch Verbreitung oder unkörperliche Zugänglichmachung erworben wurde. Ebenso wenig darf entscheidend sein, ob im Zuge der Weiterveräußerung unvermeidliche technisch bedingt weitere Kopien entstehen.

Statt derart detailliert auf bestimmte Verwertungsformen abzuheben, müsste eine die Interessen von Anbietern und Abnehmern in Einklang bringende Weiterveräußerungsbefugnis abseits solcher Details allgemein Folgendes regeln:

1. Der Erwerber darf ein rechtmäßig durch Kauf oder kaufähnliche Verträge zur dauerhaften Nutzung erworbenes Werkexemplar durch ebensolche Veräußerungsvorgänge dauerhaft einem Dritten überlassen.
2. Es kommt nicht darauf an, ob der Zweiterwerber das gleiche Vervielfältigungsstück erhält, das der Ersterwerber vom Anbieter bezogen hat („das Original“) oder eine Kopie.³⁴⁴ Wesentlich ist allein, dass der Veräußerer keine dauerhaft nutzbare eigene Kopie zurückbehält.³⁴⁵

³⁴² Nach derzeitigem Stand der Technik ist es für eine im Rahmen des Üblichen erfolgende Veräußerung digitaler Inhalte immer erforderlich, das Werkexemplar zu vervielfältigen. Denn Dateien werden nicht von einem Datenträger auf einen anderen „verschoben“. Vielmehr werden sie kopiert (also vervielfältigt). Der mit der „Übergabe beweglicher Sachen“ (§ 929 BGB) erzielte Effekt (Verlust des Besitzes des Veräußerers, Besitzergreifung des Erwerbers) wird erzielt, wenn die Datei vom Ursprungsrechner, -träger gelöscht wird. Dies gilt unabhängig davon, wie die Übermittlung erfolgt, also zum Beispiel ob eine Datei online (per E-Mail oder Server-Download) übermittelt, sie individuell „übergeben“ wird (Erwerber „holt sich die Datei ab“, indem er sie vom Computer des Veräußerers auf einen USB-Stick kopiert) oder der Vorbesitzer sie zu diesem Zweck auf einen Träger kopiert und diesen dann versendet (zum Beispiel auf eine CD brennt). Siehe zu diesen Besonderheiten der Digitaltechnik näher Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 54 (siehe dort auch Fn. 108), http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf.

³⁴³ Kreutzer, Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 61-66, http://www.vzbv.de/mediapics/anlage_pm_digitale_medien_06_2006_copy.pdf.

³⁴⁴ Dass die Unterscheidung zwischen „Original“ und „Kopie“ bei unkörperlichen digitalen Vervielfältigungsstück obsolet ist, zeigt sich schon daran, dass der Erwerber von Werkexemplaren bei einem Downloaddienst

Durch eine solche Regelung würde ein allgemeines Rechtsprinzip positivrechtlich geregelt, nach dem die Weiterveräußerung von Werkexemplaren unabhängig von der Art und Weise des ersten In-Verkehr-Bringens oder der Verkörperungsform zulässig ist. Abgesehen von der dezidierten Ausrichtung auf den Erwerberschutz wäre eine solche Regelung dem geltenden Erschöpfungsgrundsatz sehr ähnlich.

Auch bei dem Erschöpfungsgrundsatz handelt es sich nach der Rechtsprechung des BGH nämlich um ein allgemeines Rechtsprinzip zum Schutz der Verkehrsfähigkeit von Werkexemplaren. Aus dem dahinter stehenden Rechtsgedanken hat der BGH in seiner Entscheidung Parfumflakon³⁴⁶ abgeleitet, dass im Rahmen einer Weiterveräußerung üblicherweise notwendige Nutzungshandlungen auch dann von der Erschöpfungswirkung erfasst werden, wenn sie nicht unter das Verbreitungsrecht fallen, sondern es sich um Vervielfältigungen handelt.³⁴⁷

6. Einzelheiten der Ausgestaltung

6.1 Keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung

Eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis für digitale Vervielfältigungsstücke bedingt keine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung an dem jeweiligen Werkexemplar. Sie verstößt daher auch nicht – wie oft fälschlich eingewendet wird³⁴⁸ – gegen Art. 3 Abs. 3 oder Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG.³⁴⁹ Das jeweilige Werkexemplar wird im Zuge der Weiterveräußerung nicht „öffentlich zugänglich gemacht“, sondern per „Punkt-zu-Punkt-Übertragung“ von einem Nutzer zum anderen übermittelt (zum Beispiel per E-Mail, einen direkten Abruf von einem Server oder ähnlich).³⁵⁰

In der Weiterübertragungsbefugnis sollte daher ausdrücklich ausgeschlossen werden, dass die Werkkopie öffentlich zugänglich gemacht wird. Nicht nur dass hierfür kein Bedarf besteht, eine solche Befugnis würde auch unangemessen in das Urheberrecht eingreifen. Darf die

ohnehin kein „Original“ vom Anbieter erhält. Vielmehr fertigt er sich von der Datei, die auf dem Server des Veräußerers liegt, selbst eine Kopie an, indem er den jeweiligen Download in Gang setzt.

³⁴⁵ Kopien, die im Zuge der Übermittlung des Werkexemplars an den Abnehmer entstehen, wirken sich auf die Interessenlage nicht aus. Entscheidend ist lediglich, dass der Datenbestand endgültig „den Besitzer wechselt“ und der Veräußerer keine dauerhaft nutzbare eigene Kopie zurückbehält. Ist dies gewährleistet, kommt es nicht zu einer unkontrollierten Vervielfachung des vom Rechteinhaber in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks, sondern – wie beim Verkauf eines Werkträgers – nur zu einem Wechsel des Nutzers, der hierauf Zugriff hat.

³⁴⁶ GRUR 2001, 51 ff.

³⁴⁷ Im Fall Parfumflakon wollte der Inhaber der Rechte an einem urheberrechtlich geschützten Parfumflakon den – aufgrund des Erschöpfungsgrundsatzes ohne weiteres zulässigen – Weitervertrieb desselben dadurch verhindern, dass er dem Anbieter dessen Abbildung (= Vervielfältigung) zu Werbezwecken untersagte. Der Hersteller verwies darauf, dass der Erschöpfungsgrundsatz für das Vervielfältigungsrecht gerade nicht gelte. Der BGH hat diesem Versuch, den Erschöpfungsgrundsatz faktisch auszuhebeln, mit folgender Begründung einen Riegel vorgeschoben. „Die gesetzliche Regelung in § 17 II UrhG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass das Urheberrecht ebenso wie andere Schutzrechte gegenüber dem Interesse an der Verkehrsfähigkeit der mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gesetzten Waren zurücktreten muss. Der zur Weiterverbreitung Berechtigte – hier der Verkäufer von Parfum, das in einem urheberrechtlich geschützten Flakon abgefüllt ist – kann mit Hilfe des Urheberrechts nicht daran gehindert werden, die Ware anzubieten und im Rahmen des Üblichen werblich darzustellen, auch wenn damit eine Vervielfältigung nach § 16 I UrhG verbunden ist.“

³⁴⁸ Siehe unter anderem OLG Hamburg, BeckRS 18231 – Half Life 2 und die Nachweise bei Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Schricke/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 6.

³⁴⁹ Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie ist eine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ausgeschlossen.

³⁵⁰ So auch Grützmaker, ZUM 2006, 302/305.

Kopie öffentlich zugänglich gemacht werden, kann sie schließlich nicht nur vom Erwerber, sondern von jedermann genutzt werden.

Ist dies gewährleistet, würde eine deutsche Regelung, mit der eine solche allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis gewährt wird, nicht gegen geltendes EU-Recht verstoßen. Art. 3 Abs. 3 der RL 2001/29/EG und Erwägungsgrund 29 schreiben lediglich vor, dass sich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erschöpfen darf. Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie sowie Art. 4 lit. c der Computerprogramm-Richtlinie (91/250 EWG beziehungsweise Art. 4 Abs. 2 der revidierten Computerprogramm-Richtlinie 2009/24/EG) schreiben lediglich die Erschöpfung des Verbreitungsrechts vor, an der sich nach dem vorliegend ausgearbeiteten Vorschlag nichts ändern würde. Die Vermiet- und Verleihrechtsrichtlinie (92/100/EWG) wiederum schließt lediglich aus, dass sich das Vermietrecht erschöpft (Art. 1 Abs. 4). Auch diese Vorgaben werden im Rahmen einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis nicht berührt, da sich diese lediglich auf die *dauerhafte* Überlassung des Werkexemplars (also nicht auf das Vermietrecht) bezieht.

Der gegenwärtige *acquis communautaire* des europäischen Urheberrechts enthält damit keine Vorgaben hinsichtlich der unkörperlichen Weiterveräußerung und der damit einhergehenden Nutzungshandlungen.³⁵¹ Da es sich bei der Regelung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis um eine Fortschreibung des Erschöpfungsgrundsatzes handeln würde, ergäben sich hieraus meines Erachtens auch keine Kollisionen mit dem abschließenden Schranken katalog des Art. 5 der RL 2001/29/EG. Ebenso wenig wie der Erschöpfungsgrundsatz – wie sich an seiner systematischen Stellung außerhalb des Schrankenkatalogs zeigt – würde es sich hierbei um eine Schrankenbestimmung gemäß Art. 5 der Richtlinie handeln.

Dennoch würde eine nationale Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis wenig Sinn machen. Eine rein deutsche Lösung würde dazu führen, dass die Weiterveräußerung nur innerhalb von Deutschland zulässig wäre. Dies wäre angesichts grenzüberschreitender (Online-)Märkte nicht zielführend. Zudem könnten sich hieraus Behinderungen des europäischen Binnenmarkts ergeben, die wiederum zu Kollisionen mit EU-Recht führen würden.

6.2 Keine Beschränkung auf die Veräußerung des Originals

Aufgrund der oben genannten Besonderheiten digitaler Güter ist es – anders als bei der geltenden Erschöpfung des Verbreitungsrechts – nicht sinnvoll, im Rahmen einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis auf die Veräußerung des „Originalwerkstücks“ abzustellen. Die Befugnis sollte vielmehr den jeweiligen Datenbestand beziehungsweise den jeweiligen Inhalt betreffen.³⁵² Bei Dateien, unkörperlichen Werkexemplaren, ist eine Dichotomie zwischen „Original“ und „Kopie“ sinnlos.³⁵³

6.3 Keine Beschränkung auf bestimmte Werkarten und Vertriebswege

Die oben genannten Argumente, die für die Einführung einer allgemeinen Weiterveräußerungsbefugnis sprechen, gelten unabhängig von der Art des erworbenen Werkes und dem

³⁵¹ Gleicher Ansicht Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 31; Schricker/v. Ungern-Sternberg, § 19a, Rn. 6.

³⁵² So auch Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 36.

³⁵³ Siehe hierzu auch oben, Rn. 344.

Vertriebsweg, auf dem der Erwerber sein Werkexemplar erworben hat. Eine entsprechende Regelung sollte daher werkart- und technologie-neutral ausgestaltet sein. Dies würde insbesondere erfordern, dass sie sich nicht nur auf die im allgemeinen Teil des Urheberrechtsgesetzes geregelten Werkarten, sondern auch auf Computerprogramme³⁵⁴ und die Regelungen über Leistungsschutzrechte bezieht. Hieraus ergibt sich zudem, dass eine Bezugnahme auf die Erschöpfung bestimmter Verwertungsrechte nicht sinnvoll ist.

6.4 Keine Nutzungsrechte auf Seiten des Zweiterwerbers erforderlich

Würde eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis eingeführt, wäre damit implizit klargestellt, dass der Zweiterwerber berechtigter Nutzer wird. Verwendet er das Werkexemplar bestimmungsgemäß, hört er sich also die Musik an, schaut den Film oder installiert das Computerprogramm, ist dies erlaubt, da die reine Rezeption des Werkes nicht unter das Urheberrecht fällt (siehe oben, Punkt IV.3). Entstehen im Rahmen der Nutzung – bedingt durch die Nutzung mittels digitaler Datenverarbeitungsgeräte – vorübergehend Vervielfältigungen, sind diese durch die allgemeinen Schrankenbestimmungen (vor allem §§ 44a, 69d Abs. 1 UrhG) gedeckt. Dies hat auch der BGH in seinem Used-Soft-Beschluss angedeutet.³⁵⁵

6.5 Schutz der Verwerterinteressen durch Löschungspflicht und DRM

Um die Vergleichbarkeit von körperlichen und unkörperlichen Veräußerungsvorgängen zu gewährleisten, erscheint es geboten, die Veräußerer von in unkörperlicher Form erworbenen Vervielfältigungsstücken zu verpflichten, jede (zur Werknutzung geeignete) Kopie des Werkes im Falle einer Weiterveräußerung zu löschen.³⁵⁶ Auf diese Weise würde bei der unkörperlichen Übertragung derselbe Zustand erzielt, der nach einer Übereignung beweglicher Sachen entsteht (der dauerhafte Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Veräußerers). Eine solche Vorgabe würde vor Missbrauch schützen und ist daher gerechtfertigt, auch wenn sie die Veräußerer unkörperlicher Werkexemplare im Prinzip schlechter stellt als diejenigen, die Trägermedien erwirbt und weiterverkauft (jedenfalls wenn es sich um Privatnutzer und nicht um Computerprogramme handelt).³⁵⁷

Der Erwerberschutz würde hierdurch nicht unangemessen eingeschränkt. Er rechtfertigt lediglich die Weiterveräußerungsmöglichkeit im Sinne einer dauerhaften Übertragung der Nutzungsmöglichkeit auf einen Dritten. Eine Vermehrung der von den Rechteinhabern in Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücke würde diesen Schutzzweck überspannen und die Interessen der Rechteinhaber über Gebühr beeinträchtigen.

Dem häufig eingewendeten Gegenargument, dass Weiterveräußerungsbefugnisse für unkörperliche Vervielfältigungsstücke zu unkontrollierbaren Folgen (vor allem einer Zunahme von „Raubkopien“) führen würde, dürfte hierdurch ausreichend begegnet werden. Zum einen

³⁵⁴ Dies ist aus Verbrauchersicht unter anderem von daher bedeutsam, als auch Computerspiele, wenn auch deren urheberrechtliche Einordnung bis heute nicht eindeutig geklärt ist, im Zweifel nach den Sonderregelungen über Computerprogramme zu beurteilen sind; siehe Kreuzer, CR 2007, S. 1 f.; ders. Verbraucherschutz bei digitalen Medien, 2006, S. 128 ff.

³⁵⁵ Siehe eine Zusammenfassung der Pressemitteilung des noch unveröffentlichten Beschlusses unter http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2288.

³⁵⁶ Siehe Wandtke/Bullinger-Grützmaker, 3. Auflage 2009, § 69c, Rn. 36.

³⁵⁷ Dies verdeutlicht ein Beispiel: Der Erwerber einer (nichtkopiergeschützten) Audio-CD darf hiervon ohne weiteres eine Privatkopie erstellen und das Original weiterveräußern ohne seine Privatkopie zu vernichten oder mitzugeben. Denn er benötigt für die rechtmäßige Erstellung und umso weniger den rechtmäßigen Besitz einer Privatkopie kein eigenes Original. Anders ist dies nach § 69d Abs. 2 UrhG bei Software, da hier nur eine Sicherungskopie vom einem Original gestattet ist, das der Erwerber noch immer besitzt.

ist schon grundsätzlich nicht ersichtlich, weshalb die Weiterveräußerungsmöglichkeit unkörperlicher Werkexemplare zu mehr Missbrauch beziehungsweise zu verstärkter ungesteuerter Vermehrung nicht vom Rechteinhaber in den Verkehr gebrachter Kopien führen soll, als dies bei den auf körperlichen Werkträgern enthaltenen, ebenfalls digitalen, Vervielfältigungsstücken der Fall ist.

Zum anderen können sich die Rechteinhaber vor ungewollten Nutzungen durch Einsatz von – zusätzlich durch die §§ 95a ff. UrhG rechtlich geschützten – technischen Schutzmaßnahmen absichern. Hierdurch würde nach geltendem Recht auch die unkörperliche Weiterveräußerung betroffen, da angesichts des absoluten Umgehungsverbots und der Notwendigkeit, zu diesem Zweck Kopien der Dateien anzufertigen, die Übertragung bei Einsatz etwa von Kopierschutztechniken faktisch wie rechtlich ausgeschlossen wäre.³⁵⁸ Dieser Umstand greift ohnehin schon über Gebühr in die Erwerberinteressen ein, was umso mehr dafür spricht, ihnen jedenfalls eine Weiterveräußerungsbefugnis für Werkexemplare zu gewähren, die nicht mit technischen Schutzmaßnahmen versehen sind.³⁵⁹

6.6 Schutz der Erwerberinteressen durch Ausschluss der Abdingbarkeit

Um der erheblichen Gefahr entgegenzuwirken, dass die allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis durch die Nutzungs- und Lizenzbestimmungen der Anbieter ausgeschlossen und damit ihr Regelungszweck gefährdet wird, müsste sie für unabdingbar erklärt werden.

7. Formulierungsvorschlag

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen könnte eine Regelung über eine allgemeine Weiterveräußerungsbefugnis wie folgt lauten:

§ 17a Weiterveräußerung von Werkexemplaren

(1) Vervielfältigungsstücke des Werkes, die vom Berechtigten im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum³⁶⁰ im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurden, dürfen vom rechtmäßigen Erwerber weiterveräußert werden, soweit der Erwerber keine Kopie dieses Vervielfältigungsstücks zurückbehält.³⁶¹

(2) Die Weiterveräußerungsbefugnis nach Abs. 1 besteht unabhängig davon, ob der rechtmäßige Erwerber das vom Rechteinhaber erworbene Vervielfältigungsstück selbst oder eine

³⁵⁸ Allgemein und auch bezogen auf diesen Aspekt sollte das Prinzip des uneingeschränkten Schutzes gegen die Umgehung technischer Maßnahmen (kein „Selbsthilferecht“, auch wenn die Umgehung legitimen Zwecken dient) in Art. 6 der EU-Richtlinie 2001/29/EG dringend überdacht werden. Siehe eingehend hierzu Kreuzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 300 ff.

³⁵⁹ Immerhin würde im Zuge des vorliegend vorgeschlagenen Maßnahmenkataloges erreicht, dass die Privatkopieschranke „durchsetzungsstark“ ausgestaltet würde, siehe oben, Abschnitt 2, Punkt II.

³⁶⁰ Wird das Werkexemplar erstmals in unkörperlicher Form in den Verkehr gebracht, wäre auf den Ort abzustellen, an dem es erstmals vervielfältigt wurde. Dieser müsste sich innerhalb der EU oder des EWR befinden, so dass weiterhin Importe in diese Gebiete verhindert werden können, vgl. Wandtke/Bullinger-Grützmaker, § 69c, Rn. 32.

³⁶¹ Auf „dieses Vervielfältigungsstücke“ und nicht auf Vervielfältigungsstücke des Werkes allgemein abzustellen ist notwendig, weil der Erwerber ja durchaus weitere Exemplare desselben Werkes besitzen kann (zum Beispiel ein Buch und ein eBook des gleichen Romans). Es kann natürlich nicht gefordert werden, dass sich der Erstbesitzer bei der Weiterveräußerung auch aller anderen Werkstücke entledigt.

weitere Vervielfältigung desselben veräußert, soweit die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Eine öffentliche Zugänglichmachung von Vervielfältigungsstücken des Werkes durch den Erwerber ist nicht zulässig.

(3) Vertragliche Bestimmungen, die in Widerspruch zu Abs. 1 und Abs. 2 stehen, sind nichtig.

8. Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|--|
| AG | Amtsgericht |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| BCH | Bundesverband Computerhersteller |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BITKOM | Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien |
| BMJ | Bundesministerium der Justiz |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| CELAS | Centralized European Licensing and Administration Service |
| DAV | Deutscher Anwaltsverein |
| DMCA | Digital Millenium Copyright Act |
| DPMA | Deutsches Patent- und Markenamt |
| DRM | Digitales Rechtemanagement |
| EFF | Electronic Frontier Foundation |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EP | Europäisches Parlament |
| EU | Europäische Union |
| EWR | Europäischer Wirtschaftsraum |
| GEMA | Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte |
| GEZ | Gebühreneinzugszentrale |
| GG | Grundgesetz |
| GKG | Gerichtskostengesetz |
| GRUR | Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GVL | Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten |
| IKT | Informations- und Kommunikationstechnologie |
| IM | Informationskreis Aufnahmemedien |
| KUG | Kunsturheberrechtsgesetz |
| LG | Landgericht |
| MCPS/PRS | Mechanical-Copyright Protection Society/ Performance Right Society |
| MPI | Max-Planck-Institut |
| OLG | Oberlandesgericht |
| RBÜ | Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst |
| RVG | Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte |
| SOC | Center for Social Media |
| TRIPS | Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| UrhWG | Urheberrechtswahrnehmungsgesetz |
| URI | Usage Rules Information |
| USCA | US Copyright Act |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |

| | |
|---------------|--|
| VG BILD-KUNST | Verwertungsgesellschaft BILD-KUNST |
| VG WORT | Verwertungsgesellschaft WORT |
| VV | Vergütungsverzeichnis |
| WCT | WIPO Copyright Treaty |
| WPPT | WIPO Performances and Phonograms Treaty |
| Zitco | Zentralverband Informationstechnik und Computerindustrie |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZPÜ | Zentralstelle für private Überspielung |