

## Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 4/2015

---

# Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation

*Alexander Peukert*<sup>\*</sup>

Erschienen in: GRUR-Beilage 2014, 77-93.

Zitiervorschlag: Peukert, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation,  
Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt a.M.  
Nr. 4/2015, Rn.

**Zusammenfassung:** Nach vorherrschender Lesart prallen im Internet Exklusivitäts- und Zugangsinteressen aufeinander. Das Urheberrecht soll diesen Konflikt in ein angemessenes Gleichgewicht bringen. Im folgenden Beitrag werden die Auseinandersetzungen um das digitale Urheberrecht anders gedeutet. Demnach ist die Online-Kommunikation von zwei koexistierenden Kulturen geprägt, die sich je verschieden zum Urheberrecht verhalten. Die Ausgestaltung des digitalen Urheberrechts wird mit darüber entscheiden, ob das dynamische Nebeneinander von Exklusivitäts- und Zugangskultur fort dauert oder ob eine der beiden Kulturen verdrängt wird. Das Urheberrecht ist folglich als Teil der Internetregulierung zu betrachten.

---

<sup>\*</sup> Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“, a.peukert@jur.uni-frankfurt.de.

## I. Kommunikationskulturen im Internet

- 1 Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Internet wird häufig als Konflikt zwischen Exklusivitäts- und Zugangsinteressen beschrieben. Je nachdem, ob man die Auseinandersetzung aus der Warte des Urheberrechts oder des Internets betrachtet, stehen sich Urheberrechtsoptimisten und -pessimisten bzw. Cyberoptimisten und -pessimisten unversöhnlich gegenüber.<sup>1</sup> Die Lösung heißt dann „angemessenes Gleichgewicht“,<sup>2</sup> „Interessenausgleich“<sup>3</sup> oder auf der internationalen Bühne: „Balance“.<sup>4</sup> Im Folgenden wird dieses Szenario anders gedeutet. Ausgangspunkt hierfür sind die tatsächlichen Kommunikationsweisen im Netz. Jene sind von zwei Kommunikationskulturen geprägt, die sich je verschieden zum Urheberrecht verhalten.<sup>5</sup>

### 1. Exklusivitätskultur

- 2 Die erste dieser beiden Kulturen sei Exklusivitätskultur genannt. Hierbei handelt es sich zuvorderst um ein Geschäftsmodell, bei dem ein Unternehmer den Zugang zu Werken und anderen Schutzgegenständen nach Maßgabe technischer und vertraglicher Bedingungen gegen Entgelt verschafft. Nach diesem Vorbild sah Paul Goldstein 1994 im Internet eine himmlische Jukebox kommen, die jedermann zu jederzeit an jedem Ort jeden gewünschten Inhalt verschafft - allerdings unter automatischer Abbuchung eines bestimmten Betrages vom Konto des Konsumenten.<sup>6</sup> Heute finden sich entsprechende Beispiele in allen urheberrechtsrelevanten Bereichen.<sup>7</sup> Verwiesen sei auf

---

<sup>1</sup> Goldstein, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, 2. Aufl. 2003 (1. Aufl. 1994), S. 10 f.

<sup>2</sup> EuGH, GRUR 2008, 241 Rdnrn. 60, 70 - Promusicae; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 17/14194, S. 5.

<sup>3</sup> Z.B. Hoeren, GRUR 1997, 866, 871; Hilty/Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004; Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 882; Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, Deutschlands Zukunft gestalten, 27.11.2013, <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>, S. 133.

<sup>4</sup> Geiger, IIC 2006, 371 ff.

<sup>5</sup> Siehe bereits Lehman, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, 1995, <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>, S. 14 ff.; Benkler, *The Wealth of Networks*, 2006, S. 395 (enclosure vs. openness); Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, 2008, S. 105 (read-only vs. read-write-culture); zuletzt Cohen, *Configuring the Networked Self*, 2012, S. 6 (information-as-freedom vs. information-as-control).

<sup>6</sup> Goldstein (o. Fußn. 1), S. 22 f.; vgl. Benkler (o. Fußn. 5), S. 41 ff. (rights-based exclusion).

<sup>7</sup> Instruktive Übersicht zu gegenwärtigen Geschäftsmodellen bei Bäcker/Höfing, ZUM 2013, 623 ff.

kostenpflichtige E-Books, zugangskontrollierte Datenbanken wie Beck-Online und Juris, die freilich in naher Zukunft eingestellte Brockhaus-Enzyklopädie, Zeitungen mit Bezahlschranken, proprietäre Software, Musikplattformen wie Apple iTunes und Spotify Freemium-Streaming, Pay-TV und Video-on-demand-Anbieter wie MaxDome und Lovefilm, Bild-Agenturen wie dpa-Bild usw.

- 3 Derartige Geschäftsmodelle implementieren eine Kultur der Exklusivität nach dem Vorbild der analogen Welt. In einem hierarchisch strukturierten Modell wird Information aus einer Quelle an eine Vielzahl von Nutzern übermittelt, deren Aktivität sich im Wesentlichen auf die Auswahl und den Konsum des digitalen Produkts beschränkt. Anbieter, die heute in diesem Modus operieren, waren häufig bereits vor dem Internet im Inhaltegeschäft tätig.<sup>8</sup>

## 2. Zugangskultur

- 4 Die Zugangskultur zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass Information ohne technische Hindernisse zeitlich<sup>9</sup> und räumlich unbegrenzt verfügbar ist und nicht unmittelbar gegen Entgelt vermarktet wird. Zwar darf der Empfänger mit den betreffenden Daten in der Regel nicht alles tun und lassen, was er will. Denn viele Urheber, die ihre Werke im vorgenannten Sinne offen zugänglich machen, behalten sich einige Rechte, insbesondere Urheberpersönlichkeitsrechte, vor. Vorübergehende und dauerhafte Vervielfältigungen wie auch Hyperlinks sind aber jedenfalls kostenfrei erlaubt.<sup>10</sup> Damit kann zumindest der unveränderte Datenaustausch ohne Rücksicht auf das Urheberrecht im Sinne eines vorgeschalteten Zustimmungserfordernisses ablaufen. Das Ideal der vor allem von der sog. Netzgemeinde beschworenen Kultur des offenen Zugangs ist nicht die Goldsteinsche Jukebox, sondern das Wiki.<sup>11</sup> Demnach ermöglicht das Internet einen vernetzten Informationsfluss, an dem jeder, der an das Netz angeschlossen ist, nach gleichen Bedingungen und ohne zentrale Kontrolle als Sender und Empfänger teilnehmen kann, darf und soll: heterarchischer Hypertext.

---

<sup>8</sup> Litman, Digital Copyright, 2001, S. 171.

<sup>9</sup> Zu diesbezüglichen Konflikten mit dem Urheberrecht *BGH*, GRUR 2011, 415 Rdnrn. 9 ff. - Kunstaussstellung im Online-Archiv.

<sup>10</sup> Zur rechtlichen Konstruktion s.u. II 2.

<sup>11</sup> <http://de.wikipedia.org/wiki/Wiki>.

- 5 Auch dieses Kommunikationsmodell ist im Internet in allen urheberrechtlich relevanten Bereichen anzutreffen. Frei zugänglicher Text findet sich auf Wikipedia, auf Fanfiction-Plattformen, in offenen Datenbanken wie openjur.de für juristische oder in Repositorien für wissenschaftliche Informationen<sup>12</sup> sowie nicht zuletzt in Blogs. Freie und Open Source Software ist in manchen Feldern zu einem ernsthaften Konkurrenten proprietär vermarkteter Computerprogramme aufgestiegen. Schließlich sind unzählige Fotos, Audio- und Videodateien auf individuellen Websites und Plattformen wie Youtube und Flickr verfügbar, wobei die Spannweite von professionellen Arbeiten bis hin zu amateurhaftem „user generated content“ reicht.<sup>13</sup>
- 6 Anders als die Exklusivitätskultur lässt sich die Zugangskultur schon im Ausgangspunkt nicht auf eine Markttransaktion (Inhalt gegen Geld) reduzieren. Zwar sind manche offenen Kommunikationsangebote mit kommerziellen Leistungen, insbesondere mit Werbung und komplementären Angeboten verknüpft und werden so mittelbar kommerzialisiert.<sup>14</sup> Zu einem großen Teil aber speist sich die Zugangskultur aus nicht-kommerziell motivierten Beiträgen, die teilweise öffentlich (Wissenschaft, Archive), teilweise privat (Spenden, Liebhaberei) finanziert sind. Die erforderliche Infrastruktur wird zu einem großen Teil von Unternehmen wie Google und Facebook zur Verfügung gestellt, die mit der Strukturierung und Vernetzung der offenen Informationsflut die dynamischsten und wohl auch profitabelsten Geschäftsmodelle des Internets überhaupt entwickelt haben.
- 7 Der offene, partizipative und zu einem großen Teil nicht-kommerzielle Charakter der Zugangskultur reflektiert die technische Grundstruktur und den historischen Entstehungskontext des Internets.<sup>15</sup> Es gilt in Erinnerung zu rufen, dass dieses Netz der Netze in den 1960er Jahren in einem einzigartigen, vom kalten Krieg geprägten, militärisch-wissenschaftlichen Zusammenhang

---

<sup>12</sup> Dazu *Peukert*, Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!, Goethe-Universität Frankfurt a.M., Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 5/2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2268906](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268906).

<sup>13</sup> Z.B. <http://www.nin.com/>; <http://www.Babajaga-film.de>; <http://www.faust-kultur.de>. Vgl. zu Youtube *LG Hamburg*, ZUM 2012, 596 ff. – GEMA/Youtube. Weitere Beispiele etwa bei *Naughton*, From Gutenberg to Zuckerberg, 2012, S. 144 ff., 245 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Benkler* (o. Fußn. 5), S. 41 ff. (nonexclusion-market vs. nonexclusion-nonmarket).

<sup>15</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, 2008, S. 243 („technologisch implementierte Zugangsregel“); *Lessig*, Code, 2. Aufl. 2006, S. 59 f.; *Abbate*, Inventing the Internet, 1999, S. 145; zur Technik näher *Sieber*, in: *Hoeren/Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1, Stand 35. Ergänzungslieferung 2013.

entstand. Ausgangspunkt war der Wunsch des US-Militärs, über ein Kommunikationssystem zu verfügen, das einen atomaren Erstschlag überstehen würde.<sup>16</sup> Die gesuchte Struktur musste sich folglich durch Stabilität, Flexibilität und Dezentralität auszeichnen. Der Ausfall eines oder mehrerer Netzwerkpunkte sollte die Kommunikation möglichst nicht tangieren. Zur Lösung dieses Problems stattete die Advanced Research Projects Agency (ARPA) Wissenschaftler mit nahezu unbegrenzten finanziellen Mitteln und ebensolchem intellektuellen Freiraum aus. Die Wissenschaftler wiederum machten sich das entstehende, konsequent dezentral angelegte ARPANet für ihre Arbeit zu Nutze und entwickelten neuartige Formen des Informationsaustauschs. Stieß eine Arbeitsgruppe auf ein Problem, verschickte sie einen „request for comments“ und realisierte damit bereits den Gedanken des interaktiven Netzwerks.<sup>17</sup> In dieser Forschungsatmosphäre war es zudem selbstverständlich, sämtliche Quellcodes offenzulegen.<sup>18</sup>

- 8 Wissenschaftliche Interessen und Kommunikationsnormen wurden noch bedeutsamer, nachdem die National Science Foundation das US-Militär Anfang der 1980er Jahre als primären Förderer der Netzforschung und -entwicklung abgelöst hatte. Es waren Wissenschaftler, die primär für ihre, genuin nicht-kommerziellen Zwecke die grundlegenden Netzwerkprotokolle und Anwendungen wie E-Mail und das World Wide Web programmierten und insoweit zum Teil ausdrücklich auf jeden Urheberrechtsschutz verzichteten.<sup>19</sup> Noch in den frühen 1990er-Jahren war es nach den Benutzungsregeln der National Science Foundation verboten, das Internet für nicht-wissenschaftliche, insbesondere kommerzielle Zwecke zu nutzen. Die hoheitliche Kontrolle über das infrastrukturelle Rückgrat des Netzes endete offiziell erst am 30.04.1995.<sup>20</sup>
- 9 Das Ergebnis dieses äußerst unwahrscheinlichen, militärisch-wissenschaftlichen Entstehungszusammenhangs war eine Technologie, die sich von früheren Kommunikationsmedien fundamental unterscheidet: Erstens existiert keine zentrale Sprecher- und Kontrollinstanz, und zweitens verhält sich das

---

<sup>16</sup> Abbate (o. Fußn. 15), S. 43 ff.; nach Sieber, in: Hoeren/Sieber (o. Fußn. 15), Teil 1 Rdnr. 1 mit Fußn. 1, eine „Legende“.

<sup>17</sup> Abbate (o. Fußn. 15), S. 56, 74.

<sup>18</sup> Abbate (o. Fußn. 15), S. 70 f.

<sup>19</sup> Abbate (o. Fußn. 15), S. 111, 143 ff., 214 ff. Vgl. Statement Concerning CERN W3 Software Release Into Public Domain, 30.4.1993, <http://tenyears-www.web.cern.ch/tenyears-www/declaration/page1.html>

<sup>20</sup> Abbate (o. Fußn. 15), S. 196, 199.

Netzwerk gegenüber den an die Netzwerkenden ausgelagerten Anwendungen neutral (Ende-zu-Ende-Prinzip).<sup>21</sup> Seine Funktion besteht allein darin, jedweden binären Datensatz möglichst schnell und stabil von Rechner A zu Rechner B zu transferieren. Auch Technologien wie das „packet switching“ und der mehrschichtige Aufbau der Netzarchitektur sind ganz auf eine möglichst effiziente und stabile Datenübermittlung ausgelegt, während sie eine Kontrolle der übertragenen Daten aus Sicherheitsgründen wesentlich erschweren.<sup>22</sup>

- 10 Damit schließt sich der Kreis. Ein immer stärker von wissenschaftlichen Interessen getriebenes Projekt hat eine Technologie hervorgebracht, die Kommunikationsweisen begünstigt, wie man sie idealerweise in Forschungsgruppen, später im „Cyberspace“<sup>23</sup> und nunmehr verdünnt noch in der Zugangskultur antrifft. Diese Kommunikationspraktiken zeichnen sich durch die aktive Beteiligung aller Teilnehmer, die Offenheit gegenüber neuen Beiträgen und die Abwesenheit einer zentralen Kontrollinstanz aus. Im Übrigen herrschen soziale Normen, die je nach betroffener Gemeinschaft (z.B. Militär oder Wissenschaft) anders lauten, während die Exklusivitätskultur von den formal-einheitlichen Rechtsregeln des Eigentums und des Vertrags geprägt ist.

### 3. Wahlfreiheit und Hybride

- 11 Die digitale Netzwerktechnologie erlaubt sowohl die vollständig unkontrollierte Verbreitung von Datensätzen als auch ihre maximal reglementierte Nutzung.<sup>24</sup> Beide Varianten koexistieren im einheitlichen Internet, über das binäre Datensätze ohne Ansehen ihrer Herkunft, ihres Bestimmungsorts und ihres Inhalts übertragen werden. So kommt es, dass in manchen Bereichen die Zugangs-, in anderen die Exklusivitätskultur dominiert. Während Wikipedia die

---

<sup>21</sup> Post, In Search of Jefferson's Moose, 2009, S. 82 f.; Naughton (o. Fußn. 13), S. 46 ff.

<sup>22</sup> Sieber, in: Hoeren/Sieber, (o. Fußn. 15), Teil 1 Rdnr. 77; Lessig (o. Fußn. 15), S. 144; Benkler (o. Fußn. 5), S. 412 ff. Dieses Sicherheitsdefizit steht nicht im Widerspruch zum militärischen Ursprung des Internets. Denn das US-Militär dachte in Kategorien eines nach außen geschlossenen, militärischen Netzwerks, das über die hierarchisch strukturierten Enden kontrolliert wird. Wenn die Befugnis zur Kommunikationsteilnahme vom Dienstgrad und der Kommunikationsinhalt vom Befehl abhängig sind, erscheint eine zusätzliche Kontrolle der Datenübermittlung in der Tat überflüssig. Sicherheitslücken wurden denn auch erst virulent, als sich das US-Militär längst zurückgezogen hatte und das Internet immer mehr zum globalen Netz der Netze wurde.

<sup>23</sup> Hoeren, NJW 1995, 3295, 3298.

<sup>24</sup> Siehe National Research Council Committee on Intellectual Property Rights in the Emerging Information Infrastructure, The Digital Dilemma: Intellectual Property in the Information Age, 2000; Litman (o. Fußn. 8), S. 12.

Brockhaus-Enzyklopädie weitgehend verdrängt hat, werden juristische Fachinformationen vornehmlich über zugangskontrollierte Datenbanken wie Beck-Online und Juris angeboten und konsultiert. Diese Vielfalt ist Ausdruck der Wahlfreiheit, die Rechtsinhaber in der digitalen Welt genießen. Ihnen steht es frei, manche Schutzgegenstände exklusiv zu vermarkten, andere Inhalte hingegen ohne technische Barrieren verfügbar zu machen. Der jeweilige Status eines Werks kann sich dabei auch nachträglich ändern.<sup>25</sup> Selbst die gleichzeitige Verfügbarkeit von Inhalten auf geschlossenen und offenen Plattformen ist technisch und rechtlich möglich – man denke etwa an den sog. grünen Open Access im Wissenschaftsbereich.<sup>26</sup>

- 12 Die Unterscheidung zwischen der Exklusivitäts- und der Zugangskultur orientiert sich an der eingesetzten Technologie. Schaltet ein Sprecher einen Datensatz ohne weiteres frei, beteiligt er sich an der Kultur des offenen Zugangs. Ist der Zugriff hingegen qua Software eingeschränkt und von einer individuellen Gestattung abhängig, kommuniziert man im Exklusivitätsmodus.<sup>27</sup> Für die Maßgeblichkeit der Technik als Unterscheidungskriterium spricht, dass Online-Kommunikation digitalisierte Kommunikation ist, die technisiert bedingt, geformt, reguliert ist: *Code is law*.<sup>28</sup> Dementsprechend war der Rechtsschutz technischer Schutzmaßnahmen stets ein Kernelement der urheberrechtlichen Netzregulierung.<sup>29</sup> Auch der BGH stellt zur Entscheidung über die urheberrechtliche Zulässigkeit bestimmter Formen der Online-Kommunikation, etwa von Hyperlinks und Suchmaschinen, maßgeblich auf technische Kriterien ab.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Siehe *Peukert*, Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent) 28 (2005), 1 = [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=801124](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=801124), S. 36 ff.

<sup>26</sup> Dazu *Peukert* (o. Fußn. 12). Zu § 38 Abs. 4 UrhG n.F. s.u. II 2.

<sup>27</sup> Für dieses Unterscheidungsmerkmal auch *Efroni*, Access Right, Diss. LMU München 2009, S. 490 ff., 540.

<sup>28</sup> *Lessig* (o. Fußn. 15), S. 24.

<sup>29</sup> *Wittgenstein*, Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge, 2000, S. 12 ff.

<sup>30</sup> Siehe *BGH*, GRUR 2011, 56 Rdnrn. 27 ff. - Session-ID (ob Hyperlinks zulässig seien, hänge davon ab, ob technische Maßnahmen umgangen werden); *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnrn. 28 ff., 33 ff. – Vorschäblicher I (in übliche Online-Nutzungen werde konkludent eingewilligt, wenn keine technischen Maßnahmen zu ihrer Verhinderung ergriffen werden); zur Störerhaftung *BGH*, GRUR 2007, 708 Rdnr. 47 – Internet-Versteigerung II (die Grenze des Zumutbaren sei jedenfalls dann erreicht, wenn keine Merkmale vorhanden sind, die sich zur Eingabe in ein Suchsystem eignen); *BGH*, GRUR 2009, 841 Rdnr. 34 – Cybersky (Prüfpflichten seien im Regelfall zumutbar, wenn sie automatisiert werden könnten. Andernfalls sei das Geschäftsmodell technisch so zu modifizieren, dass es Rechtsverletzungen keinen Vorschub mehr leistet.); vgl. auch *Wielisch* (o. Fußn. 15), S. 259 mit Fußn. 86.

- 13 Der Aspekt der Kommerzialisierung bildet hingegen lediglich ein nachgeordnetes Unterscheidungsmerkmal. Zwar lässt sich ein individuelles Entgelt für die Nutzung von Inhalten nur dann wirksam durchsetzen, wenn der Zugriff technisch reguliert ist, weshalb die entgeltpflichtige, zugangskontrollierte Online-Datenbank das Paradigma der Exklusivitätskultur darstellt.<sup>31</sup> Indes wird auch offener Content auf verschiedenste Weisen kommerzialisiert. Hingewiesen sei nur auf die Vermarktung komplementärer Produkte wie Dienstleistungen zu Open Source Software, Live-Darbietungen und Merchandising von Musik sowie auf die Schaltung von Werbung zu frei verfügbaren Inhalten.
- 14 In diesem offen-kommerziellen Bereich finden sich zahlreiche Geschäftsmodelle, die gewissermaßen zwischen der Exklusivitäts- und der Zugangskultur angesiedelt sind. Doch erweist sich die Erklärungskraft der hier getroffenen Unterscheidung gerade an derartigen Hybriden.<sup>32</sup> Sie sind wirtschaftlich und rechtlich so interessant wie widersprüchlich und umstritten, weil sie sich einer eindeutigen Zuordnung entziehen. Diese Beobachtung liefert zum Beispiel eine Erklärung für den Streit um das Leistungsschutzrecht für Presseverleger, an dem auf beiden Seiten Hybride beteiligt sind. Presseverleger stammen aus der Exklusivitätskultur und betreiben offline wie online ein streng hierarchisch organisiertes Geschäft mit Inhalten, die im Internet freilich noch immer weitgehend frei zugänglich sind.<sup>33</sup> Kommerzielle Suchmaschinen und News-Aggregatoren hingegen vermarkten frei verfügbare Informationen, an denen aus ihrer Sicht möglichst wenige Rechte bestehen sollen, während der zentral kontrollierte Suchalgorithmus als zu Code geronnenes Geschäftsmodell streng geheimes geistiges Eigentum darstellt. Die §§ 87f-h UrhG sollen den Presseverlegern nun dabei helfen, endlich in den ihnen allein gemäßen Exklusivitätsmodus umzuschalten.<sup>34</sup> Noch hat diese Intervention nicht die erhofften Effekte gezeitigt. Google News listet unverändert alle großen

---

<sup>31</sup> Dies gilt auch für sog. „Freemium“-Angebote wie Spotify.

<sup>32</sup> Lessig (o. Fußn. 5), S. 179 ff. (hybrids). Einschlägige Sozialtheorie bei Latour, *Wir sind nie modern gewesen*, 2008.

<sup>33</sup> Zu Online-Archiven *BGH*, GRUR 2011, 415 Rdnrn. 9 ff. - Kunstaussstellung im Online-Archiv.

<sup>34</sup> Vgl. §§ 87f Abs. 2, 87g Abs. 4 UrhG und dazu Regierungsentwurf Siebentes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 17/11470, S. 6. Vgl. ferner *Renner/Renner*, *Digital ist besser*, 2011, S. 113; sowie die von Presseverlegern angestrebten Verfahren *BGH*, GRUR 2003, 958 – Paperboy; *BGH*, GRUR 2011, 134 – Perlentaucher, die gezielt gegen Modi und Akteure der Zugangskultur gerichtet waren.

Zeitungen und Zeitschriften, ohne dass Gelder fließen.<sup>35</sup> Dafür hat der auf Blogs ausgerichtete Suchdienst rivva sein Informationsangebot aufgrund des neuen Leistungsschutzrechts reduziert, wodurch die Sichtbarkeit der Zugangskultur abnimmt.<sup>36</sup>

- 15 Anders als Presseverleger und Google operieren die Betreiber von Spotify und Wikipedia eindeutig im Exklusivitäts- bzw. Zugangsmodell. Deshalb lösen sie viel weniger Irritationen aus. Dies gilt nicht zuletzt für ihr jeweiliges, relativ eindeutiges Verhältnis zum Urheberrecht, auf das nunmehr einzugehen ist.

## II. Die Rolle des gegenwärtigen Urheberrechts

### 1. Urheberrecht und Exklusivitätskultur

- 16 Die bereits angeklungene Symbiose zwischen der Exklusivitätskultur und dem Urheberrecht entspricht der inneren Logik und der primären, historisch gewachsenen Zwecksetzung dieses Rechtsgebiets. Mit den ausschließlichen Verwertungsrechten<sup>37</sup> ermöglicht das Urheberrecht eine dezentral-marktmäßige Produktion und Verbreitung von Werken und anderen immateriellen Schutzgegenständen. Diese Rechtsobjekte werden durch fungible Rechte zu handelbaren Wirtschaftsgütern, deren Nutzung zustimmungs- und in der Regel vergütungspflichtig ist. Der ganze Sinn und Zweck des Urheberrechts besteht mit anderen Worten darin, Literatur, Wissenschaft und Kunst marktmäßig zu organisieren.<sup>38</sup>
- 17 In der analogen Welt verlief diese Marktkommunikation hierarchisch vom Autor über einen unternehmerischen Mittler (Verlag) zum lesenden Publikum. Im Internet treten zwar neue Akteure auf den Plan. Insbesondere vermögen digitale Urheber-Unternehmer ihre Werke über Online-Plattformen weitgehend selbst zu vermarkten.<sup>39</sup> Doch vermögen sie auch im Internet im Modus der Exklusivität zu operieren, da das Marktmodell durch vier gesetzgeberische

---

<sup>35</sup> Siehe <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/google/leistungsschutzrecht-die-verlage-geben-gegen-google-klein-bei-vorerst-12315752.html>.

<sup>36</sup> Siehe [http://blog.rivva.de/rivva\\_und\\_das\\_leistungsschutzrecht\\_2](http://blog.rivva.de/rivva_und_das_leistungsschutzrecht_2).

<sup>37</sup> Peifer, GRUR 2009, 22 ff. („Eigentumsfunktion“ im Gegensatz zur urheberpersönlichkeitsrechtlichen „Authentizitätsfunktion“).

<sup>38</sup> Cohen (o. Fußn. 5), S. 81.

<sup>39</sup> Für Apple iBooks siehe <http://www.apple.com/de/ibooks-author/>; ferner Kindle Direct Publishing – Vertragsbedingungen, Ziff. 3, 5.5, Stand 3.9.2013, <https://kdp.amazon.com/self-publishing/help?topicId=A3R2IZDC42DJW6>.

Maßnahmen auf die Netzkommunikation übertragen wurde:<sup>40</sup> Erstens wurde das ausschließliche Vervielfältigungsrecht so erweitert, dass selbst die vorübergehende Speicherung eines urheberrechtlich geschützten Datensatzes und damit jeder private Werkgenuss mittels eines Computers grundsätzlich der Erlaubnis bedarf.<sup>41</sup> Zweitens wurde die öffentliche Zugänglichmachung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen unabhängig vom Standort des Servers einem eigenständigen Ausschließlichkeitsrecht unterworfen.<sup>42</sup> Drittens wurden die Möglichkeit der Online-Erschöpfung und damit ein Zweitmarkt für gebrauchte digitale Güter ausgeschlossen.<sup>43</sup> Viertens wurden technische Zugangs- und Nutzungskontrollen dergestalt unter rechtlichen Schutz gestellt, dass im Internet sämtliche Schranken des Urheberrechts in das Belieben des Rechtsinhabers gestellt sind.<sup>44</sup> Mit dieser Ausdehnung des Urheberrechts in die Tiefe sollten Pay-per-use-Geschäftsmodelle – eben die himmlische Jukebox – als rechtlicher Normalfall institutionalisiert werden.<sup>45</sup>

- 18 Die entscheidenden Weichen in diese Richtung wurden im Wege der Top-down-Regulierung zu einem Zeitpunkt gestellt, als sich das Internet gerade erst aus seinem militärisch-wissenschaftlichen Entstehungskontext löste und noch kaum kommerzialisiert war.<sup>46</sup> Bereits 1993 setzte die Regierung Clinton eine Arbeitsgruppe ein, die sich mit Fragen des geistigen Eigentums im Rahmen des „Information Highway“ beschäftigen sollte. Sie legte im Herbst 1995 ihren Abschlussbericht vor.<sup>47</sup> Die gesetzgeberische Implementierung der darin enthaltenen, oben aufgelisteten vier Eckpfeiler des digitalen Urheberrechts in

---

<sup>40</sup> Vgl. EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, 19.7.1995, KOM(95) 382 endg., S. 44 ff.; *Lehman* (o. Fußn. 5), S. 19 ff.; *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 49 f.

<sup>41</sup> Siehe Vereinbarte Erklärung zu Art. 1 Abs. 4 WCT; Art. 7 WPPT; Art. 2 UrhRL 2001/29; im deutschen Recht §§ 16, 44a UrhG.

<sup>42</sup> Siehe Art. 8 WCT; 10, 14 WPPT; 3 UrhRL 2001/29; § 19a UrhG. Zur Frage des anwendbaren Rechts siehe *EUGH*, GRUR 2012, 1245 Rdnrn. 18 ff. - *Football Dataco* u.a.; großzügiger *LG Hamburg*, GRUR Int. 2004, 148; *Reinbothe/v. Lewinski*, *The WIPO Treaties 1996, 2002/2007*, Art. 8 WCT Rdnr. 17.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 6 und 8 sowie vereinbarte Erklärung zu Art. 6 und 7 WCT; ErwGrd. 29 und Art. 3 Abs. 3 UrhRL 2001/29; *OLG Stuttgart*, ZUM 2012, 81; *LG Bielefeld*, ZUM 2013, 688 f. Anders im Anwendungsbereich der ursprünglich 1991 erlassenen Computerprogrammrichtlinie 2009/24 *EUGH*, GRUR Int. 2012, 759 - *Usedsoft*.

<sup>44</sup> Siehe Art. 11, 12 WCT; 18, 19 WPPT; 6 Abs. 4 Unterabs. 4 UrhRL 2001/29; § 95b Abs. 3 UrhG.

<sup>45</sup> *Peukert*, in: *Hilty/Peukert* (o. Fußn. 3), S. 11, 24 ff. m.w.N.; ferner EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht (o. Fußn. 40), S. 22.

<sup>46</sup> Kritisch *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 874; *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 132 f.

<sup>47</sup> *Lehman* (o. Fußn. 5), S. 14 ff.; *Litman* (o. Fußn. 8), S. 90 ff. m.w.N.

den USA scheiterte allerdings im Folgejahr auch aufgrund einer vehementen Kritik der US-amerikanischen Netzgemeinde.<sup>48</sup> Doch konnten entsprechende Beschlüsse kurze Zeit später auf internationaler Ebene erreicht werden.<sup>49</sup> Der europäische Rat legte sich bereits im Juni 1994 – also sogar noch früher als die Clinton-Administration - darauf fest, dass in den neuen Netzen ein hohes urheberrechtliches Schutzniveau herrschen solle.<sup>50</sup> Auf dieser Linie lag sodann ein Beschluss der G-7-Konferenz im Januar 1995, der ausdrücklich auf die bereits angelaufenen Bemühungen der WIPO Bezug nahm.<sup>51</sup> In diesem Forum wurde die in den USA gescheiterte Übertragung des Urheberrechts auf das Internet gerade einmal drei Monate lang beraten und im Dezember 1996 in Gestalt der beiden WIPO-Internet-Verträge WCT und WPPT fixiert.<sup>52</sup> Die darin niedergelegten vier Grundsätze des digitalen Urheberrechts fanden über die Richtlinie 2001/29 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft schließlich 2003 Eingang in das Urheberrechtsgesetz.<sup>53</sup>

- 19 Dieser rasante Siegeszug des Urheberrechts ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil er der Verbreitung des Internets als eines Massenphänomens vorausging. Das Netz war formal erst zum 1.5.1995 aus der Obhut der National Science Foundation auf den freien Markt entlassen worden.<sup>54</sup> 1996 verfügten selbst in den Industrieländern lediglich 11 Prozent der Haushalte über einen Internetzugang.<sup>55</sup> Die EG-Kommission bekundete in ihrem Grünbuch vom Juli 1995 ganz freimütig, die „mit der Entwicklung der Informationsgesellschaft entstehenden Herausforderungen und deren Auswirkung auf die Systeme urheberrechtlicher und leistungsschutzrechtlicher Bestimmungen“ seien „nicht genau bekannt“, und die neuen Marktstrukturen seien „zu weiten Teilen hypothetisch, da sich die Entwicklung der

---

<sup>48</sup> *Litman* (o. Fußn. 8), S. 128 ff.

<sup>49</sup> Zu diesem *forum shifting* vgl. *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 44; allgemein *Sell*, TRIPS: Fifteen Years Later, 2011, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1900102](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1900102).

<sup>50</sup> EG-Kommission, Europas Weg in die Informationsgesellschaft – Ein Aktionsplan, KOM(94) 347 endg., 19.7.1994, S. 3 f., 9; EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht (o. Fußn. 40), S. 6; vgl. im Ergebnis ErwGrd. 2 UrhRL 2001/29.

<sup>51</sup> EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht (o. Fußn. 40), S. 13; *Jaeger*, NJW 1995, 3273 f.

<sup>52</sup> *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 36 ff., 44 ff. m.w.N.

<sup>53</sup> Vgl. ErwGrd. 15 UrhRL 2001/29; Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.9.2003, BGBl. I 1774.

<sup>54</sup> Oben I 2 mit Fußn. 20.

<sup>55</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Global\\_Internet\\_usage](http://en.wikipedia.org/wiki/Global_Internet_usage).

Informationsgesellschaft noch im Anfangsstadium befindet“.<sup>56</sup> Anders als in den USA<sup>57</sup> steckte auch die rechtswissenschaftliche Erforschung des Internets noch in den Kinderschuhen: In dieser entscheidenden Phase klärte Thomas Hoeren die Leser der NJW noch darüber auf, was das Internet ihnen zu bieten habe;<sup>58</sup> referierte Andreas Schardt bei der Jahrestagung der GRUR über den Unterschied zwischen online und offline;<sup>59</sup> und konstatierten Axel Nordemann u.a., Rechtsfragen zum „sog.“ Internet seien noch wenig erforscht.<sup>60</sup>

20 Dieses Unwissen kann geradezu als Bedingung des Erfolgs der politischen Agenda des digitalen Urheberrechts gelten. Mitte der 1990er Jahre existierte außerhalb der USA noch keine relevante „Netzgemeinde“, die Belange der Zugangskultur artikulieren konnte.<sup>61</sup> Die Exklusivitätskultur hingegen war durch die Rechtsinhaber schlagkräftig vertreten. Sie erkannten die Gefahr und zugleich das Potential des Internets für ihre Geschäftsmodelle.<sup>62</sup> Und so dominierte eine von technischen, sozialwissenschaftlichen und selbst telekommunikations- und medienrechtlichen Diskursen abgekoppelte, orthodox-urheberrechtliche Perspektive auf den „Information Highway“, über den hunderte von Fernsehsendern und andere Inhalte geliefert würden, wenn nur gewährleistet sei, dass nicht eine unerlaubte Kopie ihren Weg in dieses Medium findet.<sup>63</sup> Dass das Internet möglicherweise eine der Schrift und dem Buchdruck vergleichbare, disruptive Technologie darstellt und eine ganz andere Kommunikationskultur ermöglicht, war allenfalls eine Randbemerkung wert.<sup>64</sup>

---

<sup>56</sup> EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht (o. Fußn. 40), S. 19, 22.

<sup>57</sup> Siehe *Playboy Enterprises v. Frena*, 893 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); *Elkin-Koren*, Cardozo Arts & Entertainment L.J. 13 (1995), 345 ff.

<sup>58</sup> *Hoeren*, NJW 1995, 3295 ff.

<sup>59</sup> *Schardt*, GRUR 1996, 827, 829.

<sup>60</sup> *Nordemann/Goddard/Tönhardt/Czychowski*, CR 1996, 645 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Hoeren*, MMR 2000, 3, 6 (Nutzer hätten keinen Lobby-Verband); *Dreier*, CR 2000, 45 („Nur solange noch alle weitgehend im Dunkeln tappen, lässt sich leicht spekulieren und mit einer glücklichen Vorhersage auf den späteren Ruhm eines frühen Propheten hoffen.“).

<sup>62</sup> *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 133 f.

<sup>63</sup> Vgl. EG-Kommission, Grünbuch Urheberrecht (o. Fußn. 40), S. 3; *Lehman* (o. Fußn. 5), S. 7 f. Aus der deutschen Diskussion etwa *Jaeger*, NJW 1995, 3273 f.; *Schricker*, in: *Schricker*, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997, S. 5 f.; *Dreier*, Urheberrecht und digitale Werkverwertung, 1997, S. 7; kritisch *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 868 (restaurativer Grundduktus des Schricker-Gutachtens). Siehe hingegen die technischen Einführungen bei *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 2 ff.; *Wielsch* (o. Fußn. 15), S. 238 ff.

<sup>64</sup> Vgl. *Lehman* (o. Fußn. 5), S. 7 f.; *Dreier* (o. Fußn. 68), S. 12 (rechtlich geschützter und „rechtsfreier“ Raum). Für die revolutionäre Lesart siehe z.B. *Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón*, Rs. C-314/12, Rdnr. 21 - UPC Telekabel Wien („Wenige Erfindungen haben unsere Gewohnheiten und unseren Medienkonsum so gründlich verändert

- 21 Die in ihren Grundzügen also bereits 1996 kodifizierte Vision einer himmlischen Jukebox impliziert weiter, dass sich das Urheberrecht von einem Instrument des Schutzes „qualifizierter Kommunikation“<sup>65</sup> zu einem Recht wandelt, das jedes potentiell vermögenswerte und damit letztlich überhaupt *jedes Element von Kommunikation* mit einem Ausschließlichkeitsrecht versieht.<sup>66</sup> Denn wenn es erstmals technisch möglich ist, jeden Datensatz zu vermarkten, dann soll das Recht diese Möglichkeit auch gewährleisten: wenn Wert, dann Recht.<sup>67</sup>
- 22 Aus dieser Warte ist es nur konsequent, dass das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte erstens in die Breite expandierten, indem die Schutzvoraussetzungen abgesenkt bzw. der Kreis der schutzfähigen Gegenstände erweitert wurde. Demnach erfüllt im Zweifel jede komplexe, über routinemäßige Programmierleistungen hinausgehende Software die Voraussetzungen des Werkbegriffs.<sup>68</sup> Automatischen Schutz genießt zudem praktisch jeder Kommunikationsinhalt, der mithilfe geschützter Softwareanwendungen erstellt und übermittelt wird, nämlich jedes Lichtbild;<sup>69</sup> jeder auch noch so kleine Partikel unternehmerisch erstellter Audio- und Videoaufnahmen;<sup>70</sup> Texte ab zwei Worten Länge;<sup>71</sup> sowie unabhängig von der Ausdruckskraft der Formulierung jeder Teil eines verlagstypischen Presseerzeugnisses mit Ausnahme einzelner Wörter und kleinster Textausschnitte.<sup>72</sup> Die Frage nach der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit einzelner Daten erübrigt sich gar, wenn ihre Beschaffung, Überprüfung oder

---

wie jene des Internets.“); *Schmidt/Cohen*, Die Vernetzung der Welt. Ein Blick in unsere Zukunft, 2013, S. 1.

<sup>65</sup> *Schricker/Loewenheim*, in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, Einl. Rdnr. 7; *Wielsch* (o. Fußn. 15), S. 31 ff.

<sup>66</sup> *Schricker*, in: *Schricker* (o. Fußn. 63), S. 37; kritisch *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 869. Zu wissenschaftlicher Information *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179, 181; ferner *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881 ff.

<sup>67</sup> Dazu kritisch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 132 f., 733 ff., 765.

<sup>68</sup> *BGH*, GRUR 2013, 509 Rdnr. 24 – UniBasic-IDOS.

<sup>69</sup> § 72 UrhG. Für eine teleologische Reduktion des Lichtbildschutzes bei Digitalisierungen zweidimensionaler, gemeinfreier Vorlagen *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 2011, S. 157 ff.

<sup>70</sup> Zu §§ 94, 95 UrhG *BGH*, GRUR 2008, 693 Rdnrn. 21 f. – TV-Total mit Hinweis auf den Markt für Klammerteilrechte. Zu § 85 UrhG *BGH*, GRUR 2009, 403 Rdnr. 14 – Metall auf Metall.

<sup>71</sup> *EuGH*, GRUR 2009, 1041 Rdnrn. 30 ff. - Infopaq I; *BGH*, GRUR 2011, 134 Rdnrn. 33 ff. – Perlentäucher; *OLG Frankfurt a.M.*, BeckRS 2011, 27257 – Perlentäucher II (Urheberrechtsschutz genießen demnach z.B. die Wendungen „esoterische Räuberpistole“ und „subventionierte Wiederentdeckung“, nicht aber die Aussage „Verlage, ... die keine Honorare mehr zahlen müssen“.).

<sup>72</sup> Vgl. § 87f Abs. 1 S. 1 UrhG und Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 17/12534, S. 5 („Bayern schlägt Schalke“ nicht geschützt).

Darstellung eine wesentliche Investition erfordert, die dann in Gestalt einer Online-Datenbank als solche ggf. technisch verstärkten Rechtsschutz genießt.<sup>73</sup>

23 Zweitens gibt es in der himmlischen Jukebox keine vergriffenen Werke mehr, weil die Grenzkosten der weiteren Vorhaltung digitalisierter Inhalte zu vernachlässigen sind.<sup>74</sup> Der Ablauf der Schutzdauer wird folglich als Vernichtung bilanzierter Vermögenswerte wahrgenommen und beklagt. Abhilfe verspricht eine Expansion des Urheberrechts in die Länge. Dieser Logik folgend, wurden das US-amerikanische Copyright<sup>75</sup> und die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller in der EU 1998 bzw. 2011 um 20 Jahre verlängert.<sup>76</sup>

24 Drittens gilt es, die Rechtsdurchsetzung so zu verbessern, dass ein nicht autorisierter Datenaustausch nur noch unter hohen rechtlichen Risiken erfolgen kann, auf dass die Mehrheit der durchschnittlichen Internetnutzer ihren Weg zur himmlischen Jukebox finde. In dieser, zunächst wohl unterschätzten Hinsicht, trifft das digitale Urheberrecht allerdings unverändert auf erhebliche, auch rechtlich begründete Widerstände.<sup>77</sup> Der europäische Gesetzgeber hat mit Art. 8 Abs. 3 UrhRL 2001/29 und der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48 zwar Grundlagen geschaffen, um insbesondere Provider in die Haftung zu nehmen. Die Vorgaben sind allerdings so allgemein gehalten, dass den Mitgliedstaaten unverändert ein erheblicher Gestaltungsspielraum zur Etablierung eines „angemessenen Gleichgewichts“ zwischen effektiver Durchsetzung des Exklusivitätsmodells einerseits und grundrechtlich geschützten, eher mit der Zugangskultur verknüpften Interessen andererseits verbleibt.<sup>78</sup> In Deutschland hat der Bundesgerichtshof seinen Teil dazu beigetragen, dass aus Sicht der Rechtsinhaber alles besser werden kann. So hält der BGH den Auskunftsanspruch gegen Access-Provider zur Individualisierung von Anschlussinhabern ungeachtet anderslautender Gesetzesmaterialien in aller Regel bei jeder einzelnen, offensichtlichen Rechtsverletzung für begründet.<sup>79</sup> Ferner treffen Diensteanbieter, deren Geschäftsmodell von vornherein auf

---

<sup>73</sup> Vgl. §§ 85a ff. UrhG und *EuGH*, GRUR 2005, 244 Rdnrn. 28 ff. – British Horseracing; *EuGH*, GRUR 2009, 572 Rdnr. 73 – Apis.

<sup>74</sup> *Chris Anderson*, *The Long Tail*, 2007.

<sup>75</sup> Dazu *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201 ff.

<sup>76</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. b, 3 Abs. 2 SchutzdauerÄRL 2011/77.

<sup>77</sup> Dazu sogleich II 2.

<sup>78</sup> *EuGH*, GRUR 2008, 241 Rdnrn. 47 ff. – Promusicae.

<sup>79</sup> *BGH*, GRUR 2012, 1026 Rdnrn. 22 ff., 40 – Alles kann besser werden.

Rechtsverletzungen durch die Nutzer angelegt ist oder die durch eigene Maßnahmen wie z.B. Werbung für ein „kostenloses Pay-TV“ die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung ihrer Software fördern, im Rahmen der Störerhaftung weitergehende Prüfungspflichten. Diese können bis zu einem Vertriebsverbot von entsprechend beworbener Software<sup>80</sup> und zur wirtschaftlich nicht erfüllbaren Pflicht reichen, das gesamte Internet umfassend und regelmäßig auf Links zu rechtsverletzend gemeldeten Inhalten zu durchsuchen, die auf den Servern eines Filehosters gespeichert sind.<sup>81</sup>

## 2. Urheberrecht und Zugangskultur

25 Während das Urheberrecht also die rechtliche Grundlage der Exklusivitätskultur bildet, verhält es sich zur Zugangskultur bestenfalls neutral. Jene entwickelte sich im militärisch-wissenschaftlich dominierten „Cyberspace“ zunächst weitgehend ohne Rücksicht auf die urheberrechtlichen Normen der Autorschaft, des Eigentums und des entgeltlichen Vertrags.<sup>82</sup> Zwar verbietet das Urheberrecht eine offene Kommunikationskultur keineswegs. Vielmehr erzeugt es lediglich ein Zustimmungserfordernis des Rechtsinhabers, ob, wie und mit welchem seiner Werke und Leistungen er sich an der Netzkommunikation beteiligen möchte.<sup>83</sup> Das Urheberrecht hat aber jedenfalls nicht den Zweck, Kommunikationsbedingungen und -normen zu stabilisieren, die jenseits marktmäßiger Austauschprozesse sonst noch vorkommen mögen.<sup>84</sup> Deshalb ist es nicht verwunderlich, dass die regulatorischen Meilensteine zur Stützung und Schonung der im Internet ursprünglich dominanten Zugangskultur außerhalb des Urheberrechts anzutreffen sind.

26 Dies gilt erstens für die Haftungsprivilegierungen der Access- und Hostprovider nach Art. 12-15 E-Commerce-RL 2000/31. Diese Ausnahmen von der

---

<sup>80</sup> *BGH*, GRUR 2009, 841 Rdnrn. 21 f., 32 ff. – Cybersky (Vertriebsverbot der Software „Cybersky TV“, soweit damit entschlüsselte Inhalte eines Pay-TV-Angebots im Rahmen eines Peer-to-Peer-Systems versendet oder empfangen werden können).

<sup>81</sup> *BGH*, GRUR 2013, 1030 Rdnrn. 36 ff. – File-Hosting-Dienst (17-köpfiges Abuse-Team genüge nicht). Daraufhin änderte die Beklagte ihr Geschäftsmodell und deckelte die mit maximaler Geschwindigkeit transferierbare Datenmenge auch im Premium-Bereich (siehe <https://rapidshare.com/offering> (40 GB/Tag)). Als Folge verlor die Beklagte viele Kunden; vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Rapidshare-entlaesst-drei-Viertel-aller-Mitarbeiter-1865665.html>.

<sup>82</sup> Oben I 2.

<sup>83</sup> *Dreier*, CR 2000, 45.

<sup>84</sup> *Wielsch*, ZGE 2013, 274 ff. Zum Unterschied zwischen dem Wissenschaftsbegriff des Urheberrechts und dem Wissenschaftsbegriff der Wissenschaft siehe *Peukert* (o. Fußn. 12).

Vermittlerverantwortlichkeit sollen eine effektive Durchsetzung des Urheberrechts im Internet zwar nicht beeinträchtigen.<sup>85</sup> Und doch begünstigt der europäische Gesetzgeber hiermit Technologien und kommerzielle Dienste, deren Zweck es ist, fremde Inhalte prinzipiell ohne Rücksicht auf einen etwa bestehenden Urheberrechtsschutz vorzuhalten und zu übermitteln.<sup>86</sup> Damit unterliegen verschiedene Schichten des Internets divergenten, ja gegensätzlichen Regelungsprinzipien. Die Infrastruktur- und Providermärkte sollen nach den Grundsätzen des offenen, heterarchischen Internets funktionieren. Die Inholdemärkte hingegen orientieren sich am Vorbild der hierarchisch strukturierten, analogen Kulturproduktion. Dieser Widerspruch treibt den „vernetzten Kontinent“ bis heute um.<sup>87</sup>

27 Zweitens genießt die unkontrollierte Kommunikation im offenen Internet den Schutz der Grundrechte. Hierdurch stößt die Durchsetzung des Urheberrechts und der Exklusivitätskultur auf teilweise unüberwindliche Grenzen. Eine Totalerfassung der Kommunikation zu präventiven oder repressiven Zwecken würde der verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik zuwiderlaufen und ließe sich daher auch nicht über den Umweg des internationalen oder des Unionsrechts implementieren.<sup>88</sup> Selbst die punktuelle Zuordnung dynamischer IP-Adressen zu einem Anschlussinhaber greift in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG und des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ein.<sup>89</sup> Nach Auffassung des EUGH dürfen weder Access- noch Hostprovider dazu verpflichtet werden, sämtliche elektronische Kommunikation ihrer Kunden auf eigene Kosten und zeitlich unbegrenzt auf rechtsverletzend gemeldete Inhalte zu filtern.<sup>90</sup> Da der Gerichtshof diese Entscheidung nicht nur auf das gegenwärtige Sekundärrecht, sondern zugleich auf die Charta der Grundrechte stützt, scheidet eine derartige, für Rechtsinhaber offensichtlich besonders günstige regulatorische Maßnahme auch künftig aus. Deutsche Instanzgerichte

---

<sup>85</sup> Vgl. ErwGrd. 50 E-Commerce-RL 2000/31.

<sup>86</sup> Vgl. ErwGrd. 40 ff. E-Commerce-RL 2000/31; *Sieber/Höfing*, in: *Hoeren/Sieber* (o. Fußn. 15), Teil 18 Rdnr. 2.

<sup>87</sup> Siehe unten III 1.

<sup>88</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnrn. 216, 218 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>89</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnrn. 258 f. – Vorratsdatenspeicherung; *BVerfG*, NJW 2012, 1419 Rdnrn. 116, 122 ff. – Bestandsdatenspeicherung; *BGH*, GRUR 2012, 1026 Rdnrn. 43, 45 - Alles kann besser werden.

<sup>90</sup> *EUGH*, GRUR 2012, 265 Rdnrn. 29 ff. - Scarlet Extended; *EUGH*, GRUR 2012, 382 Rdnrn. 26 ff. – SABAM.

haben sich unter Verweis auf mangelnde gesetzliche Grundlagen bisher auch geweigert, Sperrverfügungen gegen Access-Provider zu erlassen<sup>91</sup> und diese zu einer Vorratsdatenspeicherung im Interesse der Durchsetzung des Urheberrechts zu verpflichten.<sup>92</sup>

28 Doch nicht nur datenschutzrechtliche Bedenken stehen dem digitalen Urheberrecht im Weg. Namentlich anerkennt der BGH, dass die Geschäftsmodelle der Access- und Hostprovider wie auch anderer Dienste der Informationsgesellschaft (z.B. Suchmaschinen) von der Rechtsordnung gebilligt werden, und ihre Anbieter den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 16 Charta genießen. Prüfungspflichten, die aus einer etwaigen Störerhaftung folgen, werden daher grundsätzlich so begrenzt, dass das Geschäftsmodell der Provider weder in Frage gestellt noch unverhältnismäßig erschwert wird.<sup>93</sup> Das heißt vor allen Dingen, dass die vom Beklagten abverlangten Maßnahmen auf technischer Ebene implementierbar sein müssen: *Code is law*.

29 Die vom Internet ermöglichten Kommunikationsweisen und -normen besitzen folglich durchaus das Potential, auf das digitale Urheberrecht einzuwirken.<sup>94</sup> Im Gesetzestext haben sich diese Gegenkräfte bisher allerdings kaum niedergeschlagen. Erstmalige Erwähnung fand die Zugangskultur 2002 in Gestalt der sog. Linux-Klauseln. Demnach kann der Urheber „aber“ – also in Abweichung zum urheberrechtlichen Normalfall - unentgeltlich und ohne Beachtung der Schriftform jedermann ein einfaches Nutzungsrecht selbst für unbekanntere Nutzungsarten einräumen.<sup>95</sup> Mit diesen Ausnahmebestimmungen erkennt der Gesetzgeber an, dass Open-Content-Modelle „effektive ... Kommunikations- und Kooperationsstrukturen“ darstellen, die ein neues Interessen- und Schutzgefüge zwischen Urhebern, Verwertern und Endnutzern

---

<sup>91</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 22.12.2010 – 5 U 36/09, juris Rdnrn. 77 ff., 101 f. (sowohl hochwirksame als auch unwirksame Blockaden seien unzumutbar); LG Köln, CR 2011, 730 ff. Siehe aber *Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón*, Rs. C-314/12, Rdnrn. 91 ff. - UPC Telekabel Wien (eine gegen einen Access-Provider gem. Art. 8 Abs. 3 UrhRL 2001/29 verhängte konkrete Sperrmaßnahme bezüglich einer konkreten Website könne zulässig sein).

<sup>92</sup> OLG Düsseldorf, MMR 2013, 392 m.w.N. - IP-Daten-Speicherung.

<sup>93</sup> BGHZ 158, 236, 251 f. - Internet-Versteigerung I; BGHZ 185, 330 Rdnr. 24 - Sommer unseres Lebens; BGH, GRUR 2013, 1030 Rdnr. 44 - File Hosting-Dienst; EUGH, GRUR 2011, 1025 Rdnr. 139 - L'Oréal.

<sup>94</sup> Wittgenstein (o. Fußn. 29), S. 133 f.; Peukert, in: Bieber/Eifert/Groß/Lamla, Soziale Netzwerke in der digitalen Welt, 2009, S. 225 ff.

<sup>95</sup> §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG.

entstehen lassen, auf das die urhebervertragsrechtlichen Vergütungs- und Schriftformerfordernisse nicht passen.<sup>96</sup> In der Tat dienen Lizenzsysteme wie Open Source und Creative Commons anders als der klassische Nutzungsvertrag zwischen Urheber und Verwerter im bilateralen Exklusivitätsmodell nicht der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung der Werke (§ 11 S. 2 UrhG), sondern der möglichst weiten und viral-offenen Verbreitung von Quellcodes und anderen Werken unter Wahrung bestimmter, namentlich urheberpersönlichkeitsrechtlicher Belange.<sup>97</sup>

30 Freilich sind bei weitem nicht alle frei verfügbaren Inhalte mit einer formalen Lizenz versehen.<sup>98</sup> Insbesondere auf individuellen Homepages, aber auch auf kommerziellen Plattformen finden sich zahllose Texte, Bilder, Filme usw., deren urheberrechtlicher Status nicht oder allenfalls durch einen ©-Vermerk erläutert wird. Da im Zweifel jede neue, nicht nur kopierte Datei automatischen Rechtsschutz genießt und zudem jeder Abruf in das Vervielfältigungsrecht eingreift, stand die Frage im Raum, ob der informelle Zweig der Zugangskultur nicht unter permanenter Verletzung der betroffenen Urheberrechte abläuft. Dieser durchaus möglichen Konsequenz urheberrechtlichen Denkens hat der BGH bereits in seiner Paperboy-Entscheidung eine Absage erteilt. Demnach verstoßen Hyper- und Deep-Links auf urheberrechtlich geschützte Inhalte, die ohne technische Schutzmaßnahmen öffentlich zugänglich gemacht werden, weder gegen das Urheber- noch das Lauterkeitsrecht.<sup>99</sup> Denn der Berechtigte selbst eröffne den Nutzern den Zugang, den der Linksetzer lediglich erleichtere. Wer die Vorteile des World Wide Web und damit namentlich der Hyperlinktechnik für seine eigenen Angebote in Anspruch nehme, könne es nicht als unlautere Behinderung beanstanden, wenn andere diese Technik ebenfalls einsetzen. Schließlich bestehe ein „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“, dessen sinnvolle Nutzung ohne Suchdienste

---

<sup>96</sup> Siehe BT-Drucks. 14/6433, S. 15; BT-Drucks. 14/8058, S. 19; BT-Drucks. 16/1828, S. 37; BT-Drucks. 16/5939, S. 44.

<sup>97</sup> Zu dieser „Umpolung“ *Wielsch* (o. Fußn. 15), S. 213 ff.

<sup>98</sup> Bei genauerer Betrachtung erweisen sich formale Open Content Lizenzen allerdings als zumindest teilweise anachronistische Hybride, da sie eine dynamische Zugangskultur mithilfe klassischer, und das heißt zweiseitiger und unflexibler Lizenzverträge, deren Wirksamkeit zum Teil strittig ist, ins Werk setzen wollen; siehe dazu *Peukert*, FS Wandtke, 2013, 455 ff. = <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2268916>.

<sup>99</sup> *BGH*, GRUR 2003, 958, 961 f. – Paperboy. Siehe dazu auch das anhängige Vorabentscheidungsersuchen des *Svea hovrätt*, Rs. C-466/12, ABl. C 379/19 v. 8.12.2012 - Nils Svensson u.a.

und Hyperlinks praktisch ausgeschlossen sei.<sup>100</sup> Diese Erwägungen liegen auch der Vorschaubilder-Doktrin zugrunde, wonach sich ein Berechtigter oder mit seiner Zustimmung ein Dritter, der Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkungen frei zugänglich macht, mit den „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“ konkludent einverstanden erklärt, so dass neben dem Abruf durch den Einzelnutzer auch eine kommerzielle Bildersuche aufgrund einer schlichten Einwilligung rechtmäßig ist.<sup>101</sup>

- 31 Entgegen überwiegend kritischer Stimmen in der Literatur ist dem BGH für diese mutigen juristischen Innovationen Respekt zu zollen.<sup>102</sup> Mit der Figur der schlichten Einwilligung werden die sozialen, inhärent reziproken Normen der Zugangskultur und zugleich die Allgemeininteressen an ihrer Bewahrung durch ein formloses, flexibles und weltweit wirksames rechtliches Instrument legalisiert. Zuzustimmen ist dem BGH auch darin, dass die Geltung der Zugangsnormen davon abhängt, dass keine widersprechenden technischen Maßnahmen aktiviert sind, die auf maschineller Ebene erkennbar machen, dass der Sprecher sich an dieser Kommunikationskultur eben nicht beteiligen möchte. Denn Netzkommunikation ist automatisiert und verlangt nach automatisierbaren Regeln: *Code is law*.
- 32 In jüngster Zeit widmet schließlich auch die Legislative der Zugangskultur größere Aufmerksamkeit. Während das Leistungsschutzrecht für Presseverleger einerseits darauf abzielt, Presseerzeugnisse in das Exklusivitätsmodell zu überführen,<sup>103</sup> ist sein Anwendungsbereich andererseits unter Berufung auf die Vorschaubilder-Doktrin auf gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen und News-Aggregatoren begrenzt worden, die den verlinkten Inhalt überdies immer noch mit einzelnen Wörtern und kleinsten Textausschnitten zweckdienlich beschreiben dürfen, auf dass „der

---

<sup>100</sup> BGH, GRUR 2003, 958, 963 – Paperboy. Zur Unzulässigkeit des Framing aufgrund der nicht so gewollten Zugänglichmachung BGH, GRUR Int. 2013, 826 Rdnrn. 23 ff. - Die Realität.

<sup>101</sup> Offengelassen noch in BGH, GRUR 2003, 958, 961 – Paperboy; obiter BGH, GRUR 2008, 245 Rdnr. 27 - Drucker und Plotter I; grundlegend sodann BGH, GRUR 2010, 628 Rdnrn. 28 ff., 33 ff. – Vorschaubilder I; BGH, GRUR 2012, 602 Rdnrn. 16 ff. - Vorschaubilder II.

<sup>102</sup> Wielsch (o. Fußn. 15), S. 257 ff.; ders., GRUR 2011, 665, 671 f.; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2008, 247, 248 f.; ablehnend im Ergebnis Schack, MMR 2008, 414 ff.; ablehnend zur Dogmatik Leistner/Stang, CR 2008, 499, 507; Bullinger, GRUR-Prax 2010, 257; Spindler, GRUR 2010, 785, 791; ders., MMR 2012, 386 f. (die Lösung des BGH berge Risiken für die Zukunft); Wiebe, GRUR 2011, 888, 893; Senftleben, RIDA 235 (2013), 2, 59 ff.

<sup>103</sup> Oben I 3.

Informationsfluss im Internet ... durch die vorgeschlagene Regelung nicht beeinträchtigt“ werde.<sup>104</sup>

- 33 Nur wenige Monate später folgten mit dem „Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ v. 1.10.2013<sup>105</sup> sogar drei Maßnahmen zur aktiven Förderung der Zugangskultur. Die Umsetzung der EU-Richtlinie über verwaiste Werke in §§ 61-61c UrhG soll dazu beitragen, dass über die Deutsche Digitale Bibliothek ein möglichst großer Teil des nationalen Kulturguts im Schrift-, Film- und Tonbereich für jedermann online zugänglich ist.<sup>106</sup> Die Vorschriften begünstigen allerdings nur öffentliche Einrichtungen zur Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgaben kultureller und bildungspolitischer Art. Sie dürfen Entgelte nur verlangen, um die Kosten der Digitalisierung und der öffentlichen Zugänglichmachung zu decken. Der erhebliche Aufwand für die sorgfältige Suche nach dem Rechtsinhaber ist hingegen aus öffentlichen Mitteln zu bestreiten. Es ist ausgesprochen zweifelhaft, ob es unter diesen restriktiven Bedingungen überhaupt zu den erwünschten Massendigitalisierungen kommen wird.<sup>107</sup> Die dezidiert nicht-kommerzielle Ausgestaltung der europäischen Regulierung verhindert zugleich, dass Google oder ein anderes Unternehmen das digitalisierte Weltwissen in der EU zugänglich macht.<sup>108</sup> Verwaiste Werke werden vom Unionsrecht als Kulturgut, als *res extra commercium* aufgefasst.<sup>109</sup> Mit dieser Maßgabe war die Förderung der Zugangskultur politisch akzeptabel. Googles hybrides Geschäftsmodell stößt hingegen auf Ablehnung, obzwar (oder weil?) es technisch-wirtschaftlich realisierbar ist. Wiederum zeigt sich, dass Mischformen zwischen der Exklusivitäts- und der Zugangskultur über das größere Konflikt-, oftmals aber auch über das bessere Problemlösungspotential verfügen als Ansätze, die eindeutig einer der beiden Kulturen zuzuordnen sind.

---

<sup>104</sup> § 87f Abs. 1 S. 1 UrhG und RegE 7. UrhRÄG (o. Fußn. 34), BT-Drucks. 17/11470, S. 5 f.

<sup>105</sup> BGBl. I 3728.

<sup>106</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes, BT-Drucks. 17/13423, S. 10.

<sup>107</sup> Vgl. *Favale u.a.*, Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative review of seven jurisdictions and a rights clearance simulation, 2013, <http://www.ipo.gov.uk/ipresearch-orphan-201307.pdf>, S. 82 f.

<sup>108</sup> RegE verwaiste Werke (o. Fußn. 106), BT- Drucksache 17/13423, S. 11. Zu den Hintergründen *Peukert*, UFITA 2010/II, 477 ff. Zur Zulässigkeit des Google-Book-Projekts nach US-amerikanischem *fair use* vgl. *The Authors Guild, Inc. et al. v. Google Inc.*, 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y., 14.11.2013).

<sup>109</sup> Ist hingegen ein Rechtsinhaber vorhanden, bestehen gegen die Kommerzialisierung von Literatur, Wissenschaft und Kunst keinerlei Bedenken.

- 34 In diesem Sinne innovativer und streitanfälliger erscheint die in §§ 13d und e UrhWahrnG für vergriffene Printwerke vorgesehene Neuregelung. Demnach werden Verwertungsgesellschaften durch eine gesetzliche Vermutung mit der Rechtsmacht ausgestattet, öffentlichen Bildungs- und Kulturinstitutionen die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung sämtlicher, vor 1966 veröffentlichter, vergriffener Schriften zu nicht gewerblichen Zwecken zu erlauben, wenn der Rechtsinhaber nicht innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntmachung der Eintragung des Werks in einem neu zu schaffenden Register über vergriffene Werke widerspricht. Diese, im Fall Google Books von der Bundesregierung noch heftig bekämpfte Opt-out-Lösung könnte tatsächlich ein effizientes Instrument für Massendigitalisierungen durch die öffentliche Hand darstellen, da sich die fehlende Lieferbarkeit und der Ablauf der Widerspruchsfrist in automatisierter Weise feststellen lassen.<sup>110</sup> Im Ergebnis wird der Fundus der Zugangskultur also auch diesseits des Atlantiks durch urheberrechtliche Regelungen vergrößert. Nur die Profiteure dieser Änderungen sind verschieden: Jenseits des Atlantiks versucht Google, das Weltwissen an sich zu reißen, während im Land der Dichter und Denker die öffentlichen Gedächtnisinstitutionen und die Verwertungsgesellschaften mithilfe von Steuermitteln Aufgaben und Umsätze im je eigenen Interesse generieren.
- 35 Ferner soll die Zugangskultur im Wissenschaftsbereich durch eine urhebervertragsrechtliche Innovation gefördert werden. Nach § 38 Abs. 4 UrhG n.F. hat der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient und die Quelle der Erstveröffentlichung angegeben wird. Die Vorschrift eröffnet Wissenschaftsautoren die Möglichkeit, ihre Texte primär in die unverändert dominierenden Datenbanken der Wissenschaftsverlage einzuspeisen, dieselben Inhalte aber nach einer

---

<sup>110</sup> Vgl. RegE verwaiste Werke (o. Fußn. 106), BT- Drucksache 17/13423, S. 11 f., 18.

Embargofrist im Open-Access-Modus freizuschalten.<sup>111</sup> Damit wird zumindest ein Austrocknen der wissenschaftlichen Zugangskultur verhindert, wenn nicht sogar der Übergang des wissenschaftlichen Kommunikationssystems vom Paradigma der referierten Verlagszeitschrift zum Open-Access-Repository vorbereitet.<sup>112</sup>

- 36 Auffällig ist, dass der deutsche Gesetzgeber mit allen drei Maßnahmen lediglich eine nicht-kommerzielle, letztlich mit Steuermitteln zu finanzierende Zugangskultur begünstigt und damit zugleich hybride Geschäftsmodelle zur offenen Vermarktung verwaisten und vergriffenen Kulturguts sowie wissenschaftlicher Inhalte ausschließt. Das Urheberrecht institutionalisiert unverändert nur die klassisch-exklusive Variante der Kommodifizierung von Kultur und Wissen und begünstigt damit bestimmte, in eben diesem Modus operierende Marktteilnehmer. Innovative Hybride haben auf dem alten, vernetzten Kontinent hingegen einen schweren Stand.
- 37 Als eine gewisse gesetzgeberische Ermahnung an die Rechtsinhaber, netzkompatible Angebote zu entwickeln, kann schließlich das vom Bundestag am selben Tage wie das Gesetz über verwaiste und vergriffene Werke beschlossene Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken gedeutet werden.<sup>113</sup> Die in § 97a Abs. 3 S. 2-4 UrhG nunmehr vorgesehene, grundsätzliche Deckelung der erstattungsfähigen Gebühren für anwaltliche Abmahnungen privater Urheberrechtsverletzungen soll verhindern, dass diese Form der massenhaften Rechtsverfolgung zur Gewinnoptimierung betrieben wird. Denn solches Verhalten untergrabe die Legitimität des Urheberrechts.<sup>114</sup> Sicherlich kann man dem deutschen Gesetzgeber nicht unterstellen, er wolle mit dieser Maßnahme Rechtsverletzungen risikoloser und damit interessanter gestalten. Und doch wird den Rechtsinhabern, in deren Namen die als unseriös gebrandmarkten Abmahnanwälte doch immerhin agierten, signalisiert, dass sie die prinzipiell rechtstreue Mehrheit der Internetnutzer durch bessere legale

---

<sup>111</sup> RegE verwaiste Werke (o. Fußn. 106), S. 14. Der Ansatz geht zurück auf *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 383 f.

<sup>112</sup> Dazu *Peukert*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage - zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, Goethe-Universität Frankfurt a.M., Fachbereich Rechtswissenschaft, Arbeitspapier Nr. 6/2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2268901](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268901).

<sup>113</sup> BGBl. I 3714.

<sup>114</sup> Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, BT-Drucks. 17/13057, S. 10 f.

Angebote für sich gewinnen sollen, statt sie unter formaler Berufung auf die Durchsetzung des geistigen Eigentums gegen sich aufzubringen. Die Abschwächung der Durchsetzungsmaßnahmen fungiert als Anreiz, endlich die himmlische Jukebox Wirklichkeit werden zu lassen.

### III. Perspektiven

#### 1. Weitere Förderung der Exklusivitätskultur

- 38 Doch dürfte eine solch negative Sanktion die Ausnahme bleiben. Wahrscheinlicher und Gegenstand eingehender rechtspolitischer Diskussionen ist eine weitere Förderung der Exklusivitätskultur durch eine Verstärkung des Urheberrechtsschutzes.<sup>115</sup>
- 39 Insofern wäre zunächst an eine Erweiterung des materiellen Schutzbereichs zu denken, sei es in Gestalt eines allgemeinen Leistungsschutzrechts für Verlage<sup>116</sup> oder einer Verlängerung der Schutzdauern für verwandte Schutzrechte, insbesondere im audiovisuellen Bereich.<sup>117</sup> Deutlich undurchlässiger würde das Exklusivitätsmodell ferner, wenn sich der Gedanke eines „Vorrangs vertraglicher Beziehungen“<sup>118</sup> vor den Schranken des Urheberrechts allgemein durchsetzt. Gemeint ist damit, was in § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG für den elektronischen Kopienversand von Bibliotheken ausdrücklich kodifiziert ist und nach Auffassung der Rechtsprechung auch für die weiteren, bildungs- und wissenschaftspolitisch motivierten Schranken der §§ 52a und 52b UrhG gilt:<sup>119</sup> Kann die begehrte Nutzung offensichtlich zu angemessenen Bedingungen über eine zugangskontrollierte Online-Datenbank befriedigt werden, scheidet eine Berufung auf die digitale Schranke von vornherein aus. Demnach würden die gesetzlichen Nutzungsfreiheiten wie etwa die zulässige

---

<sup>115</sup> Siehe z.B. *Mazzioni*, Copyright in the EU Digital Single Market. Report of the CEPS Digital Forum, 2013, <http://www.ceps.be/book/copyright-eu-digital-single-market>; vgl. ferner *Benkler* (o. Fußn. 5), S. 439 ff.

<sup>116</sup> *Kauert*, Das Leistungsschutzrecht des Verlegers, 2008, S. 226 ff.; *Szilagyi*, Leistungsschutzrecht für Verleger, 2011, S. 188 ff.; zuletzt *Rieger*, Ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger, 2013.

<sup>117</sup> Art. 3 Abs. 2 SchutzdauerÄRL 2011/77.

<sup>118</sup> *BGH*, GRUR 2013, 503 Rdnr. 18 - Elektronische Leseplätze unter Hinweis auf ErwGrd. 45 UrhRL 2001/29.

<sup>119</sup> Zu § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG obiter *LG Frankfurt a.M.*, ZUM 2011, 582, 584 f.; zu § 52b S. 1 letzter Hs. *BGH*, GRUR 2013, 503 Rdnr. 18 – Elektronische Leseplätze; zu § 52a *BGH*, UrT. v. 28.11.2013, I ZR 76/12 – Meilensteine der Psychologie (ein Zugänglichmachen sei nicht gem. § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG geboten, wenn der Rechtsinhaber der Hochschule eine angemessene Lizenz für die fragliche Nutzung angeboten habe); offengelassen von *BGH*, GRUR 2013, 1220 Rdnr. 52 - Gesamtvertrag Hochschul-Intranet.

Erstellung von Kopien zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch,<sup>120</sup> aber durchaus auch die digitale Privatkopie im Internet nicht erst an konkret implementierten technischen Maßnahmen scheitern,<sup>121</sup> sondern mangels Gebotenheit schon dann nicht greifen, wenn und soweit den Nutzern die himmlische Jukebox zur Verfügung steht. Legaler Zugang wäre dann nur noch über dieses Portal möglich. An die Stelle der Frage, ob der Nutzer sich im einzelnen Fall auf eine Schranke berufen kann, träte die generelle Überprüfung der Angemessenheit des Zugangs zu proprietären Online-Datenbanken.<sup>122</sup>

40 Rechtspolitisch größere Aufmerksamkeit genießt allerdings die Verbesserung der Durchsetzung des Urheberrechts, die nicht zuletzt in Deutschland unverändert auf erhebliche rechtliche und praktische Hindernisse stößt.<sup>123</sup> Doch könnten viele dieser Hürden in unions- und verfassungsrechtlich zulässiger Weise fallen: Die massenhafte Verfolgung individueller Rechtsverletzer würde wesentlich erleichtert, wenn gesetzlich angeordnet würde, dass dynamische IP-Adressen für eine bestimmte Frist flächendeckend oder wenigstens „auf Zuruf“ zu speichern sind und ohne Richtervorbehalt zur Erfüllung hinreichend konkret belegter Auskunftsansprüche verwendet werden dürfen, solange der Betroffene nachträglich benachrichtigt wird.<sup>124</sup> Verfolgungslücken, die sich durch gewerblich betriebene, offene Funknetze (WLAN) ergeben, könnten durch eine Haftung ihrer Betreiber und damit letztlich ein Verbot der anonymen Nutzung dieser Netzwerke geschlossen werden.<sup>125</sup> Plattformen und Such-

---

<sup>120</sup> Zu § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG siehe *Berger*, GRUR 2010, 1058, 1064.

<sup>121</sup> Siehe oben Fußn. 44.

<sup>122</sup> Kritisch zu dieser Preis- und Vertragskontrolle *Sprang/Ackermann*, K&R 2008, 7, 9.

<sup>123</sup> Oben II 2.

<sup>124</sup> Hierfür *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 893; *Czychowski/J.B. Nordemann*, GRUR 2013, 986, 995. Zur verfassungs- und unionsrechtlichen Zulässigkeit und zum gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum der Speicherung und Verwendung dynamischer IP-Adressen vgl. *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnr. 260 – Vorratsdatenspeicherung („In einem Rechtsstaat darf auch das Internet keinen rechtsfreien Raum bilden.“); *Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón*, Rs. C-293/12 und C-594/12 - Digital Rights Ireland und Kärntner Landesregierung u.a. Wesentlich leichter könnte die Deanonymisierung von Internetnutzern vonstattengehen, wenn mit dem Internetprotokoll Version 6 statische Adressen auch im Bereich von Einzelnutzern größere Verbreitung finden; vgl. *Post* (o. Fußn. 21), S. 133. Zugleich aber würden die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf eine kontextualisierbare Deanonymisierung zurückkehren, vgl. *BVerfG*, NJW 2012, 1419 Rdnr. 161 – Bestandsdatenspeicherung (Beobachtungs- und gegebenenfalls Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers).

<sup>125</sup> Dafür *Czychowski/J.B. Nordemann*, GRUR 2013, 986, 993; ablehnend *LG Frankfurt a.M.*, GRUR-RR 2013, 507 ff. – Ferienwohnung (in jedem Fall ein ausdrückliches Verbot von illegalen Internetaktivitäten zu verlangen, erscheine im Lichte des schutzwürdigen Interesses der Allgemeinheit an einer Nutzung von Internetanschlüssen in temporären Unterkünften weder erforderlich noch angezeigt).

maschinenergebnisse ließen sich effektiv bereinigen, wenn sich die Auffassung durchsetzte, dass die entsprechenden Dienstleister auf ausreichend konkretisierten Hinweis verpflichtet sind, rechtsverletzende Inhalte zu löschen und ihr erneutes Auftauchen durch den Einsatz automatisierter Filter zu verhindern.<sup>126</sup> Schließlich könnten Access-Provider in mehrfacher Hinsicht stärker in die Pflicht genommen werden. Sollten die deutschen Gerichte an ihrer insoweit ablehnenden Haltung festhalten, könnte gesetzgeberisch angeordnet werden, dass Access Provider verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen müssen, um den Zugang zu offensichtlich urheberrechtsverletzenden Internetseiten zu erschweren.<sup>127</sup> Parallel hierzu könnten sie in ein System der abgestuften Erwidern eingebunden werden, indem sie ggf. mehrere Warnhinweise an Anschlussinhaber zu versenden hätten, denen schließlich Bußgelder oder Strafen drohten.<sup>128</sup> Gewerbliche Piraterie ließe sich wirksam bekämpfen, wenn Zahlungsdienstleistern und Werbeagenturen untersagt wäre, mit entsprechenden Anbietern zu kontrahieren.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Vgl. Art. 21 Abs. 2 E-Commerce-RL (Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte von der Richtlinie nicht erfasst). Zur Haftung von Host-Providern siehe *LG Hamburg*, ZUM 2012, 596, 602 ff. – GEMA/YouTube (mit Verweis auf die von Google praktizierten „Content-ID-“ und „Dispute-Verfahren“ vor und nach dem Upload eines Videos); *Mazziotti* (o. Fußn. 115), S. 24 f.; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 895 f. Zur Haftung von Suchmaschinenbetreibern siehe *Czychowski/J.B. Nordemann*, GRUR 2013, 986, 992; allgemein *Sieber/Höfiger*, in: *Hoeren/Sieber* (o. Fußn. 15), Teil 18.1 Rdnrn. 107 ff.

<sup>127</sup> Zur Zulässigkeit einer solchen Regelung vgl. *Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón*, Rs. C-314/12, Rdnrn. 91 ff. – UPC Telekabel Wien (eine gegen einen Access-Provider gem. Art. 8 Abs. 3 UrhRL 2001/29 verhängte konkrete Sperrmaßnahme bezüglich einer konkreten Website könne zulässig sein); *OLG Hamburg*, Urt. v. 22.12.2010 – 5 U 36/09, juris Rdnr. 78. Siehe auch Art. 23 Abs. 5 des Vorschlags der EU-Kommission für eine Verordnung über Maßnahmen zum europäischen Binnenmarkt der elektronischen Kommunikation und zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents und zur Änderung der Richtlinien 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1211/2009 und (EU) Nr. 531/2012, KOM(2013) 627 endg. (Blockierung bestimmter Inhalte, Anwendungen oder Dienste auf Gerichtsbeschluss als verhältnismäßige Verkehrsmanagementmaßnahme zulässig). Dafür *Czychowski/J.B. Nordemann*, GRUR 2013, 986, 992, 995 m.w.N. Für einen Vergütungsanspruch hingegen *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 895. Zur Anerkennung derartiger Sperrverfügungen im britischen Recht siehe *Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications plc* [2011] EWHC 1981 (Ch); *The Football Association Premier League Ltd v British Sky Broadcasting Ltd & Ors* [2013] EWHC 2058 (Ch); rechtsvergleichend *Senftleben*, JIPITEC 2013, 87, 94 ff. m.w.N.

<sup>128</sup> Vgl. dazu auch Art. 25 Abs. 5 VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127) (Pflicht der Access-Provider, auf Anforderung zuständiger Behörden u.a. Informationen zu Verstößen gegen das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte und ihre rechtlichen Folgen an ihre Kunden zu versenden). Rechtsvergleichende Übersicht zu bestehenden Systemen dieser Art bei *Giblin*, Evaluating Graduated Response, 2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2322516](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2322516).

<sup>129</sup> So vorgesehen in den beiden letztlich gescheiterten, US-amerikanischen Gesetzentwürfen, die unter den Abkürzungen „SOPA“ und „PIPA“ bekannt wurden; vgl. Sec. 3 Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011 (Protect IP

- 41 All diese Maßnahmen würden zur öffentlichen Wahrnehmung beitragen, dass die autorisierte und zugangskontrollierte Online-Datenbank die normale und einzig sicher legale Informationsquelle darstellt. Zugleich würden die Kommunikationsbedingungen des offenen Internets und damit der Zugangskultur in Frage gestellt. Sind Internetnutzer flächendeckend deanonymisierbar und ihre Kommunikation rekonstruierbar, könnten Verhaltensweisen, die sich im Grenz- und Graubereich des Zulässigen bewegen – man denke an Remixe, Mashups und Fanfiction – der vorsorglichen Selbstzensur zum Opfer fallen.<sup>130</sup> Weitgehend automatisierte, von rechtsstaatlichen Kontrollen losgelöste Verfahren zur „Bereinigung“ von Suchmaschinenergebnissen und Plattforminhalten in einem dann „sauberen und offenen“ Internet<sup>131</sup> können auch rechtmäßige Inhalte verschwinden lassen.<sup>132</sup> Die Bedeutung dieser automatisierten und privatisierten Rechtsdurchsetzung illustriert ein Musterprozess, den Lawrence Lessig und die Electronic Frontier Foundation wegen einer vermeintlich unberechtigten Löschung eines auf YouTube verfügbaren Vortrags von Lessig angestrengt haben. Im streitgegenständlichen Video hatte Lessig mehrere Remix-Versionen eines erfolgreichen Musikstücks als Beleg für das Kreativitätspotential einer Kultur des offenen Zugangs vorgeführt und war hierdurch in das Visier der Rechtsinhaberin geraten.<sup>133</sup>
- 42 Trotz ihrer durchaus einschneidenden Wirkungen lassen sich die aufgelisteten Durchsetzungsmaßnahmen noch immer im Sinne eines „angemessenen Gleichgewichts“ zwischen den kollidierenden Grundrechtpositionen interpretieren, so dass sie vom weiten Ermessensspielraum der Legislative gedeckt sein dürften.<sup>134</sup> Kritisch aber wird es für die Zukunft des offenen

---

Act of 2011), S. 968, 112. Kongress, 12.5.2011; Stop Online Piracy Act, H. R. 3261, 112. Kongress, 26.10.2011. Für die EU siehe *Mazziotti* (o. Fußn. 115), S. 23 f. Für Deutschland Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode (o. Fußn. 3), S. 133.

<sup>130</sup> Dazu *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnr. 258 – Vorratsdatenspeicherung.

<sup>131</sup> So der Titel einer Konsultation der EU-Kommission im Sommer 2012, siehe [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2012/clean-and-open-internet\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm).

<sup>132</sup> Vgl. *BGH*, GRUR 2013, 1030 Rdnr. 62 – File-Hosting-Dienst (dass Prüfpflichten im Einzelfall auch zu einer Löschung rechtmäßiger Sicherungskopien führen können, mache ihre Erfüllung nicht unzumutbar).

<sup>133</sup> *Lessig v. Liberation Music PTY Ltd.* (D. Mass. 2013), <http://de.scribd.com/doc/162455224/Lawrence-Lessig-v-Liberation-Music-Pty-Ltd>.

<sup>134</sup> Vgl. *EuGH*, GRUR 2008, 241 Rdnrn. 61 ff. - Promusicae; allgemein *Peukert*, The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature, Goethe

Internets und damit der Zugangskultur, wenn die Instrumente zur Durchsetzung des Urheberrechts auf die technischen Grundlagen des Netzes durchschlagen. Diese Infrastruktur ist keineswegs unveränderlich, sondern im Prinzip jederzeit so veränderbar, dass das latent anarchische Internet zur perfekt kontrollierten himmlischen Jukebox mutiert.<sup>135</sup> So könnte die Komplexität, die aus den unzähligen Enden des Netzes strömt und damit alle Aspekte der IT-Sicherheit (Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Authentizität) untergräbt, unter einen Zustimmungsvorbehalt gezwungen werden, indem alle Rechner, die über das Netz Daten senden und empfangen können, den Standards der von der Trusted Computing Group definierten Sicherheitsarchitekturen entsprechen müssten.<sup>136</sup> Dass das seit vielen Jahren diskutierte Trusted Computing kein Hirngespinnst ist, beweist ein durchaus kritisches Eckpunktepapier der Bundesregierung vom August 2012.<sup>137</sup> Demnach bestehe eine wesentliche Funktionalität des Trusted Computing im „nachhaltigen Schutz digitaler Inhalte“. Der technische Schutz habe aber die geltenden rechtlichen und gesellschaftlichen Bedingungen des Zugangs zu Wissen zu respektieren. Ferner mahnt die Bundesregierung an, sowohl öffentliche als auch private Eigentümer von Rechnern müssten implementierte Sicherheitsarchitekturen vollständig kontrollieren und jederzeit ohne negative Auswirkungen deaktivieren können.

- 43 Doch auch wenn die Netzen weiterhin für alle Arten von Anwendungen und Inhalten offen blieben, könnten die technischen und rechtlichen Grundlagen der Datenübertragung so verändert werden, dass das Internet zu einem Medium der Exklusivitätskultur wird. Eine entscheidende Rolle kommt hierbei der sog. Netzneutralität zu, über die derzeit dies- und jenseits des Atlantiks heftig gestritten wird.<sup>138</sup> Der Grundsatz der Netzneutralität spiegelt die ursprüngliche

---

University Frankfurt am Main, Faculty of Law Research Paper No. 7/2013, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2324132>.

<sup>135</sup> Lessig (o. Fußn. 15), S. 57 f., 123; Benkler (o. Fußn. 5), S. 383 ff.

<sup>136</sup> Siehe Bechtold, CR 2005, 393 ff.; Benkler (o. Fußn. 5), S. 409 ff.; Zittrain, The Future of the Internet – And How to Stop It, 2011, S. 36 ff.

<sup>137</sup> Eckpunktepapier der Bundesregierung zu „Trusted Computing“ und „Secure Boot“, August 2012, [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/OED\\_Verwaltung/Informationsgesellschaft/trusted\\_computing.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/OED_Verwaltung/Informationsgesellschaft/trusted_computing.pdf?__blob=publicationFile).

<sup>138</sup> Wielsch (o. Fußn. 15), S. 249 ff.; Renner/Renner (o. Fußn. 34), S. 218 ff.; Levine, Free Ride, 2011, S. 238 ff.; monografisch zuletzt Bortnikov, Netzneutralität und Bedingungen kommunikativer Selbstbestimmung, 2013.

technische Struktur des Internets wider und besagt, dass Betreiber von Telekommunikationsnetzen nach bestem Bemühen eine diskriminierungsfreie Datenübermittlung und den diskriminierungsfreien Zugang zu Inhalten und Anwendungen zu gewährleisten haben.<sup>139</sup> Hieraus folgt, dass Exklusivitäts- und Zugangskultur auf der Ebene der Datenübertragung gleich behandelt werden. Der Wettbewerb zwischen proprietären und offenen Angeboten – z.B. zwischen der Brockhaus-Enzyklopädie und Wikipedia – hängt dann nicht von der Geschwindigkeit und Qualität der Datenübermittlung, sondern primär von der Funktionalität der betreffenden Anwendung oder Information ab. Mit anderen Worten gewährleistet der Grundsatz der Netzneutralität auf technischer Ebene gleiche Wettbewerbs- und Kommunikationsbedingungen für alle Teilnehmer.

44 Allerdings haben namentlich marktstarke Access Provider ein erhebliches Interesse, von diesem Grundsatz abzurücken und gewisse, gesondert entgeltpflichtige Dienste zu bevorzugen.<sup>140</sup> Schon de lege lata ist eine solche diskriminierende Datenübermittlung keineswegs verboten. Denn das europäische und das deutsche Telekommunikationsrecht bekennen sich zwar mehr oder weniger deutlich zum Grundsatz der Netzneutralität.<sup>141</sup> Zugleich jedoch ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 lit. b UniversaldiensteRL 2002/22, dass „Einschränkungen im Hinblick auf den Zugang zu und/oder die Nutzung von Diensten und Anwendungen“ zulässig sein können.<sup>142</sup> Auch § 41a Abs. 1 TKG untersagt lediglich „eine willkürliche Verschlechterung von Diensten und eine ungerechtfertigte Behinderung oder Verlangsamung des Datenverkehrs in den Netzen“,<sup>143</sup> so dass mit guten Gründen vertreten werden kann, dass beispielsweise Streaming-Dienste bevorzugt übertragen werden dürfen, um ihre Qualität und Sicherheit zu gewährleisten. In den Niederlanden sind derartige

---

<sup>139</sup> Vgl. § 41a Abs. 1 TKG.

<sup>140</sup> Zu einer entsprechenden Ankündigung der Deutschen Telekom vgl. *Funke*, CR 2013, R56.

<sup>141</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 4 lit. g RahmenRL 2002/21 („Die nationalen Regulierungsbehörden fördern die Interessen der Bürger der Europäischen Union, indem sie unter anderem ... g) die Endnutzer in die Lage versetzen, Informationen abzurufen und zu verbreiten oder beliebige Anwendungen und Dienste zu benutzen;“) und Erklärung der EU-Kommission zur Netzneutralität, 18.12.2009, ABI. C 308/2 („Die Kommission misst der Erhaltung des offenen und neutralen Charakters des Internet hohe Bedeutung bei und trägt dem Willen der Mitgesetzgeber umfassend Rechnung, jetzt die Netzneutralität als politisches Ziel und als von den nationalen Regulierungsbehörden zu fördernden Regulierungsgrundsatz festzuschreiben.“); § 2 Abs. 2 S. 2 TKG.

<sup>142</sup> *Brüggemann*, CR 2013, 565, 569.

<sup>143</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drucks. 17/7521, S. 112.

Maßnahmen hingegen ausdrücklich verboten. Erlaubt sind lediglich nichtdiskriminierende Begrenzungen der Datenübertragungskapazität und das Angebot separater Dienste, die zwar über das Internet abgewickelt, aber nicht als Internetzugang beworben und betrieben werden dürfen.<sup>144</sup>

45 Diese für den Binnenmarkt offensichtlich problematischen Unterschiede soll der Kommissionsvorschlag „zur Verwirklichung des vernetzten Kontinents“ v. 11.9.2013<sup>145</sup> überwinden, der für den Grundsatz der Netzneutralität allerdings zu einem sprichwörtlichen nine/eleven werden kann. Denn anders als die entsprechende Pressemitteilung mit einem „Ja zur Netzneutralität“ suggeriert,<sup>146</sup> folgt die Kommission keineswegs dem Vorbild der niederländischen Regelung. Vielmehr unterscheidet der Vorschlag drei Produkte, die von TK-Anbietern offeriert werden dürfen, nämlich erstens das „europäische virtuelle Breitbandzugangsprodukt“, das sich in der Tat durch einen „offenen Internetzugang“ und ein „diskriminierungsfreies Netzmanagement“ auszeichnet;<sup>147</sup> zweitens das „Konnektivitätsprodukt mit zugesicherter Dienstqualität“, das zwar über Internet-Protokoll-Vermittlungsknoten bereitgestellt wird, aber nur bestimmte Endnutzerdienste wie Sprach- und Videoanrufe oder andere datenkritische Anwendungen umfasst;<sup>148</sup> sowie drittens den „Spezialdienst“, der „den Zugang zu speziellen Inhalten, Anwendungen oder Diensten oder einer Kombination dieser Angebote ermöglicht, dessen technische Merkmale durchgehend kontrolliert werden oder der die Möglichkeit bietet, Daten an eine bestimmte Anzahl von Teilnehmern oder Abschlusspunkten zu übermitteln oder von diesen zu erhalten“.<sup>149</sup> Derartige Spezialdienste dürfen zwar weder als Substitut für den Internetzugang vermarktet noch „breit genutzt“ werden,<sup>150</sup> aus Art. 23 des Vorschlags ergibt sich aber, dass sie gleichwohl im Rahmen des allgemeinen Netzzuganges erbracht werden dürfen. Während Art. 23 Abs. 1 das offene

---

<sup>144</sup> Vgl. Art. 74A Abs. 1 und 3 Telecommunicatiewet, abrufbar unter <http://wetten.overheid.nl/zoeken/>. Für eine regulative Sicherung der Netzneutralität auch Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode (o. Fußn. 3), S. 49.

<sup>145</sup> VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

<sup>146</sup> Siehe EU-Kommission, Memo/13/779 v. 11.9.2013, Kommission legt Legislativvorschläge für einen vernetzten Kontinent vor, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-13-779\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-779_de.htm).

<sup>147</sup> Siehe ErwGrd. 47 und Art. 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 und 5 VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127) (freiwillige Maßnahmen nur zur Verhinderung von Kinderpornographie).

<sup>148</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 12, 19, Anhang II VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

<sup>149</sup> Art. 2 Abs. 15 VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

<sup>150</sup> Art. 2 Abs. 15 2. Hs. VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

Internet proklamiert, stellt Absatz 2 ausdrücklich klar, dass es Endnutzern, Anbietern von Inhalten, Anwendungen und Diensten und Anbietern öffentlicher elektronischer Kommunikation freisteht, „miteinander Vereinbarungen über die Übertragung des diesbezüglichen Datenvolumens oder -verkehrs als Spezialdienste mit bestimmter Dienstqualität oder eigener Kapazität zu schließen“.

- 46 Mit diesem *Recht auf „Spezialdienste“* wird der Grundsatz der Netzneutralität über Bord geworfen.<sup>151</sup> Welche Bedeutung die Kommission dieser regulatorischen Maßnahme zumisst, beweist die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden, jährlich über „die Auswirkungen von Spezialdiensten auf die kulturelle Vielfalt und die Innovation“ zu berichten.<sup>152</sup> Im Übrigen aber soll es genügen, dass die TK-Anbieter ihren Kunden klar und verständlich erläutern, wie sich „die gleichzeitige Nutzung von Spezialdiensten mit einer höheren Dienstqualität auf die praktische Nutzung von Inhalten, Anwendungen und Diensten auswirken“ kann, und dass die Regulierungsbehörden sicherstellen, dass nicht diskriminierende Internetzugangsdienste mit einer gewissen Mindestqualität „nicht in wiederholter oder ständiger Weise“ durch Spezialdienste beeinträchtigt werden.<sup>153</sup>
- 47 Sollte der Kommissionsvorschlag Gesetzeskraft erlangen, könnte sich das Erscheinungsbild des Internets auf dem „vernetzten Kontinent“ grundlegend zugunsten der Exklusivitätskultur wandeln. An die Stelle eines einheitlichen, diskriminierungsfreien Kommunikationsmediums, in dem proprietäre und offene Inhalte und Anwendungen gleichberechtigt nebeneinander existieren und in gewisser Weise miteinander konkurrieren, träten zwei technisch sorgsam geschiedene, digitale Welten:<sup>154</sup> Zum einen ein Premium-Internet, über das zugangskontrollierte Dienste wie IP-TV mit garantierter Qualität und Sicherheit gestreamt würden,<sup>155</sup> zum anderen ein offenes, aber unsicheres und

---

<sup>151</sup> Wenn die Kommission in ihrer Pressemitteilung verlauten lässt (o. Fußn. 146), die Zulassung von Spezialdiensten sei in Anbetracht von Express-Post-Dienstleistungen und Business Class-Flügen keine Besonderheit, so muss man sich schon fragen, ob die Kommission die Öffentlichkeit für dumm verkaufen möchte.

<sup>152</sup> Art. 24 Abs. 1 S. 2, 3 VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

<sup>153</sup> Siehe ErwGrd. 50 f. und Art. 23 Abs. 2 S. 3, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 lit. e iii VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127).

<sup>154</sup> Siehe *Renner/Renner* (o. Fußn. 34), S. 225.

<sup>155</sup> Vgl. ErwGrd. 49 f. VO-E Vernetzter Kontinent (o. Fußn. 127); zustimmend z.B. *Levine* (o. Fußn. 138), S. 238 ff.; kritisch *Litman* (o. Fußn. 8), S. 14 („shopping mall for copyright-protected

langsames Rest-Internet. Das Premium-Netz befände sich unter der Kontrolle der Access-Provider und der mit ihnen kooperierenden (bzw. vertikal integrierten) Inhabern, die allerdings auch für die in diesem Rahmen übermittelten Inhalte verantwortlich wären.<sup>156</sup> Für das Rest-Internet behielten die Access-Provider ihre momentane Rolle als rein technischer, nicht haftender Zugangsvermittler. Es entspräche der Logik des Kommissionsvorschlags, wenn der Wettbewerb zwischen Access-Providern künftig primär über „Spezialdienste“ und nur sekundär über ohnehin regulierte Mindestübertragungskapazitäten und den Preis für das Rest-Internet geführt würde. Dieser Wettbewerb könnte eine solche Dynamik zugunsten des Premium-Internets und der zugangskontrollierten, exklusiven „Spezialdienste“ entfalten, dass das offene Internet und mit ihm die Zugangskultur immer mehr in den Hintergrund geraten.

- 48 Zur Realisierung dieses Szenarios trägt auch das geltende Urheberrecht bei. Denn wenn Access-Provider wie im Vereinigten Königreich ohnehin urheberrechtlich verpflichtet sind, in die Datenübermittlung einzugreifen, um rechtswidrige Inhalte zu blockieren, liegt es in der Tat nahe, ihnen diese Maßnahmen als Geschäft zuzugestehen. Dann entspräche es ihrem ureigenen wettbewerblichen Interesse, der Exklusivitätskultur durch vollständige Datenkontrolle zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>157</sup> Zugleich wäre der Widerspruch zwischen der auf Offenheit angelegten Regulierung der Providermärkte und der auf Exklusivität angelegten Regulierung der Anwendungs- und Inhabermärkte zugunsten der zweitgenannten Variante behoben, so dass sich auf allen Ebenen des Netzes kontrollierte Sicherheit einstellen kann.

## 2. Weitere Stärkung der Zugangskultur

- 49 In Anbetracht der gewaltigen Kommodifizierungsdynamik, die vom technisch erfüllbaren Wunsch ausgeht, jeden potentiell vermögenswerten Datensatz in sicherer Umgebung zu vermarkten und zu konsumieren,<sup>158</sup> erscheint es

---

material“); *Zittrain* (o. Fußn. 136), S. 178 ff. Zu den technisch-wirtschaftlichen Hintergründen näher *Bäcker/Höfner*, ZUM 2013, 623, 624 f. (Kooperation Spotify und Deutsche Telekom).

<sup>156</sup> *Brüggemann*, CR 2013, 565, 567 f.

<sup>157</sup> Zu diesem Zusammenhang siehe *Frieden*, 18 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 2007-2008, 633 ff.; *Wielsch* (o. Fußn. 15), S. 281; *Brüggemann*, CR 2013, 565, 570.

<sup>158</sup> Vgl. zur industriellen Revolution in diesem Sinne *K. Polanyi*, *The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, 1973;

geradezu naiv, nach einer gegenläufigen Stärkung der Zugangskultur zu fragen. Und tatsächlich führen die sog. Netzgemeinde und ihre politischen Ausläufer vor allen Dingen Rückzugsgefechte, in denen sie das offene Internet und die Zugangskultur gegen Einschränkungen verteidigen. Wenn dies wie im Fall von SOPA, PIPA und ACTA gelingt, wird dies bereits als großer Erfolg gefeiert.<sup>159</sup> Weitreichende Maßnahmen zur Schwächung des Urheberrechts im Interesse einer erleichterten Nutzung expliziten Wissens sehen sich hingegen schnell dem Einwand ausgesetzt, dass sie mit den urheberrechtlichen Konventionen unvereinbar und deshalb nur als – eher utopischer – globaler Konsens realisierbar sind.<sup>160</sup> Und „selbst“ ein Abschmelzen des Acquis auf das völkerrechtliche Minimum wird nur vereinzelt gefordert.<sup>161</sup> Eine Stärkung der Zugangskultur ist daher allenfalls von urheberrechtsexternen Einflüssen und als unbeabsichtigte Nebenfolge urheberrechtsinterner Entwicklungen zu erwarten.

50 Ein der partizipativen Kommunikationskultur förderlicher externer Impuls könnte von den Grundrechten ausgehen. Insbesondere könnte eine an der Kunstfreiheit orientierte Auslegung des § 24 UrhG den Anwendungsbereich der sog. Remix-Kultur erweitern.<sup>162</sup> Gem. § 23 UrhG darf diese weit verbreitete, kreativ-spielerische Praxis nicht das Licht der Netzöffentlichkeit erblicken. Denn gem. § 24 UrhG urheberrechtsfrei ist eine Benutzung der konkreten Form und auch der „individuellen Gestalt“ einer Idee wie einer Fabel – einschließlich des fiktiven Gangs der Handlung, der Charakteristik der Personen und der Ausgestaltung von Szenen eines Romans – nur, wenn die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes angesichts der Eigenart des neuen Werkes verblassen. Dieses „Verblassen“ wird im quantitativen Sinne verstanden und setzt daher voraus, dass geschützte

---

zum Internet *Cohen* (o. Fußn. 5), S. 268 ff.; *Zittrain* (o. Fußn. 136), S. 101 ff.; *Naughton* (o. Fußn. 13), S. 285.

<sup>159</sup> Dazu *Lee*, *The Fight for the Future: How People Defeated Hollywood and Saved the Internet - For Now*, 2013.

<sup>160</sup> Dies gilt etwa für die Begrenzung des Urheberrechts auf kommerzielle Nutzungen (vgl. *Litman* (o. Fußn. 8), S. 182 ff.; *Lessig* (o. Fußn. 5), S. 254) und die Wiedereinführung von Formalitäten (Formulierungsvorschlag bei *Bischoffshausen*, *Die ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist*, 2013, 354; siehe auch *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 889).

<sup>161</sup> Siehe aber *Hargreaves/Hughenholz*, *Copyright Reform for Growth and Jobs - Modernising the European Copyright Framework*, 2013, <http://www.lisboncouncil.net/publication/publication/95-copyright-reform-for-growth-and-jobs-modernising-the-european-copyright-framework.html>.

<sup>162</sup> *Lessig* (o. Fußn. 5) S. 28 ff.; *Naughton* (o. Fußn. 13), S. 253 ff.; *Cohen* (o. Fußn. 5), S. 247 (abschließende Aufzählung verbotener Änderungen).

Elemente in nicht mehr relevantem Umfang benutzt werden, so dass sie nur noch als Anregung zu neuem, selbständigem Werkschaffen erscheinen.<sup>163</sup> Generell untersagt sind die erkennbare Entnahme von Melodien und das Sampling mit Ausnahme der wohl seltenen Konstellation, dass das Aufnahmefragment nicht nacherzeugt werden kann.<sup>164</sup> Unter diesen Voraussetzungen sind Fanfiction, Mashups und Remixe in aller Regel als rechtswidrig zu qualifizieren, da sie sich gerade dadurch auszeichnen, erkennbar geschützte Werkteile zu verwenden.<sup>165</sup> Dabei ist irrelevant, ob die angegriffene Nutzung dazu geeignet oder bestimmt ist, das ältere Werk zu ersetzen.<sup>166</sup> Folglich muss sich der produktive Zweig der Zugangskultur eigentlich auf Material beschränken, das ausdrücklich zu diesem Zweck lizenziert wurde<sup>167</sup> oder für das sich die Zulässigkeit einer Bearbeitung aus einer konkludenten Einwilligung des Berechtigten ergibt.<sup>168</sup> Auf dem Boden der herrschenden Meinung ist es nur der großzügigen und klugen Duldsamkeit von Berechtigten wie Frau Rowling zu verdanken, dass sich die exklusiv vermarktete Populärkultur nicht dem tausendfachen, spielerischen Umgang verschließt, der keine vorgeschalteten Zustimmungserfordernisse kennt.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> Siehe für den Schutz der Fabel *BGH*, GRUR 1999, 984 - Laras Tochter; *BGH*, GRUR 2011, 134 Rdnr. 36 – Perlentaucher.

<sup>164</sup> Vgl. § 24 Abs. 2 UrhG und *BGH*, GRUR 2009, 403 Rdnrn. 21 ff. - Metall auf Metall.

<sup>165</sup> Für Remixe etwa *Alpert*, ZUM 2002, 525, 530; zu Fanfiction siehe *BGH*, GRUR 1999, 984, 987 f. - Laras Tochter (eine freie Benutzung sei allenfalls unter ganz besonderen Umständen anzunehmen, wenn die in einem Roman erzählte Geschichte unter Übernahme wesentlicher, charakteristischer Gestalten fortgeschrieben werde); ferner *Knopp*, GRUR 2010, 28, 29 f.

<sup>166</sup> vgl. *BGH*, GRUR 2011, 134 Rdnr. 45 – Perlentaucher.

<sup>167</sup> In Form sog. Copyleft- oder Share-alike-Klauseln.

<sup>168</sup> Das kann hier nur angedeutet werden und müsste im Hinblick auf unterschiedliche Verkehrskreise, in denen unterschiedliche Nutzungen „üblich“ (*BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 36 - Vorschaubilder) sind, expliziert werden. Naheliegender erscheint etwa die Unterscheidung zwischen frei verfügbaren künstlerischen und sonstigen Bildern, Filmen und Tonaufnahmen, bei denen zumindest nicht-kommerzielle Bearbeitungen als stillschweigend legalisiert betrachtet werden können einerseits, und wissenschaftlichen Werken, bei denen die wissenschaftsinternen Kommunikationsnormen gegen eine solche Gestattung sprechen andererseits; dazu auch *Peukert* (o. Fußn. 112).

<sup>169</sup> Allein die deutschsprachige Seite <http://www.fanfiktion.de/FFs/c/103005001> listet 31.387 Texte zu den Harry-Potter-Romanen (Stand 14.10.2013). Siehe ferner *Erickson/Kretschmer/Mendis*, Copyright and the Economic Effects of Parody: An Empirical Study of Music Videos on the YouTube Platform and an Assessment of the Regulatory Options, 2013, <http://www.ipso.gov.uk/ipresearch-parody-report3-150313.pdf>, S. 9 (zu den britischen Top-100-Musiktiteln des Jahres 2011 finden sich allein auf Youtube durchschnittlich 24 Parodien pro Titel).

- 51 Allerdings kann die restriktive Lesart des § 24 UrhG, die der BGH 1999 in Laras Tochter formulierte,<sup>170</sup> in Anbetracht der ein Jahr später ergangenen Germania 3-Entscheidung des BVerfG schon de lege lata nicht mehr aufrecht erhalten werden.<sup>171</sup> In seinem Beschluss weist das BVerfG die Zivilgerichte auf die „grundlegende“ Einsicht hin, dass ein Werk mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung steht. Vielmehr löse es sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit und werde geistiges und kulturelles Allgemeingut. Diese gesellschaftliche Einbindung der Kunst sei ihre Wirkungsvoraussetzung und zugleich Ursache dafür, dass die Künstler „in gewissem Maß Eingriffe in ihre Urheberrechte durch andere Künstler als Teil der sich mit dem Kunstwerk auseinandersetzen Gesellschaft“ hinzunehmen hätten. Zur Bestimmung des zulässigen Umfangs dieser Eingriffe seien die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen, die die Interessen anderer Künstler schütze, „ohne die Gefahr von Eingriffen finanzieller oder inhaltlicher Art in einen künstlerischen Dialog und Schaffensprozess zu vorhandenen Werken treten zu können“.
- 52 Die vom BVerfG auf dieser Grundlage für die kunstspezifische Auslegung des Zitatrechts entwickelten Maßstäbe gelten gleichermaßen für Fanfiction, Mashups und Remixe. Sie sind als freie Benutzungen gem. § 24 Abs. 1 UrhG zulässig, wenn die erkennbare Übernahme geschützter Elemente erstens „nicht bloß der Anreicherung eines Werks durch fremdes geistiges Eigentum dient“, sondern integraler Gegenstand und Gestaltungsmittel einer „eigenständigen künstlerischen Aussage“ „in einem neuen Ganzen“ ist, und diese Ausübung der künstlerischen Entfaltungsfreiheit zweitens nicht „die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile (z.B. Absatzrückgänge)“ mit sich bringt. Denn, so das BVerfG weiter, „die künstlerische Verarbeitung fremder Texte ist eben nicht auf eine kritische Erörterung der darin enthaltenen Aussage beschränkt, sondern kann sich in verschiedenen Formen vollziehen, die der Künstler nach seinen ästhetischen Vorstellungen auswählt.“<sup>172</sup> Hierzu zählen auch Weitererzählungen fiktiver Geschichten, insbesondere wenn hierfür eine andere

---

<sup>170</sup> BGH, GRUR 1999, 984, 987 f. - Laras Tochter (es sei bedeutungslos, wie viel dem Übernommenen an Neuem, insbesondere durch die Fortentwicklung der Handlung, angefügt worden sei).

<sup>171</sup> BVerfG, GRUR 2001, 149, 151 f. – Germania 3.

<sup>172</sup> BVerfG, GRUR 2001, 149, 151 f. – Germania 3.

Erzählperspektive gewählt wird,<sup>173</sup> aber ggf. auch die Verschränkung fremder Werk- und Aufnahmeteile zu einem neuen künstlerischen Ganzen.

53 In derartigen Konstellationen ist trotz ggf. deutlicher Übernahmen von einem ausreichenden „inneren Abstand“ zum benutzten Werk und damit von einer freien Benutzung gem. § 24 Abs. 1 UrhG auszugehen. Auf diese „innere“ Distanz der beiden Werke kommt es nach Auffassung des BGH „vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben“. Die häufigste Fallgestaltung dieser Art ist die Parodie als antithematische Behandlung.<sup>174</sup> Doch auch eine Hommage als Form der unionsrechtlich ausdrücklich zulässigen *Pastiche*<sup>175</sup> setzt zwingend voraus, dass das Werk, dem Tribut gezollt werden soll, erkennbar ist. Und genau diese positiv-konnotierte Form der künstlerischen Nachahmung zeichnet die typischen Fälle der Fanfiction, der Mashups und Remixe aus. Ungeachtet ihres ästhetischen „Werts“<sup>176</sup> sind sie als freie künstlerische Benutzungen zulässig, wenn sie das Namens- und Integritätsrecht des betroffenen Urhebers wahren und keinen merklichen, nachweisbaren Einfluss auf die exklusive Vermarktung des Originals haben.<sup>177</sup> Wollte man diese Grundsätze kodifizieren, könnte man sich an der Schranke des kanadischen Copyright Act 2012 für „user generated content“ orientieren.<sup>178</sup> Vorbehalten bleiben Ansprüche aus allgemeinem

---

<sup>173</sup> Gegen *BGH*, GRUR 1999, 984, 987 f. - Laras Tochter.

<sup>174</sup> *BGHZ* 154, 260, 268 - Gies-Adler; *BGH*, GRUR 2011, 134 Rdnr. 34 – Perlentaucher.

<sup>175</sup> Siehe Art. 5 Abs. 3 lit. k UrhRL 2001/29.

<sup>176</sup> Dazu *Rehbinder*, Urheberrecht, 16. Aufl. Rdnr. 55.

<sup>177</sup> Siehe dazu *Erickson/Kretschmer/Mendis* (o. Fußn. 169), S. 10 (kein empirischer Beleg für ökonomische Schäden durch Parodien erfolgreicher Songs auf Youtube).

<sup>178</sup> Siehe Sec. 29.21 Copyright Modernization Act, R.S., c. C-42, 29.6.2012, abrufbar unter <http://www.parl.gc.ca>. („User-generated content (1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual's authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if (a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes; (b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so; (c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and (d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or

Persönlichkeitsrecht sowie marken- und lauterkeitsrechtliche Ansprüche wegen irreführender und sonst die Wertschätzung des benutzten Werkes unangemessen ausnutzender oder beeinträchtigender Fortsetzungen und Nachahmungen.<sup>179</sup>

- 54 Eine kunstspezifische Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG würde zwar die Exklusivitätskultur etwas durchlässiger gestalten. Doch wäre damit lediglich sichergestellt, dass sich die künstlerische Verarbeitung vorhandener Werke auf den gesamten Kulturbestand erstrecken darf. Wäre das partizipative Internet mit amateurhaftem *user generated content* gleichzusetzen, der sich nur an professionellen Populärwerken abarbeitet, sähe sich dieser Kommunikationsmodus weiterhin dem Vorwurf ausgesetzt, wenig zur kulturellen Vielfalt beizutragen, ja ihren Niedergang zu repräsentieren.<sup>180</sup>
- 55 Fraglich ist daher, wie der Anteil professioneller Werke am Gesamtaufkommen der Zugangskultur erhöht werden kann. Hierfür ist zuvorderst an monetäre Anreize zu denken. Denn Investitionen von Zeit und Geld müssen amortisiert werden. Gegenwärtig finanzieren professionelle Urheber ihr frei verfügbares Werkschaffen aus nicht oder allenfalls mittelbar urheberrechtlich begründeten Einnahmequellen wie sonstigen Arbeitseinkommen, Stipendien und Preisen sowie komplementären Dienstleistungen wie namentlich Live-Auftritten.<sup>181</sup> An den Profiten aus hybriden Geschäftsmodellen zur Vermittlung der Zugangskultur – Stichwort Google – haben sie keinen Anteil. Die gängigen urheberrechtlichen Antworten auf dieses Dilemma gehen entweder dahin,

---

potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.“). Zur Diskussion um eine europäische Fair-use-Klausel vgl. *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 890 m.w.N. Zu den seit 2006 erlassenen Fair-use-Regelungen der Secs. 35(1a)-(4) Singapore Copyright Act, Sec. 19 Israel Copyright Act, Art. 65 Taiwan Copyright Act siehe *Geist*, in: *Geist*, The Copyright Pentalogy, 2013, S. 157, 162 f. m.w.N. Zur Flexibilisierung des englischen Fair-dealing-Ansatzes in Kanada 2012 siehe *Geist*, a.a.O., S. 157 ff. Zur Flexibilisierung des britischen Copyright siehe *Hargreaves*, Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth, 2011, <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>, S. 41 ff. und <http://www.ipo.gov.uk/types/hargreaves/hargreaves-copyright/hargreaves-copyright-techreview.htm>.

<sup>179</sup> Vgl. §§ 5 Abs. 3 MarkenG, 4 Nr. 9 lit. a, b UWG. Auf der Basis einer unlauteren Herkunftstäuschung und unangemessenen Ausnutzung der Wertschätzung des Romans „Dr. Shiwago“ hätte auch Laras Tochter gelöst werden können; vgl. *BGH*, GRUR 1999, 984, 988 - Laras Tochter“ (zur Werbung für das angegriffene Buch).

<sup>180</sup> Siehe hierzu *Lanier*, You are not a Gadget, 2010; *Theisohn*, Literarisches Eigentum, 2012.

<sup>181</sup> Derartige Einnahmequellen spielen freilich seit jeher für die Mehrzahl der Urheber eine überragende Rolle, auch wenn sie im Exklusivitätsmodell agieren (wollen); vgl. *Kretschmer*, Does Copyright Law Matter? An Empirical Analysis of Creators' Earnings, 2012, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063735>.

Hybride im Interesse der Exklusivitätskultur zu bekämpfen und damit mittelbar die Zugangskultur zu untergraben (s.o.) oder eine Kulturfltrate einzuführen. Letztgenanntes Modell der flächendeckenden Abschwächung des digitalen Urheberrechts auf einen gesetzlichen Vergütungsanspruch für alle nicht-kommerziellen Nutzungen stößt jedoch auf erhebliche völkerrechtliche Bedenken und genießt inzwischen auch nur noch geringen politischen Rückhalt.<sup>182</sup>

- 56 Indes lässt sich eine urheberrechtliche Finanzierung der Zugangskultur modellieren, die diese Defizite der Kulturfltrate vermeidet. Der Grundgedanke des Konzepts geht dahin, dass es dem Rechtsinhaber überlassen bleibt, ob das Werk oder der sonstige Schutzgegenstand im exklusiven oder im offenen Modus verfügbar sein soll. Je nachdem, wie diese Entscheidung ausfällt, werden Nutzungen individuell-vertraglich oder pauschal über Verwertungsgesellschaften vergütet. An den Aufkommen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen im digitalen Bereich partizipieren nur noch diejenigen Schutzgegenstände, die ohne technische Zugangshindernisse im Internet verfügbar sind. Entscheidet sich der Urheber hingegen für eine exklusive Vermarktung, speisen sich seine urheberrechtlichen Einkünfte allein aus individuellen Lizenzverträgen.<sup>183</sup> In beiden Varianten muss die Vergütung angemessen sein.<sup>184</sup>
- 57 Dieses optionale, das Nebeneinander von Exklusivitäts- und Zugangskultur reflektierende Konzept ist keine Zukunftsmusik, sondern geltendes europäisches Urheberrecht. Denn wie der BGH und das BVerfG ist auch der EUGH der Auffassung, dass eine etwaige Zustimmung des Rechtsinhabers zur Vervielfältigung seines Werks oder seiner Leistung keine Auswirkung auf den gerechten Ausgleich gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a, b und e UrhRL 2001/29 bzw. auf

---

<sup>182</sup> Zuletzt *Spindler*, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturfltrate, 2013, [http://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/themen\\_az/medien/Gutachten-Fltrate-GrueneBundestagsfraktion\\_\\_CC\\_BY-NC-ND\\_.pdf](http://www.gruenebundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/medien/Gutachten-Fltrate-GrueneBundestagsfraktion__CC_BY-NC-ND_.pdf), S. 54 ff. Zur Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Lizenz für nicht-kommerzielles Filesharing mit dem Dreistufentest vgl. *Peukert*, Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent) 28 (2005), 1 = [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=801124](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=801124), S. 5 ff.

<sup>183</sup> Dazu bereits *Peukert*, ZUM 2003, 1050 ff., *ders.*, Hastings Communications & Entertainment Law Journal (Comm/Ent) 28 (2005), 1 = [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=801124](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=801124), S. 36 ff.

<sup>184</sup> Vgl. §§ 54h Abs. 1, Abs. 2 S. 1 UrhG, 6 f. UrhWahrnG sowie *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 4. Aufl. 2013, § 7 UrhWahrnG Rdnrn. 2 ff. einerseits und §§ 32-32c UrhG andererseits.

die gesetzlichen Vergütungsansprüche gem. §§ 45 ff. UrhG hat.<sup>185</sup> Ungeachtet der weithin unverständlichen begriffsjuristischen Purzelbäume, die der Gerichtshof der EU zur Begründung dieses Ergebnisses schlägt, ist damit geklärt, dass Urheber, die ihre Werke mit Open Content-Lizenzen im Internet zugänglich machen oder in übliche Kommunikationsweisen der Zugangskultur schlicht einwilligen, an den Vergütungsaufkommen für digitale Privatkopien und andere Schranken zu beteiligen sind.<sup>186</sup>

- 58 Nicht entschieden hat der EUGH hingegen, ob der „gerechte Ausgleich“ nach Art. 5 Abs. 2 lit. b UrhRL 2001/29 dann entfällt, wenn die Erlaubnis zur Vervielfältigung mit einer individuellen Lizenz einhergeht. Der BGH hat seine Vorlagefrage in Sachen VG Wort ausdrücklich darauf beschränkt, dass die Zustimmung des Urhebers „ohne gleichzeitige Vergütungsabrede“ erfolge.<sup>187</sup> Dementsprechend äußert sich der EUGH zum Verhältnis zwischen individueller und pauschaler Vergütung nicht. Diese Fragen sind vielmehr Gegenstand eines anhängigen dänischen Vorabentscheidungsersuchens, in dem das Østre Landsret unter anderem wissen möchte, ob es mit der UrhRL 2001/29 vereinbar ist, einen gerechten Ausgleich auch vorzusehen für „1. Dateien, deren Verwendung von Rechteinhabern gestattet ist und für die der Kunde bezahlt (lizenzierter Inhalt von z. B. Internetanbietern), 2. Dateien, deren Verwendung von Rechteinhabern gestattet ist und für die der Kunde nicht bezahlt (lizenzierter Inhalt z. B. im Zusammenhang mit Vermarktungsinitiativen)“.<sup>188</sup>
- 59 Nach zutreffender, offenbar auch vom BGH geteilter Auffassung, sind beide Fragen zu verneinen.<sup>189</sup> Der EUGH liest das Erfordernis des „gerechten Ausgleichs“ im Sinne eines Schadensersatzes. Der Schaden besteht – wie bei der klassischen schadensrechtlichen Lizenzanalogie - in einer üblicherweise entgeltspflichtigen Nutzung, für die der Rechteinhaber aber keine Vergütung

---

<sup>185</sup> Ebenso *BVerfG*, GRUR 2010, 999 Rdnr. 66 - Drucker und Plotter; *BGH*, GRUR 2011, 1007 Rdnr. 48 - Drucker und Plotter II; *EUGH*, GRUR Int. 2013, 821 Rdnrn. 30-40 - VG Wort.

<sup>186</sup> Siehe zur allgemeinen Geltung des Grundsatzes, dass Zustimmungen zu gesetzlich privilegierten Nutzungen das Erfordernis eines „gerechten Ausgleichs“ nicht entfallen lassen *EUGH*, GRUR Int. 2013, 821 Rdnr. 32 - VG Wort; ferner *Dreier*, ZUM 2013, 769, 774.

<sup>187</sup> *BGH*, GRUR 2011, 1007 Rdnr. 49 - Drucker und Plotter II.

<sup>188</sup> *Østre Landsret*, Rs. C-463/12, ABl. C/13 v. 22.12.2012 - Copydan Båndkopi.

<sup>189</sup> Vgl. *BGH*, GRUR 2011, 1007 Rdnr. 49 - Drucker und Plotter II; *Vitorino*, Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 31.1.2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/levy\\_reform/130131\\_levies-vitorino-recommendations\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf), S. 6-8; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2008, 247, 248 f.; *Bornkamm*, FS Nordemann, 2004, 299, 308.

erhält, sei es, weil die Nutzung kraft Gesetzes zulässig ist oder – nach VG Wort – mit seiner Zustimmung unentgeltlich erfolgt.<sup>190</sup> Steht dem Rechtsinhaber hingegen ein individueller Vergütungsanspruch zu, liegt kein Schaden vor, der nach einem „gerechten Ausgleich“ verlangt. Im Gegenteil, eine Beteiligung bereits individuell abgefundener Urheber am pauschalen Vergütungsaufkommen stellt eine ungerechtfertigte Doppelvergütung dar. Dementsprechend heißt es in ErwGrd. 35 S. 4 UrhRL 2001/29, dass „in Fällen, in denen Rechtsinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten haben, z.B. als Teil einer Lizenzgebühr, gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein [kann]“.

60 Wie aber soll eine kraft Gesetzes zulässige Nutzung individuelle Vergütungsansprüche des Rechtsinhabers auslösen können? Antwort: Indem technische Schutzmaßnahmen zum Einsatz kommen, die eine Nutzung nur nach Maßgabe eines komplementären Lizenzvertrags erlauben. Genau so verhält es sich im Normalfall der Exklusivitätskultur, nämlich der zugangskontrollierten Online-Datenbank. Urheber, die ihre Werke in dieser Weise vermarkten, erwerben gem. § 32 UrhG einen unabdingbaren Anspruch auf angemessene Vergütung gegen ihren Vertragspartner. Zugleich verlieren sie einen Teilhabeanspruch am „gerechten Ausgleich“, der für gesetzlich zulässige Online-Nutzungen bezahlt wurde. Denn die Höhe der pauschalen Vergütung ist nicht nur im Außenverhältnis zu den Vergütungsschuldnern davon abhängig, ob technische Maßnahmen eingesetzt werden oder nicht,<sup>191</sup> sondern auch im Innenverhältnis zwischen den anspruchsberechtigten Urhebern kommt es darauf an, welche Werke im exklusiven DRM-Modus oder im offenen Zugangsmodus vermarktet werden. Im letztgenannten Fall erwerben die Urheber nach Maßgabe der Linux-Klauseln keinen individuellen Vergütungsanspruch, so dass ein gerechter Ausgleich nach Maßgabe der Schranken des Urheberrechts fällig wird.<sup>192</sup> Im Exklusivmodus hingegen vollzieht sich das Nutzungsverhalten nach dem „Grundsatz des Vorrangs

---

<sup>190</sup> Siehe *EUGH*, GRUR 2011, 50 Rdnrn. 39 f. – Padawan; *EUGH*, GRUR Int. 2013, 821 Rdnr. 31 – VG Wort.

<sup>191</sup> So zutreffend *EUGH*, GRUR Int. 2013, 821 Rdnrn. 57 f. – VG Wort. Zum deutschen Recht vgl. § 54a Abs. 1 S. 2 UrhG.

<sup>192</sup> Siehe oben Fußn. 95.

vertraglicher Beziehungen“,<sup>193</sup> vulgo dem Lizenzvertrag. Dabei kommt es nicht darauf an, mit welchem Geschäftsmodell die himmlische Jukebox Umsätze generiert, an denen wiederum der Urheber zu beteiligen ist. Demgemäß entfällt der gerechte Ausgleich für die digitale Privatkopie sowohl für Werke, die in werbefinanzierten Freemium-Modellen wie Spotify offeriert werden, als beispielsweise auch für digitale Kopien dieses Aufsatzes, die der Leser nach Maßgabe und aufgrund des Lizenzvertrags zur Verwendung der Datenbank Beck-Online erstellt hat. Am Aufkommen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen für nicht DRM-regulierte Nutzungshandlungen sind online exklusiv vermarktete Werke allerdings unverändert zu beteiligen.

61 Die folglich de lege lata zu vollziehende, strikte Unterscheidung zwischen individueller Vergütung im Rahmen DRM-gestützter Vermarktung einerseits und pauschaler Vergütung der Zugangskultur andererseits stellt die Verwertungsgesellschaften vor große Herausforderungen. Zunächst sind diejenigen Kopiergeräte und Speichermedien zu identifizieren, deren Verwendung in relevantem Ausmaß durch technische Schutzmaßnahmen beschränkt wird.<sup>194</sup> Das betreffende Vergütungsaufkommen ist gesondert auszuweisen. Denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis, bei der Verteilung zwischen exklusiv und offen verfügbaren Schutzgegenständen zu unterscheiden. Sodann müssen die Verwertungsgesellschaften ihr Melde- und Verteilungssystem so ändern, dass nur noch technisch ungeschützt abrufbare Werke etc. in angemessener Weise am digitalen Vergütungsaufkommen partizipieren. Diesen zweiten, entscheidenden Schritt hat bisher keine deutsche Verwertungsgesellschaft vollzogen.

62 Die GEMA operiert ausschließlich im Exklusivitätsmodus. Der Berechtigte räumt der GEMA unter anderem das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für alle bestehenden und künftigen Werke ein.<sup>195</sup> Diese grundsätzlich umfassende treuhänderische Wahrnehmung ist auf die Erzielung von Lizenzeinnahmen ausgerichtet und mit Open Content-

---

<sup>193</sup> Siehe oben Fußn. 118.

<sup>194</sup> Insbesondere PCs, Tablets und andere mobile Endgeräte.

<sup>195</sup> Vgl. § 1 lit. h und i GEMA Berechtigungsvertrag i.d.F.v. 25./26.6.2013, [https://www.gema.de/fileadmin/user\\_upload/Presse/Publikationen/Jahrbuch/Jahrbuch\\_aktuell/Berechtigungsvertrag.pdf](https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Presse/Publikationen/Jahrbuch/Jahrbuch_aktuell/Berechtigungsvertrag.pdf).

Lizenzen unvereinbar.<sup>196</sup> Für die Zugangskultur unabdingbare Plattformen wie Youtube betrachtet die GEMA als urheberrechtliche Täter, Teilnehmer oder zumindest Störer. Die von ihr erstrittenen, weithin automatisierten Kontrollpflichten tragen dazu bei, dass nur noch autorisierte und im Zweifel gesondert vergütete Inhalte freigeschaltet werden, so dass partizipative Plattformen immer mehr den Charakter einer himmlischen Jukebox annehmen.<sup>197</sup> Als Reaktion auf diese einseitige Orientierung am klassisch-exklusiven Vermarktungsmodell unter Ausgrenzung alternativer Ansätze haben Musiker eine cultural commons collecting society (C3S) initiiert, die auch und gerade für Creative-Commons-Lizenzen offen sein soll.<sup>198</sup>

63 Die VG Wort und die VG Bild-Kunst, deren Tätigkeit in geringerem Umfang von der Wahrnehmung ausschließlicher Rechte geprägt ist, zeigen sich zwar eher bereit, Praktiken der Zugangskultur in ihr Wahrnehmungsmodell zu integrieren. Beide Verwertungsgesellschaften ermöglichen die Meldung von Online-Werken, die mit oder ohne formalisierte Open Content-Lizenzen öffentlich zugänglich sind.<sup>199</sup> Allerdings verstößt jedenfalls der Verteilungsplan der VG Bild-Kunst in mehrerer Hinsicht gegen den in § 7 UrhWahrnG niedergelegten Angemessenheitsgrundsatz: Zunächst erlaubt die VG Bild-Kunst die Meldung DRM-geschützter Bilder und Texte, die wie frei verfügbare Inhalte an der Verteilung partizipieren, was wie erläutert zu rechtswidrigen Doppelvergütungen führt.<sup>200</sup> Darüber hinaus erhält Ausschüttungen der VG Bild-Kunst nur, wer sonstige Einkünfte aus publizistischer Tätigkeit nachweist, so dass Amateururheber und -lichtbildner von vornherein vom Vergütungsaufkommen aus Online-Nutzungen ausgeschlossen sind, obwohl gerade sie das Internet mit

---

<sup>196</sup> Statement der GEMA, 23.1.2012, [http://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/Stellungnahme\\_GEMA\\_CreativeCommons-01-2012.pdf](http://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/Stellungnahme_GEMA_CreativeCommons-01-2012.pdf). Zur Verteilung der Einnahmen aus dem Online-Bereich siehe GEMA-Verteilungsplan 2012, B § 6 IV Nr. 8 und C § 1, [https://www.gema.de/fileadmin/user\\_upload/Presse/Publicationen/Jahrbuch/Jahrbuch\\_aktuell/Verteilungsplan.pdf](https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Presse/Publicationen/Jahrbuch/Jahrbuch_aktuell/Verteilungsplan.pdf).

<sup>197</sup> Oben III 1 mit Fußn. 126.

<sup>198</sup> Siehe <https://c3s.cc/>.

<sup>199</sup> Siehe § 58 Verteilungsplan der VG WORT i.d.F.v. 8.6.2013, [http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/verteilungsplan/Verteilungsplan\\_Fassung\\_8.6.2013.pdf](http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/verteilungsplan/Verteilungsplan_Fassung_8.6.2013.pdf); Ziff. 7 und 8 Verteilungsplan Reprografievergütung digital der VG Bild-Kunst i.d.F.v. 6.7.2013, [http://www.bildkunst.de/uploads/media/VP\\_7.pdf](http://www.bildkunst.de/uploads/media/VP_7.pdf).

<sup>200</sup> Ziff. 7 S. 3 Verteilungsplan Reprografievergütung VG Bild-Kunst (o. Fußn. 199) („Inhalte auf nicht frei zugänglichen Seiten sind der VG Bild-Kunst zu Kontrollzwecken zugänglich zu machen oder auf andere Art nachzuweisen.“); anders § 58 S. 2 Verteilungsplan VG Wort (o. Fußn. 199) („Online-Publikationen, die einen Kopierschutz aufweisen, können für die Ausschüttung nicht berücksichtigt werden.“).

schutzfähigen Inhalten bestücken.<sup>201</sup> Schließlich benachteiligen die Verteilungspläne beider Verwertungsgesellschaften Online-Inhalte gegenüber offline vertriebenen Werken und Schutzgegenständen. Die VG Bild-Kunst bewertet eine DVD mit dem Faktor 5, eine CD mit dem Faktor 3, eine institutionelle oder gewerbliche Webseite mit dem Faktor 2 und eine eigene Homepage mit dem Faktor 1.<sup>202</sup> Ein nach dem Metis-System der VG Wort meldefähiger Online-Text im Umfang von mehr als 10.000 Zeichen muss mindestens 750 Abrufe aus der Bundesrepublik Deutschland erreichen, um sich für eine Ausschüttung von 10,00 Euro zu qualifizieren; selbst mehr als 18.750 Klicks generieren lediglich 18,00 Euro. Unterhalb dieser etwa für wissenschaftliche Texte unrealistischen Abrufzahlen bleibt es bei einer pauschalen Sonderausschüttung, die sich 2012 auf 10,00 Euro für bis zu 20 Texte belief.<sup>203</sup>

- 64 Damit spielt die pauschale urheberrechtliche Vergütung der Zugangskultur sowohl für die Verwertungsgesellschaften als auch für die Berechtigten bisher eine allenfalls marginale Rolle. Dieser Zustand würde sich jedoch schlagartig ändern, wenn die Verwertungsgesellschaften ihr Wahrnehmungsmodell und ihre Verteilungspläne an die Vorgaben des europäischen Urheberrechts anpassen und ihr Vergütungsaufkommen aus zulässigen Online-Nutzungen nur noch an frei verfügbare Inhalte ausschütten. Der dann exklusiv der Zugangskultur vorbehaltene Vergütungstopf würde immer bedeutsamer, je mehr vergütungspflichtiges Nutzerverhalten von der Offline- in die Online-Welt wandert. Um das betreffende Aufkommen auch in Zeiten des Cloud-Computings zu sichern, bietet es sich an, die Vergütungspflicht nicht mehr an Geräte und Speichermedien,<sup>204</sup> sondern an die Dienstleistung der Zugangsvermittlung zu knüpfen – womit zumindest dieser Aspekt der Kulturfltrate Eingang in das Urheberrecht gefunden hätte. Die Höhe der von

---

<sup>201</sup> Ziff. 6 S. 3 Verteilungsplan Reprografievergütung VG Bild-Kunst (o. Fußn. 199) („Ausschüttungen erhält nur, wer sonstige Einkünfte aus publizistischer Tätigkeit durch die Bescheinigung eines Angehörigen der steuerberatenden Berufe nachweist; dieser Nachweis gilt auch als erbracht, wenn die Mitgliedschaft in der Künstlersozialkasse oder in einem der Berufsverbände der VG Bild-Kunst oder in anderer geeigneter Weise belegt wird.“).

<sup>202</sup> Ziff. 8 lit. c Verteilungsplan Reprografievergütung VG Bild-Kunst (o. Fußn. 199).

<sup>203</sup> Siehe §§ 59 f. Verteilungsplan VG Wort (o. Fußn. 199) und <http://www.vgwort.de/index.php?id=132>. 2011 wurden beachtliche 5,3 Mill. Werke über METIS gemeldet und € 3.468.790 an 9.276 Autoren und 196 Verlage ausgeschüttet; siehe Geschäftsbericht der VG Wort für 2011, abrufbar unter <http://www.vgwort.de/index.php?id=59>.

<sup>204</sup> Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten vgl. Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 890 f.

den Access-Providern zu entrichtenden Vergütungsabgabe hinge davon ab, in welchem Maß der Internetzugang tatsächlich für Vervielfältigungen frei verfügbarer Werke und Schutzgegenstände im Vergleich zu DRM-geschützten, exklusiven Angeboten genutzt wird.<sup>205</sup>

- 65 Auf diese Weise würde der Wettbewerb zwischen der Exklusivitäts- und der Zugangskultur um einen finanziellen Gesichtspunkt ergänzt: Je mehr Nutzer die offene oder aber geschlossene Kommunikationsvariante wählen, desto größer würde der Anteil der pauschalen bzw. individuellen Umsätze am gesamten urheberrechtlichen Vergütungsaufkommen und damit zugleich der finanzielle Anreiz für die Rechtsinhaber, im attraktiveren Modus zu agieren. In welche Richtung sich die Waage neigt und ob Netzwerkeffekte zum Austrocknen der marginalisierten Kommunikationsform führen, hängt auch von den in diesem Beitrag erörterten sonstigen Rahmenbedingungen ab. Je günstiger das Regulierungsumfeld für eine Kommunikationskultur ausfällt, desto eher wird sie gedeihen.

#### **IV. Schluss**

- 66 Auch diese Feststellung bestätigt, dass die herrschende Deutung der Auseinandersetzungen um das digitale Urheberrecht sowohl deskriptiv als auch normativ zu kurz greift. Demnach sollen antagonistische Konflikte in einem allseitigen Interessenausgleich aufgelöst werden. Ein Entweder-oder, ja ein Alles-oder-nichts verflüchtigt sich in eine wundersame Balance.
- 67 Diese Lesart verkennt, dass das Internet die Koexistenz zweier Kommunikationsparadigmen, nämlich der Exklusivitäts- und der Zugangskultur nebst dazwischenliegender, besonders spannungsreicher Hybride erlaubt. Ihr Verhältnis zueinander ist im Sinne eines Sowohl-als-auch zu beschreiben. Urheber und Nutzer haben sowohl die Möglichkeit, im urheberrechtlich abgesicherten, exklusiven Modus zu kommunizieren, als auch die Option, ohne technische Zugangshindernisse Informationen auszutauschen. Die bevorzugte

---

<sup>205</sup> Vgl. § 54a Abs. 1 UrhG. Im Szenario des Premium-Internets würde die Differenzierung offen zu Tage treten. Für den „Spezialdienst“ würde der Nutzer eine individuelle Lizenzgebühr zahlen, die über die Vertragskette Einnahmen beim Urheber generiert. Für den Zugang zum übrigen, offenen Internet wäre die pauschale Vergütung fällig und im kollektiven Vergütungssystem abzuwickeln. Das Ergebnis wäre ein Preiswettbewerb zwischen beiden Zugangsdiensten und Kommunikationskulturen.

Weise kann für jeden Akteur und jeden Inhalt jederzeit wechseln, wodurch die Online-Kommunikation einer starken Dynamik unterliegt.

- 68 Diese Beobachtungen erlauben erstens, Regulierungsvorschläge anhand ihrer Auswirkungen auf die eine oder andere Kommunikationskultur zu analysieren. Zweitens entpflichtet die hier entwickelte Deutung von der krampfhaften und letztlich sinnlosen Suche nach einer harmonischen Lösung auf höherer Ebene, die doch nur weitere Konflikte nach sich zieht. Das Bewusstsein der Koexistenz konkurrierender Kommunikationsweisen eröffnet den Horizont experimenteller Regulierungszugriffe, die je für sich gesehen nicht zur Auslöschung einer Kommunikationskultur führen müssen.
- 69 Auch die normative Bewertung des digitalen Urheberrechts kann sich entspannen. Statt eines Bekenntnisses für oder wider das Urheberrecht im Internet genügt der wesentlich anspruchslosere normative Ausgangspunkt, dass im Interesse der kulturellen Vielfalt beide Varianten digitaler Kommunikation grundsätzlich gleichwertig und -berechtigt sind, und keine Regulierung den Effekt haben darf, eine der beiden Kommunikationskulturen in ihrem Bestand zu bedrohen. Dieser Ausgangspunkt ist ein dezidiert urheberrechtlicher, da es der Entscheidung des originären Rechtsinhabers, also für Werke dem digitalen Urheber, überlassen bleiben soll, welche Kommunikationsweise er wählt.<sup>206</sup> Die Regulierung des Internets darf diese, in der Idee des subjektiven Rechts angelegte Wahlfreiheit nicht dergestalt beeinträchtigen, dass rechtlich oder praktisch nur noch eine Option besteht.
- 70 Mit Bedacht ist dieser Grundsatz nicht auf das Urheberrecht beschränkt, sondern bezieht sich allgemein auf die Regulierung des Internets. Denn wie in diesem Beitrag deutlich geworden ist, kann das Urheberrecht nicht isoliert vom Daten-, Telekommunikations- und sonstigen Informationsrecht betrachtet werden. Es ist Teil eines Regulierungsstroms, der alle Schichten des Netzes und die in diesem Medium praktizierten Kommunikationsweisen betrifft.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Siehe bereits *Lehman* (o. Fußn. 5), S. 14 ff. Zum Begriff des digitalen Urhebers vgl. *BVerfG*, GRUR 2010, 999 Rdnr. 66 - Drucker und Plotter; *Peukert*, FS Wandtke, 2013, 455 ff. = <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2268916>. Zu den Konsequenzen eines urheberzentrierten Urheberrechts ferner *ders.*, UFITA 2002/III, 689, 698 ff.; *ders.*, in: *Hilty/Peukert* (o. Fußn. 3), 11, 41 ff.

<sup>207</sup> *Komaitis*, Internet Society Issues Paper on Intellectual Property on the Internet, 2013, <http://www.internetsociety.org/doc/internet-society-issues-paper-intellectual-property-internet>, S. 1; *Wielsch* (o. Fußn. 15), S. 254 ff. (Rechte an Inhalten haben Einfluss auf die Entwicklung des Mediums Internet).

Manche dieser Regelungen ergänzen sich (z.B., wenn Access-Provider für Urheberrechtsverletzungen haften und telekommunikationsrechtlich als Gatekeeper die Kontrolle über „Spezialdienste“ erhalten sollen), andere wirken gegensätzlich (z.B., wenn die Durchsetzung des Urheberrechts verbessert wird, ohne den Datenschutz einzuschränken). In ihrer Gesamtheit werfen sie die Frage auf, wie das Internet der Zukunft aussehen soll.<sup>208</sup>

71 Das digitale Urheberrecht wirkt dabei überwiegend zugunsten eines sicheren, exklusiv kontrollierten Kommunikationsmediums nach dem Vorbild der Goldsteinschen himmlischen Jukebox. Bei allen naheliegenden Vorteilen, die mit einem solchen Szenario namentlich für Rechtsinhaber verbunden sein mögen, sind doch langfristige Implikationen von geradezu historischem Ausmaß zu bedenken. Denn das offene, partizipative Internet, das zutreffend zu den Dingen gezählt wird, „die wir Menschen zwar geschaffen haben, die wir aber im Grunde nicht verstehen,“<sup>209</sup> würde zu einem besseren Fernseher schrumpfen. Dieser ließe sich noch viel lückenloser kontrollieren, überwachen und potentiell manipulieren als das derzeitige Netz.<sup>210</sup> Auch ginge das innovative Potential des offenen Internets und der mit ihm verbundenen Zugangskultur verloren, das sich in neuen Anwendungen, Geschäftsmodellen und Inhalten äußert und das die Gesellschaft möglicherweise ähnlich grundlegend verändert wie die Erfindung der Schrift und des Buchdrucks.<sup>211</sup> Diese disruptiven Kommunikationstechnologien konnten sich gegen alle zeitgenössischen Beharrungskräfte behaupten. Die hier skizzierten Regulierungstendenzen lassen es möglich erscheinen, dass die Geschichte des Internets anders verlaufen wird.

---

<sup>208</sup> Siehe *Schmidt/Cohen* (o. Fußn. 64), S. 126 (in zehn Jahren laute die interessante Frage nicht mehr, ob eine Gesellschaft das Internet verwende, sondern welche Version). Für unterschiedliche Szenarien siehe Internet Society, Internet Futures Scenarios, 2009, <http://www.internetsociety.org/internet/how-it%E2%80%99s-evolving/future-scenarios>.

<sup>209</sup> *Schmidt/Cohen* (o. Fußn. 64), S. 1.

<sup>210</sup> *Lessig* (o. Fußn. 15), S. xv; *Naughton* (o. Fußn. 13), S. 291 (Orwell-Huxley-Szenario); *Schmidt/Cohen*, (o. Fußn. 64), S. 162 f.

<sup>211</sup> Siehe *Cohen* (o. Fußn. 5), S. 224; *Lessig* (o. Fußn. 15), S. 28 ff., 146; *Zittrain* (o. Fußn. 136), S. 67 ff.; *Brügemann*, CR 2013, 565, 568; *Wittgenstein* (o. Fußn. 29), S. 160 ff.; *Litman* (o. Fußn. 8), S. 102 ff.; *Benkler* (o. Fußn. 5), S. 63 ff., 91 ff.; *Post* (o. Fußn. 21), S. 204. Die Bremswirkung des Urheberrechts exemplifiziert der internetbasierte, persönliche Videorekorder („PVR“), über dessen urheberrechtliche Zulässigkeit seit acht Jahren mit ungewissem Ausgang gestritten wird; vgl. *BGH*, GRUR 2009, 845 - Internet-Videorecorder I; *BGH*, GRUR 2013, 618 - Internet-Videorecorder II.