



Freie und Hansestadt Hamburg

Justizbehörde

3. März 2010

Diskussionspapier

Nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts

I. Einleitung

Das Urheberrecht steckt in der Krise: Für viele Internetnutzer ist das Downloaden und Tauschen von Musik und Filmen so selbstverständlich wie früher das Aufnehmen und Tauschen von Musikkassetten. Viele Menschen wissen gar nicht, ob und wann sie gegen das Urheberrecht verstoßen, andere akzeptieren die geltenden Regelungen nicht und betrachten den Verstoß als Kavaliersdelikt. Für manche ist es sogar ein legitimes Recht bis hin zu einer Form des Widerstands. Die Musikindustrie beklagt Absatzeinbrüche, weil immer weniger Menschen teure CDs kaufen und sich ihre Musik lieber aus dem Internet auf ihre Rechner laden. Künstler und Autoren bangen um ihre Werke, Produktionen und Einnahmen, weil sie ihre Rechte nicht ausreichend geschützt sehen.

So schwindet auf der einen Seite die Akzeptanz für das Urheberrecht in seiner jetzigen Form, auf der anderen Seite werden die Stimmen lauter, die auf dessen strikter Einhaltung bestehen. Der Diskussionsprozess sollte darauf abzielen, diese verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen und ihre Interessen zusammen zu bringen.

Das Urheberrecht, so wie es jetzt aussieht, passt nicht mehr zu den technischen Möglichkeiten und Nutzungsgewohnheiten. Die Regelungen wurden in den vergangenen Jahren immer mehr zu Gunsten der Urheber ausgeweitet. Nun müssen wir einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Urheber und denen der Nutzer finden. **Dafür brauchen wir eine teilweise Neuorientierung des Urheberrechts hin zu den Nutzern.**

Die geistig- schöpferische Produktion der Kreativen – Künstler, Schriftsteller, Musiker, Wissenschaftler, Regisseure, Choreografen – und ihrer urheberrechtlich geschützten Werke hat eine immense wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung erlangt. Damit ist auch das Urheberrecht in den Fokus getreten, das über lange Zeit eher eine Nischenexistenz für einen überschaubaren Kreis von Experten geführt hat. Die ökonomischen und kulturel-

len Auswirkungen für das geistige Eigentum durch weitere Entwicklungen bei der Digitalisierung und Internet-Globalisierung sind in ihrer ganzen Dimension weiterhin nicht absehbar. Gegenwärtig wird das Zeitalter des mobilen Computers eingeläutet, das wiederum neue Geschäftsmodelle wie das „Cloud Computing“ hervorbringen wird. Die europäische Kommission stellt den „freien Verkehr von Wissen“ gleichwertig neben andere globale Themen von wachsender Bedeutung (Mitteilung vom 16. Juli 2008). **Wir müssen das deutsche Urheberrecht, das europarechtlich und international geprägt ist, den sich wandelnden technologischen Bedingungen anpassen.**

Diese Forderung hat nur bedingt etwas mit Internettechnologien zu tun. Seit Erfindung des Buchdrucks und der Bekämpfung des unerlaubten Büchernachdrucks hat das Urheberrecht fortwährend auf die neuen Entwicklungen der Reproduktions- und Kommunikationstechnik reagieren müssen. Das war so bei der Entwicklung des Rundfunks, der Schallplatte, des Magnettonbands und des Fotokopiergeräts. Seit einigen Jahren steht das Urheberrecht allerdings vor völlig neuen Herausforderungen durch die Digitalisierung und globale Vernetzung. Die Digitalisierung ermöglicht es dem Nutzer, selbst Kopien zu marginalen Kosten ohne jeglichen Qualitätsverlust, d.h. in Originalqualität, anzufertigen. Das Internet macht es auch möglich, Werke problemlos und ohne Zeitverlust der ganzen Welt zur Verfügung zu stellen, also öffentlich zugänglich zu machen.

Teilweise kommen die neuen technologischen Entwicklungen sachlich unaufgeregt daher: Erstellung digitaler Bibliotheks- und Archivbestände, Lösung des Problems der so genannten „verwaisten Werke“, Bereitstellung von Büchern in einem besser zugänglichen Format für behinderte Menschen. Andere Stichworte lassen die Wogen hochgehen und führen ins Zentrum der politischen Diskussion: „Open-Access-“ und „Open-Source“-Verwertungsmodelle, Creative Commons, Kulturfltrate, Google-Books-Projekt, nutzererstellte Inhalte durch die Web 2.0-Gemeinde, Filesharing, DRM-Systeme, Internetsperre.

Das individualistische Begründungsmodell des Urheberrechts ist überholt. Ohne die schöpferische Leistung der Kreativen gäbe es keine nachfolgenden Verwertungsketten. Der Urheber schafft sein Werk aber nicht losgelöst von seiner Umwelt, sondern ist eingebunden in seinen Kulturkreis und entfaltet sich auf der Grundlage des Kulturschaffens vorangegangener Generationen. Technisch fortgeschrittene Anwendungen wie das Web 2.0, Blogs, Podcasts, Tauschbörsen und Videoportale erlauben es, Inhalte mit einfachen technischen Mitteln und bei geringen Kosten selbst zu produzieren, gemeinsam zu nutzen und ins Netz zu stellen. So wird der Verbraucher zum Kulturschaffenden und verwendet auch urheberrechtlich geschützte Inhalte für seine kreative Leistung. Künstler, die mit ihren Arbeiten auf digitale Inhalte anderer Kreativer aufbauen wollen, sind selbst in der Nutzerrolle. Häufig wissen sie nicht, ob Inhalte, die sie im Netz finden, bearbeitet, verbreitet oder sonst auf irgendeine Art und Weise verwendet werden dürfen. Dazwischen stehen Verwerter von ganz unterschiedlicher Marktmacht mit ihren in der Regel abgeleiteten Rechten und eigenen Leistungsschutzrechten, die Investitionsschutz für sich reklamieren. Zeitungs- und Zeitschriftenverleger sowie Kommunikationsagenturen fordern die Ausweitung dieser so genannten verwandten Schutzrechte für ihre Bereiche.

Viele sehen die Gefahr, dass allzu eng gefasste Schrankenbestimmungen Kreativität und Innovation hemmen. Wenn die Rechte der Nutzer gegenüber den Rechteinhabern unverhältnismäßig stark eingeschränkt werden, dann werden auch neu entwickelte Ideen, Pro-

dukte, Dienstleistungen und Geschäftsmodelle oder auch die Weiterentwicklung bereits vorhandener Produkte oft durch diese Rechte eingeschränkt. Dies kann letztlich dazu führen, dass in bestimmten Bereichen Wettbewerb unterbunden wird.

Die Rechtspolitik muss auf die technologische Entwicklung und den Akzeptanzverlust des Urheberrechts reagieren. Das Recht muss den Rahmen setzen und einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Urheber, der Verwerter und der Nutzer ermöglichen. Werbekampagnen, Prozesse und besonders drakonische Strafen schrecken wenig ab und werden kaum zu einer langfristigen Verhaltensänderung führen. Allenfalls könnten sie die Einen verunsichern und die Entfremdung der Anderen von diesem Recht weiter forcieren. Recht ist Vereinbarung. Gesetzliche Regelungen sind das Ergebnis von Verhandlungen der Betroffenen. In einer demokratischen Gesellschaft ist es Aufgabe der Rechtspolitik, zu überprüfen, ob die Gesetze noch dem gesellschaftlichen Konsens entsprechen oder zumindest die Auffassung der Mehrheit widerspiegeln und für die Minderheit akzeptabel sind.

Die folgenden Vorschläge sollen dazu beitragen, Urheber und Nutzer in einen Dialog zu bringen und eine Diskussion anzuregen, wie eine nutzerorientierte Ausrichtung des Urheberrechts gestaltet sein könnte.

II. Gründe für die gegenwärtige Legitimationskrise des Urheberrechts

Eine erste Reaktion auf den Akzeptanzverlust des Urheberrechts bestand darin, den materiellen Urheberschutz auszuweiten und zusätzliche einschneidende straf- und zivilrechtliche Maßnahmen für eine effektive Rechtsdurchsetzung zu verlangen.

Das Internet sprengt die Grenzen nationaler Rechtsordnungen. So beschränkt sich die Diskussion nicht auf die nationale Ebene, sondern wird auch in der Europäischen Union und der World Intellectual Property Organization (Weltorganisation für geistiges Eigentum, WIPO) intensiv geführt¹. Kaum dass in Deutschland am 1.1.2008 der so genannte Korb II² und am 1.9.2008 das Gesetz zur Umsetzung der EG-Richtlinie zur Verbesserung der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungs- oder Enforcement-Richtlinie) in Kraft getreten sind³, laufen die Vorbereitungen für einen Korb III.

Forderungen nach strengeren Regelungen stehen nach wie vor auf der Tagesordnung insbesondere der Musikindustrie: Doppelte Lizenzgebühr als Strafschadensersatz, Internetsperre, Einrichtung einer Beobachtungsstelle für Produktpiraterie bei der EU-

¹Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 19.10.2009: Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft KOM (2009) 532 endg. Vorschlag vom 16.7.2008 für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, KOM (2008) 464 endg. Mitteilung der Kommission vom 11.9.2009: Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Binnenmarkt KOM(2009) 467 endg. Diskussionspapier der Kommission vom 22.10.2009: Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf; <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>.

²Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BGBl. I, 2007, 2513.

³Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BGBl. I, 2008, 1191.

Kommission⁴, Verhandlung des internationalen Anti-Piraterie-Abkommens (ACTA)⁵, Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Ahndung von Verletzungen geistigen Eigentums.⁶ Die Musikindustrie erwartet nach wie vor, dass die Staatsanwaltschaften ihre strafrechtlichen Ermittlungen zum Filesharing intensivieren.

Die Einnahmen der Musikindustrie sind rapide gesunken, seit der CD-Markt vor rund zehn Jahren „weggebrochen“ ist. Diese Entwicklung lässt sich auch von einer anderen Warte aus beschreiben: mit den neuen Medien ist auch eine geänderte Nachfrage nach Verfügbarkeit gerade von Musik entstanden. Dritte sind z.B. mit Tauschbörsen in diese Lücke gesprungen, welche die Tonträgerindustrie über lange Zeit nicht ausgefüllt hatte. Das Medium der Zukunft ist seit Langem nicht mehr die CD als physischer Tonträger. Die Nutzergewohnheiten haben sich in Richtung auf eine eher kurzzeitige Speicherung radikal geändert. Daher lässt sich das Phänomen Raubkopie nicht ohne Weiteres angemessen darstellen, indem die geschätzte Zahl illegaler Downloads mehr oder weniger 1:1 in entgangene CD-Verkäufe umgerechnet wird. Inzwischen haben sich Musikanbieter im Internet etabliert, die mit innovativen Geschäftsmodellen legale Musikdownloads anbieten. Die Band „Radiohead“ war 2007 eine der Ersten, die ihr Album „In Rainbows“ im Internet als kopierschutzfreien Download ohne den Umweg über ein Musiklabel anbot – zu einem Preis, den die Nutzer selbst festlegen konnten.

Im Internet entstehen kreative Nutzergewohnheiten und Formate, die es schwierig machen, auch bei unterstelltem guten Willen fremde Urheberrechte zu beachten. Das betrifft sogar professionelle Akteure etwa bei der Einstellung von TV-Sendungen ins Internet, die aus einer Mehrzahl von Sendebiträgen bestehen. Hier legen sich die Produzenten von vornherein Beschränkungen bei der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials auf, weil das Rechtemanagement andernfalls einen unangemessenen Aufwand erfordern würde. Bei nutzererstellten Inhalten im nichtprofessionellen Bereich besteht häufig die Neigung, auf urheberrechtlich geschütztes Material zurückzugreifen.

In der bisherigen Entwicklung des Urheberrechts sind diese mit der digitalen Entwicklung neu entstandenen Nutzungserwartungen weitgehend unberücksichtigt geblieben. **Stattdessen herrschte die Tendenz vor, Mechanismen zum Schutz des Urhebers und der Inhaber der so genannten verwandten Schutzrechte weiter auszubauen.**

Die Voraussetzungen für den Schutz des Urhebers wurden kontinuierlich abgesenkt. Der Schutz wurde zunächst auf Software und später auf Datenbanken jeder Art ausgeweitet. Die Entwicklung zeigt die Tendenz von einem eng gefassten Privileg für schöpferische Werke zu einem umfassenden Schutzrecht für alle Medien- und Kommunikationsinhalte der Informationstechnologien. Eine weitere Ausweitung erfolgte bei den verwandten

⁴ Mitteilung der Kommission vom 11.9.2009: Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Binnenmarkt KOM(2009) 467 endg.; Ratsdok. 13286/09.

⁵ Seit 2007 verhandeln Vertreter einzelner Staaten – u.a. USA, Japan, die EU und deren 27 Mitgliedsstaaten – über das Internationale Anti-Piraterie-Abkommen (Anti Counterfeiting Trade Agreement – ACTA (<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting>) Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage, Bundestagsdrucksache 17/186.

⁶ In seiner Stellungnahme vom 5.2.2010 (Ratsdok. 6164/10) zur Mitteilung der Kommission „Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Binnenmarkt“ (KOM [2009] 467 endg.) hat der Rat die Kommission aufgefordert, den zunächst gescheiterten Vorschlag für eine Richtlinie über strafrechtliche Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums vom 26.4.2006 (KOM [2006] 168 endg., sog. „IPRED2“) wieder aufzugreifen.

Schutzrechten und den technischen Schutzsystemen (Kopierschutz, Verschlüsselungstechnologien usw.)⁷

Parallel zur Ausweitung des Urheberrechtsschutzes dürfen Urheber und Inhaber abgeleiteter Rechte schrittweise immer mehr verbieten. Wer für die Einladung zu einer privaten Feier eine urheberrechtlich geschützte Straßenkarte verwendet und es versäumt, die Erlaubnis des Rechteinhabers einzuholen, muss mit massiven rechtlichen Konsequenzen rechnen. Auch stellt sich die Frage, ob es beim heutigen Standard der Digitalfotografie noch angemessen ist, jedes banale „Knipsbild“ zu schützen. Gutwillige Internetnutzer ohne nähere Kenntnis des Urheberrechts gehen angesichts einfach zu bedienender Digitalkameras nicht davon aus, dass teure Abmahnungen auf sie zukommen können, wenn sie z.B. banale Fotos von Kinderwagen in ein Verkaufsportal einstellen. Fotografien genießen heute mit den weitestgehenden urheberrechtlichen Schutz, indem die Exklusivitätsrechte sich vom „Lichtbildwerk“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 UrhG) bis zum „Lichtbild“ (§ 72 UrhG) erstrecken.

Nur in Ausnahmefällen können sich Nutzer auf die eng formulierten und nicht für alle Inhalte vorgesehenen Ausnahmebestimmungen der so genannten Schrankenregelungen berufen. Schrankenregelungen („Schranken des Urheberrechts“) erlauben festgelegte Nutzungen und schaffen einen Ausgleich zwischen den Interessen des Urhebers und der Inhaber verwandter Schutzrechte an der Verwertung einerseits und den Interessen der Nutzer sowie der Allgemeinheit an einem möglichst ungehinderten Zugang zu Kulturgütern andererseits.

Urheberrechtsschranken haben mit der kontinuierlichen Erweiterung der Verbotsrechte nicht mitgehalten. Der Grundbestand wurde in letzter Zeit nur zögerlich erweitert.⁸ Es fehlt an Ausnahmebestimmungen, welche die durch Digitalisierung und Vernetzung erst möglich gewordenen privaten Nutzungsmöglichkeiten für zulässig erklären und entsprechende Pauschalvergütungen vorsehen. Der Gesetzgeber neigt jedoch dazu, den Raum für die digitale Privatkopie einzuengen.⁹ Auch das Verfahrensrecht ist durch die Enforcement-Richtlinie der Europäischen Union und das zur Umsetzung ergangene Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums von dieser Tendenz zur Verschärfung der Rechtsverfolgung erfasst worden. Besonders hat sich dies im Anspruch des Rechtsinhabers gegen den Internet-Service-Provider auf Auskunft von Verkehrsdaten (§ 101 Abs. 9 UrhG) niedergeschlagen. Dies ist ein Eingriff in das besonders sensible Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Das Bundesverfassungsgericht hat in der Leitentscheidung zu diesem neu entwickelten Grundrecht ausdrücklich „das Interesse des Nutzers, dass die (...) von einem informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben“, hervorgehoben.¹⁰

⁷ Axel Metzger in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 1588.

⁸ ebd.

⁹ Thomas Dreier in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 851.

¹⁰ BVerfGE 120, 274 (314).

III. Programmatische Neuausrichtung zu einem nutzer- und konsumentenorientierten Urheberrecht

Das Urhebergesetz ist so konzipiert, dass in einem ersten Schritt der Urheber in seinen ideellen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung seines Werkes geschützt wird. Die ihm zugewiesene ausschließliche Nutzungsbefugnis wird durch beispielhaft aufgezählte Verwertungsrechte konkretisiert (§§ 16 ff UrhG) und ist dabei strukturell dem Sacheigentum angenähert (§ 11 UrhG). In einem zweiten Schritt wird das umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers in Bezug auf bestimmte, abschließend aufgezählte Nutzungsarten wieder eingeschränkt. Diese Beschränkungen (vor allem der §§ 44a ff UrhG) beziehen sich teilweise auf ein bestimmtes Verwertungsrecht, teilweise auf sämtliche Nutzungen und erklären von den Verwertungsrechten des Urhebers umfassende Nutzungshandlungen für „zulässig“. Die Rechtsfolge geht teilweise auf völlige Freistellung von der Exklusivität, teilweise – als so genannte gesetzliche Lizenz – wird eine Vergütungspflicht begründet, teilweise – als so genannte Zwangslizenz – wird der Urheber einem Kontrahierungszwang unterworfen. Eine wichtige Grenze des Schutzbereichs legt § 24 UrhG mit dem Begriff der „freien Benutzung“ fest. Der Urheber besitzt nicht nur Schutz für das unveränderte Werk, sondern kann auch über Veröffentlichung und Verwertung seines Werkes in abgewandelter Form bestimmen. Seine Werkherrschaft endet aber dort, wo eine Umgestaltung sich von dem ursprünglichen Werk derart weit entfernt, dass das Urheberrecht sie als „freie Benutzung“ einstuft. Damit wird ein Freiraum für eine künstlerische – darunter auch die kritische oder parodistische – Auseinandersetzung ermöglicht, die für das Kulturleben von grundlegender Bedeutung ist.¹¹

Dieses überkommene individualistische, auf den Urheber zentrierte Begründungsmodell behandelt den Nutzer primär nicht als Träger eigener Interessen. Der Nutzer wird aus der Perspektive des Urhebers gesehen, dessen Rechte „Ausnahmen und Beschränkungen“ erfahren. Diese Perspektive nimmt auch der 6. Abschnitt des Urhebergesetzes ein und spricht mit dem Katalog erlaubter Nutzungshandlungen von den „Schranken des Urheberrechts“. Diese gesetzestechnische Konzeption hat nicht nur Auswirkungen bei der Rechtsanwendung durch die Gerichte, sondern vor allem auch in der rechtspolitischen Diskussion. So findet sich sowohl in Gerichtsentscheidungen, als auch in juristischen Kommentaren immer noch der Hinweis, dass die Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff UrhG „grundsätzlich eng“ auszulegen seien.¹² Das ist schon vom methodischen Ansatz her zu kritisieren, denn gesetzliche Ausnahmen in diesem und allen anderen Rechtsgebieten sind weder „grundsätzlich weit“ noch „grundsätzlich eng“, sondern unter Anwendung des allgemeinen juristischen Auslegungskanonens interessengerecht auszulegen. Diese enge Schrankenauslegung dürfte auch dazu beigetragen haben, dass der gesetzgeberische Schwerpunkt in der Vergangenheit eher bei der Ausweitung von Exklusivitätsrechten für Urheber und Werkvermittler lag, statt bei der Beachtung gewandelter Nutzerinteressen.

Dabei kommt den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen eine entscheidende Rolle für den Zuschnitt des Ausschließlichkeitsrechts zu. Während sie früher den Charakter punktueller Ausnahmeregelungen hatten, sind sie heute Dreh- und Angelpunkt für einen gerechten und effizienten Interessenausgleich geworden. In dieser überkommenen

¹¹ Wandtke/Bullinger/Bullinger, 3. Aufl. (2009), § 243 UrhG, Rn. 1, 14.

¹² Wandtke/Bullinger/Lüft, 3. Aufl. (2009), vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 1.

Schrankensystematik kommt vor allem die verfassungsrechtliche Dimension nicht in gebührender Weise zum Ausdruck. So wie das Urheberrecht als Eigentum im Sinne der Verfassung besonderem Schutz unterliegt, ist umgekehrt zu beachten, dass auch an der Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks verfassungsrechtlich verankerte Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit bestehen können. **In diesem Sinn sind Schranken des Urheberrechts nicht „Ausnahmen“ im Sinne einer Rücknahme des urheberrechtlichen Schutzes, sondern Bestimmungen, die von vornherein Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen.**

Als Grundrechte, auf die sich die Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke für die Nutzungsfreiheit berufen können, kommen vor allem die Meinungs-, Presse-, Kunst-, Wissenschafts- und vor allem die durch Art. 5 Abs. 1 Hs. 2 GG gewährleistete Informationsfreiheit in Betracht. Besonders in den Schranken, die die geistige Auseinandersetzung fördern, kommt die Sozialbindung des Urheberrechts zum Ausdruck, denn die Auseinandersetzung mit und die Aufnahme von Anregungen aus fremden Werken gehört zum Wesen geistig-schöpferischer Tätigkeit, auf die der Urheber seinerseits aufbaut. Wenn Exklusivrechte des Urheberschutzes und daraus folgende Verbotsrechte die geistige Auseinandersetzung behindern und damit kontraproduktiv wirken, stellt sich die Frage, ob diese Rechte begrenzt werden sollten, um die Meinungs-, Presse-, Kunst-, Wissenschafts- oder Informationsfreiheit zu sichern. Für Einzelfragen ist dies ohnehin anerkannt: So soll die Schranke des § 50 UrhG im Interesse der Presse an freier Berichterstattung die anschauliche Berichterstattung über aktuelle Ereignisse auch in Fällen ermöglichen, in denen Journalisten die an sich erforderlichen Zustimmungen vor dem Abdruck oder der Sendung eines aktuellen Beitrages nicht einholen können. Erlaubt ist zu diesem Zweck die zustimmungs- und vergütungsfreie Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe geschützter Werke, die im Verlauf solcher Ereignisse – häufig nur zufällig – in Erscheinung treten.¹³ Die von den Schranken des Urheberrechts gewährte Nutzungsfreiheit ist deshalb mehr als ein bloßer Reflex der inhaltlichen Begrenzung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts.¹⁴ Auf längere Sicht erscheint es deshalb angemessen, weniger von „Schranken“, sondern von „erlaubten Nutzungshandlungen“ zu sprechen, denn Sprache schafft Wirklichkeit.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es Sache des Gesetzgebers, „im Rahmen einer inhaltlichen Ausprägung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen. Der Urheber hat nach dem Inhalt der Eigentumsgarantie grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass ihm der wirtschaftliche Nutzen seiner Arbeit zugeordnet wird, soweit nicht Gründen des gemeinen Wohls der Vorrang vor den Belangen des Urhebers zukommt. (...) Bei der Bestimmung dessen, was als angemessene Verwertung eines Werks anzusehen ist, hat der Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Gestaltungsraum.“¹⁵

In diesem Sinne müssen beide Positionen zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden. Das deutsche Urheberrecht, das international geschätzt wird für den in ihm an-

¹³ Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 51.

¹⁴ Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 547.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.1.2010, 1 BvR 2062/09, zu § 97a Abs. 2 UrhG.

gelegten Interessenausgleich, könnte so weiter gefestigt werden. Die vorgeschlagene nutzerorientierte Schutzzweckklausel trägt hierzu bei.

IV. Umsetzung der Neuorientierung durch Einzelvorschläge

1. Erweiterung der bestehenden Normzweckklausel zu einer nutzerorientierten Schutzzweckklausel

§ 1 UrhG lautet: „Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.“ Die Formulierung macht deutlich, dass das Urheberrecht die Person des Urhebers in den Vordergrund stellt. Diese Zielrichtung wird in § 11 UrhG konkretisiert. Dieser gewährt keine spezifischen Rechte, „hat aber bei der Auslegung der einzelnen Urheberrechte Bedeutung“ im Sinne einer „Leitbildfunktion“.¹⁶

Bei einer Neuausrichtung des Urheberrechts am Nutzerschutz sollte der angestrebte Funktionswandel in einer zentralen Bestimmung zum Ausdruck kommen. Nutzer sollten als gleichberechtigte Partner in den Schutzbereich des Gesetzes aufgenommen werden. Die Aufnahme des Nutzerzwecks hätte praktische Relevanz bei der Auslegung. Es ist zu erwarten, dass ihr zudem bei der Diskussion um ein stärker nutzerorientiertes Urheberrecht rechtspolitische Bedeutung zukommen wird.¹⁷

Es entspricht moderner und europäischer Gesetzestechnik, einen Regelungsbereich mit einer Schutzzweckbestimmung einzuleiten. Dem modernisierten deutschen Lauterkeitsrecht kommt insoweit Vorbildfunktion zu. Das frühere UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) enthielt keine Schutzzweckbestimmung. Es war als reiner Mitbewerberschutz konzipiert. Erst allmählich setzte sich die Auffassung durch, dass das Lauterkeitsrecht nicht nur das Individualinteresse der Mitbewerber, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs schützt. Das UWG 2004 übernahm schließlich die von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Schutzzwecktrias.¹⁸ Das Lauterkeitsrecht geht seitdem „von einem integrierten Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit aus.“¹⁹ Für die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG ist anerkannt, dass sie nicht nur das Lauterkeitsrecht wirtschafts- und verbraucherpolitisch legitimiert, sondern dass sie „zugleich dem Richter einen verlässlichen und bindenden Maßstab für die (teleologische) Auslegung und Fortbildung des UWG“ gibt. Sie habe diese Bedeutung nicht nur für einzelne, sondern für alle Bestimmungen des UWG, auch wenn sie ihrerseits auslegungsfähig und auslegungsbedürftig sei.²⁰

¹⁶ Wandtke/Bullinger/Bullinger, 3. Aufl. (2009), § 11 UrhG, Rn. 1f.

¹⁷ Gerd Hansen, Warum Urheberrecht? (2009), S. 446.

¹⁸ Das UWG lautet in aktueller Fassung:

„§ 1 Zweck des Gesetzes

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“ Ergänzend wird bestimmt:

„§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“

¹⁹ Bundestagsdrucksache 15/1487 S. 15

²⁰ Köhler/Köhler, UWG, 28. Aufl. (2010), § 1 Rn. 6.

In vergleichbarer Weise sollte die bestehende Normzweckklausel des Urhebergesetzes in eine programmatische, nutzerorientierte Schutzzweckklausel unter Einschluss des Nutzers erweitert werden. § 1 UrhG könnte etwa wie folgt formuliert werden:

§ 1 Allgemeines Zweck des Gesetzes

Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst **sowie Werknutzende** genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.²¹

Entsprechend könnte § 11 UrhG wie folgt geändert werden:

§ 11 Allgemeines Inhalt des Urheberrechts

Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient **zugleich** der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes. **Zugleich trägt es den Bedürfnissen der Werknutzenden an der Teilnahme am kulturellen und geistigen Leben Rechnung.**

Der Begriff des Werknutzers hat den Vorteil, dass er sogleich auf die Besonderheiten des Urheberbereichs (unter Einschluss der verwandten Schutzrechte) bezogen ist, vergleichbar dem weiten Begriff des „Marktteilnehmers“ im Lauterkeitsrecht (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG). Eine Beschränkung auf werknutzende Verbraucher im Sinne von § 13 BGB dürfte sich nicht empfehlen, weil der Schutzgedanke gerade kleineren und mittleren Unternehmen ebenfalls zugute kommen sollte. Auch der Begriff des Konsumenten dürfte zu eng sein. Und schließlich sollten auch gesellschaftsrechtliche Unternehmensformen nicht von vornherein ausgeschlossen sein.

Es ist zu erwarten, dass allein schon die gesetzliche Ergänzung um eine nutzerorientierte Schutzzweckklausel zu einer veränderten Auslegung und Anwendung des bestehenden Kanons erlaubter Nutzungshandlungen führen wird, z.B. für den derzeit restriktiv gehandhabten Bereich der „freien Benutzung“ nach § 24 UrhG. Daneben sollte die Nutzerorientierung der Bezugspunkt in der Reformagenda sein. **Die Rechtspolitik ist aufgerufen, den „Schrankenbegünstigten“ eine Rechtsposition zu verschaffen, die der Grundrechtsrelevanz der Schranken Rechnung trägt und die dem Recht des Urhebers ein Recht auf Nutzung an die Seite stellt.**²²

Damit diese grundlegende Neuorientierung des Gesetzes auch in das Bewusstsein der Rechtsanwender vordringt, sollte – wie bei anderen umfassenderen Gesetzesänderungen sonst auch üblich – auch der **Titel des Gesetzes** geändert werden. Neben die bereits genannten beiden Zielrichtungen des geltenden Gesetzes sollte die Orientierung auf die Rechte der Werknutzenden gestellt werden. Das Gesetz bekommt dann den Titel: **„Gesetz über Urheberrechte, verwandte Schutzrechte und Nutzungsfreiheiten (UrhG)“**.

²¹ Formulierungsvorschlag von Gerd Hansen, Warum Urheberrecht? (2009), S. 362, für § 1 Abs. 1 UrhG: „Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst **sowie deren Nutzer** genießen Schutz **aufgrund und** nach Maßgabe dieses Gesetzes“

²² Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 547.

2. Erweiterung der Normzweckklausel um Nutzerorientierung als Institutionenschutz

Um der gegenwärtigen Legitimationskrise des Urheberrechts einen Teil ihrer Grundlage zu entziehen, könnte es sich empfehlen, zusätzlich eine programmatische Leitlinie zu formulieren und in das Urhebergesetz aufzunehmen. Einsicht in die Vernünftigkeit und Zweckmäßigkeit urheberrechtlichen Schutzes sowie seine Akzeptanz könnten durch einen erläuternden, legitimierenden Zusatz unterstützt werden. Auch hier ist auf das Lauterkeitsrecht als Vorbild zu verweisen, wo der Schutz des Allgemeininteresses an einem unverfälschten Wettbewerb als Institution ausdrücklich hervorgehoben wird.²³ Die gesetzliche Formulierung eines entsprechenden Leitziels für den Bereich des Urheberrechts könnte eine von mehreren Maßnahmen sein, um die Neuausrichtung auch über den Kreis der juristischen Fachwelt hinaus zu verankern. Die Aussage sollte sich auf eine eher schlagwortartige, programmatische Formulierung beschränken, in der Struktur vergleichbar der im Lauterkeitsrecht seit Jahren bestehenden Festlegung. Auf europäischer Ebene wird z.B. die Bedeutung eines urheberrechtlichen Ordnungsrahmens für die „Entwicklung der Informationsgesellschaft“ hervorgehoben. Urheberrechte und die verwandten Schutzrechte schützen „die Schaffung und Verwertung schöpferischer Inhalte“ und fördern „Kreativität und Innovation“.²⁴

3. Schutz gesetzlich erlaubter Nutzungsarten vor Beschränkungen durch AGB-Vertragsklauseln

Der vom Gesetzgeber ausbalancierte Schutz gerät aus dem Gleichgewicht, wenn die Nutzungsfreiheit im Wege der Vertragsgestaltung ohne Weiteres wieder entzogen werden kann. Von Bedeutung ist dies z.B. für Beschränkungen des Kopierens. So verbieten die Vertragsbedingungen beim Kauf einer Musik-CD häufig jegliches Vervielfältigen auch zu privaten Zwecken (entgegen § 53 Abs. 1 UrhG)²⁵, ebenso das Überspielen einer CD auf einen mp3-Player, auf eine Kassette für das Autoradio, das Zusammenstellen einer CD aus verschiedenen legal erworbenen Quellen, den Weiterverkauf eines „ausgelesenen“ elektronischen Buches oder die Weiterveräußerung einer Standardsoftware.

Im Urhebergesetz ist nicht ausdrücklich geregelt, dass die Schranken abdingbar sind. Nur für den speziellen Bereich von Datenbankwerken (§ 55 a S. 3 UrhG) und Computerprogrammen (§ 69g Abs. 2 UrhG) wird bestimmt, dass entgegen stehende vertragliche Vereinbarungen für bestimmte Konstellationen nichtig seien. Nach überwiegender Auffassung sind vertragliche Abreden, die eine Partei verpflichten, eine von einer Urheberrechtsschranke erlaubte Nutzungsmöglichkeit nicht oder nur unter bestimmten einschränkenden Bedingungen vorzunehmen, nicht generell unwirksam. Das Problem stellt sich besonders bei „Maus-Klick-Verträgen“ im Internet, bei denen der Vertrag erst zustande kommt, nachdem der Besteller durch Mausklick sein Einverständnis mit den angezeigten

²³ § 1 Satz 2 UrhG: „Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“

²⁴ Richtlinie 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.5.2001, Erwägungsgrund 4. Gleichlautende Formulierung in der Mitteilung der Kommission vom 11.9.2009: Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Binnenmarkt KOM(2009) 467 endg.; Ratsdok. 13286/09, Ziff. 1.

²⁵ Beispiel bei Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 174.

Nutzungsbedingungen erklärt hat. Ohne diese Bestätigung wird der Programmablauf nicht fortgesetzt und der Kunde kann die Bestellung oder den Download nicht starten. Die vertraglichen Voraussetzungen für die Einbeziehung der AGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen) werden in diesen Fällen oftmals erfüllt sein. Teilweise wird die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln zu angemessenen Ergebnissen führen. In der Frage der Wirksamkeit vertraglicher Nutzungsbeschränkungen besteht jedoch für den Nutzer eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Es gibt Stimmen, die das allgemeine Vertragsrecht deshalb für unzureichend halten.²⁶

Die Rechtspolitik sollte diesen Anstoß aufgreifen und zumindest für Nutzungsbeschränkungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine transparente Regelung bereithalten. Ihr Platz wäre vorzugsweise im Bereich der §§ 305ff BGB, die sich mit der Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen befassen. Eine dort einzufügende Regelung könnte etwa wie folgt lauten:

§ 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam:

(...)

„9. eine Bestimmung, wonach der Nutzer sich gegenüber dem Inhaber eines Urheberrechts oder verwandten Schutzrechts verpflichtet, von erlaubten Nutzungsarten im Sinne der §§ 44a bis 60 UrhG keinen oder nur einschränkenden Gebrauch zu machen. Das gilt entsprechend in Bezug auf ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werks eines anderen geschaffen wird (§ 24 UrhG) sowie für Werke und verwandte Schutzrechte, deren Schutzfrist erloschen ist.“

4. Schutz gesetzlich erlaubter Nutzungsarten vor Beschränkungen durch technische Nutzungsrestriktionen

Die Neuorientierung am Nutzerschutz hat sich auch gegenüber technischen Nutzungsrestriktionen (u.a. Kopierschutzsystemen) zu behaupten. Durch technische Schutzmaßnahmen kann der Gebrauch urheberrechtlich erlaubter Nutzungsbefugnisse („urheberrechtlicher Schranken“) noch stärker eingeschränkt werden, als durch nutzungsbeschränkende Vertragsklauseln. Digitales Rechtemanagement (DRM) und andere Schutzmaßnahmen stehen zwar derzeit in einigen Bereichen nicht mehr so im Vordergrund wie in der Vergangenheit, weil sie beim Nutzer nicht zuletzt wegen unerwünschter Nebeneffekte nicht akzeptiert wurden und weil sie zudem relativ leicht umgangen werden konnten. Während die Musikindustrie bei DRM-Systemen zurückhaltender geworden ist, wendet z.B. die Verlags- und Filmindustrie technische Restriktionen nach wie vor an. Vor allem zeichnet sich aber ab, dass DRM-Systeme in neuen Erscheinungsarten zukünftig wieder an Bedeutung gewinnen könnten, weil verbesserte Verschlüsselungstechniken zur Verfügung stehen werden und weil durch Kooperation zwischen Content-Anbietern und Geräteherstellern die vom Nutzer verwendeten Kommunikationsgeräte selbst einbezogen werden – etwa bei den verbreiteten Regional-Codes für DVD-Player. Die Problematik besteht darin, dass bereits bestehende und zukünftige möglicherweise erweiterte nutzerschützende Bestimmungen (die so genannten Urheberrechtsschranken) bei technischen Rest-

²⁶ Malte Stieper, a.a.O., S. 430.

riktionen unbeachtet bleiben könnten. Solche technischen Vorkehrungen können sogar solche Nutzungen einschränken oder ganz verhindern, deren Vornahme mangels Werkqualität der geschützten Inhalte oder wegen Erschöpfung (§ 17 Abs. 2 UrhG) erlaubt sind oder die nach Auslaufen der Schutzfristen „gemeinfrei“ sind, der Öffentlichkeit also an sich frei zur Verfügung stehen sollen. Die vom Gesetzgeber aus wohl erwogenen Gründen eröffneten Nutzungsfreiräume werden durch den Einsatz von Technik zulasten der Nutzer unterlaufen.²⁷ Die Frage, welches Maß an Selbstbestimmung und aktiver Auseinandersetzung mit geschützten Werken für den Nutzer digitaler Inhalte gewährleistet werden sollte, ist aber von der Rechtspolitik zu beantworten, die sich gegenüber einer faktischen Vorgabe durch Einsatz technischer Systeme zu behaupten hat. Der Urheber als kreativer Werkschöpfer steht hier nicht im Vordergrund, weil technische Nutzungskontrollen in erster Linie durch Verwerter angeboten werden und durch Leistungsschutzrechte gesichert sind.

Der Gesetzgeber ist hier bislang über erste Schritte nicht hinausgekommen. Er hat sich darauf beschränkt, eine Kennzeichnungspflicht für technische Schutzmaßnahmen anzuordnen (§ 95 d UrhG) und einen Anspruch des Konsumenten gegen Rechtsinhaber darauf zu begründen, dass ihm die Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit er von einem Teil der „Schranken“ Gebrauch machen kann (§ 95b UrhG). Die derzeitige Regelung erscheint verbesserungsbedürftig.

Zum einen sollte der Anspruch auf „Schranken“-Durchsetzung erweitert werden.

Der gegenwärtige Katalog ist auf nationaler und europäischer Ebene zu diskutieren. So ist die digitale Privatkopie derzeit vollständig ausgenommen, was zu weitgehend erscheint.²⁸ Es besteht offenbar auch ein Bedürfnis, die räumlich und zeitlich versetzte Nutzung gegenüber technischen Beschränkungen sicherzustellen, d.h. auch die Möglichkeit zu schaffen, rechtmäßig erworbene digitale Inhalte auf verschiedenen Geräten abzuspielen. Diskutiert werden sollte auch ein Nutzerrecht auf Durchsetzung der Gemeinfreiheit. Derzeit kann die gesetzgeberische Wertung zur Schutzdauer durch den Einsatz von DRM-Systemen unterlaufen werden, indem sie auch auf solche Werke angewandt werden, deren Schutzdauer abgelaufen ist. Auch für die grundlegenden Schrankenbestimmungen etwa zum Zitatrecht (§ 51 UrhG), zur Parodie (§ 24 UrhG) oder zur Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG) sollte bedacht werden, ob sie nicht so ausgestaltet werden könnten, dass der Nutzer sie gegenüber technischen Schutzmaßnahmen durchsetzen kann.²⁹ Das aus der Wissenschaft stammende Verdikt, dass „der rechtliche Umgehungsschutz technischer Maßnahmen in §§ 95a, 95b UrhG (...) in seiner geltenden Fassung mit den Grundrechten des Grundgesetzes wie des Gemeinschaftsrecht unvereinbar“ sei,³⁰ gibt der Rechtspolitik jedenfalls einen hinreichenden Grund, sich diesen Fragen zuzuwenden. Weiter ist zu prüfen, ob die bisherige Beschränkung des Durchset-

²⁷ Gerd Hansen, Warum Urheberrecht?(2009), S. 414 f.

²⁸ Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 530, schlägt vor, § 95a Abs. 1 UrhG um den folgenden Halbsatz zu ergänzen, wonach das Verbot der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen nur greift, soweit : „die Umgehung nicht ausschließlich zu eigenem privaten Gebrauch des Handelns oder mit ihm persönlich verbundener Personen erfolgt und der Handelnde rechtmäßig Zugang zu dem Werk oder Schutzgegenstand hat“

²⁹ Gerd Hansen, Warum Urheberrecht? (2009), S. 417f, 424. Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 524: „Jedenfalls die Schranken zugunsten von Zitaten und freien Benutzungen in §§ 24, 51 sollten daher in den Katalog des § 95b Abs. 1 S.1 UrhG aufgenommen werden.“

³⁰ Malte Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts (2009), S. 530.

zungsanspruchs auf Offline-Angebote aufgegeben werden kann (§ 95b Abs. 3 UrhG). In der Konsequenz müsste das Umgehungsverbot nach § 95a UrhG entsprechend eingeschränkt werden.

Auch wenn es sich nicht um eine spezifische urheberrechtliche Fragestellung handelt, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob nicht gleichermaßen Regelungsbedarf für technische Maßnahmen besteht, die den Zugang zu urheberrechtlich nicht schutzfähigen oder gemeinfrei gewordenen Inhalten bzw. deren Nutzung beschränken. Die Technologie kann dieselbe sein wie bei geschützten Werken. Trotz erlaubter Nutzung können Nutzer, die nicht in der Lage sind, den technischen Schutz zu umgehen, nicht von ihrer Nutzungsfreiheit Gebrauch machen. Der Nutzer gemeinfreier Werke sollte aber jedenfalls nicht schlechter gestellt werden als der Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke. Ein erweiterter Anwendungsbereich des § 95b UrhG sollte diesem Kreis gleichermaßen zugute kommen. Das Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte der Schweiz hat dieser Problematik Rechnung getragen, indem es mit Art. 39b des Gesetzes eine „Beobachtungsstelle für technische Maßnahmen“ eingesetzt hat, die die Auswirkungen von technischen Schutzmaßnahmen auf die Schranken des Urheberrechts beobachtet und darüber Bericht erstattet und die als „Verbindungsstelle zwischen den Nutzer- und Konsumentenkreisen und den Anwendern und Anwenderinnen technischer Maßnahmen dient und partnerschaftliche Lösungen fördert.“

5. Überprüfung des gegenwärtigen Leistungsschutzes für Lichtbilder

Die technische Entwicklung führt dazu, dass der Umfang des Schutzes regelmäßig neu überdacht werden muss. Offensichtlich wird dies bei der Fotografie. Schüler, die banale Fotos in ihre sozialen Netzwerke einstellen oder Eltern, die ihren nicht mehr benötigten Kinderwagen in einem Verkaufsportaal anbieten und dabei einfach auf ein im Netz verfügbares Produktfoto zurückgreifen, sollten sich nicht länger kostenpflichtigen Abmahnungen ausgesetzt sehen. Das Bewusstsein in die Vernünftigkeit eines angemessenen Urheber-schutzes könnte gestärkt werden, wenn nicht mehr in die Zeit passenden Übertreibungen im Dunstkreis einer „Online-Abzocke“ die Grundlage entzogen werden könnte. Der lauterkeitsrechtliche so genannte ergänzende Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 UWG könnte sich als ausreichend herausstellen.

6. Überprüfung der gegenwärtigen Schutzdauer auf die Möglichkeit der Flexibilisierung

Die gegenwärtige Schutzdauer von 70 Jahren, beginnend mit dem Tode des Urhebers (§ 64 UrhG), wird zunehmend kritisiert, weil sie keine Differenzierungen zulässt. Sie überzeugt auch in ihren ökonomischen Auswirkungen nicht mehr ohne Weiteres, weil die Verwertbarkeit – beispielsweise für Buchverlage – von dem „Zufall“ abhängt, wie lange der Autor den Abschluss des Verlagsvertrages überlebt. Für wissenschaftliche Werke ist die jetzige Schutzdauer angesichts der Kurzlebigkeit wissenschaftlichen Fortschritts ersichtlich zu lang.

7. Zusätzliche Einnahmequellen für Urheber erschließen: Diskussion über Vergütungsmöglichkeiten

Ein wichtiges Ziel bei der Diskussion über eine Reform des Urheberrechts muss es sein, neue Einnahmequellen für die Urheber zu finden. Durch die technische Entwicklung sind massenhafte Rechtsverletzungen möglich geworden. Damit ist den Urhebern und den Rechteinhabern ein wesentlicher Teil ihrer Einnahmen verloren gegangen.

Digitalisierung und globale Vernetzung durch das Internet ermöglichen es, Musik, Filme, Software, E-Books und andere kreative Inhalte mit wenig Aufwand zu vervielfältigen und öffentlich zugänglich zu machen. Dies hat zur Entwicklung von Tauschbörsen geführt, die den schnellen Austausch von Dateien unter einer praktisch unbegrenzten Zahl von Nutzern ermöglichen. In der Folge kommt es zu massenhaften Urheberrechtsverletzungen, Rechteinhaber bleiben ohne Vergütung. Sie sehen sich gezwungen, die immer neuen Möglichkeiten der Rechtsverletzungen aufzuspüren und zu verfolgen.

Die bislang ergriffenen Maßnahmen waren wenig erfolgreich. Werbekampagnen, einschüchternde Pilotverfahren, Strafanzeigen, zivilrechtliche Abmahnungen oder der Einsatz von DRM-Systemen hatten nicht den gewünschten Erfolg. Ständig verfeinerte Spielarten von Tauschbörsen-Systemen führen zu einem Technik-Vorsprung auf der Seite der Rechtsverletzer. Die effektive Rechtsverfolgung im Einzelfall ist nur um den Preis des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme möglich, ohne dass damit dem Massenphänomen auch nur annähernd beizukommen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, einen Weg zu finden, wie dieser Einnahmeverlust durch neue Vergütungsquellen ausgeglichen werden kann. Zur Lösung dieses Problems ist folgende Zielvorstellung anzustreben:

Die durch die Internettechnik ermöglichten und von den Nutzern bevorzugten neuen Nutzungsformen bleiben erhalten; Urheber und Inhaber geschützter Leistungen erhalten für derartige Nutzungen jedoch künftig eine angemessene Vergütung. Die Notwendigkeit intensiver Rechtsverfolgung entfällt dadurch und die Gesellschaft insgesamt bleibt von erweiterten Eingriffsmöglichkeiten in grundrechtsrelevante Freiheiten verschont.

Es wird jedoch nicht immer möglich sein, eine direkte vertragsrechtliche Beziehung zwischen den Rechteinhabern und denjenigen, die das Werk letztlich nutzen, herzustellen. Darum ist es notwendig, über neue Ansatzpunkte für die Vergütung nachzudenken. Derzeit gibt es in dieser teilweise sehr emotional geführten Diskussion viele unterschiedliche Vorschläge.

Im Kern geht es um die Lösung der Aufgabe, wie ein Vergütungsanspruch im Netz zuverlässig eingezogen und verteilt werden kann. Zu dieser Frage reichen die Vorschläge von einem Ansatz bei den Herstellern der Geräte bis zu einer flächendeckenden Pauschalabgabe, einer „Kulturflatrate“. Denkbar wäre auch ein Ansatz bei der vom Nutzer abgerufenen Datenmenge, unabhängig vom konkreten Inhalt.

Diese Idee ist noch nicht so weit entwickelt, dass sie als fertiges, die gewichtigen Einwände entkräftendes Konzept unterbreitet werden kann. Ansatzpunkt derartiger Modelle

ist es, die nicht kommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung digitaler, urheberrechtlich geschützter Werke wie z.B. Musik, Filme, Software oder E-Books über das Internet zu legalisieren und zum Ausgleich eine pauschale Gebühr zur Entschädigung der Rechteinhaber zu erheben. Untersuchungen haben deutlich gemacht, dass eine Umsetzung nicht im nationalen Alleingang, sondern nur auf europäischer Ebene möglich ist.³¹

Pauschalvergütungen für massenhafte Nutzungshandlungen, die sich einer individuellen Überprüfung entziehen, sind dem geltenden Recht nicht gänzlich unbekannt, wie die Beispiele der Kopiergeräteabgabe nach § 54 UrhG und die Gebühr für das Bereithalten von Rundfunkempfangsgeräten zeigen. Die Erhebung einer daran angelehnten Gebühr könnte für einzelne Werkarten durchaus differenziert ausgestaltet sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich auch die Internettechnologie weiterentwickeln wird und zu erwarten ist, dass das Nutzungsverhalten der Teilnehmer in Zukunft leichter quantifizierbar sein wird.

Das gegenwärtige Schutzsystem des Urheberrechts ist nicht „in Stein gemeißelt“. Oder, um es in den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sagen: „Die Gewährleistung eines subjektiven Rechts durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bedeutet nicht Unantastbarkeit einer Rechtsposition für alle Zeiten; sie besagt auch nicht, dass jede inhaltliche Veränderung einer geschützten Rechtsposition unzulässig wäre. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ermächtigt den Gesetzgeber, in bereits begründete Rechte einzugreifen und diesen einen neuen Inhalt zu geben. Die Eigentumsgarantie und das konkrete Eigentum sollen keine unüberwindliche Schranke für die gesetzgebende Gewalt bilden, wenn Reformen sich als nötig erwiesen.“³²

8. Verbesserung der Verständlichkeit und Transparenz im Urheberrecht

Allgemein gilt für die Rechtspolitik: Ein einfaches, klares und verständliches Recht ist allgemein zugänglich. Das Urheberrecht – wie das gesamte Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes – ist schon von Haus aus schwer verständlich. Das wird man auch nicht grundlegend ändern können. Aber bei allen Beteiligten – geschäftlichen wie privaten Nutzern – besteht ein vitales Interesse an transparenten Regeln im Urheberrecht. Gerade der Schrankenbereich ist schon in formaler Hinsicht stark reformbedürftig. Bei herkömmlichen Filmproduktionen mit einem entsprechend hohen Etat wird es hinnehmbar sein, dass fachliche Beratung für die Klärung der Rechtsfragen eingeholt wird. Die heutige Technologie ermöglicht es aber, kreative Inhalte auch ohne größere finanzielle Ausstattung herzustellen und im Netz zu verbreiten. Für kleine Produktionsgemeinschaften ist der Inhalt urheberrechtlicher Vorschriften nur noch schwer erkennbar. Das erzeugt Rechtsunsicherheit. Ausgerechnet die „magna Charta“ des Nutzers, die Regelung der Privatkopie in §53 UrhG, ist unverständlich formuliert. Ihren gutwilligen Adressaten muss aber auch ohne fachanwaltliche Hilfe eine Orientierung möglich sein. Besonders diese Vorschrift ist zur besseren Verständlichkeit anders zu strukturieren.

³¹ Roßnagel/Jandt/Schnabel/Yliniva-Hoffmann, Die Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht. Kurzgutachten im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Fraktion der Grünen/Freie Europäische Allianz im Europäischen Parlament vom 13. März 2009.

³² BVerfG, Beschl. v. 20.1.2010, 1 BvR 2062/09, zu§ 97a Abs. 2 UrhG.

9. Nutzerorientierung bei der Rechtsdurchsetzung

Die vorgeschlagene verstärkte Nutzerorientierung beschränkt sich nicht auf das materielle Urheberrecht, sondern setzt sich bei der prozessualen Rechtsverfolgung von Urheberrechten fort. Im Anschluss an die Enforcement-Richtlinie wurde das urheberrechtliche Konzept der Verfolgung von Rechtsverletzungen erweitert. Hier muss die Rechtspraxis beobachtet und geprüft werden, ob die neuen gesetzlichen Eingriffe in Grundrechte angemessen sind. Eine besondere Grundrechtsrelevanz hat der Anspruch auf Auskunft gegen den Internet-Service-Provider zu Verkehrsdaten (§ 101 Abs. 9 UrhG). Zur Durchsetzung dieses Anspruchs gibt es eine uneinheitliche Rechtsprechung. So ist unklar, ob sich das dort für einen Anspruch vorausgesetzte Handeln in „gewerblichem Ausmaß“ auf die Rechtsverletzung oder den in Anspruch genommenen Dienstleister bezieht. Vor allem gehen die Auffassungen weit auseinander, welche Voraussetzungen an die Rechtsverletzung „gewerblichen Ausmaßes“ zu knüpfen sind. In den einschlägigen Gerichtsentscheidungen wird weiterhin die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen die Zuerkennung eines Auskunftsanspruchs grundgesetzlichen Maßstäben standhält.³³ Die Gerichte entscheiden auch uneinheitlich darüber, ob ein Rechtsinhaber, der einen Internet-Service-Provider auf Auskunft in Anspruch nehmen will, von diesem vorgelagert verlangen kann, Verbindungsdaten „auf Zuruf“ zu speichern.³⁴ Ein derartiger – von einigen Gerichten im Wege der einstweiligen Verfügung zugesprochener – Anspruch hat die nicht unproblematische Folge, dass Verkehrsdaten für einen gewissen Zeitraum ohne klare gesetzliche Grundlage gespeichert werden müssten.³⁵ In diesem Zusammenhang wird zu prüfen sein, welche Schlussfolgerungen aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Sachen „Vorratsdatenspeicherung“ zu ziehen sein werden.³⁶

Die Praxis zum zivilrechtlichen Auskunftsanspruch wirkt sich auf die Strafanzeigen aus. Oft wird damit vorrangig das Ziel verfolgt, Namen und Anschrift der Nutzer „ermitteln zu lassen“, um diese Information dann für die zivilrechtliche Rechtsverfolgung (Abmahnungen) zu verwenden.³⁷ Die Staatsanwaltschaften der Länder stehen in diesen Fragen seit Längerem im Erfahrungsaustausch, der fortgesetzt werden sollte.

Im zunehmenden Kreuzfeuer der Kritik steht die gerichtliche Praxis zum „Störerbegriff“. Zur Unterlassung ist danach nicht nur der unmittelbar Handelnde verpflichtet. Auch entferntere Personen, die den „rechtswidrigen Erfolg durch eine eigene Handlung willentlich adäquat kausal herbeigeführt“ haben, können als „Störer“ kostenpflichtig abgemahnt werden. Die Fachwissenschaft spricht von einer „fast uferlosen Erstreckung von Pflichten“ durch die Rechtsprechung, die im Interesse eines umfassenden Rechtsschutzes vor rechtswidrigen Handlungen entwickelt worden sei.³⁸ Diese Rechtsfigur hat in der praktischen Anwendung beispielsweise zur Folge, dass einige Gerichte eine Mitstörer-Haftung der Eltern als Inhaber des Telefon- oder Internetanschlusses für die Internetaktivitäten ihrer Kinder annehmen, Abmahnungen also den Eltern gegenüber ausgesprochen werden können und Abmahnkosten von ihnen zu bezahlen sind. Die Überwachungspflichten eines Anschlussinhabers dürfen nicht so sehr überspannt und er nicht schlechthin ver-

³³ OLG Schleswig, Beschl. v. 5.2.2010, 6 W 26/09 (juris)

³⁴ Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.11.2009, 11 W 53/09, 11 W 54/09 (juris).

³⁵ Vom LG Kiel, Beschl. v. 2.9.2009, 2 O 221/09, als „Rasterfahndung“ bezeichnet und abgelehnt.

³⁶ 1 BvR 256/08; 263/08; 586/08. BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010, Absatz-Nr. (1 - 345), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html.

³⁷ Vgl. LG Hamburg, Beschl. v. 21.4.2009, 627 Qs 13/09, MMR 2009, 870.

³⁸ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. (2007), S. 198.

pflichtet werden, Familienangehörige, Kinder gleich welchen Alters, Mitbewohner oder Andere im Sendeberich seines W-LAN-Systems lückenlos zu überwachen.³⁹

Zum anderen sind Nutzer im Bereich des Urheberrechts mit dem Phänomen konfrontiert, das auch im übrigen Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (Lauterkeitsrecht, Markenrecht) unter dem Stichwort der „missbräuchlichen Abmahnung“ diskutiert wird. Abmahner, die durch Aufbauen einer unangemessenen Drohkulisse unerfahrene Internetnutzer zur Bezahlung unberechtigter oder überhöhter Forderung drängen⁴⁰ oder die Abmahnungen als lukratives Geschäftsmodell praktizieren, können die Autorität und Glaubwürdigkeit des Systems urheberrechtlicher Schutzrechte insgesamt untergraben. Der Befund ist nicht neu, hat aber trotz einiger Ansätze des Gesetzgebers noch nicht zu einer befriedigenden Lösung geführt.

Die Beschwerden über das Abmahnwesen im Urheberrechtsbereich haben zugenommen. Das Problem missbräuchlicher Abmahnungen konzentriert sich auf das Internet. Internetforen quellen über vor empörten Erfahrungsberichten, Bitten um Rechtsrat und mehr oder weniger brauchbaren Hilfestellungen. Betroffen sind Privatleute, die unbedarft im Internet kommunizieren und sich damit auch der Recherche nach möglichen Rechtsverletzungen aussetzen. Betroffen ist auch die zunehmende Zahl derer, die – teilweise als reine Online-Unternehmen – im Internet ihre ersten Schritte in die Selbstständigkeit wagen oder die als kleine Unternehmen gar nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um sich Rechtsrat einzuholen, bevor sie in den Markt gehen. Rechtsverletzungen, die sich früher nur im engen lokalen Umfeld abspielten und damit weitgehend unbemerkt blieben, können heute im Internet mit spezieller Software oder über ausgeklügelte Suchstrategien, teilweise auch durch spezialisierte Dienstleister, schnell und kostengünstig recherchiert und weiterverfolgt werden. Rechtsanwälte haben darauf aufbauende Geschäftsmodelle entwickelt. Es kommt zu regelrechten Abmahnwellen, um in den Genuss positiver Skaleneffekte der Massenproduktion zu gelangen. Es besteht die Gefahr, dass mit diesen Mitteln durchgesetztes Recht auf Dauer an Akzeptanz verliert.

Der Unmut der Betroffenen richtet sich in erster Linie gegen ihre Pflicht die nicht nachvollziehbar hohen Rechtsanwaltsgebühren für die Abmahnung zu zahlen. Häufig fühlen sie sich eingeschüchtert durch die Androhung, bei Gericht eine einstweilige Verfügung zu erwirken, wenn die Unterwerfungserklärung nicht binnen Tagen abgegeben werde. Viele ziehen es deshalb vor, den verlangten oder als „Vergleich“ angebotenen Betrag zu zahlen, um sich nicht auf ein kaum durchschaubares gerichtliches Verfahren mit ungewissem Ausgang einzulassen.

Abmahnungen werden als besonders unangemessen empfunden, wenn der vorgeworfene Rechtsverstoß eher geringfügig erscheint – etwa weil das Bestehen von Urheberrechtsschutz leicht zu übersehen gewesen ist oder weil der Rechtsverstoß sich im Internet bei einer normalen Suche überhaupt nicht bemerkbar gemacht hätte und nur durch ausgeklügelte Suchstrategien eines eingeschalteten Dienstleisters ermittelt werden konnte. Vielfach wäre der Betroffene bereit gewesen, die beanstandete Verhaltensweise schon auf einen einfachen Hinweis des Rechtsinhabers einzustellen, so dass es der kos-

³⁹ Vgl. Leicht, Beweisprobleme bei Urheberrechtsverletzungen von Tauschbörsenbenutzer in P2P-Netzwerken, VuR 2009, 346.

⁴⁰ Vgl. Tyra, Ausgewählte Probleme aus der Abmahnpraxis bei Privatnutzungen in Musiktaschsystemen, ZUM 2009, 943.

tenträchtigen Einschaltung eines Rechtsanwalts aus seiner Sicht nicht bedurft hätte. Viele Abgemahnte stellen die beanstandete Handlung ohnehin auf die Abmahnung hin ein und können nicht nachvollziehen, aus welchem Grund sie trotzdem gehalten sein sollen, noch eine zusätzliche Unterlassungserklärung abzugeben.

Es gibt eine strukturelle Chancenungleichheit zwischen Abmahnern und Betroffenen. Dies liegt daran, dass die folgenden Umstände häufig kombiniert auftreten:

- Der Schutzzumfang des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte ist in Teilbereichen zu weitgehend und zu komplex.
- Die Inanspruchnahme von Personen, die an der Rechtsverletzung nicht unmittelbar beteiligt sind, ist unter dem Rechtsbegriff des „Störers“ ausgeübt.
- Das Urheberrecht als Rechtsbereich ist insgesamt zu kompliziert und intransparent formuliert.
- Die Möglichkeit, dass sich Rechtsanwälte ihre Gebühren von der gegnerischen Partei erstatten lassen, setzt unerwünschte Anreize.
- Die bei der Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren zu Grunde gelegten Streitwerte und Gebührensätze sind zu hoch, werden von Gericht zu Gericht unterschiedlich festgesetzt und sind nicht nachvollziehbar. Die Rechtsprechungspraxis geht weitgehend davon aus, dass der Streitwert für das einstweilige Verfügungsverfahren gegenüber dem Klageverfahren in der Hauptsache nicht gemindert ist.
- Die Gerichtspraxis, einstweilige Unterlassungsverfügungen im Regelfall ohne vorherige Anhörung des Betroffenen zu erlassen, setzt die Betroffenen durch die mit der Abmahnung verbundene Androhung, ein solches Verfahren bei Gericht einzuleiten, unter starken zeitlichen Entscheidungsdruck.
- Der Entscheidungsdruck für den Betroffenen wird weiter dadurch verstärkt, dass für einstweilige Verfügungsanträge weitgehend ein Streitwert über 5.000,- € angenommen wird, so dass eine Rechtsverteidigung ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts nicht möglich ist.
- In Urheberrechtssachen gilt der so genannte fliegende Gerichtsstand. Er ermöglicht es dem Rechtsinhaber, das zuständige Gericht und damit das Gericht mit der für ihn günstigsten Rechtsprechungspraxis praktisch deutschlandweit zu wählen. Es sind Anwaltsstrategien bekannt, bei denen die Auswahl auf Gerichte zielt, die möglichst weit vom Wohnort des Abgemahnten entfernt liegen.⁴¹ Die weitgehende Wahlmöglichkeit begünstigt auch die Strategie, Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach abschlägigen Hinweisen des einen Gerichts zurückzunehmen und bei einem anderen Gericht erneut anhängig zu machen.⁴²

Um die strukturelle Chancen- und Waffenungleichheit zwischen Abmahner und Betroffenen einzuebnen, könnte mit gezielten Maßnahmen an jedem dieser Punkte angesetzt werden. Der Schutzzumfang des Urheberrechts könnte laufend daraufhin überprüft werden, ob er sich in Teilbereichen als zu weitgehend erweist. Den gleichen Effekt hätte die Einführung einer Bagatellklausel. Eine vorsichtige Ausweitung erlaubter Nutzungsfreiheiten würde gleichfalls zur Folge haben, dass die Bandbreite möglicher Verletzungshandlungen reduziert wird. Bei der Ausweitung des Urheberschutzes aufgrund neuer Entwick-

⁴¹ KG Berlin, Beschl. v. 25.1.2008, MD (VSW) 2008, 333.

⁴² Die sich als Folge ergebende Zersplitterung des praktizierten Verfahrensrechts wird in der Fachwissenschaft als „höchst unerfreulich“ bezeichnet wird [Ahrens/Jestaedt, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. (2009), S. 890].

lungen ist von Anfang an dem Gedanken Rechnung zu tragen, dass sie einer ungezügelter Abmahnpraxis nicht weiter Vorschub leistet. Auch die gebotene Überprüfung und Zurückführung des „Störerbegriffs“ würde spürbar weniger Verletzungsverfahren bedeuten. Ein verständliches und in seinen Auswirkungen transparentes Urheberrecht würde voraussichtlich stärker beachtet.

Dem von der Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten ausgehenden Anreiz könnte für den nicht geschäftlichen Bereich konsequent und nachhaltig begegnet werden, indem die Kostenerstattung für die erste Abmahnung abgeschafft wird. Mit anderen, weniger einschneidenden Maßnahmen, könnte der Anreiz immerhin verkleinert werden: Zu denken wäre an die Möglichkeit der Streitwertherabsetzung, wie sie z.B. in den §§ 12 Abs. 2 UWG und 142 MarkenG vorgesehen ist, die Einführung von Regelstreitwerten oder eine Verbesserung der in § 97a UrhG vorgesehenen Kostendeckelung für einfach gelagerte Fälle.⁴³ Gegenwärtig hat diese seit dem 1.9.2008 bestehende „Kostenbremse“ nur einen sehr engen Anwendungsbereich, weil ihre sehr ausfüllungsbedürftigen Voraussetzungen („in einfach gelagerten Fällen“, „unerhebliche Rechtsverletzung“ und „außerhalb des geschäftlichen Verkehrs“) in der Rechtspraxis äußerst restriktiv angewendet werden.

Durch Modifizierung des einstweiligen Verfügungsverfahrens könnte erreicht werden, dass Betroffene nicht mehr wie bisher unter unangemessenen Entscheidungsdruck gesetzt werden. Zu denken wäre an eine gegenüber der derzeitigen Rechtspraxis enger gefasste „Dringlichkeitsgrenze“, d.h. eine Verkürzung des Zeitraums, innerhalb dessen ein einstweiliges Verfügungsverfahren eingeleitet werden kann. Durch Aufgabe der gegenwärtigen Rechtspraxis, einstweilige Verfügungen in diesem Bereich weitgehend ohne Anhörung des Betroffenen zu erlassen, würde der mit der Abmahnung aufgebaute zeitliche Druck vermindert werden. Die Einschränkung des derzeit praktisch unbegrenzten Wahlgerichtsstandes (fliegender Gerichtsstand) hätte zur Folge, dass die unterschiedliche Entscheidungspraxis in den verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken in Streitwertfragen und sonstigen Kostenfragen sowie zur Dringlichkeit nicht mehr dazu ausgenutzt werden könnte, dass der Abmahner sich den für ihn günstigen Gerichtsbezirk aussuchen kann und er den Betroffenen durch den Hinweis auf eine unterschiedliche Entscheidungspraxis der Gerichte in Entscheidungsnöte bringt. Eine gewisse Vereinheitlichung der Rechtsprechung mit dem Ergebnis, dass das Sanktionensystem für den Betroffenen besser einzuschätzen ist, könnte dadurch erreicht werden, dass durch Zulassung der Revision zum Bundesgerichtshof in einstweiligen Verfügungsverfahren eine übergeordnete Entscheidungsinstanz geschaffen wird.

Die Bewertung der Kombinationsmöglichkeiten zeigt sehr schnell, dass es sich überwiegend um punktuelle Maßnahmen mit eingeschränktem Wirkungsbereich handelt. Zugleich wird deutlich: Wenn die weithin kritisierte Abmahnpraxis ihren Grund darin hat, dass mit der Kostenerstattung für Abmahnungen fehlgeleitete finanzielle Anreize gesetzt werden, dann besteht eine konsequente und nachhaltig wirksame Abhilfemaßnahme darin, diesen Kostenanreiz ganz zu beseitigen. Von anderer Seite ist darauf hingewiesen worden, dass das Problem der missbräuchlichen Abmahnungen ein „typisch deutsches“ sei. Da die meisten anderen Staaten der Europäischen Union der Abmahnung keine vergleichbare Bedeutung einräumen, „insbesondere die Kosten dieser nicht geltend gemacht

⁴³ Das BVerfG hat kürzlich verlangt, die speziell für urheberrechtliche Verstöße eingeführte Deckelung der anwaltlichen Abmahnkosten auf € 100 (§ 97a UrhG) zu evaluieren. Auch hierzu bestehen ungeachtet der erst kürzlich erfolgten Neuerung eine Reihe ungeklärter Fragen (BVerfG, Beschl. v. 20.1.2010, 1 BvR 2062/09).

werden können, gibt es selbst in Ländern mit ähnlich weiter Aktivlegitimation keinen Anreiz zur Verfolgung von Bagatellverstößen.“⁴⁴ Der Rechtsinhaber würde dann darauf verwiesen werden, eine Abmahnung entweder selbst auszusprechen oder diese Tätigkeit auf eigene Kosten auf Rechtsanwälte auszulagern. So wie auch in anderen Rechtsbereichen vom Gläubiger verlangt wird, dass er geschuldete Leistungen zunächst mit eigenen Mitteln anmahnt, kann auch vom Inhaber eines Urheberrechts erwartet werden, dass er die andere Seite im Fall von Rechtsverletzungen in einem ersten Schritt selbst auf seine Rechte hinweist und zukünftige Beachtung einfordert. Der Gläubiger einer Geldforderung, der darauf verzichtet und sogleich einen Inkassodienst oder einen Rechtsanwalt einschaltet, ohne die andere Seite in Verzug gesetzt zu haben, tut dies gleichfalls auf eigene Kosten.

Zugleich müssten Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass Abmahnungen nicht durch die unmittelbare Anrufung der Gerichte ersetzt werden. Dieses Ziel könnte erreicht werden, indem der in § 97a UrhG geregelte Erstattungsanspruch für berechnete Abmahnungen auf den **geschäftlichen Verkehr** beschränkt wird. Für Abmahnungen außerhalb des geschäftlichen Verkehrs würde ein Anspruch auf Kostenerstattung dann wegfallen – und damit auch der Anreiz, das private Verhalten von Verbrauchern zum Gegenstand von Abmahnungen zu machen. Durch gesetzliche Definition des „geschäftlichen Verkehrs“ müsste sichergestellt werden, dass die gegenwärtige Tendenz der Rechtspraxis wieder zurückgeführt wird, die diesen, im gewerblichen Rechtsschutz auch sonst verwendeten Begriff, sehr weit versteht. Um den Effekt zu vermeiden, dass bei Wegfall der Kostenerstattung für Abmahnungen die Gerichte unmittelbar angerufen werden, müsste das Erfordernis der Abmahnung (ohne Kostenerstattung) als Voraussetzung für den Erlass einstweiliger Verfügungen in Urheberrechtsstreitsachen bestimmt werden.

⁴⁴ Schrickler/Henning-Bodewig, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, Rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des BMJ.