

Aufsätze

Professorin Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale) und Professor Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge)*

Regulierungsansätze, -defizite und -trends im Urheberrecht 2021

Das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (BGBl. 2021 I 1204) gibt dem Urheberrecht ein neues Gesicht. Neben moderaten Anpassungen finden sich grundlegende Neuerungen. Anhand von neun Schlagworten skizziert dieser Beitrag den Charakter des gegenwärtigen Urheberrechts einschließlich der wichtigsten Trends der letzten Reform.

I. Urheberrecht als politisches Recht

Recht ist Politik. Das ist selbstverständlich, kann jedoch für das aktuelle Urheberrecht nicht stark genug betont werden: Während es lange Jahre als Materie für Spezialisten fernab des öffentlichen Interesses verhandelt wurde, ist das Urheberrecht im Digitalzeitalter in der Mitte der Gesellschaft angekommen. Das »Recht der Kreativen« hat sich vom Recht der professionellen Autoren und der Verleger zum zentralen Kommunikationsrecht im Internet gewandelt.¹ Nolens volens reguliert das Urheberrecht mittlerweile die gesamte Infrastruktur der Digitalgesellschaft in maßgeblicher Weise (u. IX.).² Dieser neuen Rolle entspricht die Bedeutung, die das Urheberrecht mittlerweile im politischen Diskurs hat. Vor allem junge Internetnutzer (vielfach in der Doppelrolle als Konsumenten und Produzenten von Internetinhalten) verschafften ihren Zugangsinteressen bei der letzten Reform auf der Straße und im Netz (#saveyourinternet) lautstark Gehör. Aber auch Presseverlage und die großen Internetkonzerne mischten in der Debatte um ein »internetgerechtes« Urheberrecht kräftig mit. Die Musikindustrie wiederum erzählte von einem »value gap«; allein eine umfängliche urheberrechtliche Haftung der Interaktionsplattformen schaffe (etwas) Abhilfe.³ Bis zur letzten Minute des Reformprozesses ließen sich regelrechte Lobbykämpfe beobachten.

Bemerkenswert sind dabei vor allem vier Aspekte: Erstens ist das Urheberrecht durch massive Interessengegensätze geprägt, die nicht zuletzt über soziale Medien und in den großen Tageszeitungen in einer breiteren Öffentlichkeit dokumentiert wurden. Zweitens wird die Debatte um die

richtige Mischung aus Zugangs- und Exklusivitätskultur⁴ vor allem mit verzerrenden Bildern geführt. Statt mit Sachargumenten zu überzeugen, bemühen die Rechtsinhaber Stereotype von sympathischen Kleinkünstlern, während u. a. Google seine Konzerninteressen hinter kreativen »YouTubern« versteckt, deren Ende drohe.⁵ In Tageszeitungen fanden sich nicht nur differenzierte Ausführungen (mehr oder weniger) unabhängiger Urheberrechtsexperten, sondern auch (besonders) wohlwollende »Berichte« zu Leistungsschutzrechten. Vor Übertreibungen waren auch die Aktivisten auf Nutzerseite nicht gefeit. Namentlich die Inszenierung vom Ende des freien Internets und dem Niedergang der Netzkultur führte im Übrigen drittens dazu, dass Einzelaspekte der Reform, beispielsweise die Einführung kollektiver Lizenzen mit erweiterter Wirkung, im Schatten der »Schlagwortdemokratie« trotz des großen Interesses der Öffentlichkeit am Urheberrecht weiter »unter dem Radar« fliegen konnten.⁶ Viertens dürften auch sachfremde Ziele bei der Ausgestaltung des Urheberrechts eine Rolle spielen. Direktvergütungsansprüche gegen Plattformbetreiber oder potenzielle Zahlungspflichten für Google wegen eines Presseverlegerleistungsschutzrechts gefallen gerade auch jenen, die der Meinung sind, amerikanische Internetkonzerne seien hierzulande höher zu »besteuern«.

Welche Schlüsse lassen sich aus alledem ableiten? Die Interessen der Urheber (sprich: Rechtsinhaber) genießen

* Die Verfasserin *de la Durantaye* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht an der Freien Universität Berlin; der Verfasser *F. Hofmann* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Der Beitrag basiert auf einem Panel der Tagung des Instituts für Urheber- und Medienrecht vom 3.5.2021.

1 So auch BT-Drs. 19/27426, 59; vgl. dazu zudem *de la Durantaye/Grünberger* et al. GRUR 2020, 1176 (These 2).

2 Vgl. *F. Hofmann* GPR 2017, 176 f.

3 Widerspruch interessierter Kreise ließ nicht lange auf sich warten, *Wimmers/Barudi* GRUR 2017, 327; *Nolte* ZUM 2017, 304.

4 *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77.

5 *Metzger* ZUM 2018, 233 (237); *F. Hofmann* ZUM 2019, 617; *de la Durantaye/Grünberger* GRUR-Int 2021, 380.

6 Dazu *de la Durantaye/Kuschel* ZUM 2021, 785.

keinen Vorrang vor den Interessen der Nutzer.⁷ Das Urheberrecht hat die Aufgabe, die unterschiedlichen, vielfach gegensätzlichen Interessen gleichrangig zum Ausgleich zu bringen.⁸ Es schützt schließlich nicht nur das Kontroll- und Vergütungsinteresse der Urheber- und Verwerter, sondern reguliert – wie angedeutet (s. auch u. IX.) – große Teile der digitalen Infrastruktur. Das Urheberrecht ist zu einem umfassenden Ausgleich auch schon deshalb angehalten, um einem (noch weitergehenden) Akzeptanzverlust nicht Tür und Tor zu öffnen. Zugleich kann diese Sensibilität das Kernanliegen des Urheberrechts stärken. Nutzerinteressen gehen nicht in jedem Falle vor.

Ferner zeigt die Heftigkeit der politischen Debatten, dass die traditionellen Urheberrechtserzählungen mit dem Urheber als Zentralfigur in der Digitalgesellschaft erschüttert werden. Das Urheberrecht ist gut beraten, sich über seinen nach wie vor legitimen Zweck im Digitalzeitalter neu zu vergewissern.⁹ Ein guter Startpunkt für die Neuerzählung wäre, dass sich das Urheberrecht mit Blick auf seine zentrale Rolle als Wirtschaftsrecht¹⁰ ehrlicher macht. Die Kulturindustrie ist zweifelsohne auf die über das Urheberrecht vermittelten Einnahmen existenziell angewiesen; Qualitätsjournalismus ist ebenfalls von Urheberrechten (nicht aber weitergehenden Leistungsschutzrechten) abhängig. Zugleich konterkariert nicht jedes Meme die kommerzielle Auswertung. Statt insoweit die Urheberpersönlichkeit vorzuschieben, ist das Vergütungsinteresse des Urhebers dort zu adressieren, wo es hingehört: im Urhebervertragsrecht. Hilfreich kann schließlich auch sein, den Prozess der Schöpfung einerseits und die Organisation der Verwertung andererseits deutlicher auseinanderzuhalten. Fehlschlüsse wie jener, dass ein bestimmtes Verwertungsrecht vor allem den Urheber schütze, ließen sich dadurch besser verhindern.

II. Urheberrecht als reaktives Recht

Der Motor der »Digitalisierung« des Urheberrechts war bisher vor allem die Rechtsprechung.¹¹ Nicht nur einzelne digitale Geschäftsmodelle,¹² sondern auch grundlegende Themen des Urheberrechts in der Digitalgesellschaft wie beispielsweise der Grundsatz der »digitalen Erschöpfung«,¹³ das elektronische Verleihen,¹⁴ Verlinkungen,¹⁵ die Privilegierung von Suchmaschinen¹⁶ oder auch die Haftung von Piraterie-Plattformen¹⁷ mussten Gerichte angehen. Auch die jüngste Urheberrechtsreform ist weniger ein großer »digitaler Wurf« als eine punktuelle Reaktion des Gesetzgebers auf Partikularinteressen und einzelne Entwicklungen in der Rechtsprechung.¹⁸

Der Druck von Verlegern führte erstens zur Einführung eines umstrittenen, in zwei Feldversuchen (Deutschland, Spanien) kaum überzeugenden¹⁹ Leistungsschutzrechts für Presseverlage auf europäischer Ebene (Art. 15 DSM-RL).

Zweitens wurde die Verlegerbeteiligung an gesetzlichen Vergütungsansprüchen neu geregelt (§ 63a UrhG). Die Erzählung vom »value gap«²⁰ gab den Anstoß für die Neuregelung der Haftung von Upload-Plattformen.²¹ Im Verlauf der Debatte reagierte der Gesetzgeber zunehmend auch auf die Forderungen der Internetnutzer, was sich am Ende in einer Stärkung der Nutzerrechte in Art. 17 DSM-RL niederschlug.²² Der Reformgesetzgeber war in diesem Punkt doppelt reaktiv.

Als Reaktionen auf einzelne Urteile erweisen sich nicht nur die Herausnahme von Reproduktionsfotos gemeinfreier Werke aus dem Leistungsschutzrecht nach § 72 UrhG (Art. 14 DSM-RL; § 68 UrhG),²³ sondern auch die Streichung von § 24 UrhG²⁴ sowie die Regelungen zu vergriffenen Werken (Art. 8 DSM-RL).²⁵ Auch der schon erwähnte Streit um die Verlegerbeteiligung hat seinen Ausgangspunkt in höchstrichterlicher Rechtsprechung.²⁶ Ein echtes »Update«, das die schon erwähnte Rolle des Urheberrechts als zentrales Kommunikationsrecht im Internet, aber auch als Stütze wie Bremse zahlreicher Geschäftsmodelle ganz grundsätzlich behandelt, sieht anders aus. Wie steht es beispielsweise um das Verhältnis des Vertragsrechts zum Urheberrecht, beispielsweise auch mit Blick

7 Zur traditionellen Sichtweise, wonach insbesondere Schranken grundsätzlich eng auszulegen seien, vgl. BGH ZUM 2017, 766 Rn. 17 – AIDA Kussmund. Gegen Hierarchie der Interessen Geiger GRUR-Int 2004, 815 (817 ff.); Dreier GRUR-Int 2015, 648 (649 ff.).

8 So auch Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 21.

9 So auch de la Durantaye/Grünberger et al. GRUR 2020, 1176 (These 5).

10 Dazu Depenheuer/Peifer/Ohly, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel, 2008, 141.

11 So auch de la Durantaye/Grünberger et al. GRUR 2020, 1176 (These 1).

12 Beispielsweise zu Online-Videorekordern EuGH ZUM 2018, 115 – VCAST Limited/RTI SpA.

13 EuGH ZUM 2012, 661 – UsedSoft; ZUM 2020, 129 – NUV u. a./Tom Kabinet Internet u. a.

14 EuGH ZUM 2017, 152 – Vereniging Openbare Bibliotheken/Stichting Leenrecht.

15 EuGH ZUM 2021, 434 – VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz; ZUM 2016, 975 – GS Media/Sanoma u. a.; ZUM 2015, 141 – BestWater; ZUM 2014, 289 – Svensson.

16 BGH ZUM 2018, 123 – Vorschaubilder III; ZUM 2010, 580 – Vorschaubilder.

17 EuGH ZUM 2017, 746 – Stichting Brein/Ziggo BV u. a.

18 Übersicht zu den Neuregelungen im UrhG, UrhDaG und VGG bei F. Hofmann GRUR 2021, 895.

19 Zur Kritik stellvertretend Ackermann ZUM 2019, 375 (381 ff.).

20 Übersicht bei F. Hofmann GRUR 2018, 21 (27 ff.).

21 Vgl. noch Art. 13 COM(2016) 593 final.

22 F. Hofmann GRUR 2021, 895 (902 f.); F. Hofmann GRUR 2019, 1219; F. Hofmann NJW 2021, 1905 f.

23 BGH ZUM 2019, 335 – Museumsfotos.

24 EuGH ZUM 2019, 738 – Pelham u. a./Hütter u. a.

25 EuGH GRUR 2017, 62 – Soulier u. Doke/Premier ministre.

26 EuGH ZUM 2016, 152 – Hewlett-Packard Belgium SPRL/Reprobel SCRL; BGH ZUM 2016, 639 – Verlegeranteil.

auf technische Schutzmaßnahmen?²⁷ Wie verhält es sich mit dem Ideal der Freiheit des Werkgenusses?²⁸ Bedarf es mehr Flexibilität bei den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen, benötigen wir allem voran eine Schranke für Suchmaschinen? Taugen die Rahmenbedingungen für das E-Lending?²⁹ Wie geht das Urheberrecht mit (schon beobachtbaren) Schöpfungen »künstlicher Intelligenz« um?³⁰ Oder mit Blick auf die bereits erwähnte politische Dimension des Urheberrechts (o. I.): Was ist eigentlich die Rolle des Urheberrechts in der digitalen Welt?

III. Prozeduralisierung des Urheberrechts

Der Begriff der Prozeduralisierung ist schillernd.³¹ Er wird mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt. Zur Charakterisierung des Urheberrechts taugt er in zweifacher Weise.

1. Prozeduralisierung im weiteren Sinne

Im weiteren Sinne bedeutet Prozeduralisierung des Rechts die Tendenz, den gesellschaftlichen und damit auch den regulatorischen Herausforderungen durch Verfahrensrecht statt primär oder ausschließlich durch materielles Recht zu begegnen.³² Beobachten lässt sie sich insbesondere dort, wo es an einem gesellschaftlichen Konsens fehlt und/oder sich die zu regelnde Materie, etwa aufgrund technischer Entwicklungen, so schnell ändert, dass es schwer fällt, materielle Regelungen zu schaffen, die Bestand haben können.

Im Urheberrecht sind diese beiden Bedingungen erfüllt. Es nimmt denn auch nicht wunder, dass der Gesetzgeber in der Urheberrechtsnovelle gleich an mehreren Stellen Verfahrensrecht statt bzw. in Ergänzung zu materiellem Recht geschaffen hat. Prominentestes Beispiel ist das UrhDaG. Es besteht zu einem großen Teil aus Verfahrensvorschriften.³³ Geregelt wird nicht nur die den Diensteanbietern auferlegte Privatisierung der Rechtsdurchsetzung (§§ 7–15 UrhDaG). Das deutsche Patent- und Markenamt wird eine behördliche Schlichtungsstelle einrichten (§ 17 UrhDaG). Rechtsinhaber und Nutzer können eine private Schlichtungsstelle anrufen (§ 16 UrhDaG). Es besteht die Möglichkeit einer Verbandsklage (§ 18 Abs. 6 UrhDaG).

Im Urhebervertragsrecht finden sich ebenfalls etliche verfahrensrechtliche Regeln. Der Gesetzgeber normiert keinen gerechten Preis, aber er verpflichtet Vertragspartner der Urheber sowie gewisse Dritte in der Lizenzkette, Auskunft und Rechenschaft zu erteilen (§§ 32d, 32e UrhG), damit Urheber erfahren, ob sie angemessen vergütet werden. Zudem ermöglicht er Mediation und außergerichtliche Streitbeilegung (§ 32f UrhG) und schafft Verbandsklagemöglichkeiten (§§ 32g, 36d UrhG).

Schließlich sind die bei den erweiterten kollektiven Lizenzen und der gesetzlichen Erlaubnis zur Nutzung nicht verfügbarer Werke statuierten Informationspflichten (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VGG; § 61d Abs. 3 UrhG) und Widerspruchsrechte (§ 52 Abs. 2 VGG; § 61d Abs. 2 UrhG) Verfahrensregeln.³⁴ Zudem sind gewisse, durchaus kritische Regelungsaspekte verfahrensmäßig abgetrennt. Sie werden nicht im Umsetzungsgesetz behandelt, sondern sollen (in der nächsten Legislaturperiode) durch Verordnungen geregelt werden (§§ 61e UrhG; 52d VGG).³⁵

2. Prozeduralisierung im engeren Sinne

In der urheberrechtlichen Diskussion wird der Begriff der Prozeduralisierung zumeist in einem engeren Sinne verwendet.³⁶ Von der Grundkonzeption ist das Urheberrecht ein Opt-in-Modell. Der Rechtsinhaber hat Ausschließlichkeitsrechte. Wenn keine gesetzlichen Erlaubnistatbestände eingreifen, ist die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers gestattet. Der Nutzer muss sich um einen Vertragsschluss mit dem Rechtsinhaber bemühen und die damit verbundenen Transaktionskosten tragen.³⁷

Im letzten Jahrzehnt haben Gerichte und Gesetzgeber diese Regel – vor allem in digitalen Verwertungskontexten – teilweise umgekehrt:³⁸ Nutzungen sind erlaubt, es

27 Vgl. aber die punktuelle Regelung eines Aspekts in § 60a Abs. 3 UrhG; selbst das Verhältnis von § 68 UrhG zum Sacheigentum und dem Vertragsrecht wurde ausgespart, vgl. GRUR-Stellungnahme GRUR 2019, 1140 (1151).

28 Dazu nur *Kuschel*, Der Erwerb digitaler Werkexemplare zur privaten Nutzung, 2019.

29 Der Bundesrat setzte sich für eine Regelung zur digitalen Leihe ein, BR-Drs. 142/1/21, 7 f.; die Bundesregierung lehnte ab, vgl. BT-Drs. 19/28171, 25 f.

30 Vgl. z. B. *Gomille* JZ 2019, 969.

31 Vgl. nur *Sheplyakova* (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018.

32 *Shelyakova*, in: *Sheplyakova* (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, 1, 2.

33 Namentlich § 7 Abs. 2 S. 1 UrhDaG wird man aber als materielles Nutzerrecht verstehen können. Vor dem Hintergrund des Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 5 DSM-RL handelt es sich letztlich um einen materiellrechtlichen Anspruch auf Wiederherstellung eines entgegen den Vorgaben des UrhDaG gelöschten Uploads, vgl. *F. Hofmann* NJW 2021, 1905 (1910); *F. Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1227).

34 Dazu *de la Durantaye/Kuschel* ZUM 2021, 785; vgl. auch *F. Hofmann* GRUR 2021, 895 (898).

35 Dazu *de la Durantaye/Kuschel* ZUM 2021, 785.

36 *Wielsch* GRUR 2011, 665 (670) und, ihm folgend, *Grünberger* ZUM 2020, 50 (51) konstatieren eine »prozedurale Restrukturierung des Schutzrechts«. *F. Hofmann* ZUM 2019, 617 (620) spricht von einer »prozeduralisierte[n] property rule«. Allgemeiner zur »Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht« *F. Hofmann* ZUM 2017, 102 (105 ff.).

37 *Grünberger* ZUM 2020, 50 (51).

38 Diese Entwicklung ist nicht auf das Urheberrecht beschränkt: vgl. beispielsweise zum Patentrecht EuGH GRUR 2015, 764 Rn. 58 ff. – Huawei.

sei denn, der Rechtsinhaber widerspricht (Opt-out). Der Rechtsinhaber muss also aktiv tätig werden, um über ein Ausschließlichkeitsrecht zu verfügen. Eine solche Pflicht haben etwa der BGH in seiner »Vorschaubilder«-Entscheidung³⁹ oder der EuGH in der Rechtssache »DDB« zum Framing normiert.⁴⁰ Jeweils muss der Rechtsinhaber technische Schutzmaßnahmen ergreifen, wenn er sicherstellen will, dass sein Werk nicht in der Bildervorschau einer Suchmaschine auftaucht oder nicht geframed wird.

Der Gesetzgeber hat Rechtsinhaber von Werken, die keine wirtschaftliche, womöglich aber wissenschaftliche oder kulturelle Bedeutung haben, verpflichtet, aktiv tätig zu werden, damit sie ihre Ausschließlichkeitsrechte geltend machen können. So dürfen etwa verwaiste Werke genutzt werden, ohne dass der Nutzer den Rechtsinhaber um Erlaubnis bitten muss (§§ 61–61c UrhG).⁴¹ Möchte der Rechtsinhaber verhindern, dass der gesetzliche Erlaubnistatbestand greift, muss er dafür sorgen, dass er durch eine sorgfältige Suche gefunden oder ermittelt werden kann. Zudem wurden Verwertungsgesellschaften, die Rechte an vergriffenen Werken wahrnehmen, in die Lage versetzt, diese Rechte auch an Werken einzuräumen, deren Rechtsinhaber sie nicht mit der Wahrnehmung betraut haben; Rechtsinhaber können der Wahrnehmung widersprechen (§ 51 VGG a. F.).

Nunmehr werden Verwertungsgesellschaften auch für nicht verfügbare Werke anderer Werkarten erweiterte kollektive Lizenzen vergeben (müssen) (§§ 52–52e VGG).⁴² Zudem hat der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht,⁴³ Verwertungsgesellschaften grundsätzlich die Einräumung von erweiterten kollektiven Lizenzen zu gestatten, also auch an Werken, die kommerziell erhältlich sind (§§ 51–51b VGG). Möchte der Rechtsinhaber die Wahrnehmung unterbinden, muss er der Rechteeinräumung widersprechen. Auch das UrhDaG prozeduralisiert die Property Rights der Rechtsinhaber unter bestimmten Voraussetzungen.⁴⁴ Wird ein nutzergenerierter Inhalt hochgeladen, der der widerleglichen Vermutung des § 9 Abs. 2 UrhDaG unterfällt, muss der Rechtsinhaber Beschwerde einlegen (§ 14 UrhDaG), wenn er die Nutzung verhindern will. Hier hat die Prozeduralisierung erst im Gesetzgebungsverfahren Eingang in das Gesetz gefunden. § 6 UrhG-E des Referentenentwurfs enthielt noch eine Liability Rule.⁴⁵

Diese partielle Umgestaltung des Systems durch Verfahrensregeln, die Gerichte und Gesetzgeber vornehmen, erscheint noch nicht hinreichend konzeptionell durchdacht oder theoretisch unterfüttert. Weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene hat eine grundsätzlichere Diskussion darüber stattgefunden, inwiefern die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte prozeduralisiert werden sollen oder sogar müssen, um die widerstreben-

den Interessen in der Praxis mit vertretbarem Aufwand⁴⁶ in Ausgleich zu bringen. Dessen ungeachtet kann gerade die Prozeduralisierung ein probates Mittel sein, um der Komplexität der Rechts- und Sachlage in der Digitalgesellschaft Herr zu werden.⁴⁷

IV. Formalisierung des Urheberrechts

Eng verbunden mit dem Phänomen der Prozeduralisierung ist jenes der Formalisierung. Eine der Grundfesten des Urheberrechts ist, dass Entstehung und Umfang urheberrechtlichen Schutzes nicht an Formalitäten gebunden sind. In gewissem Umfang hat der Gesetzgeber aber schon immer Anreize zur Registrierung wirtschaftlich wertvoller Werke gesetzt. Viele Vergütungsansprüche können Rechtsinhaber nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend machen. Liability Rules und Registrierung sind also traditionell miteinander verbunden.

In digitalen Verwertungskontexten werden Werke inzwischen regelmäßig registriert.⁴⁸ Dass dort besonders starke Tendenzen zur Formalisierung bestehen, verwundert nicht. Digitale Registrierungen sind mit deutlich weniger Kosten verbunden als analoge. Geführt werden die Register nicht von Verwertungsgesellschaften, sondern von privatwirtschaftlichen Unternehmen. Das prominenteste Beispiel ist YouTubes Content ID. Dort sind Werke erfasst, die über einen erheblichen wirtschaftlichen Wert verfügen. Mit dem UrhDaG verstärkt der Gesetzgeber die Anreize zur Registrierung in diesen Registern. Rechtsinhaber, die wollen, dass Diensteanbieter die öffentliche Wiedergabe ihres Werkes durch Sperrung oder Entfernung blockieren, müssen diesen die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen (§§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1, 3 UrhDaG).⁴⁹

Der Gesetzgeber hat aber nicht nur Anreize zur Registrierung gesetzt, sondern die Registrierung in gewissen Be-

39 BGH ZUM 2010, 580 – Vorschaubilder.

40 EuGH ZUM 2021, 434 – VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz, m. Anm. Ohly GRUR 2021, 706 (vgl. v. a. 711) – DDB; lesenswert Grünberger ZUM 2021, 395.

41 Dazu nur de la Durantaye ZUM 2013, 437.

42 Subsidiär greift ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand ein (§§ 61d–61g UrhG). Die prozeduralisierte Property Rule wird also durch eine Liability Rule flankiert. Zu den Regelungen im Einzelnen de la Durantaye/Kuschel ZUM 2021, 785.

43 Art. 12 DSM-RL.

44 Übersicht bei F. Hofmann NJW 2021, 1905 (1908 f.).

45 Vgl. F. Hofmann ZUM 2020, 665 (669 f.).

46 Unter diesem Gesichtspunkt nicht unproblematisch z. B. BGH ZUM-RD 2016, 355 – jameda.de.

47 Zu diesem Gedanken im Kontext von standardessenziellen Patenten EuGH GRUR 2015, 764 Rn. 62 – Huawei.

48 Vgl. auch de la Durantaye/Grünberger et al. GRUR 2020, 1176 (These 3).

49 Zum UrhDaG F. Hofmann NJW 2021, 1905.

reichen sogar vorgeschrieben. Der europäische Gesetzgeber hat ein Register für verwaiste Werke geschaffen, das beim Amt der Europäischen Union für Geistiges Eigentum (EUIPO) geführt wird (Art. 3 Abs. 6 RL 2012/28/EU; vgl. auch § 61a Abs. 4 UrhG). Der deutsche Gesetzgeber hat beim Deutschen Patent- und Markenamt ein Register vergriffener Werke eingerichtet (§ 52 VGG). In beiden werden Werke registriert, die über keinen großen wirtschaftlichen, unter Umständen aber über einen erheblichen kulturellen und/oder wissenschaftlichen Wert verfügen. Jeweils beantragt nicht der Rechtsinhaber die Registrierung, wie bei klassischen Registern, sondern der Nutzer bzw. die Verwertungsgesellschaft. So wird es auch künftig gehandhabt werden, wenn das EUIPO ein Register für nicht verfügbare Werke aller Werkarten führen wird (§ 61d Abs. 3 UrhG; § 52a Abs. 2 VGG).⁵⁰ Vergeben Verwertungsgesellschaften für kommerziell verfügbare Werke kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung, müssen sie auch diese registrieren und die Lizenzinformationen öffentlich zur Verfügung stellen (§ 51a Abs. 2 VGG).

Diese Entwicklung hat sich erstaunlich geräuschlos vollzogen. Dies gibt Anlass zu grundsätzlicheren Überlegungen: Wenn ohnehin alle Werke, die wertvoll sind, in den Registern der Verwertungsgesellschaften und/oder der Plattformen geführt werden, damit sie vollumfänglich digital verwertet werden können, und wenn Nutzer zunehmend sogar wirtschaftlich unbedeutende Werke registrieren, ergibt dann das Formalitätenverbot noch Sinn? Sollten wir über eine Registrierungspflicht nachdenken – nicht als Voraussetzung für die Entstehung des Urheberrechts, aber vielleicht für den Fortbestand nach Ablauf einer bestimmten Zeit?⁵¹

V. Techniksensibilität des Urheberrechts

Urheberrecht und Technik sind eng verwoben. Das Urheberrecht ist in besonderem Maß von der technischen Entwicklung getrieben.⁵² Während jüngst die Frage der urheberrechtlichen Beurteilung von Schöpfungen sogenannter künstlicher Intelligenz diskutiert wird,⁵³ forderten beispielsweise in den 50er Jahren Magnettonbänder das Urheberrecht heraus.⁵⁴ Die Technik spielt auch deshalb eine so große Rolle, da die urheberrechtlichen Verwertungsrechte regelmäßig formal an technische Vorgänge anknüpfen – allen voran beim Vervielfältigungsrecht.⁵⁵ Insgesamt ist das Urheberrecht aber bemüht, technikneutral zu sein.⁵⁶ Auch in der jüngsten Reform wurde beispielsweise § 20b UrhG dahingehend angepasst, dass der Eingriff in das Recht nicht von einer bestimmten technischen Variante der Weitersendung abhängt.⁵⁷ Aus der Kabelweitersendung wurde die Weitersendung.

Technikneutralität darf freilich nicht zur »Technikblindheit« führen.⁵⁸ Die digitale Weitergabe einer Datei bei-

spielsweise mag zwar auf den ersten Blick wie die vom Erschöpfungsgrundsatz gedeckte analoge Verbreitung eines Werkes aussehen. Körperliche Güter und unkörperliche Güter unterscheiden sich aber fundamental,⁵⁹ sodass eine Gleichbehandlung nicht mit dem Gedanken der Technikneutralität zu rechtfertigen ist.⁶⁰ Zentral ist hingegen die Techniksensibilität des Urheberrechts.⁶¹ In der Literatur wurde dies unter dem Schlagwort »more technological approach« diskutiert.⁶² Das Urheberrecht hat auf die technischen Entwicklungen differenzierte Antworten zu geben. Zum einen darf der technische Hintergrund nicht ignoriert werden. In diesem Sinne würde beispielsweise ein allgemeines Verbot, fremde Inhalte im Wege der Verlinkungstechnologie in die eigene Seite einzubinden, den technischen Rahmenbedingungen des Internets nicht gerecht. Will der Rechtsinhaber einen Zugriff auf sein Werk im Wege des Framings gleichwohl verhindern, ist er angehalten, dies über technische Schutzmaßnahmen techniksensibel, also gleichsam über »code«, zu kommunizieren.⁶³ Zum anderen muss klar bleiben, dass die Technik keine normativen Vorgaben macht, sondern die Regelung und Steuerung der Technik dem (Urheber-)Recht obliegt (Primat des Rechts).

Die jüngste Reform liefert mehrere Beispiele techniksensibler Gesetzgebung.⁶⁴ So ist erstens das Bearbeitungsrecht

50 Das Register vergriffener Werke beim DPMA wird Ende 2025 geschlossen; Einträge in dieses Register sind seit dem 7.6.2021 unzulässig (§ 141 UrhG).

51 Vgl. auch *de la Durantaye/Grünberger* et al. GRUR 2020, 1176 (These 10) sowie zuvor bereits *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, 2015, 421.

52 Zur Problematik *F. Hofmann* ZGE 2016, 482 (484 f.).

53 *Lauber-Rönsberg* GRUR 2018, 574.

54 BGH NJW 1953, 540.

55 Z. B. EuGH ZUM 2018, 115 – VCAST Limited/RTI SpA.

56 Vgl. z. B. *Schulze* ZUM 2015, 106 (108); s. a. *Specht* GRUR 2019, 253 (255).

57 BT-Drs. 19/27426, 74.

58 Vgl. auch *Dreier* GRUR 2019, 771 (778).

59 *F. Hofmann* ZUM 2018, 107 f.

60 EuGH ZUM 2020, 129 Rn. 58 – NUV u. a./Tom Kabinet Internet u. a. (»Es kann jedoch nicht angenommen werden, dass die Überlassung eines Buches auf einem materiellen Träger und die Überlassung eines E-Books in wirtschaftlicher und funktioneller Hinsicht vergleichbar sind«); anders aber für Software EuGH ZUM 2012, 661 Rn. 61 – UsedSoft (»Darüber hinaus sind die Veräußerung eines Computerprogramms auf CD-ROM oder DVD und die Veräußerung eines Computerprogramms durch Herunterladen aus dem Internet wirtschaftlich gesehen vergleichbar. Die Online-Übertragung entspricht funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers«); vgl. auch *Apel* ZUM 2015, 640; *de la Durantaye/Kuschel* ZGE 2016, 195; *F. Hofmann* ZUM 2020, 136; aus ökonomischer Perspektive *Kerber* ZGE 2016, 149.

61 *Specht* GRUR 2019, 253.

62 *Grünberger/Podszun* ZGE 2014, 269; *Grünberger* ZUM 2021, 395 (396); *Grünberger* ZUM 2015, 273 (275 f.); *Specht* GRUR 2019, 253 (255).

63 *Grünberger* ZUM 2021, 395 (399).

64 Der Bundesrat sprach sich für eine Ausweitung der Kopiergeräteabgabe nach § 54c UrhG auf die »modernen Arten der Vervielfältigung« aus, BR-Drs. 142/21, 9 f.

nach § 23 Abs. 3 UrhG eingeschränkt. Für ausschließlich technisch bedingte Änderungen eines Werkes insbesondere bei (kommerziellen) Nutzungen zum Text und Data Mining nach § 44b Abs. 2 UrhG greifen die Restriktionen des Bearbeitungsrechts nicht.⁶⁵ Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken für das Text und Data Mining sind zweitens nach § 44b Abs. 3 S. 1 UrhG nur zulässig, wenn der Rechtsinhaber sich diese nicht vorbehalten hat. Nach § 44b Abs. 3 S. 2 UrhG ist allerdings ein Nutzungsvorbehalt bei online zugänglichen Werken nur dann wirksam, wenn er in maschinenlesbarer Form erfolgt. Automatisierte Abläufe sollen auch praktisch automatisiert durchgeführt werden können.⁶⁶ Dies wird als »Musterbeispiel« insbesondere eines techniksensiblen Urheberrechts gelobt.⁶⁷ Oder drittens: Nach wie vor ist es eine Schwäche bekannter Filtertechnologien, kontextbezogene Werknutzen nicht zu erkennen.⁶⁸ Diese technischen Unzulänglichkeiten lassen sich bei den rechtlichen Grenzen der Plattformhaftung aber abbilden. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 UrhDaG kann sich ein Plattformbetreiber von seiner Haftung für Nutzer-Uploads (§ 1 Abs. 1 UrhDaG) dadurch befreien, dass er diverse Verkehrspflichten erfüllt. Deren Umfang bemisst sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Oder noch konkreter: Gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 UrhDaG begrenzt die »Verfügbarkeit geeigneter Mittel« zur Erfüllung der Pflichten der Plattform deren Haftung. Wird folglich auf einer Upload-Plattform ein Nutzerinhalt öffentlich zugänglich gemacht, obwohl der Rechtsinhaber eine qualifizierte Blockierung unter Zurverfügungstellung der »einschlägigen und notwendigen« Informationen (Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL, § 7 UrhDaG) verlangt hat, kann eine Haftung der Plattform gleichwohl ausscheiden. Filterfehler sind damit abhängig von der Leistungsfähigkeit der Technik urheberrechtlich hinzunehmen.⁶⁹ Kurzum, problematisch sind nicht so sehr die Filter, sondern wie das Recht mit ihnen umgeht.

VI. Urheberrecht mit Spartenlösungen

Das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes suggeriert, dass die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vollumfänglich adressiert werden. Tatsächlich beschränkt sich die Richtlinie auf die Regelung von Teilaspekten. Aspekte wie E-Lending o. ä. bleiben ausgespart (zu weiteren Beispielen bereits o. II.).⁷⁰ Allen voran das UrhDaG regelt die Plattformhaftung nur für den Sonderfall bestimmter Upload-Plattformen (zu den abstrakt erfassten »Diensteanbietern« § 2 UrhDaG). Die Regelung hat nach Ansicht des Gesetzgebers in weiten Teilen den Charakter einer Lex specialis zu Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL.⁷¹ Die Intermediärhaftung im Allgemeinen wird vom Gesetzgeber indes nicht weiterentwickelt. Auch wenn die Rechtsprechung in Zukunft sicher Anleihen bei den Wertungen des UrhDaG nehmen wird, bleibt es nach wie vor ihr überlassen, bei-

spielsweise die Haftung von Registraren⁷² oder Plattformen wie »The Pirate Bay« auszugestalten.⁷³ Ein kohärentes System der Intermediärhaftung bleibt damit weiterhin ein Desiderat des Internetrechts. Auch das Verhältnis des UrhDaG zu geplanten Digital Services Act (DSA)⁷⁴ adressiert der Gesetzgeber nicht.

VII. Urheberrecht und Marktlösungen

Das Urheberrecht ermöglicht als subjektives Privatrecht Marktlösungen. Ziel des Urheberrechts ist es gerade nicht, andere von der Werknutzung auszuschließen, sondern sie über den urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch (als Folge des Ausschließlichkeitsrechts) in Verhandlungen über die Konditionen der Werknutzung zu zwingen. Das Urheberrecht ist damit im Grundsatz Ausdruck der Logik einer Marktwirtschaft mit dem Ziel dezentraler Lösungen. Die Sozialbindung des Eigentums, vor allem aber strukturelle Verhandlungsungleichgewichte (insbesondere zwischen Urhebern und Verlegern) haben den Gesetzgeber im Urheberrecht seit jeher in besonderem Maße zu Modifikationen des freien Spiels der Kräfte gefordert. Eine solche Zurückdrängung von Marktlösungen findet sich auch bei der jüngsten Reform.

1. (Indirekte) Kontrahierungszwänge

Der Gesetzgeber sympathisiert mit einem (indirekten) Kontrahierungszwang im UrhDaG. Um der Haftung für von Nutzern hochgeladenem urheberrechtsverletzendem Material zu entgehen (§ 1 Abs. 1, 2 UrhDaG), ist die Upload-Plattform verpflichtet, bestmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um die vertraglichen Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke (oder sonstiger Schutzgegenstände, § 21 UrhDaG) zu erwerben (§ 4 Abs. 1 S. 1 UrhDaG). Diese Pflicht ist nach § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UrhDaG erfüllt, wenn der Diensteanbieter qualifizierte Lizenzangebote (§ 4 Abs. 2 UrhDaG) annimmt. Auch wenn der Gesetzgeber, anders als noch im Diskussionsentwurf,⁷⁵ nicht mehr von einem Kontrahierungszwang, sondern von einer Lizenzierungsobliegenheit oder auch Lizenzierungspflicht

65 BT-Drs. 19/27426, 79.

66 BT-Drs. 19/27426, 89.

67 *Raue* ZUM 2019, 684 (693); *Grünberger* ZUM 2021, 395 (399) (»Beispiele für ein technologie- und damit umweltsensibles Urheberrecht«).

68 *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).

69 Vgl. *F. Hofmann* jurisPR-WettbR 12/2019 Anm. 1.

70 Vgl. aber BR-Drs. 142/21, 7 f. (»Digitale Leihe«).

71 BT-Drs. 19/27426, 130.

72 BGH ZUM 2021, 148 – Störerhaftung des Registrars.

73 EuGH ZUM 2017, 746 – Stichting Brein/Ziggo BV u. a.

74 COM(2020) 825 final.

75 DiskE II, 86.

spricht,⁷⁶ kann dies bei strenger Auslegung die unternehmerische Freiheit der Plattformen unverhältnismäßig beschränken. Die Plattform muss auch die Option haben, sich dafür zu entscheiden, einen entsprechenden Inhalt trotz eines Lizenzangebots nach Maßgabe von §§ 1 Abs. 2, 8 UrhDaG zu sperren.⁷⁷

Einen ausdrücklichen Kontrahierungszwang forderte der Bundesrat mit Blick auf E-Lending. Er schlug vor: »Ist ein Schriftwerk mit Zustimmung des Rechteinhabers als digitale Publikation (E-Book) erschienen und als solche erhältlich, so ist der Verleger dazu verpflichtet, nicht kommerziell tätigen Bibliotheken ein Nutzungsrecht zu angemessenen Bedingungen einzuräumen. Zu den angemessenen Bedingungen zählt insbesondere, dass den Bibliotheken das Recht eingeräumt wird, jeweils ein Vervielfältigungsstück des Werks digital für begrenzte Zeit jeweils einer Person zugänglich zu machen.«⁷⁸ Als Argument wird angeführt, dass Bibliotheken in Lizenzierungsverhandlungen strukturell unterlegen und von der Preispolitik der Verleger abhängig seien.⁷⁹ Wie sich dies auf den E-Book-Markt auswirken würde, insbesondere ob dies die Amortisationsmöglichkeiten von Verlagen (über Gebühr) beeinträchtigen würde, erscheint unklar. Wie in vielen anderen Bereichen des Urheberrechts auch, bedarf es hier empirischer Forschung.⁸⁰

2. Schutz des Urhebers

Der Urheber ist in Lizenzverhandlungen traditionell unterlegen. Das Urheberrecht erkennt dies durch diverse Sicherungsmechanismen an. Der Reformgesetzgeber stärkt und ergänzt sie. Zu nennen sind zum einen Modifikationen im Urhebervertragsrecht. So wurden beispielsweise die Anforderungen für einen »finanziellen Nachschlag« nach § 32a UrhG gesenkt. Maßgeblich ist nun, ob sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung »als unverhältnismäßig niedrig im Vergleich zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes erweist«.⁸¹ Der Gesetzgeber hat zudem einen Direktvergütungsanspruch der Urheber gegen Upload-Plattformen geschaffen (§ 4 Abs. 3 UrhDaG).⁸² Hat der Urheber das Recht der öffentlichen Wiedergabe eines Werkes einem Dritten eingeräumt, so hat der Diensteanbieter für vertragliche Nutzungen gleichwohl dem Urheber eine angemessene Vergütung für die öffentliche Wiedergabe des Werkes zu zahlen. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Dritte eine Verwertungsgesellschaft ist oder der Urheber den Dritten als Digitalvertrieb einschaltet. Nach § 87k Abs. 1 S. 1 UrhG sind der Urheber sowie der Inhaber von Rechten an anderen nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Schutzgegenständen an den Einnahmen des Presseverlegers aus der Nutzung seiner Rechte nach § 87g Abs. 1 UrhG angemessen, mindestens zu einem Drittel, zu beteiligen. Auch bei der Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche hat der Gesetzgeber im Interesse des Urhebers eingegriffen. § 27b VGG ordnet eine Min-

destbeteiligung des Urhebers an.⁸³ Diese Quoten sind im Kern neu.

3. Perpetuierung von Geschäftsmodellen

Ein weniger berechtigtes Misstrauen gegenüber dem Markt findet sich an anderer Stelle. Die Einführung eines (neuen) Leistungsschutzrechts für Presseverleger (§§ 87g ff. UrhG) soll die wirtschaftlichen Grundlagen des Qualitätsjournalismus stärken und so dazu beitragen, die Vielfalt der deutschen Presselandschaft dauerhaft zu erhalten.⁸⁴ Ob hierfür ein Leistungsschutzrecht erforderlich ist, erscheint fraglich.⁸⁵ Es bestünde auch die Möglichkeit, der Presse (abgesichert durch das Urheberrecht an den Beiträgen) selbst aufzugeben, ihre Geschäftsmodelle (z. B. über Paywalls) den digitalen Märkten anzupassen.

4. Private Rechtsdurchsetzung

Bemerkenswert ist schließlich die auch über das UrhDaG fortgeschriebene Privatisierung der Rechtsdurchsetzung. Zwar ist staatlicher Rechtsschutz über § 13 Abs. 3 UrhDaG für alle Beteiligten gewährleistet.⁸⁶ Die Konflikte zwischen Rechtsinhabern, Plattformen und Nutzern werden aber über die Haftungsvorschriften zulasten der Plattform jedenfalls vorstrukturiert.⁸⁷

VIII. Kollektivierung des Urheberrechts

In der Regel dient Kollektivierung im Recht mindestens einem von zwei Zielen: der Senkung von Transaktionskosten und/oder der Stärkung einer Verhandlungsposition.⁸⁸ Beide Ziele erfüllt die Kollektivierung auch im Urheberrecht. Die kollektive – und damit transaktionskostengünstige – Wahrnehmung von Vergütungsansprüchen durch Verwertungsgesellschaften hat im Urheberrecht eine lange Tradition. Im Urhebervertragsrecht finden sich darüber hinaus schon lange Bestrebungen, Urheber und Verwerter

76 BT-Drs. 19/27426, 45, 133; zur Problematik auch Metzger/Pravemann ZUM 2021, 288 (291).

77 F. Hofmann NJW 2021, 1905 (1907); F. Hofmann ZUM 2020, 665 (667).

78 BR-Drs. 142/1/21, 8; ablehnend BT-Drs. 19/28171, 6.

79 BR-Drs. 142/1/21, 8.

80 Zu diesem Desiderat allgemein de la Durantaye/Grünberger et. al. GRUR 2020, 1176 (These 9).

81 BT-Drs. 19/27426, 80.

82 BT-Drs. 19/29894, 96.

83 Dazu de la Durantaye ZUM 2020, 88 (94).

84 BT-Drs. 19/27426, 59.

85 Nur Ackermann ZUM 2019, 375.

86 Im Lichte von Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 5 DSM-RL wird man jedenfalls § 7 Abs. 2 S. 1 UrhDaG als klagbares Nutzerrecht aufzufassen haben, vgl. F. Hofmann NJW 2021, 1905 (1910); kritisch zum Begriff der Privatisierung F. Hofmann/Springer UFITA 2021 (Heft 2).

87 Vgl. auch Wagner GRUR 2020, 329.

88 Daneben hat die Möglichkeit oder sogar Pflicht zur kollektiven Rechtsdurchsetzung oftmals auch eine solidarische Komponente.

zum Abschluss von Kollektivverträgen anzuhalten, um die Verhandlungsposition der Urheber zu stärken. Arbeitnehmerähnliche Urheber erhielten 1974 die Möglichkeit, nach § 12a TVG Tarifverträge mit ihren Quasi-Arbeitgebern abzuschließen. Seit 2002 können Vereinigungen von Urhebern und Nutzern/Verwertern zudem gemeinsame Vergütungsregeln (§§ 36, 36a UrhG) aufstellen.⁸⁹ Sie dienen dazu, die Angemessenheit der Vergütung gemäß § 32 UrhG zu bestimmen (§ 32 Abs. 2 S. 1 UrhG).

1. Stärkung der Verwertungsgesellschaften

Mit der Urheberrechtsnovelle werden Verwertungsgesellschaften erheblich gestärkt. Dies geschieht erstens dadurch, dass sie in mehr Bereichen Lizenzen vergeben dürfen als bisher. So wird etwa der Rechteerwerb für qualifizierte Weitersendendienste künftig zentral über Verwertungsgesellschaften erfolgen (§§ 20b, 87 UrhG). Zudem werden Verwertungsgesellschaften in deutlich größerem Umfang Nutzungsrechte an Werken von Außenseitern (künftig: Außenstehenden, § 7a VGG) einräumen, als dies bislang möglich war. Zuvor durften sie dies tun, wenn die Werke vergriffen waren. Nunmehr müssen repräsentative Verwertungsgesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen Rechte an nicht verfügbaren Werken von Außenstehenden einräumen (§§ 52–52e VGG).⁹⁰ Überdies dürfen sie Lizenzen an kommerziell erhältlichen Werken von Außenstehenden vergeben (§§ 51–51b VGG). All dies dient der Senkung von Transaktionskosten.

Zum Teil verfolgt der Gesetzgeber mit der Stärkung der Verwertungsgesellschaften aber andere Ziele. Mit der Neuregelung der Verlegerbeteiligung bezweckt der Gesetzgeber jedenfalls auch, die Existenz von Verwertungsgesellschaften sicherzustellen, die – wie die VG WORT – Rechte von Urhebern und Verlegern gemeinsam wahrnehmen.⁹¹ Vergütungsansprüche dürfen nur durch gemeinsame Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden (§ 63a UrhG). Um zugleich sicherzustellen, dass Urheber in solchen gemeinsamen Verwertungsgesellschaften nicht übervorteilt werden, müssen sie mindestens zwei Drittel der Einnahmen erhalten, wenn die Verwertungsgesellschaft keine andere Beteiligung festlegt (§ 27b Abs. 1 VGG, o. VII. 2.).

2. Stärkung von Urheber- und Verbrauchervereinigungen

Im Vertragsrecht werden die kollektiven Strukturen, die den Interessen der Urheber dienen, weiter gestärkt. Der Gesetzgeber setzt zusätzliche Anreize für Zusammenschlüsse von Urhebern, indem er bestimmt, dass sie sich bei Streitigkeiten über Vergütungs-, Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche durch Vereinigungen vertreten lassen dürfen (§ 32g UrhG). Auch der neu eingeführte Un-

terlassungsanspruch bei Nichterteilung von Auskünften steht nur Urhebervereinigungen zu (§ 36d UrhG). Eine parallele Norm findet sich im UrhDaG. Verbände, die nach § 3a UKlaG klageberechtigt sind, dürfen Unterlassungsklage erheben, wenn ein Diensteanbieter wiederholt fälschlicherweise erlaubte Nutzungen blockiert hat (§ 18 Abs. 6 UrhDaG). Damit erhalten auch Verbraucherverbände künftig zusätzliche Kompetenzen zur Rechtsdurchsetzung im Urheberrecht.

IX. Urheberrecht als Recht der digitalen Infrastruktur

In der Gesetzesbegründung der Urheberrechtsnovelle schreibt die Bundesregierung unter dem Punkt »Nachhaltigkeit«, dass dem Urheberrecht in einer pluralistischen Demokratie eine »Schlüsselposition« zukomme – insbesondere in der »digitalen und vernetzten Wissensgesellschaft«.⁹² Weil praktisch alle Inhalte urheber- bzw. leistungsschutzrechtlich geschützt sind, bestimmt das Urheberrecht in der Tat die Kommunikation in der digitalen Gesellschaft und hat eine immense Bedeutung für Meinungs- und Informationsfreiheit.⁹³ Selbst zentrale Infrastruktur wie der Betrieb von WLAN-Zugang wird durch das Urheberrecht reguliert.⁹⁴

Trotzdem fehlt ein grundlegender gesellschaftlicher Diskurs darüber, was das Urheberrecht leisten soll und wie sich Ausschließlichkeits- und Zugangsinteressen angemessen in Ausgleich bringen lassen. Die Politik hat diese Diskussion nicht angestoßen. Die Interessenvertreter scheinen daran auch kein Interesse zu haben. So bleiben die Debatten um das Urheberrecht unaufrichtig. Die klassischen Verwerter tragen den sympathischen, mittellosen Künstler vor sich her, die Plattformen den kreativen, ebenfalls mittellosen YouTuber (o. I.). Bisweilen erscheint es in der Presse so, als sei das Urheberrecht das Mittel der Wahl, um die europäische Hochkultur gegen die Piraten aus den USA zu verteidigen.

Wer in diesen Polemiken denkt, tut sich schwer, rechtliche Regelungen zu schaffen, die die Komplexität der Welt adäquat abbilden. Statt eine grundsätzliche Diskussion zu führen, haben wir in den vergangenen Monaten denn auch hitzige Streits über Detailfragen erlebt, etwa um den genauen Zuschnitt der Bagatellklausel des § 10 UrhDaG. Wiederum rächt es sich, dass wir nicht über ausreichend

⁸⁹ Gemeinsame Vergütungsregeln sind gegenüber Tarifverträgen subsidiär, vgl. § 36 Abs. 1 S. 3 UrhG.

⁹⁰ Dazu *de la Durantaye/Kuschel* ZUM 2021, 785.

⁹¹ Vgl. BT-Drs. 19/27426, 104.

⁹² BT-Drs. 19/27426, 59.

⁹³ Vgl. dazu auch *de la Durantaye/Grünberger et al.* GRUR 2020, 1176 (These 2).

⁹⁴ EuGH ZUM 2016, 965 – Mc Fadden.

empirische urheberrechtliche Forschung verfügen. Weil es wenig belastbare Daten dazu gibt, welche Regelungen welche Auswirkungen produzieren, werden Behauptungen aufgestellt und Prognosen getätigt, die sich eher gefühlsmäßig als durch harte Fakten widerlegen lassen.

Das BMJV hat sich redlich bemüht, einen fairen Ausgleich zu schaffen zwischen Ausschließlichkeitsinteressen und Interessen an Zugang bzw. Teilhabe. Die zuständigen Mitarbeiter hätten sich viel Arbeit und persönliche Anfeindungen ersparen können, wenn sie sich bei der Umsetzung der Richtlinie am Vorbild Frankreichs⁹⁵ orientiert und etwa Art. 17 DSM-RL Wesentlichen unverändert übernommen hätten.⁹⁶ So schützen die Schranken in § 5 UrhDaG und die Vermutungsregel des § 9 Abs. 2 UrhDaG die Netzkultur in gewissem Umfang. Insbesondere nutzergenerierte Inhalte werden privilegiert. Zitate, Karikaturen, Parodien und Pastiche sind auf Plattformen zustimmungsfrei, Zitate auch vergütungsfrei zulässig. Auch im UrhG werden Karikaturen, Parodien und Pastiche künftig explizit erwähnt (§ 51a UrhG).

Vor allem aber trägt das Gesetz den digitalen Formen der Wissensverteilung und -vermittlung Rechnung. Die gesetzlichen Erlaubnistatbestände für Text und Data Mining (§§ 44b, 60d UrhG), zum grenzüberschreitenden E-Learning (§§ 60a, 60b UrhG), zum Erhalt des kulturellen Erbes (§§ 60e, 60f UrhG), die Möglichkeit der Verwertungsgesellschaften, erweiterte kollektive Lizenzen zu vergeben (§§ 51, 52 ff. VGG), die Norm zu Reproduktionen gemeinfreier Werke (§ 68 UrhG) sowie die Entfristung der durch das UrhWissG geschaffenen Schranken (§ 142 UrhG) fördern

die digitale Verbreitung von Wissen. Viele dieser Normen sind unter dem Radar geflogen, weil die öffentliche Aufmerksamkeit so stark auf das UrhDaG konzentriert war.

X. Ergebnis

Das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts im digitalen Binnenmarkt ist trotz seiner handwerklichen Qualität kein »großer Wurf«. Es enthält kein kohärentes System; zahlreiche Fragen des »digitalen Urheberrechts« werden nicht behandelt, ja sie wurden trotz der »Politisierung« des Urheberrechts im Gesetzgebungsprozess nicht einmal gestellt. Der Gesetzgeber erwies sich mehr als reaktiv denn proaktiv. Gewisse Tendenzen, die sich schon vorher im Urheberrecht abgezeichnet haben, allen voran die Tendenz zur Prozeduralisierung und Kollektivierung, aber auch der Trend der weiteren Zurückdrängung von Marktlösungen und die Formalisierung des Urheberrechts, wurden verstärkt. Positiv fällt vor allem auf, dass etwa der Gedanke »techniksensibler« Regulierung berücksichtigt ist. Dessen ungeachtet wird am Ende mit mancher Regelung vermutlich niemand zufrieden sein (beim UrhDaG liegt das vielleicht auch in der Natur der Sache). Klar ist allemal: Für die Wissenschaft, aber auch die Rechtsprechung bleibt künftig genug zu tun. ◇

⁹⁵ Dazu Metzger/Pravemann ZUM 2021, 755.

⁹⁶ Ob der Aufwand, den das BMJV getrieben hat, womöglich sogar erforderlich war, um den Vorgaben der europäischen Grundrechte Rechnung zu tragen, wird sich erweisen, wenn der EuGH über die Nichtigkeitsklage entscheiden wird, die Polen gegen Art. 17 Abs. 4 lit. b und lit. c letzter Satzteil eingereicht hat, vgl. EuGH C-401/19 – Republik Polen/Europäisches Parlament & Rat der Europäischen Union.

Professor Dr. Albert Ingold*

Reichweite und Konsequenzen der föderalen Umsetzungsverantwortung im Rundfunkbeitragsfestsetzungsverfahren

Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 20.7.2021 – 1 BvR 2756/20, 2775/20 und 2777/20 (ZUM 2021, 940)

Nachdem einige Zeit rechtliche Auseinandersetzungen betreffend die Rundfunkbeitragspflicht debattenprägend waren, richtete sich infolge der verweigten Umsetzung einer vereinbarten Beitragserhöhung durch das Land Sachsen-Anhalt die Aufmerksamkeit jüngst auf die rundfunkrechtlichen Vorgaben für das Verfahren der Beitragsfestsetzung und es stellten sich folgende Fragen: Darf sich ein einzelnes Bundesland der Beitragsentscheidung verweigern? Und welche Konsequenzen erwachsen aus

einer solchen Abweichung? Das BVerfG hat mit der vorliegenden Entscheidung eine pragmatische Lösung präsentiert, deren normative Konstruktion allerdings mangels Tiefenschärfe keine überzeugenden Impulse zu setzen vermag.

* Der Verfasser ist Universitätsprofessor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbes. Kommunikationsrecht und Recht der Neuen Medien. Alle zitierten Internetquellen wurden letztmalig am 12.8.2021 abgerufen.