

N.P. Flehsig (Entwurf Stand 5.12.2017):

„500 Jahre Schutz des Werkschaffens - Sind wir für die Zukunft gerüstet?“

Vortrag gehalten aus Anlass des Symposiums der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen am Freitag, den 8. Dezember 2017

Der Titel dieses Essays soll daran erinnern, dass vor ca. 500 Jahren erst die Medienrevolution des mobilen Letterdrucks den Reformatoren es ermöglichte, ihre *confessiones*, *confutationes* und *protestationes* im deutschen Sprachraum zu vermitteln. Mit der Beförderung der Verbreitung sämtlicher nur denkbaren Druckerzeugnisse des Humanismus wurden auch nachfolgend die Aufklärung und Allgemeinbildung wesentlich befördert. Damit setzte sich allmählich im 16ten Jahrhundert auch das unternehmerische Bewusstsein durch, sich gegen Nachdruck zu schützen und dies mit Hilfe der Obrigkeit auch umsetzen zu können.¹

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Urheberrechts

Urheberrechtsschutz ist zunächst Ausdruck des Anspruchs auf Schutz des Geistigen Eigentums aus primärem Verfassungsrecht, Art. 14 GG. Diese grundgesetzliche Gewährleistung ist ein subjektives Individualrecht, kein bloßer Programmsatz, staatliche Verheißung oder Staatszielbestimmung, die nur kraft einfachgesetzlich konkreter Ausgestaltung normative Wirkung entfalten; als ein solches Beispiel eines konstitutiven Leitmotivs mag § 11 S. 2 UrhG angeführt werden, wonach eben dieser Rechtsschutz auch der angemessenen Vergütung dient.²

Dies schließt es für den Gesetzgeber nicht aus, beispielsweise Schrankenbestimmungen offener zu gestalten und den Gesetzgeber in die Pflicht zunehmen, wo dem Urheberrecht ein zeitgemäßeres, dem Fortschritt der Technik angemesseneres Verständnis des Urheberrechts als Eigentumsrecht zukommen muss.³ Schranken können deshalb ergebnisoffener formuliert sein und ihnen kann der Vorzug gegeben sein, wo die wirtschaftliche Partizipation am Erlös im Vordergrund steht.⁴

Das Urheberrecht ist eine Materie bundesrechtlicher Kompetenz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG, was es insbesondere dem Landesgesetzgeber nicht erlaubt, sich beispielsweise in gleicher Weise - etwa bei

¹ Zur Geschichte des Urheberrechts siehe Ludwig Gieseke: Die geschichtliche Entwicklung des Deutschen Urheberrechts, Göttingen 1957; ders.: Vom Privileg zum Urheberrecht. Die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, Baden-Baden 1995. m.w.N.; zuletzt N.P.Flehsig: Schottus adversus Egenolphum, MuR Verlag, Passau 2017, S.13 ff.; ders.: Ac publico Edicto cautum esse volumus, in: FS Martin Vogel: Kreativität und Charakter (2017), S. 21.

² Dieses Postulat der Gewährleistung einer angemessenen Vergütung für Werknutzungen hat seinen gesetzlichen Ausdruck in den urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen zur angemessenen Vergütung (§ 32 mit § 36 UrhG) und weiterer Beteiligung des Urhebers (§ 32a UrhG), in den Regelungen zur Vergütung für später bekannte Nutzungsarten (§ 32c UrhG) und in dem Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft (§ 32d und § 32e UrhG) wie im Recht zur anderweitigen Verwertung nach zehn Jahren bei pauschaler Vergütung (§ 40a UrhG) gefunden.

³ BVerfGE 31, 229 - Kirchen- und Schulbuchgebrauch.

⁴ Hierzu zuletzt Thomas Dreier: Wessen Interessen und Rechte betreffen die Schranken des UrhG? INTERGU-Tagung 2017.

der Neubestimmung der Bildungs- und Wissenschaftsschranke - zu betätigen.⁵ So muss die in § 44 Abs. 6 LHG Baden-Württemberg niedergelegte Befugnis zugunsten von Universitäten, Hochschullehrer durch Satzung zu verpflichten, das ihnen nach § 38 Abs. 4 UrhG zustehende Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für entsprechende wissenschaftliche Beiträge aufzuerlegen,⁶ als verfassungswidrig angesehen werden.

Mit Blick auf die Europäische Union gehört zu dessen gemeinschaftlichem Besitzstand, dem *Acquis Communautaire*, auch die „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ (Art. 6 Abs. 1 EUV), die verbindlich zu beachten ist.⁷ Binden die Grundrechte des Grundgesetzes unmittelbar die deutsche Staatsgewalt, gilt dies hinsichtlich der EU-Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 GRCh für die Organe der Union und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union, eingeschlossen die Behandlung des Geistigen Eigentums, das auch unional als Bestandteil desselben anerkannt ist.⁸ Erfasst sind hiervon mithin Richtlinien und Verordnungen,⁹ wie gegenwärtig die Bestrebungen um angemessene Bedingungen im digitalen Binnenmarkt. Hierzu zählen die Portabilität, also den beliebigen Zugriff auf Werke und Leistungen innerhalb der unionalen Grenzen und Leistungsschutzrechte für Verleger sowie Schutzrechte in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und

⁵ Vgl. Vorlagebeschluss des VGH Baden-Württemberg an das BVerfG v. 26.09.2017, 9 S 2056/16, mit dem zugleich das Normenkontrollverfahren gegen die Satzung der Antragsgegnerin ausgesetzt wurde. Die Satzung der Universität Konstanz (Antragsgegnerin; v.10.12.2015) hierzu verpflichtet in § 2 Abs.2 dazu, bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 38 Abs. 4 „die wissenschaftlichen Beiträge im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden, sind diese zwölf Monate nach Erstpublikation auf dem hochschuleigenen Repositorium öffentlich zugänglich zu machen.“

⁶ § 44 [LHG-BW - Personal]: (6) Die Hochschulen sollen die Angehörigen ihres wissenschaftlichen Personals durch Satzung verpflichten, das Recht auf nichtkommerzielle Zweitveröffentlichung nach einer Frist von einem Jahr nach Erstveröffentlichung für wissenschaftliche Beiträge wahrzunehmen, die im Rahmen der Dienstaufgaben entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen sind. Die Satzung regelt die Fälle, in denen von der Erfüllung der Pflicht nach Satz 1 ausnahmsweise abgesehen werden kann. Sie kann regeln, dass die Zweitveröffentlichung auf einem Repositorium nach § 28 Absatz 3 zu erfolgen hat.

⁷ Zur Wirkung des Unionsrechts auf das nationale Urheberrecht insbesondere v.Ungern-Sternberg, GRUR 2017, 217.

⁸ Erwägungsgrund 9 der InfoSoc-RL 2011/29/EG.

⁹ Hierzu Vorlagebeschluss des BGH NJW 2017, 3450 – Afghanistanpapiere an den EuGH zu der Frage, ob eine außerhalb der urheberrechtlichen Verwertungsbefugnisse und Schrankenbestimmungen angesiedelte allgemeine Interessenabwägung durch die Gerichte in Betracht kommt, weil sie in das vom Richtlinienggeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit bereits allgemein geregelte Verhältnis von Urheberrecht und Schrankenregelung übergreifen würde. Hiernach wäre der Eingriff in das Urheberrecht beispielsweise an militärischen Lageberichten nicht mit einem gesteigerten öffentlichen Interesse an deren Veröffentlichung zu rechtfertigen.

Hörfunkprogrammen.¹⁰ Dass hierzu auch Kernforderungen von Urhebern erhoben werden, versteht sich von selbst.¹¹

Solange die Europäische Union der EMRK nicht beigetreten ist, wird auch das Geistige Eigentum nur durch die in der EU-Grundrechtecharta garantierten Grundrechte geschützt.¹²

Hier soll nicht die Rede sein von den Gefahren, die in der digitalen, globalisierten Gesellschaft den grundrechtlich verbürgten Freiheiten des Einzelnen und seiner „eigenen“ öffentlichen Gewalt drohen. Auch soll nicht von der Gefahr gesprochen werden, die sogar von fremden Staaten und deren Organen und Einrichtungen ausgeht, die durch Überwachung und Verfolgung die private Persönlichkeitssphäre durch präventiven Einsatz der Onlinedurchsuchung in Frage stellen.¹³

II. Die Gefahr der Algorithmokratie

Soweit das Geistige Eigentum berührt ist - und nur diesem Grundrecht gehe ich hier nach - droht Gefahr u.a. durch hier wie dort ansässige, global operierende private Unternehmen als Anbieter digitaler Dienste, gemeinhin als Intermediäre bezeichnet.¹⁴ Diese erheben nicht nur Big Data in ungeahnter Größenordnung, speichern und vermarkten diese in einer für das betroffene Individuum gar nicht erkennbaren Weise. Sie bedienen sich hierbei, durchaus auch notwendig verfahrensimmanent der Werk- und Leistungsschutzrechte des Menschen. Nicht immer ungefragt, aber oftmals willkürlich und ohne Belohnung, und dies weltweit. Dabei wird vielfach die Authentizität und Integrität der elektronischen Werkträger und damit das Werk in Frage gestellt, wie von Renate Schaub mit Blick auf die Haftung im Internet deutlich wurde.¹⁵

Digitale Dienste lösen aber auch den haptischen Bücher- wie Zeitungs- und Zeitschriftenmarkt mehr und mehr ab. Klassische Urheber scheinen ebenso zu verschwinden wie tradierte Geschäftsmodelle.¹⁶

Das Streamen hat das Kino endgültig abgelöst und der Live-Stream ist nichts anderes zulassungspflichtiger Rundfunk.¹⁷ Die Privatkopie der Musikaufnahme ist ebenfalls dem beliebigen online-Zugriff gewichen.

¹⁰ Hierzu Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14.9.2016 COM(2016) 593 final und Vorschlag für eine Verordnung mit Vorschriften für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen COM(2016) 594 mit Begründungen COM(2016)595 und 596. Hierzu ferner die STUDY for the JURI committee Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive des EU-Parlaments, PE 596.810- September 2017.

¹¹ Vgl. etwa die Forderungen der Autorinnen- und Autorenallianz (AAAE) an die Europäische Kommission und die Mitgliedsstaaten vom 17. Oktober 2017 - <https://vs.verdi.de/recht-urheber/aktuelles>.

¹² Zuletzt EuGH – Massimo Orsi, U.v. 5.4.2017 - C-217/15 Rn. 15 mwN.

¹³ Siehe hierzu zuletzt Hans-Jürgen Papier: Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3305.

¹⁴ Hierzu den Bericht der AG Intermediäre der Bund-Länder-Kommission der ALM: Überlegungen der Medienanstalten zur Regulierung von Intermediären; ferner der Digitalisierungsbericht 2017: Aufgedrängte Bereicherung: Braucht Vielfalt Privilegierung? herausgegeben von die medienanstalten – ALM.

¹⁵ Renate Schaub, Juristische Fakultät, Ruhr-Universität Bochum: Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, Vortrag auf dem Symposium der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen am 8.12.2017.

¹⁶ Ob dem „Mehr digitale Marketing für das analoge Buch“ (FAZ vom 13.10.2017, S. 21) abhelfen kann, darf bezweifelt werden.

„Journalisten“ - was immer das im Zeitalter der Wissensgesellschaft noch sein mag - , haben schon lange den heeren Boden der Aufklärung des 17ten und 18ten Jahrhunderts verlassen. Nicht Informationen als Tatsachen werden erkennbar verbreitet. Vielmehr bieten organisierte wie nicht organisierte soziale Netzwerke mittels allgegenwärtiger, jedermann möglicher, digital gestreamter Aussendung weitgehend persönlicher Meinungsbildung die Grundlage der vermeintlichen stimmigen Orientierung. Ihre Informationen tragen zur Herausbildung von „Filterblasen“ und „Echokammern“ bei.¹⁸

Das führt im Ergebnis zu Desinformation und noch schlimmer zu irreführender Verführung. Der Ruf nach Wahrheit und Integrität wie nach Verlässlichkeit dessen, was das Leben formt, nämlich Sprachwerke als Träger jeglicher Kommunikation, erstarkt.

Das war vor 500 Jahren im Zeitalter des Mannes des zweiten Jahrtausends nicht grundsätzlich anders: Auch Johannes Gutenberg war dem **Algorithmus** logischer Verwendung von Buchstaben verpflichtet. Sein mobiler Letterdruck folgte damals wie heute einer eindeutigen definierten Handlungsvorschrift zur Lösung des Problems einfacher und massenhafter, aus endlich vielen, wohldefinierten Einzelschritten hergestellter Informationswerke. Die Druckerpresse als „fordistische Maschine avant la lettre“¹⁹, die es erlaubte, beliebige Produkte in kapital- und technikintensiven, arbeitsteiligen Prozessen in großen Stückzahlen für überregionale Märkte zu produzieren. Der Unterschied zu Gutenbergs revolutionierender Technik der intellektuellen wie künstlerischen Artikulation²⁰ liegt in der heutigen digital-fordistischen Kulturindustrie, in der wenige Produzenten weitgehend identische Produkte für einen riesigen Massenmarkt schaffen, schlichtweg nur darin, dass heute Anweisungen zu bestimmtem Handeln in Computerprogramme implementiert sind, die dem menschlichen Sprachwerk entsprechen.

Dies gilt unabhängig davon, dass hierbei in digitaler Stummelsprache und der Verwendung unverständlicher, kryptischer Kürzel sowie mit überbordender Adaption des Englischen gearbeitet wird:

Die Beherrschung unseres alltäglichen Lebens durch Rechenoperationen, eben Algorithmen, kann prägnant mit **Algorithmokratie** bezeichnet werden, weil wir hiervon offensichtlich beherrscht werden.

Die Darstellung von Werk-Informationen erfolgt durch bestimmte Zeichenfolgen aus einem vereinbarten Zeichenvorrat, der bei digitalem, binärem Ausdruck nur zwei Zeichen umfasst: 0 und 1 (Bit). Durch einen Befehl „*on demand*“ wird auf eben diese Anforderung hin ein bestimmtes Ergebnis bewirkt, ein Problem gelöst, was die bisher bekannte analoge Welt so einfach nicht kannte. Die Veränderungen unserer Welt sind deshalb wahrlich ungeheuerlich. Für das Geistige Eigentum und damit insbesondere das Werk stellt dies eine ebenso große Verletzungsgefahr dar, welche die zweifelsfrei auch bestehenden Chancen auf Prosperität doch überwiegt.

¹⁷ IUM-Nachrichten v.21.11.2017: Rundfunkzulassung für Live-Streaming-Kanäle, <http://www.urheberrecht.org/news/5956/>.

¹⁸ Andreas Voßkuhle: Demokratie und Populismus, FAZ 23.11.2017, S. 3.

¹⁹ Felix Stalder: Jenseits des Urheberrechts - Der Niedergang der fordistischen Kulturindustrien, <http://eipcp.net/policies/stalder/de>, abgerufen am 17.10.2017.

²⁰ Diese Erfindung nahm der Straßburger Drucker Johannes Mentelin nicht ganz zu Unrecht auch als Primus Typographicus im 15ten Jahrhundert für sich in Anspruch, siehe hierzu N.P.Flehsig (Fn. 1), S. 13 ff.

III. Digitalität der Gegenwart

Diese realen Entwicklungen unserer Gesellschaft in der „*Digital – ität*“, diese Wortschöpfung verstanden als prägnante, zusammengesetzte Bezeichnung der „**digitalen Realität**“, werfen auch die Frage um die Geltungskraft des Grundrechts auf monistisches Eigentum: Verwertungsrechte und Schutz der Persönlichkeit nach Art. 14 mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf.

Die Schutzanforderungen betreffend die informationelle Selbstbestimmung und Vertraulichkeit sowie Integrität informationstechnischer Systeme oder an das Telekommunikationsgeheimnis darf aber das Geistige Eigentum auch nicht vernachlässigen.

Die zu beobachtenden digitalen Veränderungen führen zu einer neuen Form von Kultur, eben der Digitalität, die mit Felix Stalder²¹ als ein Dreiklang verstanden werden kann, bestehend aus:

„Referentialität“ als die unendlich erscheinenden Formen der Art und Weise der Bezugnahme, des „Zurücktragens“, „auf etwas zurückführen“ oder sich "auf eine Sache beziehen";

„Gemeinschaftlichkeit“, in der alle Teil haben und allen alles gehört;

„Algorithmizität“, in der immer mehr Menschen, wie oben gesehen, auf immer mehr Feldern und mithilfe immer komplexerer Techniken sich am kulturellen Austausch beteiligen, indem sie auf die Herausforderungen einer chaotisch anmutenden, überbordenden Informationssphäre reagieren und damit zu deren weiterer Ausbreitung beitragen.

Diese digitale Realität, also Digitalität bringt alte kulturelle Ordnungen ins Wanken und neue sind bereits deutlich auszumachen, wenn Denkvorgänge und diesbezügliche Gewohnheiten sich durch Digitalisierung ebenso deutlich verändern. Digitalisierung soll zwar die Arbeit leichter machen, sie macht aber auch krank und stellt damit auch neue Anforderungen an das Arbeitsrecht. Wie durch Studien belegt ist, haben psychische Erkrankungen aufgrund der veränderten Arbeitswelt rasant zugenommen.²²

Als weiteres Beispiel für die Veränderungen der Welt sei der tägliche, vielzählige und schier unverzichtbare Griff zum Smartphone erwähnt, das nicht nur nebenbei jedermann ebenso häufig zum künstlerischen Fotografieren erhebt. Und bei Verlust desselben droht die neue medizinische Krankheit *Nomophobia*: „*Fear of being out of cellular phone contact*“.²³ Der Akku ist leer oder man hat sein Telefon verloren, man ist hilflos. Der Finder hat keinen Anspruch auf Freischaltung.²⁴

Im hier interessierenden Zusammenhang ist mithin der Diskurs über Digitalität immer auch mit Blick auf seine Auswirkungen zum Schutz des geistigen Eigentums zu führen.

²¹ Felix Stalder: *Kultur der Digitalität*, Edition Suhrkamp, Berlin 2016.

²² Siehe hierzu ARD-Monitor vom 2.11.2017: Stets verfügbar: Wie Digitalisierung krank macht. <http://www.ardmediathek.de/tv/Monitor/Stets-verf%25C3%25BCgbar-Wie-Digitalisierung-kra/Das-Erste/Video?bcastId=438224&documentId=47331532>.

²³ Charlie D'Agata *Nomophobia: Fear of being without your cell phone*. CBS News. April 3, 2008; <https://web.archive.org/web/20080412042610/http://www.wsbt.com/news/health/17263604.htm>

²⁴ AG München Urt. v. 24.07.2017, Az. 213 C 7386/17; Tatbestand: Ein gefundenes Apple iPhone wurde umgehend im Fundbüro abgegeben. Nachdem sich der Verlierer nicht gemeldet hatte, wurde der Finder nach Ablauf von sechs Monaten rechtmäßiger Eigentümer des Mobiltelefons, § 973 Abs.1 BGB. Nach Auffassung des AG erlauben datenschutzrechtliche Belange keine Freischaltung.

Dabei darf der Begriff der Digitalität nicht nur technisch verstanden werden. Die in dieser kulturellen Welt neu aufscheinenden Umgangsformen analoger wie digitaler Art mit kulturellem Geisteswerk müssen die Auswirkungen hierauf konkret erkennen und unzulässige Verwertungen aufdecken, um den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz zu gewährleisten: *Fine Tuning on Copyright* ist mehr denn je gefordert.

Mit diesem Verständnis ist die Kultur der Digitalität ein Nutzungsraum, in welchem die individuellen digitalen Verwertungshandlungen ihre jeweilige Zulässigkeit vor dem geltenden Recht behaupten müssen und das Recht in verfassungsrechtlich konformer Weise gegebenenfalls und entsprechend rechtsfortbildend anzupassen ist. Dies schließt Verfassungsänderungen nicht aus, wenn dies der menschliche Umgang miteinander in diesem kulturellen Neuraum gebietet. Die Beachtung dieser Anforderung bestimmt, ob der Schutz des Geistigen Eigentums auch zukünftig noch gewährleistet ist.

Urheberrechtliches Eigentum darf also auch in der Kultur der Digitalität seine verfassungsrechtlich national wie unional und international gewährleistete Schöpfungs- und Wirkungskraft sowie deren Schutz nicht einbüßen. Deshalb dürfen entsprechende sekundäre Urheberrechtsschutznormen auch nicht alleine nach praktikablen Gesichtspunkten gestaltet werden, nur weil sie sich als politisch mehrheitlich durchsetzbar gestalten lassen, oder ökonomisch so gewollt oder weil sie technisch so oder so am einfachsten durchsetzbar sind. Der Schutz muss gewährleisten, dass – wie schon vor 500 Jahren durch kaiserliche Verordnung verfügt²⁵ - auch heute jedermann den schöpferischen Leistungsschutz beachtet und erfüllt.

Die Macht der Algorithmen, die Algorithmokratie darf nicht zur Ohnmacht des Rechts führen.²⁶ Gemäß der altrömischen Maxime: *Hominum causa omne ius constitutum sit* - muss alles Recht um des Menschen willen gesetzt sein. Das gilt auch und insbesondere für die schützenswerten Emanationen des menschlichen Geistes: sein Werkschaffen.

IV. Aktuelle normative Anpassungen in der Wissensgesellschaft

Mit dem Urheberrechtswissenschaftler-Gesetz vom 1.9.2017, welches erst am 1.3.2018 in Kraft treten wird,²⁷ hat der Gesetzgeber erklärtermaßen selbst eingestanden, dass das digitale Umfeld sich seit der Informationsrichtlinie aus dem Jahre 2001²⁸ erheblich geändert hat,²⁹ „ohne dass die gesetzlich

²⁵ Zur diesbezüglichen Gewährleistung im Rahmen eines ediktalischen privilegium impressorium beispielsweise durch die kaiserliche Verlautbarung Kaiser Karl V. vom 14. September 1535 zum Schutze der Autorenrechte des kaiserlichen Sekretärs Jakob Spiegel siehe N.P.Flechsig: *Ac publico Edicto cautum esse volumus*, Festschrift für Martin Vogel, 2017, Verlag Dr. Kovacz, Hamburg 2017, S. 21. Dieses Privileg formuliert u.a.: *ut hoc nostrum Privilegium et Edictum inviolabiliter observent, et adimpleant, & servandum current* - dass jedermann dieses kaiserliche Privileg und diese öffentliche Bekanntmachung nicht verletzen dürfe, sondern zu beachten und zu erfüllen habe.

²⁶ Boehme-Neßler: Die Macht der Algorithmen und die Ohnmacht des Rechts, NJW 2017, 3031.

²⁷ Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissenschaftler-Gesetz - UrhWissG), BGBl. 2017 I, S. 3346, Art. 4. Hierzu auch Schack, ZUM 2017, 802.

²⁸ InfoSoc 2001/29/EG.

²⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissenschaftler-Gesetz – UrhWissG), vom 15.5.2017, BT-Drs. 18/12329, S. 2: „Zugleich haben Digitalisierung und Vernetzung die Möglichkeiten der Schaffung, Verbreitung und die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte verändert. Diesen Veränderungen werden die bestehenden Schrankenbestimmungen für

erlaubten Nutzungen angepasst worden wären.“³⁰ Anpassungsnotwendigkeiten wurden insbesondere im Bereich der sogenannten Schrankenrechte gesehen, die zukünftig im Abschnitt 6 als „Schranken des Urheberrechts durch gesetzlich erlaubte Nutzungen“ übertitelt sind.³¹ Neben redaktionellen Anpassungen wurden insbesondere in „Unterabschnitt 4: Gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen“ eingefügt, sowie in „Unterabschnitt 5: Besondere gesetzlich erlaubte Nutzungen verwaister Werke“ gefasst und in „Unterabschnitt 6: Gemeinsame Vorschriften für gesetzlich erlaubte Nutzungen“ angepasst. Georg Sandberger hat zur Wissenschaftsschranke und damit zur Reform des Urheberrechts in der Wissensgesellschaft ausführlich ausgeführt.³²

Für das Verständnis dessen, was wir unter Wissensgesellschaft verstehen, sind die Auswahl des Nützlichen und die Fähigkeiten zum Aushalten von Ambivalenzen und Unsicherheiten entscheidend. Die Gestaltung des Zugangs zu Wissen und der fehlerfreundliche Umgang mit dem Nichtwissen bestimmen das Niveau und die Güte des Daseins in der digitalen Realität, der Digitalität.³³ Dabei gilt, dass die Wissensgesellschaft eine Perspektive auszeichnet, die auf den Willen und die Befähigung der Menschen zu selbstbestimmtem Wissen setzt.³⁴

Als ein Beispiel längst überfälliger und notwendig zu klärender Gesetzesanpassungen ist die normative Regelung zugunsten der Wissenschaft und Forschung mit Bezug auf Datenerhebung hervorzuheben, die Gesetz geworden (!), aber erst in späterer Zeit im Jahre 2018 anzuwenden ist.

1. Text und Data Mining

Der in § 60d Abs. 1 UrhG gewählte englischsprachige Begriff³⁵ ist verfehlt, weil nicht der Abbau von Daten, sondern seine Gewinnung in Frage stehen. Insoweit hierunter die systematische Anwendung statistischer Methoden auf große Datenbestände mit dem Ziel verstanden wird, den Inhalt großer Datenmengen zu erkennen und diese Datenbestände wegen ihrer Größe mittels computergestützter Methoden zu verarbeiten, geht es im Prinzip um „*Knowledge Discovery in Databases*“. Werden hierbei Werke und Werkwiedergabeleistungen beansprucht, dann steht auch das Königsrecht des Urhebers, das Vervielfältigungsrecht in Frage.³⁶ War dies bislang umstritten, weil die automatisierte

Wissenschaft und Unterricht, die sich teilweise an „analogen“ Nutzungen orientieren, nicht mehr vollständig gerecht: Zeitgemäßer Gebrauch, der das Potenzial der modernen Wissensgesellschaft ausschöpfen würde, unterbleibt daher teilweise oder aber er geschieht rechtswidrig – zugleich zum Nachteil auch der Rechtsinhaber, die weder bei der unterbliebenen noch bei einer rechtswidrigen Nutzung eine Vergütung erhalten.“

³⁰ RegE BT-Drs 18/12329 (Fn. 29), S. 1; s.a. BT-Drs. 18/12378 sowie Gesetzesbeschluss BT-Drs. 535/17 vom 30.6.2017.

³¹ UrhWissGesellschaftsG (Fn. 27), Art. 1 Ziff. 1.

³² Georg Sandberger: Wissenschaftsschranke - Zur Reform des Urheberrechts in der Wissensgesellschaft, Vortrag gehalten auf dem Symposium der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls-Universität Tübingen am 8.12.2017.

³³ N.P.Flechsig: Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, in ZGE 2011, Bd. 3, S. 1 [3].

³⁴ N.P. Flechsig: Urheberrecht in der Wissensgesellschaft, ZRP 2004, 249 [251].

³⁵ Der Begriff geht auf die von der Europäischen Kommission im Jahre 2016 vorgeschlagene separate Schranke zurück, COM(2016) 593 final, Vorschlag für Artikel 3 CDSM-UrhR-RL zurück. Zu den Rechtsgrundlagen allgemein siehe RegE BT-Drs. 18/12329 [29], S. 40.

³⁶ RegE BT-Drs. 18/12329 (Fn. 29), S. 22: Die Reform regelt erstmals das Text und Data Mining, bei dem eine Vielzahl von Texten, Daten, Bildern und sonstigen Materialien ausgewertet werden, um so neue Erkenntnisse zu gewinnen. Die Vorschrift erlaubt insbesondere die mit dieser Methode

Auswertung selbst, der Kern des sogenannten Text und Data Mining, eigentlich keine urheberrechtlich relevante Handlung erfasst, wurde dies nunmehr jedenfalls insoweit gesetzlich klar und frei gestellt, als Inhalte in Frage stehen, die urheber- oder leistungsschutzrechtlich geschützt sind, wie etwa wissenschaftliche Fachartikel, Lichtbilder und Datenbankwerke, soweit diese vervielfältigt oder öffentlich zugänglich gemacht sind und deren Verwendung mithin erlaubnispflichtig ist. Steht eine Entnahme wesentlicher Teile von Inhalten aus geschützten Datenbanken in Frage, gilt Entsprechendes.

a) Erlaubnistatbestand

Die Vorschrift des § 60d mit dem schlagwortartigen Titel: Text und Data Mining ermöglicht es nunmehr, auf gesetzlicher Grundlage Werke mit Inhalten aller Art automatisiert auszuwerten, z. B. solche mit Texten, Daten, Bildern, Tönen oder audiovisuellen Inhalten, um damit nichtkommerzielle wissenschaftliche Forschung zu betreiben, § 60d Abs. 1 UrhG.³⁷ Der Nutzer darf hierbei erklärtermaßen keine kommerziellen Zwecke verfolgen. Die Regelung hat keinen Vorläufer im bisherigen deutschen Recht.³⁸

Rechtsgrundlagen für diese unbedingt notwendige Bestimmung sind mit Blick auf urheberrechtlich relevante Handlungen Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL 2001/29/EG, Art. 10 Abs. 1 lit. d) Vermiet- und Verleih-RL 2006/115/EG sowie Art. 6 Abs. 2 lit. b) und Art. 9 lit. b) der Datenbanken-RL 96/9/EG.³⁹ Der Gesetzgeber hat hierzu in seiner Begründung darauf hingewiesen, dass für den Fall der Einführung einer separaten Schranke im europäischen Kontext⁴⁰ § 60d UrhG soweit erforderlich zupassen wäre.

b) Klarstellung bezüglich benutzter Inhalte in Datenbankwerken oder Datenbanken

Liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Rahmen der Nutzung von Datenbankwerke nach Maßgabe des Absatzes 1 vor, so gilt dies als übliche Benutzung nach § 55a S. 1 UrhG: Werden unwesentliche Teile von Datenbanken nach Maßgabe des Absatzes 1 genutzt, so gilt dies mit der normalen Auswertung der Datenbank sowie mit den berechtigten Interessen des Datenbankherstellers im Sinne von § 87b Absatz 1 Satz 2 und § 87e als vereinbart.

c) Zur Aufbewahrung der Inhalte

einhergehenden Vervielfältigungen, sofern diese in urheberrechtlich relevanter Weise das Vervielfältigungsrecht berühren, sowie die Aufbewahrung der ausgewerteten Materialien, insbesondere zur nachträglichen Überprüfung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards.

³⁷ „(1) Um eine Vielzahl von Werken (Ursprungsmaterial) für die wissenschaftliche Forschung automatisiert auszuwerten, ist es zulässig, 1. das Ursprungsmaterial auch automatisiert und systematisch zu vervielfältigen, um daraus insbesondere durch Normalisierung, Strukturierung und Kategorisierung ein auszuwertendes Korpus zu erstellen, und 2. das Korpus einem bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für die gemeinsame wissenschaftliche Forschung sowie einzelnen Dritten zur Überprüfung der Qualität wissenschaftlicher Forschung öffentlich zugänglich zu machen. Der Nutzer darf hierbei nur nicht kommerzielle Zwecke verfolgen.“

³⁸ RegE BT-Drs. 18/12329 (Fn. 29), S. 40.

³⁹ RegE BT-Drs. 18/12329 (Fn. 29), S. 40

⁴⁰ Vgl. COM(2016) 593 final, Vorschlag der EU-Kommission für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 14.9.2016, Art. 3 CDSM-UrhR-RL-E: Text- und Data-Mining.

Das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials sind gemäß Abs. 3 nach Abschluss der Forschungsarbeiten in Beziehung auf die Datenbanken zu löschen; die öffentliche Zugänglichmachung ist zu beenden. Zulässig ist es jedoch, das Korpus und die Vervielfältigungen des Ursprungsmaterials Bibliotheken nach § 60e UrhG und Archive, Museen und Bildungseinrichtungen nach § 60f UrhG zur dauerhaften Aufbewahrung zu übermitteln, § 60d Abs. 3 UrhG.

d) Rechtmäßige Innehabung der Ursprungsmaterialien

Mit der Bestimmung des § 60d UrhG ist kein Anspruch auf Zugang zu geschütztem Ursprungsmaterial verbunden; dieses muss erworben sein, was der Gesetzgeber vorausgesetzt hat. Sind beispielsweise im Bestand einer Institutsbibliothek vorhandene Texte vorhanden oder werden diese über Fernleihe beschafft, eingescannt und durchsuchbar zu machen, um so das sogenannte Text und DataMining durchzuführen, sind diese Materialien mithin rechtmäßig beschafft. Gleiches gilt, wenn digitales Ursprungsmaterial, verwendet wird, welches durch den Rechtsinhaber im Internet jedermann zur Verfügung gestellt wird. Dabei ist aber zu beachten, dass etwaige vom Rechtsinhaber eingesetzte technische Schutzmaßnahmen wegen § 95b Absatz 3 UrhG nicht umgangen werden dürfen.

e) Vergütungspflicht.

Die Nutzung ist gemäß § 60h Abs. 1 S. 1 UrhG zu vergüten,⁴¹ wobei der Anspruch nach dessen Abs. 4 nur durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommen werden kann.

2. Divergierende Interessen und offene Ziele

Vorstehendes Beispiel aktueller Gesetzesanpassung zeigt, dass Widersprüche nicht auszuschließen sind, wie auch Axel-Arthur Wandtke⁴² zutreffend bemerkt.

Dargestellt wird dies u.a. an dem sehr fragwürdigen Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens und der zeitlichen Befristung eben dieses Urheberwissengesellschaftsgesetzes⁴³ – einem Gesetz mit Verfallsdatum.

Mit § 142 Abs. 1 UrhG ist die Bundesregierung verpflichtet, vier Jahre nach Inkrafttreten des Urheberrechts-Wissengesellschafts-Gesetzes dem Deutschen Bundestag Bericht über die Auswirkungen des Teils 1 Abschnitt 6 Unterabschnitt 4: Gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen zu erteilen.

Zusätzlich ist verfügt, dass nach Abs. 2 der gesamte Teil 1 Abschnitt 6 Unterabschnitt 4: Gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen ab dem 1. März 2023 nicht mehr anzuwenden ist! War eine solche Befristung expressis verbis im ursprünglichen Gesetzentwurf nicht vorgesehen,⁴⁴ wurde diese bis zum 28.2.2023 aufgrund der Behandlung im Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages bestimmt.⁴⁵ Dies mit der lapidaren Begründung, dass die neuen zentralen Bestimmungen über gesetzlich erlaubte Nutzungen für Unterricht,

⁴¹ § 60h UrhG Angemessene Vergütung der gesetzlich erlaubten Nutzungen: (1) Für Nutzungen nach Maßgabe dieses Unterabschnitts hat der Urheber Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung.

⁴² Artur A.Wandtke: Urheberrecht in der Reform oder wohin steuert das Urheberrecht? MMR 2017, 367.

⁴³ Nicht Urheberwissenschaftsgesellschaftsgesetz, siehe oben Fn. 27.

⁴⁴ RegE BT-Drs. 18/12329 (Fn. 29), S. 31.

⁴⁵ BT-Dr. 18/13014, Beschlüsse des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 28.6.2017, S. 22.

Wissenschaft und Institutionen fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Reform nicht mehr anzuwenden sind, weil der Gesetzgeber auf der Grundlage der nach § 142 Abs. 1 UrhG durchzuführenden Evaluierung über das weitere Prozedere entscheiden könne.⁴⁶ Überzeugend ist das nicht. So bleibt beispielsweise völlig offen, ob die Bestimmungen zur Aufbewahrung der Inhalte aus Data Mining, § 60d Abs. 3 UrhG, danach zur Rechtswidrigkeit eben dieser Aufbewahrung führen. Es sind deshalb Zweifel angebracht, ob der Gesetzgeber ernsthaft die Notwendigkeit der Gewährleistung eines zukunftsfähigen Urheberrechts im Auge hat.

Unverständlich ist auch der in Art. 4 des UrhWissG bestimmte Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens erst zum 1.3.2018.

Wenn hierzu geltend gemacht wird, die großzügige Übergangszeit solle allen Beteiligten ausreichend Zeit geben, bestehende Lizenz-, Gesamt- und Rahmenverträge sowie Tarife zu überprüfen und insbesondere für die Hochschulen und Verwertungsgesellschaften zum Beginn des Sommersemesters 2018 Rechtssicherheit für die digitalen Semesterapparate geben,⁴⁷ vermag dies nicht zu überzeugen.

V. Konkrete Anpassungsnotwendigkeiten des Urheberrechts der Zukunft

Fragen des Urheberrechts sind solche des internationalen Verständnisses. Die im Jahre 1967 gegründete Unterorganisation der UNO, die World Intellectual Property Organization (WIPO) mit heute 191 Mitgliedstaaten⁴⁸ ist mit ihrer Zielsetzung Beleg dafür, dass ganz allgemein Innovation und Kreativität alle Menschen dieser Erde angehen, weil die Entwicklung eines ausgewogenen und effektiven internationalen Schutzes des Geistigen Eigentums – modern der „intellectual property“ (IP)⁴⁹ – nicht mehr national zu denken und zu lösen sind.

Der nachfolgende Weckruf soll unbeschadet der sehr wohl gesehenen unionalen⁵⁰ wie internationalen Bindungen⁵¹ an folgenden nationalen Begriffen und Tatbestandsvoraussetzungen des Urheberrechtsschutzes beispielhaft verdeutlicht werden.⁵² Dies in der Hoffnung, dass der kurze Atem

⁴⁶ BT-Drs. 18/13014 (Fn. 45), S. 31.

⁴⁷ BT-Drs. 18/12329 (Fn. 29), S. 52.

⁴⁸ Von den Vereinten Nationen ist die volle völkerrechtliche Staatsqualität bei 195 Staaten anerkannt, darunter sind 193 Mitglieder der Vereinten Nationen. <http://www.un.org/en/member-states/index.html>.

⁴⁹ Inside WIPO: "Our mission is to lead the development of a balanced and effective international intellectual property (IP) system that enables innovation and creativity for the benefit of all. Our mandate, governing bodies and procedures are set out in the WIPO Convention." - Siehe <http://www.wipo.int/about-wipo/en>.

⁵⁰ Hierzu sind das primäre und sekundäre europäische Recht der im Bereich des Geistigen Eigentums erlassenen Richtlinien seit dem Jahre 1989, ausgehend mit der Richtlinie 1989/552/EWG vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, zu erwähnen.

⁵¹ Hier sollen nur beispielhaft die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) vom 9.9.1886, der WIPO-Urheberrechtsvertrag vom 20. Dezember 1996 einschließlich der Vereinbarten Erklärungen vom selben Tage, der WIPO-Vertrag vom 20. Dezember 1996 über Darbietungen und Tonträger einschließlich der Vereinbarten Erklärungen vom selben Tage, der WIPO Beijing Treaty on audiovisual Performances vom 26.6.2012, und der Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled vom 27.6.2013 erwähnt werden.

⁵² Zur Notwendigkeit diesbezüglich nationalen Nachdenkens beispielhaft zur Schutzdauer Albrecht Bischoffshausen: Die ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist. Analyse der Schutzfrist de lege lata und de lege ferenda aus historischer, dogmatischer und rechtsökonomischer Sicht. Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht Bd. 57, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013, mit Besprechung N.P.Flehsig in: ZUM 2014, 626.

unserer Aufmerksamkeit es uns erlaubt, auf die epochale Verschiebung in der Digitalität angemessen zu reagieren.

1. Die Wende vom Wort zum Bild

Die ständig fortschreitende Dematerialisierung unserer Gegenwart führt auch zu einer Neuverteilung der Welt.⁵³ Dies wird maßgeblich dadurch bewirkt, dass immer mehr Bilder das Wort ersetzen. Manche sprechen von *pictorial turn*⁵⁴, andere von *iconic turn*⁵⁵. Eine Zeitenwende ist seit dem ersten Smartphone von Steve Jobs im Jahre 2007 eingeleitet worden. **Fotologisch** – ich verwende diesen Begriff in korrekter Unterscheidung zwischen der Ikonographie eines Werkes der bildenden Kunst, auch nicht zu verwechseln mit dem Bildnis des abgebildeten Menschen nach § 22 KUG einerseits und der Fotografie und Lichtbild als eigenständigem Werk oder Leistung andererseits - in Anlehnung an Erwin Panofsky den **Bedeutungssinn** der fotografischen Festhaltung erfassend⁵⁶ hat das Lichtbild den Text weitgehend ersetzt, seitdem das Bildliche immer mehr das Textliche zu verdrängen und zu überfluten begann. Das Lichtbild drängt seitdem als mit-ordnendes Zentrum immer mehr in unser Leben.

Diese Wende in der Ausdrucksform ist nicht nur in der geplanten Telemedizin zum E-Health-Gesetz⁵⁷, in der Mathematik⁵⁸ oder Technik⁵⁹ erfolgt. Auch in der Rechtswissenschaft ist im Lichte der Digitalität mit der Visualisierung eine Relativierung der Schrift zu verzeichnen.⁶⁰ Hierzu gehören auch die neuen, am 18. April 2018 in Kraft tretenden Bestimmungen zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit im Gerichtsverfahren.⁶¹

⁵³ Karl-Heinz Land: Dematerialisierung - Die Neuverteilung der Welt in Zeiten des digitalen Darwinismus, FutureVisionPress e.K., 2015.

⁵⁴ W.J.Thomas Mitchell: Picture Theory, Essays on verbal and visual representation, 1994, S. 5: *What makes for the sense of a pictorial turn, then, is not that we have some powerful account of visual representation that is dictating the terms of cultural theory, but that pictures form a point of peculiar friction and discomfort across a broad range of intellectual inquiry.* Gottfried Boehm: Iconic Turn. Ein Brief, in: Belting (Hrsg.): Bilderfragen. Die Bildwissenschaften im Aufbruch. München 2007, S. 27–36.

⁵⁵ Doris Bachmann-Medick: Gegen Worte – Was heißt ›Iconic/Visual Turn‹? In Gegenworte, herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Heft 20, 2008, Dossier 1.

⁵⁶ Erwin Panofsky, der die Ikonologie als einen Teil der Interpretation spezifizierte: der präikonographischen, ikonographischen und ikonologischen Analyse. Hierbei unterschied er die drei Ebenen Phänomensinn, Bedeutungssinn und Dokumentsinn. Siehe E. Panofsky: Ikonographie und Ikonologie. In: Ekkehard Kaemmerling (Hrsg.): Bildende Kunst als Zeichensystem. Ikonographie und Ikonologie. Band 1: Theorien – Entwicklung – Probleme. Böhlau Verlag, Köln 1994, S. 207–225.

⁵⁷ Frank Rösl: Visuelle Evidenz in der Biomedizin, in Gegenworte (Fn. 55), Dossier 2. - In der kommenden Legislaturperiode, also ab 2018, soll das E-Health-Gesetz (Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen v.4.12.2015, hierzu BT-Drs. 18/11870) ergänzt werden. Zentrale Punkte sind die elektronische Patientenakte sowie eine Kostenerstattung für die Einrichtung der Telematik-Infrastruktur. S.a. Rehmann, E-Health – Telemonitoring und Telemedizin, A&R 2017, 153. Siehe auch uni'kon #67-2017, S. 4 und 7.

⁵⁸ Konrad Polthier: Als die Dreiecke laufen lernten, Zur Visualisierung in der Mathematik, in Gegenworte (Fn. 55), Dossier 4.

⁵⁹ Heinz Duddeck: Braucht das Bild das Wort? Zur Visualisierung in der Technik, in Gegenworte (Fn. 55), Dossier 5.

⁶⁰ Boehme Neßler (Fn. 26), S. 3033.

⁶¹ EMÖGG vom 8.10.2017, BGBl. I, S. 3546; hierzu Thomas Hoeren: Medienöffentlichkeit im Gericht – die Änderungen des GVG, NJW 2017, 3339; der Beitrag stellt die zentralen Neuerungen des Gesetzes zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderungen im GVG vor und setzt sich kritisch mit ihnen auseinander.

Manche fragen schon, ob wir mit dem *Visual Turn* und der damit einhergehenden nonverbalen Kommunikation auf dem Weg zum Bilder-Recht sind, weil sich Visualisierungsprozesse im Recht diagnostizieren lassen.⁶²

Hier muss dahinstehen, ob sich der Visual-Turn gegen Worte und das logozentrische Recht wendet. Auch soll nicht der Frage nachgegangen werden, ob die bildliche Wende zur Objektivierung und Reproduktion der Wirklichkeit beiträgt oder aber mehr die Täuschung fördert und wie ein Facebook-Recht zu verhindern ist.⁶³ Auch die Frage, ob aus ethischen Gründen Bildtabus stärker in den Mittelpunkt des Interesses zu rücken sind, ist dem Schutz der Persönlichkeit und einer gesellschaftskritisch ikonischen Reflexion⁶⁴ geschuldet.

Für den Urheber und Lichtbildner stehen nicht so sehr Wunschbilder, Wahnbilder oder Trugbilder im Raum, als vielmehr der Anspruch auf Achtung seines originalen Urbildes gegen das Abbild oder Nachbild. Und dies ganz gleich, ob kopiert oder nachgezeichnet.⁶⁵ Findet durch den anschwellende „Bildersturm“ eine Hinwendung zu fotografischen Festhaltungen statt, wirft dies stärker die Frage auf, ob jedes dieser Ergebnisse – verglichen beispielsweise mit kurzen sprachlichen, dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglichen Texten – wirklich des Rechtsschutzes nach § 72 UrhG bedarf.

Folgende Umstände rechtfertigen nach diesseitigem Dafürhalten eine Abschaffung des Lichtbildschutzes:

a) Leistungsschutz ist kein Werkschutz

Nicht jeder Leistungsschutzberechtigte eignet einen vollumfänglichen Verwertungsschutz. Der Tonträgerhersteller beispielsweise hat kein Senderecht inne.⁶⁶

Zur Vermeidung einer systemwidrigen Ausweitung des Werkbegriffs auf bloß technische Erzeugnisse entschied sich der Gesetzgeber 1965 dazu, rein technische Leistungen der Aufnahme, „die nicht einmal besondere Fähigkeiten voraussetzt“, gesondert zu schützen.⁶⁷ Der Gesetzgeber hielt also im Ergebnis an der Regelung des geltenden Rechts fest, weil diese bis dato „zu keinen Mißständen geführt hat und eine gewisse Angleichung des Lichtbildschutzes an die übrigen Leistungsschutzrechte durch die für Lichtbildwerke und Lichtbilder gleichermaßen geltende kurze Schutzfrist von 25 Jahren erreicht wird.“⁶⁸ Bereits diese kurze Schutzdauer indiziert die wesentliche Herabstufung und Infrage-

⁶² Boehme Neßler (Fn. 26), S. 3034.

⁶³ Hierzu das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) BGBl. 2017 I, 3352; Gerald Spindler: Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten - Bußgelder gegen Provider als Enforcement? Vortrag gehalten auf der GRUR-Jahrestagung am 28.9.2017.

⁶⁴ Bachmann-Medick (Fn. 55), S. 13. In diesem Sinne auch Boehme-Neßler (Fn. 26), S. 3035, der auf die Unverzichtbarkeit gesetzlicher Regeln und deren Leitbilder in der „unscharfen“ digitalen Welt hinweist.

⁶⁵ Hierzu zuletzt LG Frankfurt Urteil vom 14. 9.2017 – 2-03 O 416/16 – juris, zur Schöpfungshöhe bei Computerzeichnungen nach einer Fotografie. Hieran fehlt es, wenn eine Fotografie lediglich in Form einer Bleistiftzeichnung wiedergegeben wird. Bei einer Zeichnung nach einer Fotografie handele es sich weder um ein Lichtbildwerk noch um ein Lichtbild.

⁶⁶ Nach § 85 Abs. 1 UrhG steht ihm nur das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu. Versteht man unter Streamen die Vermittlung durch Funk, wie Ton- und Fernseh Rundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, besteht insoweit auch kein entsprechender Schutz dagegen, diese Herstellerleistung auf diesem Wege der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

⁶⁷ BT-Drs. IV/270, S. 125; Schulze in Dreier Schulze, UrhG-Kommentar, 5. Aufl. 2015, § 72 Rdnr. 1, spricht vom „leistungsschutzrechtlichen Unterbau zum Schutz der Lichtbildwerke“.

⁶⁸ BT-Drs. IV/270, S. 126.

Stellung eben dieses Leistungsschutzes, wenn heute jedermann mögliche und reproduzierbare Leistungen infrage stehen.

Insoweit Lichtbilder in entsprechenden Anwendung des für Lichtbildwerke geltenden Schutzes geschützt sind (§ 72 Abs. 1 UrhG) verfehlt diese Regelung nach hiesigem Dafürhalten den Sinngehalt dieses Verweises dann, wenn auch Persönlichkeitsrechte hierin einbezogen sind.⁶⁹ Dies mag für das Veröffentlichungsrecht und das Zugangsrecht auch zukünftig gelten. Aber schon das Namensnennungsrecht verschränkt sich mit der geschützten technischen Leistung der Herstellung.⁷⁰ Die Gewährung eines Entstellungsschutzes und damit die Anerkennung des Urheberpersönlichkeitsrechts für Lichtbilder verwischt ununterscheidbar das Lichtbild mit dem Lichtbildwerk und lässt Zweifel aufkommen, ob eine gesetzliche Unterscheidung überhaupt ernsthaft gewollt ist. Nach hiesigem Verständnis reicht der mögliche, gewährte Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht wie mögliche Rechte Dritter in diesen Fällen vollkommen aus.⁷¹

b) Flut der Lichtbilder im Lichte kleinster Tonsequenzen - Metall-auf-Metall

Der Vergleich mit dem Fall der Übernahme kleinster Tonsequenzen einerseits und der durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Freiheit der künstlerischen Betätigung gegenüber dem Tonträgerherstellerrecht drängt sich auf. Hierzu hat das BVerfG befunden, dass die Übernahme selbst kleinster Tonsequenzen der im GG garantierten Kunstfreiheit Rechnung tragen muss und deshalb nicht a priori unzulässig ist.⁷²

Wendet man dieses Verständnis auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit stärker an, so müsste im Hinblick auf das bloße Leistungsschutzrecht aus § 72 UrhG die Annahme gerechtfertigt sein, die Übernahme beliebiger fotografischen Festhaltungen, also Lichtbilder, insbesondere wenn die hieraus identisch übernommenen Inhalte gleichwertig jederzeit wiederholbar fotografiert werden können, als zulässig anzunehmen, weil nur dies der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Äußerungsfreiheit hinreichend Rechnung trägt. Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob in unserer Bilderwelt nicht eine Wiedergabefreiheit einfachster fotografischer Inhalte urheberrechtsgesetzlich immanent zu verankern ist.

Es ist deshalb ganz konkret zu fragen, ob wirklich jede fotografische Aufnahme einen Lichtbildschutz nach § 72 UrhG zuerkannt bekommen muss, oder ob nicht vielmehr eine stärker „funktionsorientierte“ Schutzbetrachtung angebracht ist. Damit soll nicht nur das Haftungskonzept angesprochen sein,⁷³ wo ganz unterschiedliche tatsächliche, wirtschaftliche und rechtliche Voraussetzungen sowie Möglichkeiten für Rechterecherchen relevant sein mögen und die

⁶⁹ So Dreier/Schulze/Schulze, 5. Aufl. 2015, Rdnrn. 16, 27; kritisch Vogel in Schricker/Loewenheim, 5. Aufl. 2017, § 72 Rdnr. 41. In Wandtke/Bullinger/Thum, 4. Aufl. 2014, § 72, Rdnr. 32, spricht von „nur sinngemäßer Anwendung“. Zum Streitstand allgemein Lauber-Rönsberg in BeckOK UrhR, Ahlberg/Götting, 17. Edition, Stand: 01.08.2017, § 72 Rdnr. 19.

⁷⁰ Bejahend Vogel (Fn. 69), Rdnr. 43.

⁷¹ Ebenso Vogel (Fn. 69), Rdnr. 41.

⁷² Nach BVerfGE 142, 74 - Metall auf Metall verlangt die von Art. 5 III 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung, die Übernahme von Ausschnitten urheberrechtlich geschützter Gegenstände als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen.

⁷³ LG Hamburg U. v. 13.06.2017, Az. 310 O 117/17 - juris: Geframte Links auf Angebote für Handyhüllen, die rechtswidrig mit Foto bedruckt wurden.

Zumutbarkeit der Klärung von Rechten in Frage stehen kann.⁷⁴ Für eine entsprechende Aufhebung des allgemeinen Lichtbildschutzes sprechen folgende Erwägungen:

c) Öffentliche Wiedergabe und Verlinkung

Zieht man den Vergleich mit der Freiheit der Verlinkung im Netz, so gilt mit dem EuGH, dass die Verlinkung auf im Internet erreichbare urheberrechtliche Werke grundsätzlich zulässig ist.⁷⁵ Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist dahingehend auszulegen, dass keine Handlung der öffentlichen Wiedergabe im Sinne europäischer Vorgaben der InfoSoc-RL vorliegt, wenn auf einer Internetseite anklickbare Links zu Werken bereitgestellt werden, die auf einer anderen Internetseite frei zugänglich sind. Mitgliedstaaten sind deshalb nicht berechtigt, einen weitergehenden Schutz der Inhaber eines Urheberrechts vorzusehen, indem eben dieser Mitgliedstaat es zulässt, dass die öffentliche Wiedergabe Handlungen umfasst, die über diese Bestimmung hinausgehen.⁷⁶

Deshalb kommt es mit oder ohne Framing nur darauf an, ob Inhalte mit oder ohne Zustimmung des Rechteinhabers durch Dritte im Internet veröffentlicht wurden. Stellt ein Dritter auf einer Webseite ein geschütztes Werk, das bereits auf einer anderen Webseite frei öffentlich wiedergegeben wurde, mittels eines Internetlinks ein, bedient sich eine solche Wiedergabehandlung desselben technischen Verfahrens, das schon für die Wiedergabe des Werkes auf der anderen Webseite verwendet wurde, liegt keine neue oder anderweitige öffentliche Wiedergabe vor.⁷⁷

Nur dann, wenn die Inhalte rechtswidrige im Netz stehen, ist mit dem jüngsten Urteil des EuGH in Sachen GS Media Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL dahingehend auszulegen, dass zur Klärung der Frage, ob das Setzen von Hyperlinks auf eine Website zu geschützten Werken, die auf einer anderen Website ohne Erlaubnis des Urheberrechtinhabers frei zugänglich sind, eine „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die näheren Umstände zu ermitteln sind: Es ist zu fragen, ob die Links ohne Gewinnerzielungsabsicht durch jemanden, der die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung der Werke auf der anderen Website nicht kannte oder vernünftigerweise nicht kennen konnte, bereitgestellt wurden oder ob die Links vielmehr mit Gewinnerzielungsabsicht bereitgestellt wurden, wobei im letzteren Fall diese Kenntnis grundsätzlich zu vermuten ist.⁷⁸

Dabei sind die diesbezüglichen Anforderungen bei richtlinienkonformer Auslegung zwar streng zu stellen.⁷⁹ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass danach zu fragen ist, ob vom Linksetzenden erwartet werden kann, dass er die erforderlichen Rechteprüfungen und -recherchen auch und überhaupt – insbesondere auch mit Blick auf ein etwaiges vollautomatisiertes Framing - vornehmen kann,⁸⁰ was ihm auch wirtschaftlich zumutbar gewesen sein muss.⁸¹

d) Wiedergabe sogenannter Vorschaubilder im Netz

⁷⁴ LG Hamburg (Fn. 73), Rdnr. 68 und 80 ff.

⁷⁵ EuGH GRUR 2014, 360 - Svensson - Keine öffentliche Wiedergabe durch Verlinkung auf frei zugängliche Werke; hierzu auch v.Ungern-Sternberg GRUR 2015, 205 [209]; ders. GRUR 2017, 217 (Fn. 7), 219 f.

⁷⁶ EuGH - Svensson (F. 75), Rdnr. 27 und Rdnr. 28.

⁷⁷ EuGH GRUR 2014, 1196 Rdnr. 5- Bestwater; sowie BGH GRUR 2016, 171 - Die Realität II, Rdnr. 29.

⁷⁸ Siehe hierzu umfassend N.P.Flehsig: Öffentliche Wiedergabe durch erwerbsorientierte Verlinkung im Netz, in FS Mathias Schwarz (2017), S. 291; ferner Ansgar Ohly: Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen GS Media, Filmspeler und The Pirate Bay: Abenddämmerung in der Störerhaftung?, in: ZUM 2017, 793.

⁷⁹ LG Hamburg, Urteil vom 13. Juni 2017 – 310 O 117/17 – juris.

⁸⁰ LG Hamburg (Fn. 79), Rdnr. 67 f.

⁸¹ LG Hamburg (Fn. 79), Rdnr. 69 ff.

Auch die Zulässigkeit der Wiedergabe von Vorschau Bildern im Netz indiziert die Bewegung, dass ein Leistungsschutz für Lichtbilder nicht mehr gerechtfertigt sein muss.

Die diesbezügliche Rechtsprechung des BGH anerkennt zwar, dass der Betreiber einer Suchmaschine, der Abbildungen von Werken, die Dritte ins Internet eingestellt haben, als Vorschau Bilder (sog. Thumbnails) in der Trefferliste seiner Suchmaschine auflistet, die abgebildeten Werke nach § 19a UrhG öffentlich zugänglich macht. Ein rechtswidriger Eingriff in urheberrechtliche Befugnisse ist nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Einräumung entsprechender Nutzungsrechte über das Recht zu verneinen. Diese ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte in die rechtsverletzende Handlung eingewilligt hat. Eine solche Einwilligung setzt keine auf den Eintritt dieser Rechtsfolge gerichtete rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraus.⁸²

Eine solche schlichte Einwilligung in die Wiedergabe der Abbildung als Vorschau Bild in Ergebnislisten von Bildersuchmaschinen liegt auch dann vor, wenn ein Dritter die Abbildung mit Zustimmung des Urhebers ins Internet eingestellt hat, ohne technische Vorkehrungen gegen ein Auffinden und Anzeigen dieser Abbildung durch Suchmaschinen zu treffen. Eine vom Urheber oder mit seiner Zustimmung von einem Dritten erklärte Einwilligung in die Wiedergabe der Abbildung eines Werkes als Vorschau Bild erstreckt sich auch auf die Wiedergabe von Abbildungen dieses Werkes, die nicht vom Urheber oder mit seiner Zustimmung von einem Dritten ins Internet eingestellt worden sind.⁸³

Eine Anzeige von urheberrechtlich geschützten Bildern, die von **Suchmaschinen im Internet** aufgefunden worden sind, verletzt das Urheberrecht auch dann nicht, wenn die Fotografien ohne Zustimmung des Lichtbildners ins frei zugängliche Internet gelangt sind.⁸⁴ Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass das Internet für die Meinungs- und Informationsfreiheit von besonderer Bedeutung ist und Links zum guten Funktionieren des Internets und zum Meinungs- und Informationsaustausch in diesem Netz beitragen. Nur dann, wenn feststeht, dass der Anbieter der Suchfunktion von der fehlenden Erlaubnis des Rechtsinhabers zur Veröffentlichung im Internet wusste oder hätte wissen müssen, kann eine rechtswidrige öffentliche Wiedergabe angenommen werden.

Hierbei ist auch nicht entscheidend, dass Vorschau Bilder auf mobilen Endgeräten vergrößert als sogenannte Blow-ups dargestellt werden können. Dies begründet für sich genommen keine unzumutbare Beeinträchtigung von Urheberinteressen. Auf Grund der im Vergleich zu stationären Rechnern deutlich kleineren mobilen Endgeräte ist für eine hinreichende Erkennbarkeit der Treffer eine bestimmte Größe der Darstellung erforderlich.⁸⁵

e) **Gesetzlicher Inhaltsschutz eines Lichtbildes – Wahrung von Drittrechten**

Eine gesetzliche immanente Schutzeinschränkung könnte so lauten, dass diesem Leistungsschutzrecht nur dann der rechtliche Vortritt gelassen wird, wenn zugleich inhaltlich beispielsweise Persönlichkeitsrechte – also hiermit in Zusammenhang stehende Drittrechte - in Frage stehen, weil individualisierbare Personen⁸⁶ abgebildet sind. Wo Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte, Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder

⁸² BGHZ 185, 291 = GRUR 2010, 628 = MMR 2010, 475 – Vorschau Bilder I.

⁸³ BGH GRUR 2012, 602 – Vorschau Bilder II.

⁸⁴ BGH MMR-Aktuell 2017, 394803 - Vorschau Bilder III, U. v. 21.9.2017 – I ZR 11/16.

⁸⁵ LG Hamburg MMR 2017, 564.

⁸⁶ Hier wären also Einschränkungen aus §§ 22 ff. KUG zu bedenken.

sonstigen Örtlichkeit erscheinen sowie Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben oder etwa nur Sachen abgebildet werden, wird kein Wiedergabeschutz gewährt.

Ferner könnte diese Wiedergabefreiheit zusätzlich davon abhängig gemacht werden, dass hiermit keine Erwerbsorientierung einhergeht, mit anderen Worten nur die final kommerzielle Lichtbildwiedergabe geschützt ist.⁸⁷

Auch rechtswidrige Aneignungen der Aufnahmen wie der Diebstahl der Festplatte oder die online-durchsuchende Übernahme durch Einbruch in die Privatsphäre reichten für einen entsprechenden, mittelbaren Schutz völlig aus. Dieser würde eben nicht durch das UrhG sondern durch das Strafrecht gewährleistet.

Diese gesetzesimmanente Schranke der Verwendungsfreiheit für allgemein nichtkommerzielle Rechte unter Wahrung etwaiger, entgegenstehender, insbesondere Persönlichkeitsrechte Dritte darf insbesondere nicht davon abhängig sein, dass mit dem Lichtbild ein neues Werk im Rahmen freier Benutzung nach § 24 UrhG geschaffen wird. Zum einen stehen keine Werke in Frage, zum anderen widerspräche dies der hier empfohlenen, funktionsorientierten Neubewertung des Leistungsschutzrechts des Lichtbildes.

Lichtbildner sind nach den Vorschriften des Unionsrechts zum Vervielfältigungsrecht und Verbreitungsrecht⁸⁸ nicht geschützt. Ausnahmen und Beschränkungen dieses Rechts sind national durch europäisches Verfassungsrecht wie durch sekundäre unionales Rechtsetzung nicht beschränkt, sondern müssen nur am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes gemessen werden. Der nach Art. 6 der EU-Schutzdauerrichtlinie gewährleistete „Schutz für Fotografien“ wird nur gewährt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.⁸⁹

Hier wäre mithin ein anschauliches Musterbeispiel dafür gegeben, wie innerhalb der Europäischen Union angemessen auf die Anforderungen der Digitalität im künstlerischen Nachbarrechtsschutz zur Bewältigung der Zukunft in der Bilderwelt aufgezeigt und umgesetzt werden kann.

f) Bestrebungen der Gewährung des Werkschutzes für Lichtbilder

Der Lichtbildschutz in unserem österreichischen Nachbarland entspricht dem deutschen Leistungsschutzrecht.⁹⁰ Nicht alle Länder der EU kennen einen Lichtbildschutz. Gleiches gilt für Länder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR).

Die Schweiz kennt keinen Leistungsschutz des Lichtbildners. Wenn aktuell völlig entgegengesetzt der vorstehenden Ansicht der Schweizerische Bundesrat im November 2017 die Empfehlung ausgegeben hat, fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte als Werke (!) zu schützen, auch wenn sie keinen

⁸⁷ Zur diesbezüglich relevanten Unterscheidung siehe auch die Auffassung des EuGH in Sachen zulässiger und unzulässiger Verlinkung EuGH GRUR 2014, 360 – Svensson; GRUR 2014, 1196 – BestWater; GRURInt GRUR Int. 2016, 1056 – GS Media; hierzu N.P.Flehsig (Fn. 78), S. 291 m.w.N.

⁸⁸ Art. 2 Buchst. c InfoSoc-RL 2001/29/EG und Art. 9 Abs. 1 Buchst. b Vermiet- und VerleihRL 2006/115/EG.

⁸⁹ Art. 6 Richtlinie 93/98/EWG v. 29.10.1993; hierzu auch Erwägungsgrund 16.

⁹⁰ §§ 73, 74 österr. UrhG.

individuellen Charakter haben,⁹¹ dann wird mit dieser Botschaft die Wertigkeit und Angemessenheit des Rechtsschutzes des technischen Herstellungsvorgangs von Lichtbildern ersichtlich verkannt. Fotografien ohne individuellen Charakter können keine Werke sein. Wenn dieser Schutz erklärtermaßen „gesetzsystematisch anders konzipiert sein soll, da es sich materiell um eine Erweiterung des Urheberrechtsschutzes und nicht um die Schaffung eines verwandten Schutzrechts handelt“⁹², dann werden unzulässig schöpferisches Werkschaffen und technische Herstellungsleistung gleichgesetzt.

2. Trennung von monistischer Theorie des Urheberrechts

Ferner ist zu überdenken, ob das Persönlichkeitsrecht des Autors nicht grundsätzlich im Sinne eines dualistischen Urheberrechtsverständnisses vom Verwertungsrecht zu trennen ist.

Ich will nicht so weit gehen zu sagen, Urheberschaft und Autorenschaft müssen getrennt werden mit der Maßgabe, dass entsprechend dem amerikanischen Urheberrecht auch ein *work made for hire* möglich sein muss. Ansätze hierzu sind in § 69b des deutschen UrhG allerdings gegeben: Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist. Diese Bestimmung ist auf Dienstverhältnisse entsprechend anzuwenden (Abs. 2).

Gemeint ist, grundsätzlich zwischen persönlichkeitsrechtlicher Seite mit Namensnennungsrecht und Integritätsanspruch einerseits und Verwertungsrecht andererseits zu trennen. Dies mit der Maßgabe, dass dem Bedürfnis nach Stärkung des Rechts eher entsprochen werden kann, indem unterschiedliche Schutzräume eröffnet sind.⁹³

3. Neujustierung des Verwertungsrechts der öffentlichen Wiedergabe

Das Konzept des Urheberrechts baut darauf auf, mit Blick auf die Werk- oder Leistungswiedergabe den privaten Raum vom urheberrechtlichen Schutz vollständig auszunehmen: Nur die öffentliche Wiedergabe ist geschützt, § 15 Abs. 2 UrhG.

Gerade die Netzwerkgesellschaften – verstanden als „die Superstruktur einer globalen Gesellschaft, die mit einer netzförmigen Verknötung bestehend aus Information, Macht, Technik und Kapital beschrieben werden kann“⁹⁴ - dehnen aber in der digitalen Realität, eben der Digitalität den vom Gesetz nicht geschützten Raum privater Werkwiedergaben stetig aus. Die neue Gemeinschaft, in der inhaltliche, soziale und lokale Unterschiede scheinbar aufgehoben sind, jedenfalls verblassen, entgrenzt diesen Raum und führt über in einen neuen gemeinschaftlichen Rahmen, der die ehemals klare Grenzziehung zu einem tradierten Verständnis der öffentlichen Wiedergabe in Frage stellt.

⁹¹ Art. 2 Abs. 3bis des Entwurfs des Schweizerischen Bundesrates eines Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 20.11.2017: Fotografische Wiedergaben und mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben dreidimensionaler Objekte gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben.

⁹² Botschaft vom 20.11.2017, S. 24, 29 zu Art. 2 Abs. 3bis; Medienrohstoff des IGE vom 22.11.2017, S.2.

⁹³ Siehe hierzu auch BGH – Afghanistanpapiere (Fn. 9), Rdnr. 15, worin darauf hingewiesen wird, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht außerhalb des harmonisierten europäischen Urheberrechts liegt; hierzu auch Erwägungsgrund 19 der InfoSoc-RL 2001/29/EG.

⁹⁴ Siehe Manuel Castell: Das Informationszeitalter, Bd. 1: Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft, 1996, Leske + Budrich Verlag, Opladen 2003. Zur Definition des Begriffs siehe <https://de.wikipedia.org/wiki/Netzwerkgesellschaft>.

Plötzlich wird die Unterscheidung zu erwerbsorientierter Verwertung bei der Werkenutzung gestellt.⁹⁵

- Gleiches gilt für die Übermittlung von Fernsehsendungen an technische Dienstleister, die lediglich Programmsignale an Zuschauer weiterleiten. Dies ist keine für eine Öffentlichkeit iSd Art. 3 I InfoSoc-RL bestimmte Wiedergabe.⁹⁶
- Auch der Empfang mit Fernsehgeräten in Hotels, mit denen Hotelgäste ausgestrahlte Fernsehsendungen lediglich über eine Zimmerantenne empfangen können, gibt die Fernsehsendungen nicht im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich wieder und verletzt daher nicht die Rechte von Urhebern, ausübenden Künstlern, Sendeunternehmen und Filmherstellern zur öffentlichen Wiedergabe ihrer Werke oder Leistungen.⁹⁷
- Auch das bloße Bereitstellen von Fernsehgeräten in Hotelzimmern erfüllt diesen Tatbestand nicht.⁹⁸
- Andererseits kommt dem Erwerbszweck auch keine zwingende Voraussetzung einer öffentlichen Wiedergabe und für die Einstufung einer Weiterverbreitung als Wiedergabe bei.⁹⁹
- Auch der Empfang über eine Gemeinschaftsantenne unterscheidet sich funktional nicht von einem Empfang durch jeden einzelnen Eigentümer, weshalb die Frage, ob der Empfängerkreis eine Öffentlichkeit ist, ebenfalls nicht ausschließlich entscheidend ist. Die Funktionalität der Wiedergabe ist entscheidend: Aus ihr folgt, dass die Übertragung durch die Gemeinschaftsantennenanlage keine Werknutzung ist und bereits deshalb vom Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht erfasst wird.¹⁰⁰
- Als weiteres Beispiel kann die ehemals nach national-deutschem Verständnis erfolgende Musikwiedergabe nicht immer wegen Öffentlichkeit untersagt sein. Dort wo diese Wiedergabe eine untergeordnete, medizinische Rolle spielt, muss das absolute Verwertungsrecht zurückstehen.¹⁰¹ „Öffentlichkeit“ ist zum einen nur bei einer unbestimmten Zahl potenzieller Adressaten und recht vielen Personen erfüllt.¹⁰² Ferner ist erheblich, ob die betreffende Nutzungshandlung Erwerbszwecken dient.¹⁰³ Hintergrundmusik beim Zahnarzt will keinen Genuss verschaffen und die Patienten sind für eine solche Wiedergabe normalerweise auch nicht aufnahmebereit.¹⁰⁴ Entscheidend ist, dass in diesem Falle regelmäßig keine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten in Frage steht.¹⁰⁵

⁹⁵ Hierzu EuGH GRUR Int. 2016, 1056 - GS-Media: Zulässigkeit eines Hyperlinks zu Website mit urheberrechtsverletzenden Inhalten; Flehsig (Fn. 78), S. 291 m.w.N.

⁹⁶ EuGH GRUR 2016, 60 – SBS/SABAM, Rdnr. 25 ff.

⁹⁷ BGH GRUR 2016, 697 – Königshof - Fernsehempfang über Zimmerantenne, mit Anmerkung Hillig in GRUR-Prax 2016, 265.

⁹⁸ BGH – Königshof (Fn. 97), Fn. 15, mit dem Hinweis: Wer nur empfängt, sendet nicht. – Hierzu aber EuGH – Filmspeler (nachstehend Fn. 113), darin die Haftung des Anbieters eines Mediaplayers (Hardware!) mit den vorinstallierten Links wegen täterschaftlicher Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe bejaht wurde.

⁹⁹ Im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL 2001/29/EG, EuGH, GRUR 2007, 225 – SGAE/Rafael, Rdnr. 44 und EuGH, GRUR 2013, 500 - ITV Broadcasting/TVC, Rdnr. 42 und 43.

¹⁰⁰ Siehe v.Ungern-Sternberg: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015; ders. GRUR 2016, 321 [325]; ders. GRUR 2017, 217 (Fn. 7).

¹⁰¹ BGH GRUR 2016, 278 - Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen; EuGH GRUR 2012, 593 - SCF/Del Corso) - Keine „öffentliche Wiedergabe“ durch Verbreiten von Tonträgern in Zahnarztpraxis. Hierzu J.B. Nordemann: Die öffentliche Wiedergabe im Urheberrecht, GRUR 2016, 245.

¹⁰² BGH (Fn. 101), Rdnr. 31.

¹⁰³ BGH (Fn. 101), Rdnr. 32.

¹⁰⁴ EuGH (Fn. 101), Rdnr. 97–99.

¹⁰⁵ BGH (Fn. 101), Rdnr. 43.

- Die Wiedergabe in Räumlichkeiten eines Rehabilitationszentrums über Fernsehgeräte in Wart- und Trainingsräumen stellt demgegenüber eine öffentliche Wiedergabe dar.¹⁰⁶ Nicht nur sind die Patienten eine Öffentlichkeit. Die Wiedergabe wird einem neuen Publikum erwerbsorientiert gewährt und erhöht die Attraktivität der Einrichtung in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise. Anders als bei der Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen bestehen ganz unterschiedliche Werknutzungen, was das funktionsbezogene Verständnis bei der Auslegung der Verwertungsrechte belegt.¹⁰⁷
- Der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ erfasst auch das Betreiben einer Filesharing-Plattform im Internet, wenn durch die Indexierung von Metadaten zu geschützten Werken und durch das Anbieten einer Suchmaschine den Nutzern dieser Plattform es ermöglicht, diese Werke aufzufinden und sie im Rahmen eines „Peer-to-peer“-Netzes zu teilen.¹⁰⁸ Es ist also eine täterschaftliche Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe durch den Betreiber der Plattform (ThePirateBay) gegeben, weil und wenn funktionsbezogen der Betreiber durch die Bereitstellung und das Betreiben einer Online-Filesharing-Plattform in voller Kenntnis der Konsequenzen seines Verhaltens tätig wird: Er will Zugang zu den geschützten Werken ermöglichen, indem er auf seiner Plattform Dateien indexiert und erfasst, die es den Nutzern ermöglicht, diese Werke aufzufinden und sie im Rahmen eines „Peer-to-peer“-Netzes zu teilen.¹⁰⁹
- Offen ist, ob das öffentliche Wiedergaberecht eine beispielsweise Internetzugänglichkeit auch dann verbietet, wenn Schranken der Berichterstattung über Tagesereignisse und des Zitatrechts zwar nicht erfüllt sind, aber höherwertiger Interessen wie beispielsweise der Pressefreiheit über militärische Lageberichte in systematisierter Form zum Abruf bereitgehalten werden. Gerade nationale, staatliche Belange –beispielsweise an Verschlussachen - lassen deshalb die Frage aufkommen, ob innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie der Europäischen Union in deutsches Recht umsetzen und die grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, sondern allein am Unionsrecht und damit auch an den durch diesen gewährleisteten Grundrechten zu messen sind, innerstaatlichen Raum für eine Ermessensausübung durch Gerichte lässt.¹¹⁰ Denn Richtlinien lassen den Mitgliedstaaten grundsätzlich keinen Umsetzungsspielraum.¹¹¹

Ein neues, funktionsbezogenes Verständnis des Schutzbereichs der öffentlichen Wiedergabe und seiner Grenzen, wie dies auch vorstehend mit Blick auf die Verlinkung dargelegt wurde,¹¹² liegt damit offensichtlich in einer funktionsorientierten Sichtweise: Dort wo das Werk und damit das Recht hieran der primären Zielsetzung wie beispielsweise der Gewinnorientierung dient, steht das

¹⁰⁶ EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 35 ff. - Reha Training/GEMA.

¹⁰⁷ Ebenso v. Ungern-Sternberg (Fn. 7), S. 221.

¹⁰⁸ EuGH GRUR Int. 2017, 782 - Brein/Ziggo – ThePiratebay.

¹⁰⁹ EuGH – ThePiratebay (Fn. 108), Rdnr. 36.

¹¹⁰ BGH – Afghanistanpapiere (Fn. 9), Rdnr. 15; hierzu Wandtke/Hauck, NJW 2017, 3422 - Urheberrecht versus Pressefreiheit.

¹¹¹ In Sachen BGH – Afghanistanpapiere (Fn. 9), Rdnr. 32, wendet die Beklagten u.a. ein, die streitgegenständliche Veröffentlichung diene dem höherwertigen Interesse, „die Öffentlichkeit auf eine faktische Kriegsführung aufmerksam zu machen“. - Hierzu sei an den Fall des RG in Sachen Carl von Ossietzky – „Weltbühne“ erinnert. Nach der Rechtsprechung des RG schloss die Rechtswidrigkeit geheim gehaltener Vorgänge (hier der Verstoß gegen den Versailler Vertrag) die Geheimniseigenschaft nicht aus; siehe RGStE 61, 150; E 62, 65 [67]. Dies bewog den BGH das Wiederaufnahmeantrag der Verurteilung des Friedensnobelpreisträgers zurück zu weisen, BGHSt 39, 75 = NSTZ 1993, 502 [504]. S.a. Müller/Jungfer, NJW 2001, 3461 – 70 Jahre Weltbühnen-Urteil.

¹¹² Siehe vorstehend V. 1. c) und d).

Urheberrecht in Gefahr. Diese Sicht des Abstellens auf das Ziel der Werkverwendung ist deshalb geeignet, auch schon vor eigentlicher Verwertung Gefährdungstatbestände dem Schutzbereich zuzuweisen. So hat der EuGH bereits den Verkauf von Gerätschaften als gegen das Urheberrecht verstoßend eingestuft, wenn und weil dieses einer zielorientiert rechtswidrigen Nutzungsverwaltung zu dienen bestimmt ist.¹¹³

Diese Sicht der Dinge wird durch das neueste Urteil des EuGH zum Schutzes gegen Verbreitung gestützt: Wählt ein Kunde Fernsehsendungen in einem bestimmten Zeitfenster aus und der beauftragte Dienstleister empfängt anschließend für diesen Kunden über seine eigenen Antennen das Fernsehsignal und zeichnet das gewählte Zeitfenster der Sendung auf einem Speicherplatz in einer "Cloud" auf (cloud computing), dann wird hierdurch Kunden die Aufzeichnung der ausgestrahlten Sendungen über das Internet zur Verfügung gestellt. Diese Dienstleistung des Zurverfügungstellens von in einer "Cloud" gespeicherten Kopien von Fernsehprogrammen verstößt gegen das öffentliche Wiedergaberecht des Urhebers, weil „nach einem unterschiedlichen Verfahren für die jeweilige Öffentlichkeit“¹¹⁴ bestimmt und bedarf mithin dessen Einwilligung.¹¹⁵ Folglich kann ein solcher Fernaufzeichnungsdienst nicht unter die Schrankenbestimmungen der Privatkopieausnahme fallen.¹¹⁶

Demgegenüber treten tatbestandliche Kriterien objektiver Gegebenheiten wie das Vorliegen einer bloßen Mehrheit von Personen (§ 15 Abs. 3) zurück, sind jedenfalls nicht alleine entscheidend.

Gerade diese durch europäische Rechtsprechung gegründete, funktionsorientierte Sicht auf die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes erscheint geeigneter, dem Schutz des Geistigen Eigentums dienlicher zu sein, als ein starres Festhalten an formalen Tatbestandsvoraussetzungen.

4. Verkürzung der Zeitdauer des verwertungsrechtlichen Werkschutzes

Mit Blick auf die dem Urheber auch nach seinem Tod gewährte sehr lange Schutzdauer von 70 Jahren für sein Werkschaffen stellt sich in der Digitalität noch stärker als bislang die Frage nach der Rechtfertigung dieses zeitlich befristeten Rahmens.¹¹⁷ Es mutet vermeintlich querulatorisch an, wenn hierfür die Rentengewährleistung kritisch angeführt wird. Erben steht eine solche - weil ja gar keine Urheber sondern nur Rechtsnachfolger - ursprünglich gar nicht zu. Noch unter dem Schöpfer der Kodifikation des badischen „Urheberrechts“ in seiner novellierten Fassung von 1810, Johann Nikolaus Friedrich Brauer galt: *Fällt der Kopf ins Grab, so fällt das Seyne ins Freie*. Erst mit dem strafrechtlich konzipierten preußischen UrhG von 1837 wurde erstmals ein postmortaler Schutz gewährt (§ 6), der

¹¹³ EuGH GRUR Int. 2017, 527 – Filmspieler: Öffentliche Wiedergabe bereits durch Verkauf eines multimedialen Medienabspielers - Stichting Brein: Der Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er den Verkauf eines multimedialen Medienabspielers wie des im Ausgangsverfahren fraglichen erfasst, auf dem im Internet verfügbare Add-ons vorinstalliert wurden, die Hyperlinks zu für die Öffentlichkeit frei zugänglichen Websites enthalten, auf denen urheberrechtlich geschützte Werke ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber öffentlich zugänglich gemacht wurden.

¹¹⁴ EuGH – VCAST U.v. 29.11.2017 – C-265/16.

¹¹⁵ EuGH – VCAST (Fn. 115), Rdnr. 48, 49. Rdnr. 50: Unter diesen Umständen braucht nicht noch geprüft zu werden, ob sich diese Wiedergaben an ein und dieselbe Öffentlichkeit richten oder ob es sich bei der Öffentlichkeit, an die sich der Erbringer der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Dienstleistungen richtet, gegebenenfalls um ein neues Publikum handelt.

¹¹⁶ EuGH – VCAST (Fn. 115), Rdnr. 52.

¹¹⁷ Hierzu Hilty/Jaeger/ Lamping: Herausforderung Innovation – Eine interdisziplinäre Debatte, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg 2011; ferner Bischoffshausen (oben Fn. 52).

erst 100 Jahre später im Jahre 1934 auf 50 Jahre¹¹⁸ und 1965 auf 70 Jahre verlängert wurde. Treffen die Erwägungsgründe eben dieser weit in der Vergangenheit gegründeten Gesetzesbestimmungen heute im Lichte digitaler Realität mit seinen überquillenden, lediglich um aktuelle Aufmerksamkeit konkurrierendem Inhaltsvermittlungsbemühungen - wo sich der Eindruck aufdrängt, es werde nur noch voneinander abgeschrieben - noch zu?¹¹⁹

Hier stellt sich - wie bereits oben gesehen - in der Tat die Frage, ob das monistische Verständnis des urheberrechtlichen Schutzes insbesondere mit Blick auf die nur grundsätzlich untrennbaren Bestandteile des Rechts am Werkschaffen noch angebracht ist. Die wesentliche Funktion von Immaterialgüterrechten ist wirtschaftlicher Natur.¹²⁰ Die Schutzfrist im Urheberrecht verlangt aber eine Diskussion, die Europäer wie die ganze Welt interessieren sollte.¹²¹ Mit Reto Hilty gilt: *Die Informationsgesellschaft hat Bedürfnisse, die das Urheberrecht auf Dauer nicht behindern darf.*¹²²

Eine Trennung der Verwertungsrechte von denjenigen, die die Urheberschaft und seine Integrität schützen sollen, diene aber nach hiesigem Verständnis gerade dem gesteigerten Schutz des Werkes deshalb, weil dessen Akzeptanz sich erhöht: Wo demgegenüber die Unendlichkeit eines nicht richtig greifbaren, eben immateriellen Rechts in Frage steht, dessen zeitliches Ende sich im geahnten Irgendwo nach dem Tode des Werkschöpfers erst durch archivarische Forschung erschließt und man wünschte, in einem Register für ausschließliche Nutzungsrechte nachlesen zu können¹²³, verliert sich die Achtung vor dem Anspruch des absoluten Rechts der Unterlassung um so behender.

Diese Sicht der Dinge wurde, wenn man so will, bereits durch das Institut der Creative Commons als Lizenzbeispiel des Open-Content¹²⁴ auch so gesehen: Die Idee absoluter Werknutzungsrechte tritt bei dieser online-typischen Lizenzierungsform dort zurück, wo der Verwender bereit ist, seine Quelle zu nennen und ebenfalls auf absoluten Verwertungsschutz verzichtet. Dies gilt jedenfalls solange, wie keine erwerbsorientierte Verwendung in Frage steht.¹²⁵

¹¹⁸ § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Verlängerung der Schutzfristen im Urheberrecht vom 19.12.1934, RGBl. II, S. 1395.

¹¹⁹ Zur kritischen Bewertung der urheberrechtlichen Schutzfristen heute siehe Ludwig Gieseke: Urheberrechtliche Schutzfristen – Regelungen und Begründungen seit dem 19. Jahrhundert und kritische Betrachtung hierzu, in: UFITA 2012/I, 139; ders. Zur Verlängerung der Dauer des Verwertungsrechts in § 82 des Urheberrechtsgesetzes, in: UFITA 2013/III, 787.

¹²⁰ Herbert Zech: Neue Technologien als Herausforderung für die Rechtfertigung des Immaterialgüterrechtsschutzes, in Hilty/Jaeger/Lamping (Fn. 117), S. 81 [84].

¹²¹ Reto Hilty: Eldred v. Ashcroft: Die Schutzfrist im Urheberrecht - eine Diskussion, die auch Europäer interessieren sollte, in GRUR Int 2003, 201; s.a. Hilty, Kur, Klass, Geiger, Peukert, Drexl, Katzenberger: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zum Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/116 EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte GRUR Int 2008, 907.

¹²² Reto Hilty: Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: »Wer will was von wem woraus?« – Ein Auftakt zum »zweiten Korb« ZUM 2003, 983 [1005].

¹²³ Siehe hierzu Kaya Köklü: Innovation und Urheberrecht - Gedanken zur Einführung eines Registers für ausschließliche Nutzungsrechte, in Hilty/Jaeger/Lamping (Fn. 117), S. 145. Dies gilt insbesondere auch im Lichte eines immer notwendiger werdenden internationalen Schutzes, S. 167 f.

¹²⁴ Hierzu ausführlich Hoeren/Sieber/Holzner: Multimedia-Recht (MMR-HdB), Teil 7.4: Rechteerwerb durch Lizenzverträge und Haftungsfragen, Rdnr. 116 ff., 45. Ergänzungslieferung 2017.

¹²⁵ Zum Inhalt der „CCL 4.0“ – Lizenz siehe Hoeren/Sieber/Holzner MMR-HdB (Fn. 124) Rn. 124-125: Namensnennung, Nichtkommerzielle Nutzung, Keine Bearbeitungen und Weitergabe unter gleichen Bedingungen.

VI. Fazit und Ausblick in 7 Thesen

1. Das Urheberrecht in der Kultur der Digitalität wird insbesondere durch Netzwerkgesellschaften und ihre Intermediäre bedroht.
2. Die das private wie öffentliche Leben bestimmende Algorithmokratie verlangt auch im Bereich des Geistigen Eigentums nach einer Neujustierung des Urheberrechts.
3. Um das Urheberrecht zu erhalten, gibt es keinen anderen Weg als den, sich den grundlegend veränderten Bedingungen anzunähern. - Die Vorstellung, veränderte Nutzungsumstände hätten sich umgekehrt dem Recht zum Schutz der kreativen Werkschöpfung und ihrer Vermittlung anzupassen, geht fehl.
4. Das ausschließlich monistische Verständnis des Urheberrechts ist im Zeitalter der Digitalität überholt.
5. Der visual-turn fordert ein Umdenken des Lichtbildschutzes. Drittrechte und kommerzielle Verwertungen sind zu wahren.
6. Der Inhalt und die Grenzen der Verwertungsrechte, insbesondere das Rechts der Vervielfältigung wie der öffentlichen Wiedergabe, sind an zu schützenden, funktionsorientierten Verwendungen auszurichten.
7. Die Länge der Schutzdauer der Verwertungsrechte ist zur Stärkung der Akzeptanz des Rechts am Geistigen Eigentum zu überdenken, ohne dass der grundsätzlich eigenständig denkbare Persönlichkeitsschutz des Schöpfers in Frage gestellt werden darf.

Die sentimentale Erinnerung an analoge Welten darf uns nicht hindern, über die Zukunft nachzudenken, sonst werden wir keine haben.¹²⁶

¹²⁶ In Anlehnung an den Literaturnobelpreisträger [1932] John Galsworthy (1867-1933); The Forsyte Saga), von dem der Aphorismus überliefert ist: Wer nicht über die Zukunft nachdenkt, wird nie eine haben.