

Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages • Hannover 2014 Band I:
Gutachten / Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt. Brauchen wir neue
Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?

von
Ansgar Ohly

1. Auflage

Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages • Hannover 2014 Band I: Gutachten / Teil F: Urheberrecht in der
digitalen Welt. Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung? – Ohly

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Deutscher Juristentag



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66236 2

gestaltungen, in denen die künstlerische Auseinandersetzung es erfordert, dass das ursprüngliche Werk erkennbar bleibt. In diesem Fall kommt es auf den inneren Abstand des neuen vom originalen Werk an, der sich im Fall von Parodien durch eine „antithematische Behandlung“ ergibt,²⁸² der aber auch auf andere Weise hergestellt werden kann, wie die neuere Rechtsprechung betont.²⁸³

Die Rechtsprechung neigt zu einer strengen Beurteilung von Umgestaltungen. So hat der BGH etwa im Urteil *Laras Tochter* die Veröffentlichung eines Fortsetzungsromans, dessen eigenständige Geschichte sich auf Personen und Handlungsstränge des ursprünglichen Romans bezieht, als unfreie Bearbeitung angesehen.²⁸⁴ Ob für Fanfiction, die aus Liebhaberei verbreitet wird, etwas anderes gelten würde, erscheint zumindest zweifelhaft. Allenfalls kann die Neukombination vorbestehender Textteile in der Literatur und in Theaterstücken als Zitat anzusehen sein, da § 51 UrhG insoweit eine kunstspezifische Betrachtung erfordert.²⁸⁵ Im Bereich der Popmusik wendet der BGH § 24 UrhG zwar analog auf das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers an, sieht aber für eine freie Benutzung nur Raum, wenn der Bearbeiter die betreffenden Klänge nicht hätte selbst aufnehmen können.²⁸⁶ Damit verfehlt er das Wesen moderner Musikformen, die gerade mit digitalen Klangstücken arbeiten, und privilegiert zudem ausgerechnet die Übernahme von Klängen, die so ausgefallen und kreativ erzeugt werden, dass sie nicht ohne weiteres nachgespielt werden können. Im Übrigen wird eine freie Benutzung oft am starren Melodienschutz (§ 24 Abs. 2 UrhG) scheitern.

Auf diese Weise kann es zu einem umgekehrten Marktversagen kommen. Für die Veröffentlichung und Verwertung einer Bearbeitung ist die Zustimmung des Urhebers erforderlich, die aber vor allem für Privatpersonen schwer zu erlangen ist, weil das Bearbeitungsrecht nicht durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen wird. Deshalb finden Fanfiction, Mashups und andere Formen der Kreativität derzeit in einer rechtlichen Grauzone statt.

3. Bewertung und Regelungsoptionen

Für den Gesetzgeber bestehen drei Optionen. Erstens kann er das geltende Recht lassen, wie es ist, und darauf hoffen, dass die Recht-

²⁸² BGH GRUR 1994, 191 – Asterix Persiflagen; GRUR 1994, 206 – Alcolix; GRUR 2003, 956 – Gies-Adler.

²⁸³ So zuletzt GRUR 2014, 258, Rn. 39 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm.

²⁸⁴ BGH GRUR 1999, 984 – Laras Tochter.

²⁸⁵ BVerfG GRUR 2001, 149 – Germania 3.

²⁸⁶ BGH GRUR 2013, 614 – Metall auf Metall II.

sprechung bei der Beurteilung moderner Formen der Kreativität im Rahmen der unter §§ 23, 24 UrhG möglichen wertenden Gesamtbeurteilung vor allem dort zu sachgerechten Ergebnissen kommt, wo die Interessen des Urhebers kaum betroffen sind oder der Bearbeiter kaum eine Chance hat, die erforderlichen Rechte zu erlangen. Zweitens sehen ausländische Rechtsordnungen ausdrückliche Schranken für die Parodie und weitere bestimmte Bearbeitungen vor. So erlaubt das kanadische Recht kreative Umgestaltungen zu nicht-kommerziellen Zwecken, sofern sie das ursprüngliche Werk nicht substituieren.²⁸⁷ Die Einführung einer ähnlichen Schranke ist in Irland im Gespräch.²⁸⁸ Eine solche Schranke könnte für kommerzielle Nutzungen vergütungspflichtig ausgestaltet werden, auch eine Vergütungspflicht für die Betreiber von Foren, auf denen private Bearbeitungen wiedergegeben werden, käme in Betracht. Drittens könnte der deutsche Gesetzgeber § 24 UrhG durch Beispiele wie die Parodie oder nicht-kommerzielle kreative Umgestaltungen konkretisieren.

Grundsätzlich ist der durch §§ 23, 24 UrhG definierte Rahmen weit genug, um einen Freiraum für kreative Umgestaltungen zu schaffen, die einen deutlichen Abstand vom ursprünglichen Werk einhalten.²⁸⁹ Auch zwischen der nicht-kommerziellen öffentlichen Wiedergabe umgestalteter Werke im Internet und der kommerziellen Verwertung ließe sich differenzieren. Der deutsche Gesetzgeber sollte an diesem Regelungsmodell festhalten und § 24 UrhG nicht durch eine Schranke ersetzen, zumal eine Schranke für kreative Umgestaltungen eine Änderung des Art. 5 InfoSocRL voraussetzen würde, für die freilich einiges spricht.²⁹⁰ Ob das Anliegen, nicht-kommerzielle kreative Umgestaltungen vom Urheberrecht freizustellen, eine Änderung des § 24 UrhG rechtfertigt, ist nicht ganz eindeutig. Einerseits erweckt gerade die Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 24 UrhG auf das Recht der Tonträgerhersteller²⁹¹ wenig Hoffnung auf eine großzügige Beurteilung neuer Formen der Kreativität durch die Rechtsprechung. Außerdem fehlen gerade Künstlern, die Werke zu privaten Zwecken umgestalten, die Mittel und die Motivation, um entsprechende Fälle einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen. Andererseits fragen aktuelle Urteile stärker als bisher danach, ob sich das Original und die Umgestaltung in ihrem Gesamteindruck unterscheiden, und betonen, dass es neben der Parodie auch andere Fälle

²⁸⁷ Sec. 29.21 Canadian Copyright Act.

²⁸⁸ Modernising Copyright, The Report of the Copyright Review Committee, 2013, S. 63.

²⁸⁹ *Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung im Recht des geistigen Eigentums, 2013, S. 318 ff., 375 f.

²⁹⁰ *Kreutzer* (Fn. 9), S. 9 ff.

²⁹¹ → Fn. 286.

geben kann, in denen das umgestaltete Werk einen hinreichenden Abstand wahrt. Deshalb kann derzeit eine Gesetzesänderung nicht empfohlen werden, zumal sich Schwierigkeiten bei der Zulassung des Sampling in der Musik nach hier vertretener Ansicht durch eine de-minimis-Regel beim Tonträgerschutz in den Griff bekommen lassen. Doch sollte die Entwicklung aufmerksam beobachtet werden. Wenn künftige Urteile eine übermäßige Beschränkung moderner Formen der Kreativität befürchten lassen, ist über eine Ergänzung des § 24 UrhG nachzudenken.

Allerdings sollte schon jetzt der „starre Melodienschutz“ (§ 24 Abs. 2 UrhG) abgeschafft werden,²⁹² da die Übernahme der Melodie ohnehin in den meisten Fällen zu einem übereinstimmenden Gesamteindruck und damit zur Anwendung des § 23 UrhG führt, da aber auch in diesem Fall Ausnahmen zu Zwecken der Parodie und der privaten kreativen Umgestaltung möglich sein sollten. Außerdem sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dass Verwertungsgesellschaften unter bestimmten Umständen auch das Bearbeitungsrecht wahrnehmen können. Eine Gesetzesänderung ist hierfür allerdings nicht erforderlich.

²⁹² Ebenso *Krusemarck* (Fn. 289), S. 331.

E. Die Haftung von Intermediären

I. Bedeutung und Interessenlage

Schon immer haben Unternehmen Dienstleistungen erbracht, die einerseits sozialüblich sind, die aber andererseits auch einen kausalen Beitrag zu Schutzrechtsverletzungen schaffen. Im Internet ist die Bedeutung derartiger Intermediäre aber ganz erheblich gestiegen: Zugangsvermittler (Access Provider) ermöglichen Nutzern überhaupt erst den Zugang zum Internet, Hosts wie die Betreiber von Plattformen und sozialen Netzwerken schaffen die Grundlage für die Kommunikation im Netz, Suchmaschinen ermöglichen es Nutzern, im Chaos des Internet bestimmte Inhalte aufzufinden. All diesen Vermittlern ist gemeinsam, dass sie einerseits zur Infrastruktur des Internets einen notwendigen Beitrag leisten und so gesellschaftlich erwünschte Handlungen vornehmen, während sie andererseits in mehr oder weniger großem Ausmaß Urheberrechtsverletzungen ermöglichen und so eine Gefahrenquelle schaffen. Die Interessen der Rechtsinhaber, der Diensteanbieter und der Nutzer lassen sich nicht einfach miteinander in Einklang bringen.

Für den Rechtsinhaber ist ein Vorgehen gegen individuelle Nutzer oft aussichtslos, weil sie im Internet anonym oder unter einem Pseudonym agieren. Intermediäre sind „Gatekeeper“. Sie haben die Möglichkeit, durch Filtermaßnahmen gleichartige Verletzungen aufzufinden und sind, wie es Egrd. 59 InfosocRL formuliert, oftmals „selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen“. Sie erscheinen insoweit, in der Terminologie der ökonomischen Analyse, als „cheapest cost avoider“. Die Kosten können, jedenfalls in begrenztem Maße, in die allgemeine Kalkulation eingestellt werden und erscheinen so als „simply another cost of doing business“.²⁹³

Während aber jedenfalls Host-Provider vergleichsweise einfach konkret bezeichnete Dateien aus dem Internet nehmen oder den Zugang sperren können, verursachen Überwachungspflichten jeder Art höhere Kosten. Das gilt umso mehr, je weniger sich eine Kontrolle vollautomatisch durchführen lässt, je weniger die Verletzung eindeutig ist und je mehr sie weitere Wertungen erfordert. Da ein erhebli-

²⁹³ White Paper zum Digital Millennium Copyright Act, S. 123, zit. nach Holzna-gel, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, S. 22.

ches öffentliches Interesse an einer funktionierenden Netz-Infrastruktur besteht und da der elektronische Geschäftsverkehr einen bedeutenden und aufstrebenden Wirtschaftszweig darstellt, dürfen derartige Kosten jedenfalls bei Geschäftsmodellen nicht prohibitiv hoch sein, die nicht ausgesprochen gefahrgeneigt sind oder von vornherein illegale Nutzungen ermöglichen sollen.

Nutzer können den Schutz ihrer persönlichen Daten verlangen und haben ein auch rechtlich anerkanntes Interesse an Anonymität im Netz.²⁹⁴ Sie sind im Rahmen ihrer Informationsfreiheit daran interessiert, Zugangsbeschränkungen nach Möglichkeit zu vermeiden. Das gilt vor allem, wenn Filter- und Kontrollpflichten dazu führen, dass der Zugang zu rechtmäßigen Angeboten gesperrt wird („false positives“). Andererseits können effektive Zugangsbeschränkungen zum Schutz der Rechtsinhaber ausreichen und so ein Vorgehen gegen individuelle Nutzer entbehrlich machen.

Eine faire Abwägung dieser Interessen ist nicht nur ein Gebot der Gerechtigkeit und trägt zur Effizienz der elektronischen Kommunikation bei, sie ist auch grundrechtlich veranlasst. Einerseits ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Schutz des geistigen Eigentums für den Gesetzgeber und die Gerichte eine Schutzpflicht, andererseits fallen die Rechte auf informationelle Selbstbestimmung und freie Meinungsäußerung der Nutzer ebenso ins Gewicht wie die Berufsfreiheit der Vermittler. Zugleich handelt es sich aber um eine der komplexesten Regelungsaufgaben des Immaterialgüter- und Internetrechts. Die Formulierung abstrakt-genereller Vorgaben fällt angesichts der Vielzahl der faktischen Fallgestaltungen schwer, es gibt nicht genügend verlässliche, unabhängig ermittelte empirische Informationen, daher ist der Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität kaum befriedigend zu lösen.

II. Völker- und unionsrechtlicher Rahmen

1. Völkerrecht

Gemäß Art. 44 TRIPS müssen die Mitgliedstaaten den Gerichten die Befugnis zu Unterlassungsanordnungen einräumen. Die WIPO-Verträge verpflichten nur allgemein dazu, wirksame Verfahren gegen Rechtsverletzung vorzusehen. Lediglich Art. 8 des mittlerweile ge-

²⁹⁴ § 13 Abs. 6 TMG; die Diskussion um ein Recht auf Anonymität kann hier nicht referiert werden, krit. etwa *Bernreuther*, AfP 2011, 218, 223.

F 94 Gutachten von Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge)

scheiterten ACTA sah Unterlassungsanordnungen gegenüber Dritten vor, „wo dies zweckdienlich ist“. Weitergehende Rechtsbehelfe gegen Intermediäre waren ursprünglich vorgesehen, stießen in den Verhandlungen aber auf so erheblichen Widerstand, dass sich diese Pläne im endgültigen Text nicht mehr niederschlugen.

2. Unionsrecht

Das Unionsrecht geht weiter. Gemäß Art. 8 Abs. 3 InfoSocRL, 11 S. 3 DurchsetzungsRL stellen die Mitgliedstaaten sicher, „dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden“. Mittlerweile hatte der EuGH Gelegenheit, diese allgemeine Vorgabe zu konkretisieren. Zu den „Vermittlern“ gehören nicht nur Host- sondern auch Access-Provider, selbst wenn sie keine Kontrolle über den genutzten Dienst ausüben.²⁹⁵ Betreiber von Online-Marktplätzen sind nicht nur dazu verpflichtet, rechtsverletzende Angebote zu beseitigen. Die Mitgliedstaaten müssen auch dafür sorgen, dass die Betreiber Vorkehrungen gegen erneute derartige Verletzungen treffen.²⁹⁶ Allerdings treffen weder Zugangsvermittler²⁹⁷ noch die Betreiber sozialer Netzwerke²⁹⁸ umfassende, unbefristete und präventive Überwachungspflichten. In diesem Zusammenhang verlangt der EuGH nicht nur, dass Maßnahmen gegen Vermittler wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, sondern betont auch die Bedeutung der Grundrechte.

Während die InfoSocRL und die DurchsetzungsRL die Gefahren betonen, die aus der Tätigkeit der Vermittler für das Urheberrecht erwachsen, dient die E-CommerceRL der Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt.²⁹⁹ In diesem Sinne privilegieren die Art. 12–15 E-CommerceRL Internet-Dienstleister in unterschiedlichem Maße. Sie haften für die reine Durchleitung von Informationen (Art. 12), die Zwischenspeicherung (Caching, Art. 13) und die Speicherung fremder Informationen (Hosting, Art. 14) nicht, sofern sie im Fall des Caching und Hosting die rechtswidrige Information unverzüglich beseitigen oder sperren, wenn sie von der Rechtswidrigkeit Kenntnis erlangen. Art. 15 bestimmt ausdrücklich,

²⁹⁵ EuGH, Rs. C-557/07, Slg 2009, I-1227 = GRUR 2009, 579 – LSG/Tele2.

²⁹⁶ EuGH, Rs. C-324/09, Slg 2011, I-6011 = GRUR 2011, 1025, Rn. 114 – L’Oréal/eBay.

²⁹⁷ EuGH, Rs. C-70/10 = GRUR 2012, 265 – Scarlet Extended/SABAM.

²⁹⁸ EuGH, Rs. C-360/10 = GRUR 2012, 382 – SABAM/Netlog.

²⁹⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 E-CommerceRL.

dass keine allgemeine Überwachungspflicht besteht. Inzwischen hat sich herausgestellt, dass vor allem die Fallgruppe des Hosting heterogener ist, als bei Schaffung der Richtlinie zu erwarten stand. Der EuGH hat Art. 14 E-CommerceRL mittlerweile dahingehend präzisiert, dass nur passive, rein technische Dienstleistungen privilegiert sind. Spielt der Anbieter hingegen eine aktive Rolle, die ihm ein Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen kann, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen.³⁰⁰ Die umstrittene Frage, ob auch Unterlassungsansprüche von der Privilegierung umfasst sind,³⁰¹ hat der EuGH zwar noch nicht ausdrücklich beantwortet. Da er aber in einigen Fällen, in denen Unterlassungsansprüche geltend gemacht worden waren, keine Differenzierung vorgenommen hat, scheint die Frage zu bejahen zu sein. Zwar machen Art. 12 Abs. 3, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 3 deutlich, dass auch von privilegierten Dienstleistern die Unterlassung und Beseitigung hinsichtlich konkreter verletzender Inhalte verlangt werden kann, doch gilt jedenfalls der Ausschluss allgemeiner Überwachungspflichten auch für Unterlassungsansprüche.³⁰²

III. Regelungsmodelle im Rechtsvergleich

1. „Notice and take down“-Verfahren (US-Recht)

Vorbild für die Privilegierungen der ECR waren die Safe harbor provisions des US-Rechts, die durch den Digital Millennium Copyright Act 1998 eingeführt wurden.³⁰³ Sie regeln nicht die Haftungs Voraussetzungen, die sich aus den allgemein-deliktsrechtlichen Instituten der contributory liability und der vicarious liability ergeben, sondern nehmen das Verhalten bestimmter Vermittler von der Haftung aus, sofern diese die in § 512 des Copyright Act umschriebenen Obliegenheiten beachten. Die Vorschrift sieht unter anderem Spezialregelungen für die Durchleitung (Caching), für die Speicherung

³⁰⁰ EuGH, Rs. C-236/08 bis C-238/08, Slg 2010, I-2417 = GRUR 2010, 445, Rn. 114 – Google France.

³⁰¹ Dagegen die frühere deutsche Rechtsprechung: BGH GRUR 2004, 860, 862 f. – Internet-Versteigerung I, ebenso *J.B. Nordemann* in Fromm/Nordemann (Fn. 65), § 97 Rn. 185; *Goldstein/Hugenboltz* (Fn. 278), S. 343; dafür mittlerweile *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 8 Rn. 2.28; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 321, 327.

³⁰² So mittlerweile auch BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 22 – Stiftparfüm.

³⁰³ Dazu umfassend *Holzner* (Fn. 293), S. 5 ff.

beck-shop.de

F 96 Gutachten von Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge)

fremder Informationen (Hosting) und für Suchmaschinen (Information Location Tools) vor. Kern der Regelungen ist ein „Notice and take down“-Verfahren, das vor allem für Host Provider gesetzlich genau ausgestaltet ist. Sie haften für fremde Informationen nur bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit oder Kennenmüssen und sind im Übrigen von der Haftung befreit, wenn sie auf einen Hinweis auf rechtswidrige Inhalte (notification) unverzüglich reagieren. Die Voraussetzungen eines wirksamen Hinweises sind im Gesetz ebenso geregelt wie die Möglichkeiten des betroffenen Nutzers, die Rechtmäßigkeit seiner Information zu verteidigen und ein „put back“ zu erwirken. Überwachungspflichten auf gleichartige Rechtsverletzungen, wie sie das deutsche Recht kennt, bestehen nur in sehr eingeschränktem Umfang.³⁰⁴

Dieses Modell ist provider- und nutzerfreundlich. Es befreit Intermediäre weitgehend von Prüf- und Überwachungspflichten und schafft durch eine gesetzliche Regelung der Anforderungen an einen ersten Hinweis und des Verfahrens eine vergleichsweise weitgehende Rechtssicherheit. Das Aufspüren ähnlicher Verletzungen ist weitgehend Aufgabe der Rechtsinhaber. Dadurch werden andererseits die Möglichkeiten der Intermediäre, als „cheapest cost avoider“ effektiv Rechtsverletzungen abzustellen, nur eingeschränkt genutzt. Da die Privilegierungen schon bei grob fahrlässiger Unkenntnis einer Rechtsverletzung nicht eingreifen und auch im Übrigen beschränkt sind, hat es zudem den Anschein, als griffen US-Gerichte häufiger als deutsche Gerichte auf die allgemein-deliktsrechtliche Täter- und Teilnehmerhaftung zurück.

2. Gerichtliche und behördliche Unterlassungsanordnungen (Großbritannien, Frankreich)

Das EU-Recht beschränkt sich derzeit auf die oben genannten allgemeinen Vorgaben, überlässt die Regelung der Bedingungen und Modalitäten für gerichtliche Anordnungen gegenüber Vermittlern aber ausdrücklich den Mitgliedstaaten.³⁰⁵ Dementsprechend unterscheiden sich die Modelle in den europäischen Staaten hinsichtlich ihrer dogmatischen Grundlagen, hinsichtlich der Voraussetzungen der sekundären Haftung, hinsichtlich der Pflichten, die Intermediären auferlegt werden, und hinsichtlich der Verfahren bei Inanspruchnahme von Intermediären derzeit erheblich.³⁰⁶ Dennoch lassen sich,

³⁰⁴ Holzmagel (Fn. 293), S. 51 ff.

³⁰⁵ Egrd. 59 InfosocRL.

³⁰⁶ Angelopoulos [2013] IPQ 253; Goldstein/Hugenholz (Fn. 278), 2013, S. 342 ff.