

EINE JURISTISCHE AGENDA FÜR DIGITALE INHALTE

Einleitung

1. Geistiges Eigentum ≠ Sacheigentum
2. Urheberrecht zur Förderung von Innovation und Kreativität
3. Lizenzhandel
4. Urheberschaft der vielen
5. Bildung und Wissenschaft im Urheberrecht
6. Medien- und Marktkonvergenzen
7. Verantwortlichkeit von Intermediären
8. Monopolähnliche Anbieter
9. Allgemeines Datenrecht
10. Globale Datenräume

Fazit

Einleitung

Es knirscht und knackt: Ein bewährtes, aber in die Jahre gekommenes urheber- und medienrechtliches Gebälk muss immer stärkere Erdbeben aushalten. Die digitale Transformation erobert Berufsbilder, Geschäftsfelder und Lebensbereiche. In einem freiheitlichen Rechtsstaat darf nicht die Digitalisierung Mensch und Gemeinschaft kontrollieren, sondern der demokratisch legitimierte Gesetzgeber gestaltet das Zusammenleben. Gelingt die entsprechende Reformierung der Rechtsgrundlagen auf Dauer nicht, verliert etwa das Urheberrecht weiter an Akzeptanz, der Datenschutz droht sich von der Lebensrealität der Menschen abzukoppeln.

Dieser Beitrag beschreibt zehn Regulierungsaspekte, die grundlegend zu überprüfen sind. Nach jeweiliger Darstellung der rechtlichen Ausgangslage werden Desiderate für die juristische Reformagenda abgeleitet.

1. Geistiges Eigentum ≠ Sacheigentum

Das Bundesverfassungsgericht fasst das Urheberrecht unter den Schutzbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Grundgesetz, GG). Vielleicht erklärt dies, weshalb häufig von geistigem Eigentum gesprochen wird. Im Übrigen unterscheiden sich Sacheigentum und geistiges Eigentum fundamental. Der Eigentumsschutz an materiellen Sachen ermächtigt dazu, mit der Sache nach Belieben zu verfahren (§ 903 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). Demgegenüber fällt der eigentumsähnliche Schutz für immaterielle Güter fragmentarisch aus:

- Speziell wer ein Werk (Urheberrecht), eine Erfindung (Patentrecht) oder etwa eine Marke (Markenrecht) gemäß den jeweiligen Gesetzesanforderungen erschafft, dem erst gewährt unsere Rechtsordnung überhaupt rechtlichen Schutz. Im Übrigen sind geistige Leistungen, Fachexpertisen, Ideen, Konzepte oder etwa Inhalte als solche nicht rechtlich geschützt. Das Freihaltebedürfnis mit seiner Wohlfahrtsbedeutung für Gesellschaft, Kultur und Wirtschaft ist bei den gewerblichen Schutzrechten stärker anerkannt als im Urheberrecht. Normen im Sinne wirtschaftlich und kulturell erwünschter Nachnutzungen finden sich im Urheberrecht mehr als spärlich und rudimentär ausgeprägt, wie etwa die geringe Bedeutung freier Benutzungen gemäß § 24 Urheberrechtsgesetz (UrhG) verdeutlicht.
- Bei immateriellen Gütern sind Nutzungshandlungen oftmals ökonomisch bedeutsam, urheberrechtlich aber ohne Belang. Das Lesen eines Buches, das Betrachten eines Gemäldes oder das Hören von Musik vermittelt zwar den Werkgenuss, jedoch greift es (noch) in kein Nutzungsrecht des Urhebers ein. Erst beim Kopieren eines Werkes ist das Vervielfältigungsrecht (vgl. ab § 15 UrhG) betroffen. Von der Nutzung ihrer materiellen Gegenstände können Sacheigentümer andere Personen vergleichsweise umfassend ausschließen (§ 903 Satz 1 BGB).
- Der Urheberschutz unterliegt gesetzlichen Beschränkungen, den Schrankenbestimmungen im Urheberrechtsgesetz. Eine Tabelle der bildungsrelevanten Schrankenregeln mit Erläuterung enthält der Leitfaden von Hartmann, Urheberrecht in der Bildungspraxis

(2014), Seiten 63 ff. Neben der Sozialpflichtigkeit des (geistigen) Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG), der Ausbalancierung mit anderen Grundrechten wie etwa der Meinungs-, Wissenschafts- oder Kunstfreiheit (Art. 5 GG, zu Sampling vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13) ist gerade für das Immaterialgüterrecht besonders darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den Inhalt von Eigentumsrechten weitgehend definieren kann (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).

- Urheberschutz ist endlich. Zwar können Urheberrechte – vergleichbar Eigentumsrechten an Sachen – vererbt werden (§ 28 UrhG). In jedem Fall 70 Jahre nach Tod des letzten Urhebers werden Werke gemeinfrei.

Das sind eherne Konstruktionsprinzipien des Urheberrechts, deren Koordinaten in den letzten Jahren immer weiter verschoben wurden: Der Gesetzgeber hat immaterielle Schutzbereiche sukzessive ausgeweitet, im Urheberrechtsgesetz etwa mit neuen sog. verwandten Schutzrechten, die bislang ihren beabsichtigten Effekt vollständig verfehlen (z. Bsp. Presseleistungsschutzrecht, ab § 87f UrhG) oder – en passant – datengetriebene Wirtschaft und Wissenschaft (data science) blockieren, zumindest aber rechtlich verunsichern (z. Bsp. Sui-Generis Datenbankherstellerrecht, ab § 87a UrhG). Daneben hat der Gesetzgeber Schutzfristen verlängert (z. Bsp. Tonträgerherstellerrecht, § 85 Abs. 3 UrhG). Den Schutzbereich dehnen auch Gerichte aus, insbesondere wenn sie schon kurze Alltagstexte (Bsp. Bedienungsanleitung) als persönliche geistige Schöpfung anerkennen. Bayerische Wortakrobatik und damit Werkschutz sprach etwa das Landgericht München im Jahr 2011 (Az. 7 O 8226/11) diesem Zitat Karl Valentins zu: *„Mögen hätte ich schon wollen, aber dürfen habe ich mich nicht getraut“*.

Doch kommt es auf „echte“ Lizenzen noch an? Geschützte Inhalte werden gestreamt, nach Bedarf aus der Cloud genutzt, Soft- und Hardware als shared services effizient ausgelastet. Nutzungen virtualisieren sich. Zwar werden Lizenzen in professionellen Kerngeschäftsbereichen eine gewisse Bedeutung beibehalten (vgl. insoweit unten Kap 3), eigentumsähnliche Rechtspositionen könnten sich jedoch in mancher Konstellation als überflüssig erweisen. Zugleich könnten Rechtskenntnisse über vertragliche Vereinbarungen etwa hinsichtlich Zugang, Nutzungsbedingungen oder

schlichte Nutzungserlaubnisse so elementar werden wie es einst das Kauf- und Eigentumsrecht an Sachen war.

1. Desiderat: Der Gesetzgeber sollte prüfen, ob berechtigte Schutzinteressen der Urheber und das Freihaltebedürfnis sich noch in Balance befinden.

2. Desiderat: Die Gerichte sollten Werkschutz erst dann annehmen, wenn die geistige Leistung eine über das durchschnittliche hinausgehende Schöpfung darstellt, mithin ein Mindestmaß an Individualität und Originalität aufweist. Beachtenswert insoweit ist zum Beispiel ein vor kurzem ergangenes Urteil des Oberlandesgerichts Köln (Az. 6 U 120/15), das dem Buchtitel „Wenn das Haus nasse Füße hat“ die für einen Werkschutz erforderliche Schöpfungshöhe versagte.

3. Desiderat: Empirisch für gesellschaftliche, kulturelle und ökonomische Entwicklung sowie rechtswissenschaftlich sollten die Folgen untersucht werden, falls geistige Leistungen prinzipiell, das heißt unabhängig von einer bestimmten Schöpfungshöhe geschützt wären (vgl. dahingehend zum Beispiel für den Schutz von Fotografien Art. 6 der EU-Richtlinie 2006/116).

2. Urheberrecht zur Förderung von Innovation und Kreativität

Urheberschutz soll Anreiz für Innovation und Kreativität sein. Das ist eine zentrale Begründung für den Urheberschutz in unserer Rechtsordnung schlechthin. Darauf stützt sich etwa auch Günther Oettinger, EU-Kommissar für digitale Wirtschaft und Gesellschaft, der kurz vor seinem Amtsantritt 2014 sagte: *„Eigentum ist grundgesetzlich geschützt. Dabei geht es nicht nur um Auto, Haus und Bankkonto. Geistiges Eigentum muss den gleichen Wert genießen, denn wenn es das nicht tut, dann schreibt keiner mehr ein Buch, ein Theaterstück. Wir hätten bald eine geistige Verarmung zu beklagen“* (Interview in: Welt am Sonntag, Ausgabe vom 12.10.2014).

Empirische Untersuchungen dazu, inwieweit dieses Ziel erreicht wird, sind allerdings Mangelware. Vor diesem Hintergrund entstand am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (MPI IP) die Studie „Urheberrecht und Innovation in digitalen Märkten“, die am 25.04.2016 an den Auftraggeber, das Bundesministerium der Justiz und für Verbrau-

cherschutz (BMJV), übergeben wurde. Im Rahmen der Studie wurden 40 Startups mit internetbasierten Geschäftsmodellen unter anderem dazu befragt, inwieweit urheberrechtliche Vorgaben Konfliktpotenzial mit den jeweiligen Geschäftsmodellen hervorbringen.

4. Desiderat: Vor gesetzlichen Maßnahmen sollte insbesondere überprüft werden, welche tatsächlichen Wirkungen urheberrechtliche Regulierungsinstrumente auf Innovation und Kreativität entfalten.

3. Lizenzhandel

Nutzungsrechte (Lizenzen) dürfen nicht ohne Zustimmung des Rechteinhabers weiterverkauft bzw. in anderer Weise weitergegeben werden. Gedruckte Bücher und andere Sachen können hingegen rechtswirksam veräußert, verschenkt, verliehen etc. werden. Immaterielle und materielle Güter werden insofern rechtlich grundlegend anders behandelt. In Deutschland leiteten Fachjuristen dies lange Zeit vor allem daraus ab, dass der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 Abs. 2 UrhG) nur auf materielle Güter anwendbar wäre.

Mit dieser Rechtsauffassung hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in seiner *UsedSoft*-Entscheidung aus dem Jahr 2012 gebrochen. Demnach sollen Lizenzpakete für Software weiterverkauft werden können. Momentan noch unklar ist, ob diese Rechtsprechung ebenso auch für andere digitale Güter als Software (beispielsweise für E-Books) gilt. Entsprechende Gerichtsverfahren sind in der Europäischen Union anhängig, einzelne Fraktionen haben im Deutschen Bundestag bereits konkrete Gesetzentwürfe eingebracht, um den Erschöpfungsgrundsatz entsprechend auch auf immaterielle Güter auszudehnen, siehe insbesondere den Gesetzentwurf für einen neuen § 17a UrhG „zur Ermöglichung der privaten Weiterveräußerung unkörperlicher Werkexemplare“ (Bundestags-Drucksache 17/8377 vom 18.01.2012) sowie einen im Juli 2015 in den Deutschen Bundestag eingebrachten Antrag, welcher die „*Verleihbarkeit digitaler Medien entsprechend analoger Werke in Öffentlichen Bibliotheken sicherstellen*“ will (Bundestags-Drucksache 18/5405).

Eine urheberrechtliche Gleichbehandlung etwa von Büchern und E-Books könnte Marktstrukturen aufbrechen (siehe dazu unten Kap. 8). Ausführ-

lich dargestellt werden die möglichen konkreten Folgen für Rechteinhaber und Lizenznehmer in dem Aufsatz von Hartmann, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte - Zugleich eine Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 03. Juli 2012, Rs. C-128/11 – UsedSoft ./ Oracle, in: GRUR Int 61, 11 (2012), Seiten 980 – 989.

5. Desiderat: Bei der nun anstehenden Novellierung des Urheberrechts sollte der EU-Gesetzgeber in Kenntnis der heutigen Marktstrukturen mit teils einsetzenden Kartellproblemen entscheiden, ob der Erschöpfungsgrundsatz auch auf digitale Güter bzw. Nutzungsrechte Anwendung finden sollte.

4. Urheberschaft der vielen

Wenn die Urheberschaft und deren vielfältige Ausgestaltung gesetzlich bestimmt werden, stellt das Urheberrecht traditionell stark auf eine einzeln kreativ tätige Person ab. Dass online an einem Artikel bei Wikipedia oder in der Physik an einem Fachaufsatz tausende Menschen global mitarbeiten, hat unser – in Deutschland in den 1960er Jahren eingeführtes – Urheberrechtsgesetz nicht vor Augen. In der „Nature“-Ausgabe vom 04.06.2015 publizierten mehr als (namentlich einzeln benannte) 3000 Teilchenphysiker einen Acht-Seiten-Artikel zu ihrer Forschungsarbeit rund um einen seltenen Zerfall von Elementarteilchen.

Die insoweit relevante gesetzliche Miturheberschaft (§ 8 UrhG) führt nicht selten in eine Sackgasse, denn demnach muss grundsätzlich jeder Miturheber einer Lizenzanfrage zustimmen. Die freie Enzyklopädie Wikipedia begegnet diesem Rechtsproblem mit der obligatorischen Vorgabe, dass sich alle beteiligten Urheber der von Wikipedia festgelegten, freien Lizenz unterwerfen.

In größeren Zusammenhang gestellt kann die zunehmend zum Problem werdende Miturheberschaft auch als Chance dienen. Eine Stärkung des Urheberrechts insgesamt könnte dadurch erzielt werden, dass viele Menschen in der digitalisierten Welt Nutzer und Urheber sind, also Prosumenten, d.h. zugleich Konsumenten und Produzenten geistiger Leistungen und Güter. Studierende beispielsweise sind Urheber ihrer Beiträge, die sie blended learning in E-Learning-Kursen erstellen. Damit sind sie selbst

in der Rechtsposition eines Urhebers und reflektieren etwa erwünschte und unerwünschte Verwendungen aller Lernenden an einer Hochschule und darüber hinaus.

Eine andere Lücke des Rechtsgefüges tut sich auf, weil nach unserem Urheberrechtsverständnis ausschließlich Menschen Urheber sein können (vgl. § 2 Abs. 2 und § 7 UrhG). Hat dies zur Folge, dass etwa die Ergebnisse von content mining, abstracting, data analytics urheberrechtsfrei sind? Siehe dazu auch unten das Kapitel „Allgemeines Datenrecht“.

6. Desiderat: Vor allem bei professionellen Arbeiten (zum Beispiel Publikationsprojekte) sollten alle Urheber frühzeitig beraten, einen oder einzelne Miturheber zum Lizenzmanagement des gemeinsamen Werks zu ermächtigen.

7. Desiderat: Wenn neuerdings häufig Nutzer zugleich selbst Urheber sind, kann dies dabei helfen, das Bewusstsein und die Akzeptanz für ein neu austariertes Urheberrecht wieder zu stärken.

5. Bildung und Wissenschaft im Urheberrecht

Die Einheitlichkeit des Werkschutzes ist elementar für das Urheberrecht. Nach § 1 UrhG erfasst der Werkschutz zunächst gleichermaßen Literatur, Wissenschaft und Kunst. Es ist kritisch zu reflektieren, ob die urhebergesetzlichen Zielsetzungen für belletristische Autoren vergleichbar sind mit denen der wissenschaftlichen Autoren. Dabei ist insbesondere einzubeziehen, ob und ggfls. inwieweit Inhalte für Lernen, Lehren und Forschen als Wirtschaftsgut nach Marktmechanismen vertrieben oder als Gemeingut behandelt und bereitgestellt werden sollten.

Dazu sind die Wertschöpfungsketten und deren Finanzierung auf den entsprechenden Publikationsmärkten in Bildung und Wissenschaft zu beleuchten. Obgleich insoweit in eigener Sache reklamierend legte die Allianz der deutschen Wissenschaftsorganisationen im Juni 2016 einen „Appell zur Offenlegung von Publikationsgebühren“ vor. Auf diese Weise sollen Kostenstrukturen der Open Access-Publikationsmärkte deutlicher nachvollziehbar werden.

Vor allem die Wissenschaft kann sich auf die grundgesetzlich geschützte Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) berufen. Damit verbunden ist die Publikationsfreiheit der einzelnen, wissenschaftlich agierenden Person(en), darüber hinaus aber auch systemisch ein wissenschaftsadäquater Zugang zu Fachdiskursen. Urheberrechtlich möglichst diskriminierungsfrei nachzuvollziehen sind zudem die unterschiedlichen Publikationskulturen in den einzelnen Wissenschaftsdisziplinen.

Wissenschaftsimmanent ist zudem ein Primat der Selbstregulierung, das sich rechtlich zum Beispiel in der Hochschulautonomie abbildet. Demnach liegt es an Wissenschaft selbst, sich ihre Publikations-, Kommunikations- und Rezeptionsformen zu wählen. Auch in Reaktion auf die Möglichkeiten etwa von E-Science, E-Learning, E-Research kann dies bedeuten, Kommunikations- und Publikationswege zu ändern und exklusive Zugangsrechte mit den Prinzipien von Open Access abzulösen. Es sei „an der Zeit, unsere Autoren sprechen zu lassen, um zu verstehen, wie sie den Paradigmenwechsel hin zu Open Access bewerten“, sagte Daniel Schiff vom Thieme Verlag im Juni 2015. Zu dieser Zeit startete der Wissenschaftsverlag einen Modellversuch mit der Zeitschrift „The Surgey Journal“: Dabei sollen im neuartigen „Pay-What-You-Want“-Zahlungsverfahren die Autoren selbst entscheiden, wieviel ihnen die Veröffentlichung ihrer Arbeit an Publikationsgebühren (siehe oben) wert ist.

Der Gesetzgeber greift entsprechende Entwicklungen in Wissenschaft und bei den Kostenstrukturen auf (siehe dazu auch unten Kap. 8). Zuletzt einigten sich die EU-Staaten im Mai 2016 darauf, dass bis zum Jahr 2020 alle öffentlich finanzierten wissenschaftlichen Publikationen in der EU „ohne finanzielle und juristische Barrieren (...) unverzüglich“ frei zugänglich sein sollen (vgl. Pressemitteilung vom 27.05.2016 der niederländischen EU-Ratspräsidentschaft Alle wissenschaftlichen Artikel in Europa ab 2020 ungehindert zugänglich – Europa entscheidet sich für Open Access).

Digitale Lern- und Unterrichtsmaterialien voranbringen will etwa das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) mit unterschiedlichen Maßnahmen und Projekten. Von der Grundschule bis zu beruflicher Fortbildung sind Offene Bildungsmaterialien (OER – Open Educational Resources) freie Bildungsressourcen, die online als didaktisch aufbereitete Texte, Audio- und Videodateien sowie als integrierte Ange-

bote verschiedener Medienformate abrufbar sind. Siehe dazu auch Hartmann, Urheberrecht in der Bildungspraxis (2014), Seiten 93 ff.

Pädagogische Konzepte sind gefragt. Zielgruppen, eigene Handlungsfelder (zum Beispiel Produktion, Verbreitung und Schulung) und deren Rahmenbedingungen müssen von etablierten Akteuren wie Schul- und Fachbuchverlagen, aber auch von Bildungseinrichtungen und Bibliotheken analysiert werden. Anzupassen, womöglich neu auszurichten sind die bisherigen Produkt- und vor allem Dienstleistungsportfolio. Konkret finanzierte das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) das Projekt „Mapping OER – Bildungsmaterialien gemeinsam gestalten“. Dabei wurde die Landschaft der freien Bildungsmaterialien in Deutschland kartographiert und Ansätze entwickelt, wie Open Educational Resources gestärkt werden können. Der im Frühjahr 2016 veröffentlichte „Praxisrahmen für Open Educational Resources (OER) in Deutschland“ ist abrufbar unter www.mapping-oer.de.

8. Desiderat: Änderungen des Urheberrechts für Wissenschaft und Bildung sollten bevorzugt aus der Mitte von Wissenschaft und Bildung initiiert werden. Daran anknüpfend ist rechtswissenschaftlich zu erörtern, an welchen Stellen in der Urheberrechtsordnung – rechtssystematisch und legistisch konsistent – den Besonderheiten von Bildung und Wissenschaft Rechnung getragen werden sollte.

9. Desiderat: Der Gesetzgeber behilft und arrangiert sich im Moment mit einem Kompromiss. Urheberrecht in Wissenschaft und Bildung ist zunächst dem Marktmodell anderer Urheberrechtsbereiche weithin gleichgestellt. Nur punktuell wird das Vertrauen auf den Marktmechanismus ergänzt von gesetzlichen Schrankenbestimmungen, die einen in der Regel vergüteten, eng definierten Mindestzugang absichern sollen. Solange die Zugangs- und Nutzungsangebote der (vor allem staatlichen) Bildungs-, Bibliotheks- und Wissenschaftseinrichtungen deutlich unter ihren digitalen Möglichkeiten bleiben, ist der Gesetzgeber auf Landes-, Bundes- und auf EU-Ebene in der Pflicht, eine bildungs- und wissenschaftsfreundliche Urheberrechtsregulierung in der digitalen Wissensgesellschaft auf den Weg zu bringen – wie dies seit nunmehr über 15 Jahren angekündigt wird.

6. Medien- und Marktkonvergenzen

Ebenso wie Nutzungsgewohnheiten diffundieren in digitalem Kontext Rollen und Funktionen unternehmerischer Betätigung. Fernsehstationen sendeten lange Zeit ein lineares Programm und mussten insoweit etwa für die Ausstrahlung eines Spielfilms das Senderecht (§ 20 UrhG) einholen. Jedenfalls im öffentlich-rechtlichen Rundfunk wird heute zusätzlich erwartet, dass beispielsweise ein Kriminalfilm „Tatort“ auch über seinen Sendetermin hinaus in der ARD-Mediathek verfügbar ist. Dafür müssen sich die öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten zusätzlich das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) einkaufen. In diesem Fall legen Filmproduzenten ihren Internetvertrieb weitgehend in die Hände ihrer öffentlich-rechtlichen Kunden. Dadurch mitunter zurückgedrängt bleiben andere Vertriebskanäle, eigene Geschäftsmodelle (evtl. bis zum Endkunden) und alternative Kooperationen.

Medienkonvergenz deutlich wird auch bei den lange Zeit getrennten Märkten der gedruckten Tagespresse einerseits und den Nachrichten- und Informationssendungen im Rundfunk (etwa mit dem Flaggship „Tagesschau“ der ARD) auf der anderen Seite. So galt das Lizenzgeschäft der Zeitungshäuser lange Zeit dem Verlagsrecht, das auf eine hohe Stückzahl (Vervielfältigungsrecht, § 16 UrhG) und auf das Verbreiten der Auflage (Verbreitungsrecht, § 17 UrhG) zielte. Die Arbeit der Nachrichtenredaktionen im Fernsehen fußte urheberrechtlich auf der linear ausgestrahlten Sendung (Senderecht, § 20 UrhG). Heute aber bauen sowohl Presseverleger als auch Fernsehstationen ihre Informations- und Unterhaltungsangebote im Internet aus (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG) und konkurrieren unmittelbar um Klickzahlen und die damit verbundenen Erlösmöglichkeiten. Verlage stellen nicht mehr vorwiegend allein Texte ins Netz, TV-Sender beschränken sich nicht mehr auf im Rahmen eines Fernsehprogramms ausgestrahlte Filme und Sendungen (audiovisuelle Medien).

Presseverlage und Rundfunkanbieter bilden die vierte Gewalt in unserem demokratischen Rechtsstaat. Beider Bedeutung gelangt in Grundrechtsverbürgungen zum Ausdruck: Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG können sich Presseverlage auf die Pressefreiheit, Rundfunkstationen auf die Freiheit der Berichterstattung berufen. Der angesprochene, zu einem konvergie-

rende Medienmarkt jedoch ist weiterhin geprägt durch die medien- und urheberrechtliche Aufteilung in lineare Sendung nach Programmschemata und täglichem Vertrieb gedruckter Presseerzeugnisse. Daneben unterliegen Presseverlage dem Presserecht, Rundfunkanbieter dem Rundfunkrecht. Welcher rechtliche Rahmen gilt für Streaming-Dienste wie Netflix oder Spotify, die Ende 2015 bereits mehr als jeder zweite Berliner nutzte, bei den unter 30-Jährigen bereits zu 87 Prozent verbreitet sind (Quelle: www.medianet-bb.de, 21.01.2016)? Und unter welche Regulierung fallen Dienste von Google, Amazon, Facebook und Apple („GAFA“)? Dem wird sich das nächste Kapitel widmen.

Wettbewerblich verzerrend wirkt sich die Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus. Zum Schutz der Presseverlage hat der Gesetzgeber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Restriktion auferlegt, dass „nichtsendungsbezogene presseähnliche Angebote“ (§ 11d Rundfunkstaatsvertrag) im Internet unzulässig sind. Zugleich betont der Gesetzgeber aber, dass sich die beitragsfinanzierten Angebote von ARD & Co. an alle Bevölkerungsgruppen und Generationen richten sollen. In einem jahrelangen Musterprozess klagte der Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger gegen die Tagesschau App. Am 30.04.2015 verwies der Bundesgerichtshof den Rechtsstreit zurück an die Vorinstanz (Az. I ZR 13/14). Für die Rechtsfrage nach der Presseähnlichkeit der Tagesschau-App soll es wesentlich darauf ankommen, ob bei diesem Angebot der Text und stehende Bilder deutlich im Vordergrund stünden. Ein ähnlicher Rechtsstreit endete im Juni 2016 letztlich mit einer außergerichtlichen Einigung: Elf bayerische Zeitungsverleger erhoben Klage vor dem Landgericht München I gegen den Bayerischen Rundfunk (BR) wegen dessen Nachrichten-App „BR24“. Der Hauptvorwurf bestand darin, dass der Bayerische Rundfunk mit einem presseähnlichen, nicht sendungsbezogenen Angebot den Wettbewerb mit digitalen Nachrichtenangeboten der privaten Presse verzerren würde.

10. Desiderat: Rechtlich stehen Regulierungsbereiche für Rundfunk, Presse, Internetanbieter, Intermediäre und andere Ersteller kreativer Inhalte weiterhin nebeneinander, obwohl die digitalen Nutzungsgewohnheiten und Marktstrukturen konvergieren. Medienregulierung sollte insoweit wieder wettbewerbsneutral und diskriminierungsfrei gelten. Dazu müssen neue juristische Anknüpfungspunkte entwickelt werden.

7. Verantwortlichkeit von Intermediären

Inwieweit sollen Dienste von Google, Amazon, Facebook und Apple („GAFA“) Verantwortung dafür tragen, wenn ihre Nutzer (ggfls. massenhaft und regelmäßig) Rechtsverletzungen begehen? Sind Bibliotheken und Bildungseinrichtungen anders zu behandeln, selbst wenn sie vergleichbare Dienste wie Unternehmen anbieten?

Das Urheberrecht bildet die Schlüsselfunktion traditionsreicher Informationsvermittler (z. Bsp. Bibliotheken) unzureichend ab, die jüngerer Inhaltevermittler (z. Bsp. Suchmaschinen, Plattformen) ist gesetzlich allenfalls rudimentär nachvollzogen. Dies erscheint Verwertungsunternehmen besonders misslich, weil bislang gerade sie Zugang, Umsätze und Erlöse kreier(t)en. Für ihre Qualitätsinhalte sollten deutsche Presseverlage an den Erlösen von Nachrichtenaggregatoren seit 2013 beteiligt werden – diese politische (vielleicht gut gemeinte) Intention mit dem neuen Presse-Leistungsschutzrecht im Urheberrechtsgesetz (neu seit 2013 ab § 87f UrhG) setzte sich, zumindest bislang, nicht in der Rechtsanwendung durch.

Derweilen verlaufen Tarifverhandlungen von GEMA und YouTube seit Jahren ohne Ergebnis. Ähnliche Konflikte mit staatlicher Intervention sind auch in anderen EU-Staaten zu beobachten. Wem nützen eigentlich diese, mal mehr mal weniger akuten Schwebestände? Welche Interessen, rechtlichen Verbindungen und Abhängigkeiten bestehen zwischen Informationsvermittlern und deren Nutzern? Vor dieser Konstellation stehen zum Beispiel auch Hochschul- und Fachrepositorien mit der Fragestellung, inwieweit sie sich die Inhalte ihrer Nutzer zu eigen machen und damit wie für eigene Inhalte haften sollen.

Ein gesetzlicher Anker findet sich in § 10 Telemediengesetz (TMG). Demnach haften die Anbieter von Speicherplatz (host provider) in der Regel begrenzt auf Unterlassung und erst, sobald sie von Rechtsverletzungen ihrer Nutzer Kenntnis haben. Diese europäisch vorgegebene Haftungsprivilegierung wird in der deutschen Rechtspraxis bislang durch die sog. Störerhaftung relativiert. Diese Rechtsprechung kann kritisiert werden mit Verweis auf den gesetzlichen Wortlaut und das zugrunde liegende, verbindliche EU-Recht. Vor allem aber weicht die Störerhaftung den Grundsatz auf, dass Täter für eine Rechtsverletzung einzutreten haben.

Das ist gerade beim Urheberrecht bemerkenswert, weil die Verletzung von (geistigen) Eigentumsrechten auch deliktisch und strafrechtlich sanktioniert ist. In speziellen Gefahrensituationen kann es Anbietern unter Umständen zugemutet werden, in geeigneter Weise auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften hinzuweisen. Wie es schon seit langem bei Kopiergeräten üblich ist können öffentliche Bibliotheken ihre Nutzer durch Einblendungen bzw. Beschilderung darauf hinweisen, dass Downloads aus dem digitalen Bibliotheksangebot nur im Rahmen der sog. Privatkopie (§ 53 UrhG) erfolgen dürfen.

In der Konsequenz am problematischsten erscheint aber, dass die Rechtsfrage nach legalem und illegalem Handeln Digitalriesen wie GAFA überantwortet wird. Rasch bekannt wurde das vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) judizierte „Recht auf Vergessen-werden“ (Urteil vom 13.05.2014, Rs. C-131/12): Demnach musste der Internetkonzern Google in den letzten zwei Jahren hunderttausende Anträge individuell, fachjuristisch beurteilen. Rechtlich konkret einzuschätzen und miteinander abzuwägen sind das vielgestaltige Persönlichkeitsrecht der reklamierenden Person sowie Grundrechte anderer wie die Meinungs-, Presse-, Informations- oder Berufsausübungsfreiheit und Straftatbestände. Angesichts einer zunehmenden „Verrohung der öffentlichen Debatte“ in den sozialen Netzwerken regte Bundesjustizminister Heiko Maas zum Jahresende 2015 an, dass Facebook, Twitter, Google und zivilgesellschaftliche Organisationen eine Task-Force einrichten. Gemeldete Einträge sollen demnach innerhalb von 24 Stunden geprüft werden, ob sie nach deutschem Recht verboten sind und ggf. unverzüglich gelöscht werden. Eine juristisch ähnlich brisante Mittlerrolle wies den US-Unternehmen jüngst auch die EU-Kommission zu. Sie vereinbarte Ende Mai 2016 einen „Verhaltenskodex“ zur Bekämpfung von Online-Hetze mit Facebook, Twitter, Google und Microsoft.

Eine urteilende Aufgabe für Google & Co., die es in sich hat! Wie komplex sich die rechtlichen Kriterien für die Zulässigkeit einzelner Einträge und die Abwägung der Interessen darstellen, das verdeutlichte zuletzt ein Urteil zu „Jameda“, einem Portal, auf dem Ärzte bewertet werden (BGH, Urteil vom 01.03.2016, Az. VI ZR 34/15). Vor allem aber will niemand Zensur, oder? Das Aburteilen und Löschen von Beiträgen darf sich nicht am Geschmack der dominierenden Internetunternehmen orientieren.

11. Desiderat: Die normative Abwägung von Grundrechten obliegt dem Gesetzgeber, die Entscheidung im Einzelfall der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Das gilt nun auch für Verantwortlichkeit von Intermediären. Wie in der analogen Welt sollte das Täterprinzip im Vordergrund stehen: Nicht der Bote, sondern Verursacher sollten für Rechtsverletzungen zuerst herangezogen werden. Die am 02.06.2016 vom Deutschen Bundestag beschlossene Zurückdrängung der Störerhaftung in Deutschland ist deshalb zu begrüßen (vgl. Bundestags-Drucksache 18/6745).

8. Monopolähnliche Anbieter

Dem eigentumsähnlichen Urheberrecht immanent ist, dass der Urheber und infolge der Rechteinhaber zunächst einziger Anbieter eines Werkes (zum Beispiel einer Fachpublikation) ist, insoweit also natürlicher Monopolist. Ob die damit erhofften Wirkungen wie wettbewerbsfördernde Innovationsanreize erfüllt werden, kann in diesem Beitrag nicht näher erörtert werden. Insoweit nur ein Hinweis: Das im Jahr 2014 in Kraft getretene unabdingbare Zweitveröffentlichungsrecht für öffentlich geförderte Forschungspublikationen (§ 38 Abs. 4 UrhG) begründete der Gesetzgeber – erstmals explizit – mit anbieterseitigen Fehlentwicklungen: Der Markt wissenschaftlicher Publikationen werde „von wenigen großen Wissenschaftsverlagen dominiert“, ist der Gesetzesbegründung zu entnehmen (Bundestags-Drucksache 17/13423, S. 1). Auch die EU-Staaten verwiesen im Mai 2016 auf die hohen Abonnementgebühren für Fachjournale und die Mehrfachbezahlung von öffentlicher Forschung (siehe zur Entscheidung des EU-Ministerrats oben Kap. 5). Die durch Digitalisierung veranlassten Konzentrationseffekte sind nachgewiesen zum Beispiel in einer Untersuchung, welche die im Zeitraum 1973 bis 2013 in der Datenbank Web of Science erfassten Zeitschriftenartikel (rund 45 Mio.) ausgewertet hat. Wie sich demnach die Oligopolstellung der Verlage Elsevier, Wiley-Blackwell, Springer und Taylor & Francis im Einzelnen verstärkt hat, zeigt der Artikel „The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era“ (publiziert am 10.06.2015 im Open Access-Journal „PLOS One“).

Mehrere Trends begünstigen die starke Marktstellung einzelner Anbieter: Märkte mit digitalen Gütern sind dem jeweiligen Rechteinhaber vorbehalten, Wiederverkaufsmärkte nach bisheriger Rechtslage nicht zulässig

(siehe dazu oben Kap. 3 zum Lizenzhandel). Digitale Räume befördern zusätzlich (soziale) Netzwerkeffekte: Für den einzelnen Nutzer nimmt der Mehrwert auf den Plattformen zu, die bereits viele Kunden versammeln. Markteintritt wird auch dadurch erheblich erschwert. In bestimmten Bereichen, etwa bei Forschungspublikationen, sind elektronische Erzeugnisse jedenfalls kurzfristig nur eingeschränkt substituierbar (zur aktuellen Entwicklung siehe aber sogleich unten).

Datengetriebene Lebenswelten und Wachstumsmärkte (big data) verstärken den Vorsprung etablierter Rechteinhaber – mit den Möglichkeiten datenbasierter Nutzeranalyse (People Analytics) können zuerst sie Geschäftsmodelle, Dienstleistungen und Produkte anpassen und neu entwickeln. So können sich Online-Märkte anfälliger für Verkrustungen und Konzentrationen erweisen als vergleichbare Vorgängermärkte. Facebook-Gründer Mark Zuckerberg kündigte bereits am 13.11.2014 an: „Unser Ziel ist es, die perfekt personalisierte Nachrichtenseite für jeden Menschen weltweit zu sein“.

Der Vorsprung etablierter Anbieter droht sich damit auch bei neuen Geschäftsmodellen und Märkten im Internet fortzusetzen: Im vergleichsweise jungen Open Access-Publikationsmarkt vereinen drei große Verlagskonzerne einen Marktanteil von 47 Prozent auf sich, wie das US-Marktforschungsunternehmen Outsell erhoben hat. Marktmacht im Internet findet auch Aufmerksamkeit beim Bundeskartellamt, das im Juni 2016 das Arbeitspapier „Marktmacht von Plattformen und Netzwerken“ vorlegte (Az. B6-113/15). Der 148 Seiten umfassende Bericht schafft vor allem Grundlagen, indem unter anderem Plattformen aus Wettbewerbs-sicht definiert werden, Arten von Netzwerkeffekten diskutiert und Konzepte zur Prüfung von Marktmacht im Internet überlegt werden. Im März 2016 eröffnete das Bundeskartellamt ein Verfahren gegen Facebook: Nach Auffassung der Wettbewerbsbehörde bestehe der Anfangsverdacht, dass die Nutzungsbedingungen von Facebook gegen datenschutzrechtliche Vorschriften verstoßen. Am Verfahren beteiligt werden die zuständigen Datenschutzbeauftragten, Verbraucherschutzverbände sowie die Europäischen Kommission und die Wettbewerbsbehörden der anderen EU-Mitgliedstaaten. Entsprechend beobachtet und prüft die Europäische Kommission bereits seit 2010, ob Google seine Marktmacht missbraucht.

Online-Vertrieb sowie Märkte für immaterielle Güter und Dienstleistungen eröffnen freilich auch Chancen: Neben den beschriebenen Marktkonvergenzen (siehe oben Kap. 6) ändern sich Wertschöpfungsketten, Kostenstrukturen und Akteure. Veröffentlichungskosten sind beispielsweise marginalisiert. Jedenfalls in dieser Hinsicht können etwa Autoren als Selbstverleger auftreten. Grundlegend aufgebrochen werden können Marktstrukturen auch, wenn sich neue Geschäftsmodelle durchsetzen. So stellte zum Beispiel die Max Planck Digital Library im Jahr 2015 eine Studie vor, wie das Subskriptionswesen für wissenschaftliche Zeitschriften zu Open Access umgestellt und die Finanzmittel entsprechend umgeschichtet werden können: Siehe das Max Planck Digital Library Open Access Policy White Paper: Disrupting the subscription journals' business model for the necessary large – scale transformation to open access. Im Interesse einer reibungslosen, raschen und wissenschaftsorientierten Open Access Transformation startete im Frühjahr 2016 die internationale Initiative Open Access 2020 (siehe www.aa2020.org).

12. Desiderat: Wie in einer sozialen Marktwirtschaft prinzipiell erwünscht sollte das Zusammenspiel der Marktteilnehmer Angebote und Nachfrage, Nachfrage und Angebote schaffen. Das gilt auch für immaterielle Güter und Dienstleistungen sowie online gestützte Vertriebswege. Urheberrechtlich determinierte Märkte bedürfen besonderer Aufmerksamkeit. Insbesondere wenn die Marktmacht einzelner Rechteinhaber und Anbieter ungerechtfertigt ausschlägt, können marktregulierende Interventionen geboten sein. Für digitale Märkte muss dazu das kartellrechtliche Instrumentarium erneuert werden. Die entsprechende Initiative des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie etwa im Rahmen einer „Digitalen Strategie 2025“ ist daher richtig. So startete Ende Mai 2016 mit Veröffentlichung des Grünbuchs „Digitale Plattformen“ unter anderem ein öffentlicher Online-Beteiligungsprozess (<http://www.de/digital>). Neben dem Leitbild „Datensouveränität“ skizziert das Grünbuch ein „Wettbewerbsrecht 4.0“. Konkrete Anpassungsvorschläge des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind für 2017 angekündigt.

9. Allgemeines Datenrecht

Die dogmatische Zuordnung des Datenschutzes (allein) in das Persönlichkeitsrecht ist überholt. Persönliche Daten sind der Treiber der digitalen Wirtschaft und deren Entwicklungen wie Industrie 4.0 oder big data. Personenbezogene Daten sind eine Währung. Symptomatisch tritt dies momentan zutage in der fachjuristischen Diskussion im E-Commerce-Recht und Verbraucherschutz darüber, ob die Angabe persönlicher Daten gleich zu behandeln ist wie die Entrichtung eines Entgelts. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) präsentierte dazu am 03.05.2016 das Gutachten „Daten als Gegenleistung in Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte“ von Martin Schmidt-Kessel. Nutzen, Kosten und (Daten-)Zahlungen bei Onlinediensten bedürfen einer sorgfältigen Untersuchung. Persönliche Daten sind in Internetökonomien mehr denn je das zentrale Wirtschaftsgut und damit Gegenstand des Wirtschaftsprivatrechts. Auch im Wettbewerbsrecht fehlen weithin gesetzliche Regelungen für Märkte, in denen Kunden mit Daten bezahlen (siehe oben Kap. 8).

Zugleich sind Daten und Angaben zunehmend urheber- und leistungsschutzrechtlich geschützt. Dieser Schutz hatte seit jeher eine starke ökonomische Bedeutung, obschon in der deutschen und europäischen Rechts-tradition auch eine persönlichkeitsrechtliche Dimension (vgl. § 11 Satz 1 UrhG). Allein die Maschinenlesbarkeit digitaler Informationen bzw. deren Verknüpfungen etwa durch semantische Auszeichnungen von big data lassen erkennen, welch Potentiale der Übergang von humaner Intelligenz auf humanoide, kognitive Formen eines künstlichen (Super-) Hirns freisetzen könnte. Die Technologiestiftung Berlin geht davon aus, dass sich in Berlin aus öffentlich zugänglichen Daten (Open Data) neue Produkte und Dienste mit einem Potential von jährlich rund 30 Millionen Euro entwickeln lassen.

Auch in der Rechtssystematik wurden Datenschutz- und Urheberrecht lange Zeit unterschiedlich einsortiert. Im Vordergrund standen dabei die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Anknüpfung des Datenschutzes, errichtet in Deutschland als Abwehrrecht der Bürger vor staatlicher Überwachung. Auf der anderen Seite erlangte das Urheberrecht Bedeutung als

Wirtschaftsrecht, welches (Vergütungs-)Ansprüche von Urhebern und Rechteinhabern begründet.

Diese historischen Kategorisierungen im Recht wirken in digitalisierter Gesellschaft und Wirtschaft zunehmend lebensfremd. Neben diesen immaterialgüterrechtlichen Reibungen tun sich auch im übrigen Zivilrecht etliche Lücken auf. Ein eigenes Gesetzbuch für digitale Fragen in Europa forderte der EU-Kommissar für digitale Wirtschaft und Gesellschaft, Günther Oettinger, bei der Jahrestagung des Deutschen Ethikrats 2015 in Berlin: „Wir brauchen ein digitales BGB, ein digitales Sachenrecht, eine Regelung des Eigentums digitaler Inhalte, von Daten im Besonderen.“

13. Desiderat: Die Bedeutung von (persönlichen) Daten in einer digitalisierten Welt erschüttert die bisherige Rechtstektonik von Datenschutz und Urheberrecht. Die beiden Rechtsbereiche waren bislang rechtlich grundlegend unterschiedlich verortet und ausgestaltet, so dass eine schlichte Konsolidierung nicht zielführend wäre. Beide Rechtsbereiche unterliegen infolge der digitalen Transformation einem enormen Reformdruck. Bei Novellierungen könnten sich Datenschutz und Urheberrecht einander annähern. Gemeinsamer Anknüpfungspunkt sind Daten. Die Aufgabe dieser rechtssystematischen Neuaufstellung ist gewaltig, so dass entsprechende rechtswissenschaftliche Initiativen etwa der juristischen Fachgemeinschaften und betroffenen Fach- und Berufsverbände angezeigt sind. Die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) zum Beispiel gründete im September 2015 einen entsprechenden Arbeitskreis zu Rechten an Daten (vgl. den Überblicksartikel „Rechte an Industrial Data und die DSM-Strategie“ von Maximilian Becker in: GRUR-Newsletter Nr. 01/2016, S. 7 ff.).

10. Globale Datenräume

Ein weltweiter Datenraum kennt keine Landesgrenzen. Staatliches Handeln ist derweilen zuvorderst in Nationalstaaten legitimiert. Gesetzgebung und Rechtsdurchsetzung machen daher in vielen Fällen an Landesgrenzen Halt. Zwar können möglichst breit aufgestellte, internationale Bündnisse rechtliche Mindeststandards absichern, wie Abkommen der World Intellectual Property Organization (WIPO) im Bereich des geisti-

gen Eigentums – zum Beispiel die Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ) zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst – zeigen.

Unterdessen veranschaulichen allerdings die transatlantischen Konflikte auf Regierungsebene ebenso wie bei führenden Internetkonzernen, wie unterschiedlich Bürger und Staaten in dieser einen (Internet-)Welt zum Beispiel Datenschutz(rechte) auffassen. Ernst zu nehmen sind daher Stimmen, die vor einem drohenden Verlust an Demokratie, Legalität und Rechtsstaatlichkeit in digitalisierten Lebens- und Wirtschaftsräumen warnen. Das faktische Recht des (wirtschaftlich oder politisch) Stärkeren darf im Internet nicht demokratisch legitimierte und rechtsstaatlich abgesicherte Strukturen ersetzen.

14. Desiderat: Die gesetzliche Regulierung der einen (Internet-)Welt ähnelt einem territorialen Flickenteppich. Häufig rudimentär gewährleistet sind damit Stabilität und Berechenbarkeit von Recht und Rechtswegen. Den Akteuren ist zu empfehlen, die Möglichkeiten der Privatautonomie selbst wahrzunehmen und einzufordern: Die Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit können als Leitplanken dienen, um partnerschaftlich Geschäftsgrundlagen auszugestalten. Den Rahmen dafür bilden sollten demokratisch legitimierte und rechtsstaatlich abgesicherte Mindeststandards.

Fazit

Dieser Beitrag beleuchtet vorwiegend eine Dimension von Digitalisierung und digitaler Transformation: die rechtliche. Vor welchen Umbrüchen unsere Rechtsordnung steht, daran lassen die exemplarisch angesprochenen Themen keinen Zweifel. Nicht minder bedeutsam und fordernd ist der Wandel auf dem Weg in ein digitales Zeitalter für Gesellschaft, Wirtschaft, Kultur und Technologie. Daher: Fachexpertise bleibt wichtig. Fachperspektiven zusammenzubringen wird noch wichtiger, damit wir gemeinsam den digitalen Umbruch im Interesse der Menschen gestalten können.