



Institut für Europäisches Medienrecht (EMR)

in Zusammenarbeit mit der

Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet)
an der Universität Kassel

Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht

Kurzgutachten

Im Auftrag von: Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und Fraktion der Grünen/Freie Europäische Allianz im Europäischen Parlament



Saarbrücken/Kassel, 13. März 2009

INHALT

1	EINLEITUNG	3
2	NOTWENDIGKEIT DER ÄNDERUNG DES URHEBERRECHTSGESETZES.....	5
2.1	GESCHÜTZTE WERKE UND RECHTSINHABERSCHAFT	5
2.2	BEEINTRÄCHTIGUNG DER URHEBERRECHTE	7
2.3	SCHRANKEN DER URHEBERRECHTE.....	8
2.4	ZWISCHENERGEBNIS	10
3	GESETZLICHE EINFÜHRUNG DER KULTURFLATRATE	11
3.1	VERFASSUNGSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT.....	11
3.1.1	<i>Urheber und Rechteinhaber</i>	<i>11</i>
3.1.2	<i>Musik-Downloaddienste.....</i>	<i>21</i>
3.1.3	<i>Internet-Nutzer</i>	<i>23</i>
3.1.4	<i>Zwischenergebnis</i>	<i>24</i>
3.2	EUROPARECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT.....	24
3.2.1	<i>Möglichkeiten für Ausnahmen und Beschränkungen betroffener Urheberrechte</i>	<i>24</i>
3.2.2	<i>Der Drei-Stufen-Test</i>	<i>26</i>
4	RECHTLICHE ANFORDERUNGEN	28
4.1	BESTIMMTHEITSGEBOT UND URHEBERRECHTLICHE ANFORDERUNGEN	28
4.2	DATENSCHUTZRECHTLICHE ANFORDERUNGEN	29
5	DER BLICK IN ANDERE MITGLIEDSTAATEN DER EUROPÄISCHEN UNION.....	31
5.1	POLEN.....	31
5.1.1	<i>Urheberrecht</i>	<i>31</i>
5.1.2	<i>Datenschutzrecht.....</i>	<i>38</i>
5.2	SCHWEDEN	39
5.2.1	<i>Urheberrecht</i>	<i>40</i>
5.2.2	<i>Datenschutzrecht.....</i>	<i>47</i>
5.3	VEREINIGTES KÖNIGREICH	49
5.3.1	<i>Urheberrecht</i>	<i>50</i>
5.3.2	<i>Datenschutzrecht.....</i>	<i>60</i>
5.4	ZUSAMMENFASSUNG DER ANSÄTZE IN ANDEREN EU-MITGLIEDSTAATEN	61
6	AUSGESTALTUNGSMODALITÄTEN.....	61
7	FAZIT.....	62
	LITERATURVERZEICHNIS	64

Die Zulässigkeit einer Kulturflatrate nach nationalem und europäischem Recht

*Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Dr. Silke Jandt, Dr. Christoph Schnabel, LL.M. und Anne Yliniva-Hoffmann **

1 Einleitung

Aufgrund der Digitalisierung von Daten und der starken Verbreitung von Computern sowie CD- und DVD-Brennern ist es möglich, Bild- und Tonträger ohne Qualitätsverlust, mit geringer technischer Kenntnis und wenig Zeitaufwand, selbst zu vervielfältigen.¹ Mit dem Internet steht zudem ein allgemein zugänglicher Verbreitungsweg zur Verfügung, um elektronische Inhalte weltweit weiterzugeben und mit beliebig vielen Personen zu tauschen. Insbesondere klassische Unterhaltungsmedien (Musik und Filme) sowie Software werden seitdem ohne wirtschaftliche Beteiligung der Unterhaltungsindustrie, der Künstler oder der Entwickler vervielfältigt.² Dies führte sehr schnell zur Entstehung von so genannten Tauschbörsen. Durch den Einsatz bestimmter Client-Software entstehen über das Internet Peer-to-Peer-Netzwerke, die einen direkten Austausch von Dateien zwischen einer praktisch unbegrenzten Anzahl von Teilnehmern ermöglichen. Die Musikindustrie hat die Bedrohung durch Tauschbörsen und die damit einhergehende massiv steigende Anzahl von Medienkopien zu Beginn nicht ernst genommen.³ Inzwischen hält man dies aber für die wichtigsten Gründe für die erheblichen Umsatzrückgänge, die dieser Wirtschaftszweig in den letzten Jahren zu verzeichnen hat.⁴

Gegenmaßnahmen der Ton- und Bildträgerhersteller sind Werbekampagnen, Strafanzeigen und zivilrechtliche Unterlassungsklagen sowie der Einsatz von Digital Rights Management (DRM)-Systemen. DRM-Systeme stoßen bei den Nutzern aus zahlreichen Gründen auf eine geringe Akzeptanz. Denn zum Beispiel führt die Verwendung proprietärer Dateiformate zu bisher nicht vorhandenen Nutzungsbeschränkungen und es bestehen Kompatibilitätsprobleme.

* Der Autor Roßnagel ist Wissenschaftlicher Direktor des Europäischen Instituts für Medienrecht (EMR) und Vize-Präsident der Universität Kassel. Die Autoren Jandt und Schnabel sind wissenschaftliche Mitarbeiter an der Universität Kassel und Mitglieder der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet). Die Autorin Yliniva-Hoffmann ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am EMR. Die Autorenschaft der Länderberichte ist gesondert ausgewiesen.

¹ *Goldmann/Liepe*, ZUM 2002, 362; *Wolter*, JurPC Web-Dok. 160/2008, Abs. 12.

² Der Anteil kopierter Musikstücke soll inzwischen den erworbenen Musikstücken bei weitem übertreffen, s. dazu *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, UrhG Einl., Rn. 5 m.w.N.

³ *A. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, UrhG Einl., Rn. 6.

⁴ S. dazu *IFPI* 2009; *Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft* 2007; s. ferner die Beurteilung der Zahlen durch die Musikindustrie bei *Haustein-Tessmer*, Welt.de v. 26.4.2007. In einem aktuellen Gerichtsverfahren in den USA hat der Richter die Argumentation der Musikindustrie, dass die Anzahl der Downloads mit entgangenen Verkäufen gleichzusetzen sei, deutlich zurückgewiesen, Begründung auszugsweise einsehbar unter http://recordingindustryvspeople.blogspot.com/2009_01_01_archive.html#305009459765726677.

In der Musikindustrie setzt sich langsam die Erkenntnis durch, dass der Kampf gegen unerlaubte Vervielfältigungen nicht gewonnen werden kann.⁵

Eine denkbare Lösung dieses Interessenkonflikts könnte die gesetzliche Einführung einer so genannten Content- oder auch Kulturflatrate sein. Mit diesem Begriff wird der Ansatz beschrieben, die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von digitalen, urheberrechtlich geschützten Werken, wie zum Beispiel Musik, Filme, Software oder E-Books⁶, über das Internet zu legalisieren und zum Ausgleich eine pauschalen Betrag Gebühr zur Entschädigung der Rechteinhaber zu erheben und an diese abzuführen.⁷ Pauschalvergütungen sind gerade für Nutzungshandlungen, die so massenhaft erfolgen, dass sie sich dadurch der individuellen Überprüfung entziehen, nicht unbekannt.⁸ Die konkrete Ausgestaltung einer Kulturflatrate kann allerdings hinsichtlich verschiedener Einzelaspekte sehr unterschiedlich ausfallen. Denkbar ist zum Beispiel, sie als freiwilliges Geschäftsmodell oder gesetzlich verpflichtend, für alle Kulturobjekte, die digitalisiert werden können, oder nur für einzelne Werktypen, auf nationaler, europäischer oder gegebenenfalls sogar internationaler Ebene einzuführen. Der allgemeine Ansatz einer Kulturflatrate wird seit einigen Jahren in den Medien⁹ und der rechtswissenschaftlichen Literatur¹⁰ intensiv diskutiert. Die Rechteinhaber lehnen dies jedoch ab.¹¹ Sie halten dies für eine „Enteignung“¹² und sprechen sogar von einer „Sowjetisierung“ des Urheberrechts.¹³

Anlass für die Erstellung dieses Rechtsgutachtens sind Bestrebungen, eine Kulturflatrate auf europäischer Ebene oder – falls insoweit kein Konsens erreicht werden kann – zumindest in Deutschland gesetzlich einzuführen. Mindestvoraussetzung für die nationale Einführung der Kulturflatrate ist der Erlass eines entsprechenden Gesetzes in Deutschland, das im Einklang mit dem europäischen Urheberrecht steht. Ausgangslage für den Erlass eines Gesetzes ist immer die aktuelle Rechtslage, denn nur so kann eine belastbare Aussage getroffen werden, ob ein bisher unreglementierter Bereich betroffen ist oder bestehende Vorschriften geändert werden müssen (2). In einem zweiten Schritt ist die Vereinbarkeit der per Gesetz einzuführenden Kulturflatrate mit nationalen und europäischen Vorgaben zu prüfen (3 und 4). Das Gutachten bezieht einen Blick in andere Mitgliedstaaten der EU ein. Anhand der Erörterung

⁵ S. dazu den ehemaligen IFPI chairman und EMI director Per Eirik Johansen: “But the main thing is that a whole generation already violates copyright, and the only thing we can do now is find better solutions.”, abrufbar unter <http://torrentfreak.com/former-emi-boss-fight-against-illicit-p2p-is-useless-090212/>.

⁶ Zu einem möglichen Zusammenhang zwischen dem fehlenden Erfolg von E-Book-Readern und dem geringen „Piraterie“-Aufkommen im Bereich E-Books s. *Johnson*, Guardian Technology Blog v. 9.2.2009.

⁷ Z.B. die Pauschalvergütung der Privatkopie gemäß §§ 53, 54 UrhG. S. auch *Runge*, GRUR Int 2007, 130.

⁸ Ebenso *Flehsig*, beck-blog v. 12.8.2008.

⁹ Vgl. *Moldenhauer*, Spon.de v. 22.7.2004; *Initiative privatkopie.net*, Offener Brief v. 26.4.2006; *Hillebrand*, ZDF.de v. 19.12.2008; *Krüger*, Telepolis v. 22.6.2004; *Züger*, WDR.de v. 28.11.2008; *Winsemann*, Telepolis v. 21.2.2005; *Deutschlandradio Kultur* v. 21.2.2009, 16:46 Uhr.

¹⁰ Vgl. *Grassmuck*, ZUM 2005, 107 ff.; *Rösler*, GRUR Int 2005, 995 ff.; *ders.*, MMR 2006, 510 f.; *Runge*, GRUR Int 2007, 130 ff.; *Flehsig*, beck-blog v. 12.8.2008.

¹¹ S. dazu *Krempl*, heise-online v. 13.11.2007.

¹² So *Gebhardt*, Spon.de v. 6.9.2004

¹³ So die französische Verwertungsgesellschaft SACEM, zitiert nach *Rösler*, MMR 2006, 510. *Blocher*, zitiert nach *Löwe/Schnabel*, in: Roßnagel 2009, 51, hält diese „polemische Kritik“ für unangebracht und sieht in einer Kulturflatrate vielmehr ein Beispiel des „fair use“.

des Diskussionsstandes in Polen, Schweden und dem Vereinigten Königreich sollen die dort verfolgten Ansätze aufgezeigt werden (5). Abschließend werden Aspekte der konkreten Ausgestaltung der Kulturflatrate, wie zum Beispiel die Tarifgestaltung oder die Beteiligung von Verwertungsgesellschaften, auf ihre Vereinbarkeit mit anderen tangierten Rechtsgütern, zum Beispiel die informationelle Selbstbestimmung der Internet-Nutzer oder die Wettbewerbsfreiheit, untersucht und gesetzeskonforme Vorschläge entwickelt (6).

2 Notwendigkeit der Änderung des Urheberrechtsgesetzes

Die Notwendigkeit einer Gesetzesänderung zur Einführung der Kulturflatrate besteht, wenn die nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken in digitaler Form trotz der pauschalen Vergütungspflicht nach dem Urheberrechtsgesetz in der geltenden Fassung unzulässig ist. Dies ist der Fall, wenn dadurch Urheberrechte betroffener Rechteinhaber beeinträchtigt werden und keine Ausnahmegesetze den Eingriff legitimieren. Denn gemäß § 11 Satz 1 UrhG soll das Urheberrecht den Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst in seiner geistigen und persönlichen Beziehung zum Werk und dessen Nutzung schützen sowie eine angemessene Vergütung für die Nutzung des Werkes durch Dritte sicherstellen.

2.1 Geschützte Werke und Rechtsinhaberschaft

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass über die Tauschbörsen im Internet vor allem digitalisierte Musik und Filme weitergegeben werden. Zunehmend werden aber auch Hörbücher, E-Books und Bilder über das Medium Internet verbreitet. Grundsätzlich eignen sich alle Inhalte, die digitalisierbar sind, als potenzielle Tauschobjekte. Ein Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz ist im Regelfall gegeben, da diese Daten fast immer geschützte Werke gemäß § 2 UrhG sind. Entsprechend der nicht abschließenden Aufzählung in § 2 Abs. 1 UrhG sind Sprach-, Musik-, Lichtbild- und Filmwerke sowie Computerprogramme umfasst.¹⁴ Sonstige Werke werden durch das Urheberrechtsgesetz geschützt, wenn sie gemäß § 2 Abs. 2 UrhG persönliche geis-

¹⁴ Im Folgenden wird beispielhaft Bezug auf die Situation bei Musik und Filmen genommen. Im Wesentlichen ist die Ausgangslage auf andere Werke übertragbar. Es wird allerdings ausgeschlossen, dass Software Gegenstand der Kulturflatrate ist. Die Marktsituation und die Vertriebsstruktur für Software entsprechen nicht derjenigen für die anderen genannten urheberrechtlich geschützten Werke. Bei Software gibt es starke Preisunterschiede, je nachdem um was für eine Software es sich handelt. Für kleine Add-ons oder Utilities gibt es schon ab 5,- € Lizenzen, wohingegen ein komplettes Windows Vista abhängig von Art und Umfang der Lizenz mehrere hundert Euro kosten kann. Bei speziell angefertigter Software im Sinne von Detaillösungen sind dem Preis nach oben keine Grenzen gesetzt. Eine neue Musik CD kostet fast ausnahmslos 15,- bis 18,- €, die Preisspanne ist bei Film-DVDs fast identisch. Bei Software unterscheiden sich die Nutzungsrechte abhängig von der Lizenz zum Teil erheblich, was bei einer Musik-CD nicht der Fall ist. Ferner musste sich die Softwareindustrie mit dem Problem der Raubkopien von Anfang auseinandersetzen (bereits in den 80er Jahren wurden auf Schulhöfen fleißig Disketten für den Commodore 64 getauscht), so dass die Preiskalkulation entsprechend angepasst wurde. Bei Musik und Filmen haben sich diese Probleme erst im Laufe der 90er Jahre ergeben. Zudem sind in den §§ 69a ff. UrhG besondere Bestimmungen für Computerprogramme getroffen worden, die zusätzlich untersucht werden müssten. Aus diesen Gründen ist für Software grundsätzlich andere Betrachtungsweise angebracht.

tige Schöpfungen darstellen.¹⁵ Die Rechtsprechung fordert, das Werk müsse einen so großen Grad an Eigentümlichkeit aufweisen, dass es sich von Trivialität in dem jeweiligen Gebiet unterscheidet und somit eine gewisse Originalität aufweist.¹⁶ Fällt ein Werk in den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes, werden alle (technischen) Formen seiner Darstellung und somit auch das digitale Format erfasst.¹⁷

Die Rechtsinhaberschaft an urheberrechtlich geschützten Werken steht gemäß § 11 UrhG grundsätzlich dem Urheber, das heißt dem Schöpfer des Werkes, zu. Bei vielen Medien, wie zum Beispiel Musikaufnahmen, muss genau differenziert werden. Denn die Urheberschaft für Melodie und Liedtext können auseinander fallen, wenn es sich jeweils um eigenständige urheberrechtliche Werke handelt und gegebenenfalls kann zusätzlich die Darbietung des Musikstücks durch den Interpreten als selbständige Bearbeitung des Werks schutzfähig sein.¹⁸ Bei Filmen sind regelmäßig Drehbuchautor, Produzent, Regisseur, Hauptdarsteller und Editor gemeinsam Urheber.

Dem Urheber eines Werks stehen zwei Kategorien von Rechten zu: Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte, die allerdings eng miteinander verflochten sind.¹⁹ Das Urheberpersönlichkeitsrecht umfasst das Veröffentlichungsrecht gemäß § 12 UrhG, das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gemäß § 13 UrhG und das Recht gemäß § 14 UrhG eine Entstellung oder sonstige Beeinträchtigung seines Werks zu verbieten. Die Verwertungsrechte regeln den Anspruch und die wirtschaftliche Verwendung eines geistigen Werks durch den Urheber und umfassen gemäß den §§ 16 ff. UrhG insbesondere das Vervielfältigungs-, Verbreitungs- und Ausstellungsrecht sowie das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, der Wiedergabe durch Bild- und Tonträger und der Wiedergabe von Funksendungen. Gemäß § 29 Abs. 1 UrhG sind die Urheberpersönlichkeitsrechte nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar, allerdings kann ein Wechsel der Rechtsinhaberschaft gemäß § 28 Abs. 1 UrhG durch Vererbung eintreten. Es besteht aber für den Urheber die Möglichkeit, die anderen natürlichen oder juristischen Personen die wirtschaftlich bedeutsamen Nutzungs- und Verwertungsrechte gemäß §§ 29 Abs. 2, 31 ff. UrhG einzuräumen.

Werden urheberrechtlich geschützte Werke über das Internet verbreitet, sind regelmäßig verschiedene Rechteinhaber urheberrechtlich betroffen. Grundsätzlich kommt der Urheber, zum Beispiel der Liedtexter, Komponist, Interpret, Autor oder Softwareentwickler, als Betroffener in Betracht. In der Praxis nimmt der Urheber die wirtschaftliche Verwertung seiner geschützten Werke, zum Beispiel seiner Musikstücke, regelmäßig nicht selbst vor, sondern sie erfolgt durch einen Dritten. In der Musikindustrie wird diese Aufgabe von den Tonträgerherstellern

¹⁵ Die unterste Grenze eines gerade noch urheberrechtlich geschützten Werks wird durch den Begriff der „kleinen Münze“ markiert, *Schulze*, in: Dreier/Schulze 2008, § 2 UrhG, Rn. 4; *Loewenheim*, in: Schricker 2006, § 2 UrhG, Rn 38 ff.

¹⁶ *BGH*, GRUR 1988, 533, 535; *BGH*, GRUR 1983, 377, 378.

¹⁷ *Ahlberg*, in: Möhring/Nicolini 2000, § 2 UrhG, Rn. 40.

¹⁸ Zur Abgrenzung der urheberrechtlich nicht als eigenes Werk anerkannten Interpretation von Musikstücken zur schutzfähigen Bearbeitung gemäß § 3 Satz 1 UrhG s. *Schulze*, in: Dreier/Schulze 2008, § 3 UrhG, Rn. 27.

¹⁹ Das deutsche Urheberrecht folgt der monistischen Theorie, da sich sowohl ideelle als auch materielle Interessen des Urheberrechts in den verschiedenen Rechtskategorien überlappen, *Schulze*, in: Dreier/Schulze 2008, § 11 UrhG, Rn. 2; *Ulmer* 1980, 116.

übernommen,²⁰ während die Vermarktung klassischer Printmedien durch Verlage sowie von Kino-, Fernsehfilmen und -serien durch Film- und Fernsehgesellschaften (Produktionsfirmen) erfolgt. Dieses Geschäftsmodell für Unterhaltungsmedien hat sich vor dem Hintergrund entwickelt, dass die Herstellung von qualitativ hochwertigen Inhalten auf körperlichen Datenträgern, wie zum Beispiel Schallplatten, Kassetten, CDs, Büchern, Zeitschriften, DVDs und Videokassetten, mit einem großen technischen Aufwand verbunden war. Die Verbreitung dieser Medien erfolgte entweder durch den Verkauf der Datenträger über die klassischen Vertriebswege oder indem die Inhalte über andere Medien, wie zum Beispiel Fernsehen und Radio, transportiert wurden.²¹ Das Urheberrecht unterstützt dieses Geschäftsmodell,²² indem die Firmen, die die Veröffentlichung geschützter Werke durch die Herstellung von Bild- oder Tonträgern und ihre Vermarktung übernehmen, durch eigene Leistungsschutzrechte geschützt werden.²³ Zum Beispiel wird durch § 85 Abs. 1 UrhG die organisatorisch-, technisch- und wirtschaftlich aufwändige unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers, die akustischen künstlerischen Leistungen erstmals vermarktungsfähig auf einen Tonträger aufzunehmen, als schützenswert anerkannt, indem dem Hersteller ein eigenständiges Verwertungsrecht zuerkannt wird.²⁴

2.2 Beeinträchtigung der Urheberrechte

Im engen Zusammenhang zu der Frage, wessen Rechte, die des Urhebers oder sonstiger Rechteinhaber, wie zum Beispiel der Tonträgerhersteller, bei der Weitergabe von urheberrechtlich geschützten Werken über das Internet betroffen sein könnten, steht der Aspekt, welche konkreten Urheberrechte beeinträchtigt werden. Obwohl die fortschreitende Technikentwicklung und insbesondere das Internet die Ursachen für das beschriebene Geschäftsmodell mittlerweile deutlich verringert haben, wird die Möglichkeit der Erstverwertung künstlerischer Werke über das Internet kaum wahrgenommen. Die Erstveröffentlichung von Musik, Filmen und Büchern erfolgt nach wie vor überwiegend auf körperlichen Datenträgern, die an die Kunden verkauft werden. Nur vereinzelt werden diese Werke ausschließlich als digitale Werke über das Internet vertrieben. Insofern verstößt die Weitergabe geschützter Werke nicht gegen die Urheberpersönlichkeitsrechte, da der Urheber sein Veröffentlichungsrecht gemäß § 12 Abs. 1 UrhG mit der Entscheidung, dass und in welcher Form sein Werk veröffentlicht werden soll, bereits ausgeübt hat. Die Einzelheiten der Ausgestaltung der Veröffentlichung

²⁰ Plattenfirma, Musiklabel oder Plattenlabel sind alternative Bezeichnungen.

²¹ Dies hat sich insofern gewandelt, als die Herstellung der Inhalte immer noch kostspielig ist, aber die Verbreitung heute sehr viel günstiger möglich ist.

²² In den letzten Jahren entwickelte Lizenzmodelle, wie z.B. die Creative Common License, die dem Open-Source-Software-Lizenzmodell nachempfunden ist, wird hier nicht als alternatives Geschäftsmodell aufgeführt, weil es nicht der Vermarktung geschützter Werke dient, sondern den Urheber ermöglicht, seine Werke unter bestimmten Bedingungen für die kostenfreie Nutzung durch die Allgemeinheit zur Verfügung zu stellen.

²³ Runge, GRUR Int 2007, 131. Dem Hersteller von Tonträgern steht gemäß § 85 Abs. 1 UrhG das ausschließliche Recht zu, diese zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen. Für Filme findet sich eine vergleichbare Regelung in § 88 UrhG und bei Büchern finden sich entsprechende Regelungen im Verlagsgesetz.

²⁴ Dies schließt allerdings nicht aus, dass sich der Tonträgerhersteller zudem die Rechte der ausübenden Künstler und Urheber abtreten lässt, Schulze, in: Dreier/Schulze 2008, § 85 UrhG, Rn. 1; Vogel, in: Schriker 2006, § 85 UrhG, Rn. 77.

werden zwischen dem Urheber und dem mit der Veröffentlichung beauftragten Unternehmen vertraglich geregelt. In diesem Vertrag überträgt der Urheber in der Regel die Verwertungsrechte auf das Unternehmen und erhält als Gegenleistung eine Vergütung.

Werden die urheberrechtlichen Werke, die auf körperlichen Datenträgern veröffentlicht worden sind, soweit erforderlich digitalisiert und über das Internet weitergegeben, handelt es sich wirtschaftlich um eine Zweitverwertung, so dass primär die Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller (§ 85 UrhG), Verlage und Film- und Fernsehgesellschaften (§ 89 UrhG) betroffen sind. Bei der urheberrechtlichen Einordnung dieses Vorgangs sind verschiedene Nutzungshandlungen differenziert zu betrachten. Das Speichern der Inhalte von CDs, DVDs und anderen körperlichen Datenträgern auf der Festplatte stellt eine Vervielfältigung gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG dar.²⁵ Werden die digitalisierten Unterhaltungsmedien über das Internet für andere Personen zum Abruf bereitgestellt, wird regelmäßig die Tatbestandsalternative der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG als besondere Ausprägung des Rechts auf öffentliche Wiedergabe gemäß § 15 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UrhG verwirklicht, so genannte On-Demand-Nutzung.²⁶ Erfolgt zudem auch ein Herunterladen (Download) der digitalisierten Werke auf die Festplatte oder ein anderes Speichermedium weiterer Internet-Nutzer, stellt dies wiederum eine urheberrechtliche Vervielfältigungshandlung dar.²⁷

2.3 Schranken der Urheberrechte

Es ist allerdings nicht jede tatbestandsmäßige Beeinträchtigung von Urheberrechten unzulässig. Das Urheberrecht gewährt die Schutzrechte nicht schrankenlos, sondern enthält in den §§ 44 ff. UrhG Regelungen, die dem Ausgleich der Interessen der Urheber und Rechteinhaber einerseits, und denen der Werkvermittler und Endnutzer andererseits dienen.²⁸ Bei der Weitergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte über das Internet werden vor allem das Recht der Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (so genanntes Recht auf Privatkopie) gemäß § 53 Abs. 1 UrhG hinsichtlich der Vervielfältigungshandlungen und das Recht der zustimmungsfreien öffentlichen Wiedergabe gemäß § 52 Abs. 1 UrhG für das Bereithalten der Inhalte zum Abruf diskutiert. Sollten die Voraussetzungen der Schrankenbestimmungen erfüllt sein, wäre das System der Kulturflatrate ohne die Zustimmung der Inhaber der Urheberrechte zulässig.

§ 53 Abs. 1 UrhG gestattet als Schranke des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG die Herstellung von Vervielfältigungsstücken eines Werks zum privaten Gebrauch.²⁹ Die Vorschrift trägt dem Interesse der Allgemeinheit Rechnung, nicht über Gebühr mit dem Erfordernis der Einholung der Zustimmung der Rechteinhaber belastet zu werden, da dies im privaten Bereich unangemessen und unpraktikabel wäre.³⁰ Die Vervielfältigung

²⁵ Diese kann aber durch das Recht auf Privatkopie gemäß § 53 UrhG legitimiert sein. Weitere Ausführungen zu den Schranken der Verwertungsrechte folgen.

²⁶ Runge, GRUR Int 2007, 131; Heckmann 2007, Kap. 3.2, Rn. 23 ff.; Braun, GRUR 2001, 1107; Schack 2007, Rn. 420.

²⁷ Röhl/Bosch, NJW 2008, 1416.

²⁸ Dreier, in: Schricker 1997, 139 ff; Heerma, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 15 UrhG, Rn. 4.

²⁹ Ausführlich zu den Voraussetzungen W. Nordemann, in: Fromm/Nordemann 2008, § 53 UrhG, Rn. 6 ff.

³⁰ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 53 UrhG, Rn. 1; Loewenheim, in: Schricker 2006, § 53 UrhG, Rn. 2.

fältigung ist ausschließlich zum privaten Gebrauch gestattet. Die Vervielfältigungsstücke dürfen daher nur zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse durch die eigene Person oder die mit ihm durch ein persönliches Band verbundenen Personen erzeugt werden.³¹

Seit dem Inkrafttreten des durch den so genannten 2. Korb der Urheberrechtsnovelle geänderten Urheberrechtsgesetzes ist das Recht auf Privatkopie stark eingeschränkt worden. Vor der Gesetzesänderung war streitig, ob es sich bei den in Online-Tauschbörsen zum Download bereitgestellten urheberrechtlich geschützten digitalen Werken, um offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen handelt. Das Merkmal der rechtswidrig hergestellten Vorlage wurde regelmäßig mit der Begründung bejaht, dass die Vervielfältigung nicht durch eine rein private Gebrauchsabsicht motiviert war.³² Selbst wenn die Vervielfältigung ursprünglich zu rein privaten Zwecken erfolgt sein sollte und sie erst zu einem späteren Zeitpunkt für das Angebot im Internet „zweckentfremdet“ wurde, wird ein Verstoß gegen § 53 Abs. 6 UrhG angenommen. Danach dürfen zum privaten Gebrauch hergestellte Vervielfältigungsstücke weder verbreitet noch zur öffentlichen Zugänglichmachung genutzt werden.³³ Allerdings bestanden erhebliche Zweifel, ob die Rechtswidrigkeit der Vorlage für andere Teilnehmer der Tauschbörse offensichtlich war, das bedeutet, objektiv erkennbar, klar und deutlich.³⁴ Mit der Gesetzesnovellierung wurde zur Klärung der Rechtslage das Recht auf Privatkopie durch eine weitere Tatbestandsalternative eingeschränkt. Die Vervielfältigung ist auch dann nicht zulässig, wenn sie auf einer offensichtlich rechtswidrig zugänglich gemachten Vorlage basiert.³⁵ Das Recht auf Privatkopie ist nunmehr bereits dann nicht gegeben, wenn für den Nutzer der Tauschbörse klar erkennbar ist, dass es sich bei den zum Download bereitgestellten Inhalten um ein rechtswidriges Angebot handelt, das heißt, wenn keine Zustimmung der Inhaber der Urheberrechte vorliegt. Demnach ist das Wissen ausreichend, dass die digitalen Inhalte kostenpflichtig vermarktet und in der Online-Tauschbörse unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.³⁶

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass selbst wenn die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 UrhG gegeben wären, die zustimmungsfreie Vervielfältigung zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Abs. 1 UrhG an eine Vergütung für Geräte und „leere“ Datenträger gekoppelt ist, die erkennbar zur Vervielfältigung geschützter Werke bestimmt sind. Entscheidend sind die Nutzungsmöglichkeit der Geräte und zumindest eine teilweise Zweckbestimmung für die Herstellung von Vervielfältigungen.³⁷ Obschon die Urheber und Rechteinhaber die Anspruchsberechtigten der Vergütung sind, können sie gemäß § 54h Abs. 1 UrhG allein durch

³¹ BGH, GRUR 1978, 474, 475; *Flehsig*, GRUR 1993, 533 ff. Auch vor der Gesetzesänderung bestand in der Rechtsprechung Einigkeit, dass Musiktatschbörsen durch die Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht gerechtfertigt werden können, z.B. *LG München*, ZUM-RD 2003, 607 ff. Ausführlich zu der Frage, ob eine Musiktatschbörse unter „Freunden“ urheberrechtliche zulässig wäre *Schapiro*, ZUM 2008, 273.

³² Ausführlich hierzu *Röhl/Bosch*, NJW 2008, 1416; *Braun*, GRUR 2001, 1107.

³³ S. dazu *W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, § 53 UrhG, Rn. 40.

³⁴ *Röhl/Bosch*, NJW 2008, 1416 f.

³⁵ Kritisch zu dieser Gesetzesänderung *Hoffmann*, WRP 2006, 61.

³⁶ *Röhl/Bosch*, NJW 2008, 1417. Diese Einschätzung wird allerdings fraglich, wenn zunehmend auch angesehene Künstler aus Marketinggründen einzelne Songs oder ganze Alben zum kostenlosen Download anzubieten, so z.B. die Band Radiohead, s. heise-online v. 8.12.2007, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/100277>.

³⁷ Vgl. amtliche Begründung zum UrhG, BT-Drs. 10/837, 19; *OLG Stuttgart*, CR 2001, 817 für CD-Brenner. Zu vergütungspflichtigen Geräten und Datenträgern s. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2006, § 54 UrhG, Rn. 6.

Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, die die Einnahmen anschließend anhand von Verteilungsplänen an die einzelnen Berechtigten ausschütten.

Die Schrankenregelung des § 52 Abs. 1 UrhG legitimiert ebenfalls nicht das Angebot urheberrechtlich geschützter Werke in Online-Tauschbörsen ohne Zustimmung des Urhebers und der Rechteinhaber. Der Vorschrift liegt die Vorstellung von öffentlichen Aufführungen in Form von Veranstaltungen zugrunde. Das bedeutet, es sollen im Interesse der Allgemeinheit nur aus besonderem Anlass stattfindende Einzelveranstaltungen, die zeitlich begrenzt sind, einbezogen sein.³⁸ Die Nutzung von Online-Tauschbörsen erfolgt allerdings durch die Teilnehmer von zu Hause, zu einem beliebigen Zeitpunkt und sie können sich gezielt einzelne gewünschte Aufnahmen präsentieren lassen oder herunterladen. Diese Beschreibung entspricht gerade dem Wesen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung, die vom Gesetzgeber bei der veranstaltungsgebundenen öffentlichen Wiedergabe gerade nicht gegeben ist.

2.4 Zwischenergebnis

Das Grundanliegen der Kulturflatrate ist die Neuordnung des Angebots von Kulturgütern, indem die Vorteile des Internets gezielt genutzt werden. Die derzeitige Situation ist insofern unbefriedigend. Mit der Verbreitung des Internets ist die Anzahl illegaler Weitergaben und Vervielfältigungen digitaler urheberrechtlich geschützter Werke exorbitant angestiegen. Den Rechteinhaber ist es praktisch weder möglich, diese Beeinträchtigungen ihrer Urheberrechte zu unterbinden, noch im Wege der Klage eine angemessene Vergütung zu erreichen. Beabsichtigt ist daher die Legitimierung der nichtkommerziellen Weitergabe und Vervielfältigung von digitalen, urheberrechtlich geschützten Werken mittels des Internet durch Privatpersonen. Nach der aktuellen Rechtslage ist diese Form des öffentlichen Zugänglichmachens und der Vervielfältigung geschützter Werke urheberrechtlich nur zulässig, wenn eine Zustimmung des Urhebers und der Rechteinhaber vorliegt. Mit dem Kauf von geschützten Werken auf einem Datenträger, wie zum Beispiel einem Film auf DVD oder Musiktiteln auf CD, erwirbt der Kunde weder ausdrücklich noch konkludent das Recht auf Vervielfältigung oder des öffentlich Zugänglichmachens. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als digitale Werke im Internet unter Open-Content-Lizenzen vertrieben werden. Diese Vorgehensweise ist allerdings mit dem Nachteil verbunden, dass mit den urheberrechtlich geschützten Werken regelmäßig keine Einnahmen erzielt werden (können).³⁹ Wird eine Kulturflatrate politisch gewollt, so ist eine Gesetzesänderung zur Einführung der Kulturflatrate notwendig, um das Vervielfältigungsrecht des Urhebers oder Rechteinhabers durch eine weitere Schrankenregelung zu begrenzen und gleichzeitig durch eine gesetzlich zugesicherte finanzielle Vergütung einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen.

³⁸ BGHZ 116, 305, 207 ff.; Scheuermann, ZUM 1990, 72 f.

³⁹ Vgl. allgemein zur Open-Content-Lizenz Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431 ff.

3 Gesetzliche Einführung der Kulturflatrate

Zur Einführung der Kulturflatrate ist eine Änderung des Urheberrechtsgesetzes erforderlich. Eine der Dogmatik des Gesetzes entsprechende Möglichkeit, ist die Einführung einer Schrankenbestimmung, die die nichtkommerzielle öffentliche Zugänglichmachung und die Vervielfältigung von Werken erlaubt, in Verbindung mit einer Vergütungspflicht nach dem Vorbild der §§ 44 ff. UrhG und von § 54 UrhG. Der Erlass eines Gesetzes erfordert neben der Vereinbarkeit mit der Verfassung die Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben. Bei technisch geprägten Sachverhalten sollten zudem bereits bei der Rechtsgestaltung die Möglichkeiten der technischen Umsetzung eingehend berücksichtigt werden.

3.1 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die gesetzliche Einführung einer Kulturflatrate müsste mit der Verfassung vereinbar sein. Unter einer Kulturflatrate ist die Legalisierung der nichtkommerziellen Weitergabe und Vervielfältigung von digitalen, urheberrechtlich geschützten Werken über das Internet zu verstehen, für welche zum Ausgleich eine pauschales Entgelt zur Entschädigung der Rechteinhaber zu erheben und an diese abzuführen ist.⁴⁰ Im Folgenden wird zunächst die Verfassungsmäßigkeit einer Kulturflatrate im Hinblick auf die Inhaber der Urheberrechte untersucht (3.1.1). Im Einzelnen ist zu prüfen, ob es sich bei einer Kulturflatrate um einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG handelt (3.1.1.1), insbesondere ob ein bestimmtes Verwertungsmodell verfassungsrechtlich vorgegeben ist (3.1.1.1.1) und ob ein Bestandsschutz für einmal erreichte Rechtspositionen besteht (3.1.1.1.2). Ferner ist zu untersuchen, ob es sich bei der Kulturflatrate um eine Enteignung handelt (3.1.1.2) oder ob die Einführung einer Kulturflatrate als Inhalts- und Schrankenbestimmung zulässig, insbesondere verhältnismäßig wäre (3.1.1.3). Im Anschluss daran werden die Auswirkungen der Einführung einer Kulturflatrate auf die Grundrechte der Anbieter von Musik-Downloaddiensten (3.1.2) und auf die Internet-Nutzer (3.1.3) untersucht.

3.1.1 Urheber und Rechteinhaber

Obgleich es sich bei Urheberrechten nicht um „geistiges Eigentum“ handelt,⁴¹ können sie grundsätzlich in den Schutzbereich des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 GG fallen.⁴² Bei Art. 14 GG handelt es sich um einen normgeprägten Schutzbereich.⁴³ Der Anwendungsbereich von Art 14 GG wird durch den Gesetzgeber definiert. Das vermögenswerte Ergebnis einer

⁴⁰ S. dazu oben unter 1.

⁴¹ S. zur Geschichte des Begriffes „geistiges Eigentum“, der bereits im frühen 19ten Jahrhundert stark umstritten war *Rehbinder* 2008, § 3, Rn. 21 ff.; *Hoeren*, NJW 2008, 3101, hält ihn für einen „Kampfbegriff der rechtspolitischen Diskussion“; s. ferner *Hoeren*, „Es gibt kein geistiges Eigentum“, *Süddeutsche.de* v. 7.5.2008; a. A. J. B. *Nordemann/W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 1 die die ausschließliche, und damit eigentumsähnliche, Herrschaft des Urhebers über sein Werk für eine „natürliche Folge“ der Stellung als Schöpfer halten.

⁴² *BVerfGE* 31, 229, 238 ff.; 79, 29, 40; *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 GG, Rn. 148; ausführlich dazu *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2008, Einl., Rn. 39 ff.

⁴³ S. dazu *Pieroth/Schlink* 2006, Rn. 894.

schöpferischen Leistung fällt unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums.⁴⁴ Die persönlichkeitsrechtlichen Anteile des Urheberrechts werden als Aspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.⁴⁵ Durch die Einführung der Kulturflatrate entfällt für den Rechteinhaber die Möglichkeit, eine individuelle Vergütung für die Nutzung seiner urheberrechtlich geschützten Werke zu vereinbaren. Daher wird grundsätzlich in die grundrechtlich geschützte Position der Urheber eingegriffen. Es stellen sich die Fragen, ob bestimmte Verwertungsmodelle von der Verfassung vorgegeben sind (3.1.1.1) und ob es nach der Verfassung unzulässig ist, ein einmal erreichtes urheberrechtliches Schutzniveau zu verändern (3.1.1.2).

3.1.1.1 Verfassungsrechtlicher Schutz bestimmter Verwertungsmodelle

Die Tatsache, dass zumindest das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung den grundrechtlichen Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt, zieht die Frage nach dem Schutzzumfang nach sich. In Bezug auf die Online-Tauschbörsen wird vereinzelt gefolgert, dass der Staat aufgrund seiner Pflicht, den Eigentumsschutz zu gewährleisten, alles in seiner Macht stehende unternehmen müsse, um zu verhindern, dass digitale Inhalte zwischen Verbrauchern unter Umgehung der Vergütungspflicht getauscht werden. Es wird ein Mangel an Schutz konstatiert und entsprechende Forderungen an den Gesetzgeber⁴⁶ und die Gerichte formuliert.⁴⁷

Rechteinhaber und deren Vertreter fordern die vollständige Abschaffung der Privatkopie,⁴⁸ zivilrechtliche Auskunftsansprüche gegen Access-Provider,⁴⁹ und die verdachtsunabhängige Filterung des gesamten Internet-Verkehrs zur Unterbindung urheberrechtlich unzulässiger Vervielfältigungen.⁵⁰ Hinter all diesen Forderungen steht die Annahme, dass es alleine den Rechteinhabern zusteht, zu entscheiden, auf welche Art und Weise die schöpferischen Leistungen wirtschaftlich verwertet werden.

Die Tatsache, dass Urheberrechte einen eigentumsrechtlichen Schutz genießen, bedeutet aber nicht, dass ein bestimmtes Verwertungsmodell aus verfassungsrechtlichen Gründen unabänderlich vorgegeben wäre. Die Musikindustrie verfolgt Geschäftsmodelle, die auf der Bezahlung der Nutzung eines jeden Werks beruhen. Dies kann durch den Erwerb eines verkörperten Werkstücks erfolgen (zum Beispiel CD oder DVD) oder dem lizenzierten Download eines Werks über das Internet (zum Beispiel über den Apple iTunes Music Store⁵¹ oder Napster⁵²).

⁴⁴ *Depenheuer*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck 2005, Art. 14 GG, Rn. 148.

⁴⁵ *Rehbinder* 2008, § 10 UrhG, Rn. 136 ff.; zu den Urheberpersönlichkeitsrechten s. oben unter Kap. 2.2.

⁴⁶ So zum Beispiel bei *Bäcker*, ZUM 2008, 391 ff.; *Dreier*, in: Dreier/Schulze 2008, Einl., Rn. 24.

⁴⁷ So zum Beispiel bei *Czychowski/Nordemann*, NJW 2008, 3095 ff., die sich direkt an das BVerfG wenden.

⁴⁸ So *Braun*, zitiert nach *Löwe/Schnabel*, in: Roßnagel (2009), 73; s. dazu auch *Ermert*, heise-online v. 5.5.2006.

⁴⁹ S. dazu *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2005, 209 ff.; *Czychowski*, MMR 2004, 514 ff.; ein solcher zivilrechtlicher Auskunftsanspruch wurde inzwischen in § 101 UrhG eingefügt.

⁵⁰ Dafür *Bäcker*, ZUM 2008, 391 ff.; a. A. *Schnabel*, MMR 2008, 281 ff.

⁵¹ <http://www.apple.com/de/itunes/>.

⁵² <http://www.napster.de/>.

Verwertungsmodelle sind Geschäftsmodelle und unterliegen als solche den Regeln des Marktes. Erweist sich ein Geschäftsmodell als nicht mehr aktuell und aufgrund veränderter technischer oder sozialer Umstände als veraltet, wäre es sogar unzulässig, dieses Geschäfts- und Verwertungsmodell durch massive gesetzgeberische Intervention zu protegieren und künstlich am Leben zu halten.⁵³ Ein solches Vorgehen wäre in einer freien Marktwirtschaft nicht zulässig.⁵⁴ Es gehört zu den Funktionsbedingungen des Wettbewerbs, dass Unternehmen oder Geschäftsmodelle im Wettbewerb unterliegen können und vom Markt verdrängt werden.⁵⁵ Aus rechtsstaatlicher Sicht wäre es höchst bedenklich, wenn zum Schutz eines bestimmten Geschäftsmodells Eingriffe in Freiheitsrechte vorgenommen würden.

Dies bedeutet aber nicht, dass Rechteinhaber gegenüber rechtswidrigen Eingriffen in ihre Rechtspositionen schutzlos gestellt werden dürfen. Art. 14 Abs. 1 GG gebietet die grundsätzliche Zuordnung von vermögenswerten Ergebnissen des Werks an den Urheber.⁵⁶ Der Urheber oder die Rechteinhaber müssen daher die Entscheidungsfreiheit haben, die urheberrechtlich relevante Nutzung der geschützten Werke vom Erhalt einer Vergütung abhängig zu machen. Diese muss aber nicht durch Geschäftsmodelle geschehen, welche auf dem Verkauf einzelner Verkörperungen auf Datenträgern (CDs oder DVDs) oder durch DRM-Technologien stark nutzungsbeschränkter elektronischer Werke über das Internet basieren. Es ist grundsätzlich denkbar, die Urheber und Rechteinhaber für Kopien, an denen sie nicht unmittelbar finanziell beteiligt sind, pauschal zu vergüten. Im Vergleich zur momentanen Situation wäre dies aus rein wirtschaftlicher Sicht sogar eine Verbesserung für die Urheber und Rechteinhaber, die aktuell für Vervielfältigungen über das Internet regelmäßig keinen Ausgleich erhalten. Zum Beispiel normiert § 54 UrhG einen Anspruch der Urheber auf angemessene Vergütung gegen die Hersteller von Geräten, Bild- und Tonträgern, die erkennbar zur Vornahme solcher Vervielfältigungen bestimmt sind, um einen finanziellen Ausgleich für die nach § 53 UrhG zulässige Privatkopie zu gewährleisten.⁵⁷

3.1.1.2 Bestandsschutz

Eine per Gesetz eingeführte Kulturfltrate würde den Rechteinhabern die Möglichkeit nehmen, gegen die Verbreitung einzelner Werke rechtlich vorzugehen, was ihnen bei der derzeitigen Rechtslage theoretisch möglich ist.⁵⁸ Bei der derzeitigen Rechtslage ist die Teilnahme an Online-Tauschbörsen rechtswidrig, allerdings erhalten die Urheber und Rechteinhaber für diese Vervielfältigungsvorgänge gar keine finanzielle Kompensation. Sie können zwar theoretisch gegen einzelne Personen vorgehen, die unrechtmäßige Vervielfältigungen vornehmen,

⁵³ „Hier ist an die Auffassung in der Rechtswissenschaft zu erinnern, dass das Urheberrecht nicht dazu dient, Geschäftsmodelle zu schützen“, *Grassmuck*, ZUM 2005, 109.

⁵⁴ S. dazu auch *Schnabel*, MMR 2008, 284.

⁵⁵ *BVerfGE* 105, 252, 265; 110, 274, 288.

⁵⁶ *W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 9; *Wieland*, in: *Dreier, GG*, 2. Aufl. 2004, Art. 14, Rn. 59.

⁵⁷ Ausführlich zur Privatkopie und ihren Voraussetzungen *W. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* 2008, § 53 UrhG, Rn. 6 ff.

⁵⁸ Urheber haben nach der Rechtslage zwar die rechtliche Möglichkeit, Vervielfältigungen zu untersagen, die nicht unter eine der Privilegierungen des UrhG fallen, aber diese Möglichkeiten sind im Regelfall faktisch nicht durchsetzbar.

aber diese Ansprüche scheitern häufig an der Durchsetzbarkeit.⁵⁹ Mehrere Generalstaatsanwälte empfehlen bereits, rechtswidrige Vervielfältigungen unterhalb einer Bagatellgrenze nicht mehr zu verfolgen.⁶⁰ Urheber und Rechteinhaber sind mit der momentanen rechtlichen Situation unzufrieden und sehen ihre wirtschaftliche Existenz bedroht.⁶¹

Die Einführung einer Kulturflatrate würde die Urheber also, soweit es um ihre rechtlichen Möglichkeiten geht, schlechter stellen als dies momentan der Fall ist. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass eine solche Maßnahme alleine deswegen verfassungsrechtlich unzulässig wäre. Der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Eigentums bedeutet nicht einen absoluten Bestandsschutz der rechtlichen Position in dem Sinne, dass alle erreichten Rechtspositionen unantastbar wären.⁶² Der Gesetzgeber ist nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen daran gehindert, das Schutzniveau abzusenken oder geschützte Rechtsstellungen inhaltlich zu verändern.⁶³ Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt:

„Die Gewährleistung nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bedeutet nicht Unantastbarkeit einer Rechtsposition für alle Zeiten; sie besagt auch nicht, dass jede inhaltliche Veränderung einer geschützten Rechtsstellung unzulässig wäre. Die konkreten, dem Eigentümer zugeordneten und durch die Verfassung garantierten Rechte unterliegen nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG – im Rahmen noch zu erörternder Grenzen – der Disposition des Gesetzgebers.“⁶⁴

3.1.1.3 Enteignung oder Inhalts- und Schrankenbestimmung

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei der gesetzlichen Einführung einer Kulturflatrate um eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG handelt. Eine Enteignung liegt nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts vor, wenn zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben konkrete subjektive, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Rechtspositionen vollständig oder teilweise entzogen werden.⁶⁵ Die Enteignung kann durch Gesetz oder durch administra-

⁵⁹ Rechteinhaber sind lange so vorgegangen, dass sie an einer Tauschbörse teilgenommen und so die IP-Adresse eines Uploaders ermittelt haben. Danach haben sie Strafanzeige gestellt und die Staatsanwaltschaft beim Access-Provider die Person ermitteln lassen, der die IP-Adresse zugeteilt war. Danach haben die Rechteinhaber nach § 406e StPO Einsicht in die Ermittlungsakten erlangt und dann zivilrechtliche Ansprüche gegen die ihr nun bekannte Person geltend gemacht. Inzwischen steht Rechteinhabern ein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch nach § 101 Abs. 2 i.V.m. Abs. 9 UrhG zu, der allerdings unter einem Richtervorbehalt steht und auf Fälle gewerblichen Ausmaßes begrenzt ist. Außerdem müssen die Rechteinhaber nun die Kosten für die Ermittlung der Person durch den Access-Provider selber tragen, so *Solmecke*, in: *Taeger/Wiebe* 2008, 207 ff. Die ersten Urteile zum zivilrechtlichen Auskunftsanspruch lassen insgesamt noch keine einheitliche Linie erkennen, s. *OLG Köln*, MMR 2008, 820 ff.; *LG Frankfurt/M.*, MMR 2008, 829 f.; *LG Frankenthal*, MMR 2008, 830 f.; *LG Oldenburg*, MMR 2008, 832 f.; zusammenfassend *Jüngel/Geißler*, MMR 2008, 787 ff.; zur Frage der Strafbarkeit des Tausches von urheberrechtlich geschützten Werken in P2P-Tauschbörsen s. zusammenfassend *Gercke*, JA 2009, 90 ff.

⁶⁰ S. z.B. das Interview von v. *Gehlen* mit OStA Stahl, Pressesprecher der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf, *jetzt.de* v. 11.8.2008.

⁶¹ S. zum Beispiel *Merholz*, Gorny fordert Internet-Verbot für Raubkopierer, *Welt.de* v. 8.10.2008; s. ferner den offenen Brief zum Tag des „Geistigen Eigentums“ an die Bundeskanzlerin v. 25.4.2008; s. dazu auch die Antwort von *Hoeren*, *beck-blog* v. 29.4.2008.

⁶² *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2008, Einl., Rn. 40.

⁶³ *BVerfGE* 31, 275, 284 f.; *GRUR* 1980, 44, 46.

⁶⁴ *BVerfGE* 31, 275, 284.

⁶⁵ Vgl. *BVerfGE* 104, 1, 9.

tive Maßnahmen aufgrund eines Gesetzes geschehen.⁶⁶ Die Enteignung ist durch vier Merkmale gekennzeichnet: Sie ist konkret, trifft individuell, entzieht das Eigentum und dient öffentlichen Aufgaben.⁶⁷ Das Gegenstück zu einer Enteignung ist die Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch den Gesetzgeber. Bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung werden generell die Rechte und Pflichten des Eigentümers festgelegt.⁶⁸

Eine gesetzlich eingeführte Kulturflatrate würde generell und abstrakt bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Tausch eines Werks über das Internet (also eine öffentliche Zugänglichmachung nach §§ 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 19a UrhG auf Seiten des Anbieters und eine Vervielfältigung nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG auf Seiten des Downloaders) ohne Zustimmung des Urhebers zulässig ist.⁶⁹ Sie würde nicht konkret und individuell Eigentum entziehen. Eine Enteignung im rechtlichen Sinne kann hierin nicht gesehen werden.

Die durch eine Kulturflatrate betroffenen Rechte stehen den Urhebern ohnehin nur in den Grenzen der §§ 44a ff. UrhG zu. Es müsste eine neue Vorschrift, die den Bestimmungen der §§ 44a ff. UrhG vergleichbar ist, eingeführt werden. Die Schranken des Urheberrechts zu bestimmen, ist eine Verpflichtung, welcher der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nachzukommen hat.⁷⁰ Somit wäre die für die Einführung der Kulturflatrate erforderliche Begrenzung der Verwertungsrechte eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

3.1.1.4 Verhältnismäßigkeit einer Kulturflatrate

Die Qualifizierung als grundsätzlich verfassungsrechtlich mögliche Inhalts- und Schrankenbestimmung bedeutet jedoch nicht, dass sie in Form einer Kulturflatrate auch in jedem Fall zulässig wäre.⁷¹ Das Bundesverfassungsgericht hat für die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Urheberrechts folgende Vorgaben gemacht:

„Der Gesetzgeber steht bei der Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Auftrags, Inhalt und Schranken des geistigen Eigentums zu bestimmen, vor der Aufgabe, nicht nur die Individualbelange des Urhebers zu sichern, sondern auch für die individuellen Berechtigungen und Befugnisse die im Interesse des Gemeinwohls erforderlichen Grenzen zu ziehen. Er muss den verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf eine angemessene Nutzung der schöpferischen Leistung und die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen.“⁷²

⁶⁶ BVerfGE 58, 300, 330.

⁶⁷ Vgl. Pieroth/Schlink 2006, Rn. 923.

⁶⁸ BVerfGE 58, 300, 330; 72, 66, 76.

⁶⁹ Für diese Auffassung spricht zudem, dass auch die Einschränkungen der Urheberrechte gemäß §§ 44a ff. UrhG keine Enteignung darstellen, Melichar, in: Schricker 2006, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 8.

⁷⁰ BVerfG, GRUR 1980, 44, 46.

⁷¹ Inhalts- und Schrankenbestimmungen können zwar vielleicht theoretisch unterschieden werden, sie stellen praktisch aber nur zwei verschiedene Aspekte der einheitlich zu verstehenden gesetzlichen Konstituierung des Eigentums dar, s. Wieland, in: Dreier 2004, Art. 14 GG, Rn. 76.

⁷² BVerfGE 31, 229, 238 ff.

Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Dies bedeutet, dass die Maßnahme einen legitimen Zweck verfolgen und ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel sein muss.⁷³

Die Einführung einer Kulturflatrate verfolgt mehrere Zwecke. Der Kulturbetrieb soll grundsätzlich neu und verfassungsgemäß gestaltet werden. Ziel ist ein Ausgleich der Verfassungsziele, der zu einer Vermeidung oder einem schonenderen Ausgleich von Grundrechtskollisionen führen soll. Urhebern soll ein finanzieller Ausgleich für über das Internet vorgenommene Vervielfältigungen zukommen. Nach der aktuellen Rechtslage besteht zwar bereits ein Vergütungsanspruch, dieser kann aber praktisch nicht realisiert werden, ohne dass es zur Verfolgung dieses Ziels weiterhin massiver Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung und das Fernmeldegeheimnis von Internet-Nutzern bedarf.

Die Rechteinhaber haben aufgrund der hohen Anzahl der Vervielfältigungsvorgänge und der nahezu unbegrenzten Anzahl von Teilnehmern keine Möglichkeit, die Nutzung der geschützten Werke zu unterbinden oder ihre Vergütungsansprüche durchzusetzen. Der verfolgte Zweck ist nicht nur legitim, sondern er ist sogar von verfassungsrechtlich geboten, da die Verfassung verlangt, dass vermögenswerte Ergebnisse des Werks grundsätzlich dem Urheber zugeordnet werden müssen. Die Legitimität der verfolgten Zwecke ist also gegeben.

Die Geeignetheit verlangt, dass das gewählte Mittel tauglich sein muss, den verfolgten Zweck zu erreichen.⁷⁴ Dafür ist es ausreichend, wenn das eingesetzte Mittel nicht optimal ist, sondern lediglich den verfolgten Zweck fördert.⁷⁵ Das hier zu bewertende Mittel ist die Kulturflatrate. Im Internet ist aufgrund der Massenhaftigkeit der urheberrechtsrelevanten Vorgänge und der unüberschaubaren Zahl der betroffenen Rechteinhaber und Nutzer eine Kontrolle, ob alle Vervielfältigungsvorgänge rechtmäßig sind und wer sie vorgenommen hat, praktisch ausgeschlossen. Genau für diese Fälle ist die gesetzliche Lizenz das geeignete Mittel.⁷⁶ Durch eine gesetzliche Lizenz kann erreicht werden, dass den Rechteinhabern ein finanzieller Vorteil aus der massenhaften Nutzung ihrer Werke zukommt. Durch die Einführung einer Kulturflatrate wären private Vervielfältigungsvorgänge rechtlich zulässig. Dadurch bestünde keine Grundlage mehr für strafrechtliche Ermittlungen und zivilrechtliche Verfahren wären ebenfalls nicht mehr notwendig. Somit würden auch die Grundrechte der Internet-Nutzer entsprechend besser geschützt.

Gegen die Geeignetheit einer Kulturflatrate könnte eingewendet werden, dass sie keine exakte Verteilung der Einnahmen entsprechend der genauen Verteilung der Vervielfältigungsvorgänge erlaubt. Tauschbörsen sind aufgrund ihrer dezentralen Organisation schwer kontrollierbar, was auch den wesentlichen Grund für den mangelnden Erfolg beim Vorgehen gegen sie darstellt.⁷⁷ Dennoch ist es möglich, Anzahl, Umfang von Tauschvorgängen und die betroffe-

⁷³ Dreier, in: ders. 2004, Vorb., Rn. 146; ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsprinzip aaO. Rn. 145 ff.

⁷⁴ Dreier, in: ders. 2004, Vorb., Rn. 147 m.w.N.

⁷⁵ BVerfGE 67, 157, 175 f.; 96, 10, 23.

⁷⁶ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 14; Lüft, in: Wandtke/Bullinger 2009, § 54 UrhG, Rn. 1

⁷⁷ Runge, GRUR Int 2007, 135, hält eine konkrete Erfassung und Auswertung des Datenverkehrs aufgrund des Fernmeldegeheimnisses des Art. 10 GG für unzulässig. Bei Forderungen nach einer verdachtsunabhängigen Kontrolle des Datenverkehrs durch Access-Provider zur Verhinderung von Vervielfältigungen

nen Werke zumindest grob zu ermitteln. Dies zeigt das Beispiel des Marktforschungsunternehmens BigChampagne, welches Tauschbörsen untersucht und auswertet.⁷⁸ Auch die Musikindustrie nutzt diese Daten.⁷⁹ Diese Daten weisen zwar eine gewisse Unschärfe auf. Auch wird zum Beispiel nicht der Tausch urheberrechtlich geschützter Werke bei der Versendung von MP3s im Anhang von E-Mails erfasst. Es bestehen aber ähnliche Probleme bei der Datenerfassung und der Verteilung der Einnahmen der GEMA, die nicht dazu geführt haben, das gesamte GEMA-Modell als zu ungenau und damit ungeeignet für den praktischen Einsatz einzustufen. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass es bei der kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften zu Typisierungen, Pauschalierungen und Schätzungen kommt und betrachtet derartige Regelungen trotzdem als verfassungskonform.⁸⁰ Die Regelungen der GEMA, die unter anderem vorsehen, dass diese nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB über die Verteilung der durch die Auswertung der treuhänderisch wahrgenommenen Nutzungsrechte entstandenen Einnahmen entscheidet, sind von der Rechtsprechung ebenfalls als rechtmäßig angesehen worden.⁸¹ Einnahmen aus der Leermedien- und der Geräteabgabe werden nach festen Prozentzahlen nach Airplay und Bild- oder Bildtonträgerumsatz ausgeschüttet.

Bei einem Erfassen der Dateikopien im Internet und einer Verteilung der Einnahmen nach diesen Statistiken besteht ein Problem in der Möglichkeit, die Statistiken zu manipulieren, um höhere Erträge zu bekommen oder einzelne Lieder oder Alben populärer erscheinen zu lassen als sie es tatsächlich sind. Auch hierbei handelt es sich aber nicht um ein spezifisches Problem der Kulturflatrate. Auch offline sind Manipulationen durch gezielte CD-Käufe im Auftrag von Plattenfirmen denkbar und finden auch statt, da die Verteilungsschlüssel der Verwertungsgesellschaften sich auch an Airplay und Tonträgerverkauf orientieren.⁸² Letztlich handelt es sich daher um eine politische Frage. Jedenfalls bestehen passende Verfahrensmöglichkeiten, die verfassungsrechtlich zulässig sind, auch wenn das Modell im Detail noch auszuarbeiten ist. Die Einführung einer Kulturflatrate ist daher als geeignetes Mittel anzusehen.

Das eingesetzte Mittel muss auch erforderlich sein, das heißt, es darf kein milderes Mittel geben, das gleich geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen.⁸³ Verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, auf den durch das Internet eingetretenen Wandel des Nutzungsverhaltens einzugehen und zugleich eine Vergütung der Urheber sicherzustellen, dann ist eine Kulturflatrate die einzige geeignete Maßnahme und damit notwendigerweise auch das mildeste Mittel. Frag-

fältigungsvorgängen soll dieses Argument hingegen nicht greifen, vgl. *Bundesverband Musikindustrie*, Pressemitteilung v. 13.3.2008; ebenso *Bäcker*, ZUM 391 ff.

⁷⁸ *Howe*, BigChampagne is watching you, Wired.com v. Oktober 2003. Hierauf verweist auch *Initiative privatkopie.net*, Offener Brief v. 26.4.2006, 4.

⁷⁹ „Musikindustrie nutzt Tauschbörsendaten“, Netzeitung v. 11.9.2003, abrufbar unter http://www.netzeitung.de/internet/254144.html?Musikindustrie_nutzt_Tauschboersendaten.

⁸⁰ *BVerfG*, GRUR 1997, 123; GRUR 1997, 124; NJW 1992, 1303, 1304; vgl. ferner *BGH*, GRUR 1988, 782, 783; s. dazu auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2008, § 54 UrhG, Rn. 1 und § 7 UrhWG, Rn. 6.

⁸¹ *BGH*, GRUR 2005, 757 ff.

⁸² *S. Gollmitzer*, Spon.de v. 13.4.2005. Nach Angaben eines Insiders der Musikindustrie wurden die Verkaufszahlen vor der Einführung von Scanner-Kassen 1997 grundsätzlich manipuliert, vgl. *Gallach*, Kultur SPIEGEL 9/2008 vom 25.08.2008, 16.

⁸³ *Dreier*, in: *ders.* 2004, Vorb., Rn. 148 m.w.N.

lich ist jedoch, ob sie auch die schonendste Maßnahme ist, den Urhebern eines Werkes eine angemessene Vergütung zukommen zu lassen.

Die derzeitige Rechtslage lässt den Urhebern grundsätzlich weiterreichende Befugnisse im Bezug auf ihre Rechte, da sie theoretisch jeden einzelnen Vervielfältigungsvorgang verhindern können. Das primäre Interesse der Urheber liegt jedoch darin, eine Vergütung für die Nutzung ihrer Werke zu erhalten. Obwohl dieser Anspruch nach der aktuellen Rechtslage besteht, kann er in der Praxis kaum realisiert werden. Diese erhalten nur dann einen finanziellen Ausgleich, wenn ein einzelner Tauschbörsennutzer ermittelt und erfolgreich verfolgt wird. Eine angemessene Zuordnung der vermögenswerten Ergebnisse der Werke zu den Urhebern ist derzeit nicht gegeben. Rechteinhaber können zwar ihre Werke durch den Einsatz von DRM-Systemen gegen unerlaubte Vervielfältigungen schützen.⁸⁴ Diese Möglichkeit hat sich aber als nicht besonders effektiv erwiesen. Zum einen sind DRM-Systeme nicht unüberwindbar und bieten daher keinen absoluten Schutz. Auch mit DRM-Systemen gesicherte Werke lassen sich in Tauschbörsen ohne größere Probleme finden. Zum anderen haben sich DRM-geschützte Werke auf dem Markt nicht durchsetzen können.⁸⁵ Den Schutz der Werke völlig in die Hände der Rechteinhaber zu geben und von ihnen zu verlangen, DRM-Systeme einzusetzen, ist daher nicht ebenso wirkungsvoll wie die Einführung einer Kulturflatrate. Insgesamt ist daher kein milderes Mittel ersichtlich, das genauso effektiv wäre wie eine Kulturflatrate. Somit ist die gesetzliche Einführung einer Kulturflatrate auch erforderlich.

Die Maßnahme muss zudem angemessen sein. Dies ist der Fall, wenn die Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung in einem angemessenen Verhältnis zu dem öffentlichen Belang steht, der mit der Grundrechtsbeeinträchtigung verfolgt werden soll.⁸⁶

Die grundrechtliche Beeinträchtigung besteht in der Einführung einer gesetzlichen Lizenz. Sie nimmt dem Urheber im Vergleich zum Ausschließlichkeitsrecht ein rechtliches Mittel zur Erzielung einer angemessenen Vergütung und ersetzt sie durch einen gesetzlichen Anspruch.⁸⁷ Aus diesem Grund stellt sie eine Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung der Rechteinhaber dar. Dieser Beeinträchtigung steht eine Reihe von öffentlichen Belangen gegenüber, die durch die Einführung einer Kulturflatrate verfolgt werden:

Das bisherige Regelungskonzept, sieht eine konkrete Vergütung für jedes einzelne Werkstück vor und die Verfolgung unzulässiger Vervielfältigungsvorgänge. Da diese Vervielfältigungsvorgänge über das Internet vorgenommen werden, muss in diesen Datenverkehr eingegriffen werden, um unzulässige Vervielfältigungsvorgänge zu verhindern oder dieser Datenverkehr

⁸⁴ Zu DRM aus technischer Sicht s. *Grimm*, in: Roßnagel 2009, 27 ff.; aus rechtlicher Sicht *Blocher*, in: Roßnagel 2009, 39 ff.

⁸⁵ Der Apple iTunes Music Store als einer der größten Anbieter hat bereits angekündigt, in Zukunft ausschließlich ungeschützte Musik verkaufen zu wollen, s. *Lischka/Kremp*, Spiegel-Online.de v. 6.1.2009. Musicload und der Vodafone Music Shop haben daraufhin nachgezogen, vgl. „Telekom und Vodafone heben Kopierschutz in ihren Online-Musikläden auf“, heise-online v. 3.3.2009, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/133849>.

⁸⁶ *Dreier*, in: ders. 2004, Vorb., Rn. 149 m.w.N.

⁸⁷ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2008, Vor § 44a ff. UrhG, Rn. 14; *Melichar*, in: *Schricker* 2006, Vor §§ 44a UrhG, Rn. 6.

wird zumindest überwacht und nachvollzogen, um unerlaubte Werknutzungen zu verfolgen.⁸⁸ Dies erfordert massive Eingriffe in das Recht der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) der Internet-Nutzer, auch wenn sie keine urheberrechtswidrigen Handlungen vornehmen.⁸⁹ Es beeinträchtigt die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Access-Provider.⁹⁰ Auch könnte die Informationsfreiheit der Nutzer beeinträchtigt sein, die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich garantiert wird. Durch die Einführung einer Kulturflatrate würde sich diese Problematik erübrigen. Für eine gerechte Verteilung der Einnahmen durch die Kulturflatrate kommt es nur auf die Anzahl der Vervielfältigungsvorgänge eines Werks an. Eine Zuordnung zu einer bestimmten Person ist nicht erforderlich, weshalb die datenschutzrechtlichen Probleme entfallen.⁹¹

Darüber hinaus werden durch die Verfolgung einzelner Delikte die Strafverfolgungsbehörden in einem, im Vergleich zum Zweck, nicht vertretbaren Ausmaß in Anspruch genommen. Die Strafverfolgungsbehörden sehen im Regelfall gemäß §§ 153 Abs. 1 oder 170 Abs. 2 StPO von einer Verfolgung der Tat ab, wenn ein Vergehen unter einer bestimmten Bagatellgrenze vorliegt.⁹² Trotz der erheblichen Belastung der Ermittlungsbehörden kommt es nur in 0,1% der Strafanträge zu einer Verurteilung.⁹³ Die Einführung einer Kulturflatrate würde zu einer spürbaren Entlastung sowohl der Strafverfolgungsbehörden als auch der Gerichte führen, wenn die zahlreichen Ermittlungsverfahren wegen der vereinzelter Nutzung von Tauschbörsen nicht mehr anfallen würden. Auch würden dann nicht mehr Unschuldige in das Visier von Ermittlern geraten wie dies zurzeit noch vorkommt.⁹⁴

Die Einführung einer gesetzlichen Lizenz in Form einer Kulturflatrate führt gleichzeitig zu einer Legalisierung von Downloads. Obwohl Vervielfältigungen über das Internet nach derzeitiger Rechtslage rechtswidrig sind, stellen sie, insbesondere unter Jugendlichen, ein Massenphänomen dar. Dies bedeutet, dass eine ganze Generation von Kindern und Jugendlichen damit aufwächst, beinahe täglich illegal zu handeln. Abgesehen von den zum Teil schweren Folgen, für die wenigen Jugendlichen die straf- und zivilrechtlich belangt werden, hat ein sol-

⁸⁸ S. ausführlich zu den technischen Hintergründen von Tauschbörsen und zu dem straf- und zivilrechtlichen Vorgehen von Rechteinhabern *Solmecke*, K&R 2007, 138 ff.; *Solmecke*, in: Taeger/Wiebe (2008), 207 ff.

⁸⁹ *Schnabel*, MMR 2008, 283 ff.; dies erkennt auch *Bäcker*, ZUM 2008, 393, die von einem „grundrechtlichen Interessenkonflikt par Excellence“ ausgeht, die Belange des Datenschutzes aber in einer Fußnote abhandelt.

⁹⁰ S. ausführlich Kap. 3.1.1.4. Der Berliner Telekommunikationsanbieter Versatel erwirkte gar eine einstweilige Verfügung gegen eine Firma, die „Raubkopierer“ aufspüren soll, weil diese durch die Vielzahl der Hinweise den Geschäftsbetrieb bei Versatel empfindlich beeinträchtigte, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/66658>.

⁹¹ Ebenso *Ulmer*, in: Roßnagel 2009, 85.

⁹² S. dazu *Solmecke*, in: Taeger/Wiebe (2008), 211 ff. m.w.N.; ferner v. *Gehlen*, Interview mit OStA Stahl, Pressesprecher der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf, jetzt.de v. 11.8.2008; *Strüßer*, Interview mit OStA Junker, Generalstaatsanwaltschaft Berlin, [Süddeutsche.de](http://Sueddeutsche.de) v. 31.7.2008; Verfügung der baden-württembergischen GenStA in Hügell, wiedergegeben in: Massenstrafanzeigen gegen P2P-Nutzer: Bagatellregelung durch die Hintertür, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/67918>.

⁹³ S. *Röhl/Bosch*, NJW 2008, 1417.

⁹⁴ Vgl. *LG Stuttgart*, MMR 2008, 63 f. zum Beispiel der Verfolgung eines Unschuldigen durch einen Zahlendreher bei der Übermittlung des Auskunftersuchens von der Staatsanwaltschaft Duisburg an den Access-Provider 1&1.

cher Zustand auch schwerwiegende Folgen für die Gesellschaft.⁹⁵ Urheberrechtsexperten des Bundesjustizministeriums haben anlässlich des „zweiten Korbs“ zur Urheberrechtsreform erklärt, Schulhöfe „polizistenfrei“ halten zu wollen.⁹⁶ Dieses Ziel könnte durch die Einführung einer Kulturflatrate erreicht werden. Gegenwärtig plant das Bundesministerium der Justiz anlässlich des europäischen Jahres der „Kreativität und Innovation“⁹⁷ weitere Verschärfungen des Urheberrechts zur Verbesserung der Situation der Urheber und Rechteinhaber. Zu diesem Zweck hat das Bundesjustizministerium Internet-Provider zu einem nichtöffentlichen Spitzengespräch über „die Interessen der Content-Industrie“ sowie über „die Verhinderung und Bekämpfung der Piraterie im digitalen Umfeld“ eingeladen.⁹⁸ Geplant sind Gespräche über Websperren und ein Verbot des Zugangs zum Internet für Personen, die wiederholt gegen das Urheberrecht verstoßen haben.⁹⁹ Diese Verschärfungen wären nach der Einführung einer Kulturflatrate entbehrlich. Auch die Diskussion über die Nutzung der aufgrund der Vorratsdatenspeicherung gespeicherten Verkehrsdaten zur Verfolgung von einzelnen Verstößen gegen das Urheberrecht wäre dann hinfällig.¹⁰⁰

Durch die Einführung einer Kulturflatrate wird den Rechteinhabern für erfolgte Vervielfältigungen eine finanzielle Kompensation zuteil. Diese steht ihnen zwar rechtlich auch bereits jetzt zu, lässt sich aber nicht durchsetzen. In der aktuellen Situation erhalten Schöpfer keinen finanziellen Ausgleich für über das Internet vorgenommene Kopien. Dies würde sich durch die Einführung einer Kulturflatrate zum Vorteil der Rechteinhaber ändern. Dieser finanzielle Ausgleich trägt dazu bei, die Folgen, die durch die Inhalts- und Schrankenbestimmung für die Urheber entstehen, abzumildern. Ohne eine derartige finanzielle Kompensation wäre eine Kulturflatrate nicht angemessen.

Im Rahmen der Abwägung ist auch die Allgemeinwohlbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber sogar in den Vordergrund gestellt hat. In der amtlichen Begründung zum Erlass des aktuellen Urheberrechts wird anerkannt, dass Urheberrechte in Gegensatz zum Sacheigentum „letztlich nicht dazu bestimmt [sind], andere von der Benutzung des Werkes auszuschließen“, sondern vielmehr „dem Urheber die rechtliche Grundlage dafür geben [sollen], Art und Umfang der Benutzung seines Werkes zu überwachen und aus dessen Verwertung Einnahmen zu erzielen“.¹⁰¹

Unter Berücksichtigung dieser Umstände führt eine wertende Betrachtung zu dem Ergebnis, dass die Einführung einer Kulturflatrate angemessen ist. Somit ist der Eingriff in die Rechte der Urheber und Rechteinhaber durch die Einführung einer Kulturflatrate insgesamt verhältnismäßig.

⁹⁵ S. dazu *Lessig*, 2008, „Now I worry about the effect this [copyright] war is having upon our kids. What is this war doing to them? Whom is it making them? How is it changing how they think about normal, right-thinking behavior? What does it mean to a society when a whole generation is raised as criminals?“

⁹⁶ Vgl. *BMJ*, Diskussion v. 16.3.2004.

⁹⁷ *BMJ*, Pressemitteilung v. 29.12.2008.

⁹⁸ *Zschunke*, *NeuePresse.de* v. 6.1.2009.

⁹⁹ Ein Sprecher des Access-Providers 1&1 bezeichnet dies als „digitale Todesstrafe“, zitiert nach *Zschunke*, *NeuePresse.de* v. 6.1.2009.

¹⁰⁰ S. dazu *Czychowski/Nordemann*, *NJW* 2008, 3095 ff.; *Hoeren*, *NJW* 2008, 3099 ff.

¹⁰¹ Begründung, Teil B, vor § 45 ff. *UrhG*, BT-Drs. IV/270; s. dazu auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* 2008, *Einl.*, Rn. 39.

3.1.2 Musik-Downloaddienste

Als Reaktion auf die durch das Internet entstandenen Möglichkeiten der digitalen Weitergabe und Vervielfältigung von Daten hat die Musikindustrie eigene Downloadportale aufgebaut, durch die digitale Werkstücke angeboten werden.¹⁰² Diese Angebote verbuchen einen gewissen Zulauf, in Deutschland liegt der Anteil digital verkaufter Musik am Gesamtumsatz im Jahr 2008 bei 9%.¹⁰³ Es könnte sein, dass diese Downloadportale durch die Einführung einer Kulturflatrate Umsatzeinbußen erfahren werden. Daher ist zu prüfen, ob die Einführung einer Kulturflatrate gegen die Grundrechte der Betreiber derartiger Downloadportale verstößt und deshalb verfassungswidrig ist.

3.1.2.1 Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG

Die Einführung der Kulturflatrate könnte an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sein, der die Berufsfreiheit garantiert. Hier ist aber fraglich, ob es sich beim Betrieb von Downloadportalen für Musik um einen eigenen Beruf handelt oder lediglich um einen Teilaspekt eines Musikunternehmens. In beiden Fällen ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet.

Es müsste ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Die Einführung einer Kulturflatrate verfolgt nicht das Ziel, den Beruf der Betreiber von Downloadportalen zu regeln. Ein Eingriff kann aber auch bei lediglich mittelbaren Beeinträchtigungen vorliegen.¹⁰⁴ Dafür müssen die Beeinträchtigungen aber in „einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen.“¹⁰⁵ Bei auferlegten Steuern geht das Bundesverfassungsgericht von einem Eingriff in die Freiheit der Berufswahl aus, wenn die Abgaben eine erdrosselnde Wirkung haben.

Bei Downloadportalen kann davon ausgegangen werden, dass sie nach der Einführung einer Kulturflatrate Umsatzeinbußen erleiden werden, insbesondere werden die Preise, die bereits jetzt als überhöht kritisiert werden, wohl kaum haltbar sein. Das muss aber nicht zu einem Untergang der Downloadportale insgesamt führen. Derartige Angebote haben im Bezug auf P2P-Tauschbörsen erhebliche Vorteile im Bezug auf Auswahl, Qualität der Angebote, Verfügbarkeit und Geschwindigkeit. Nutzer von P2P-Tauschbörsen, sind darauf angewiesen, dass mindestens ein weiterer Nutzer das Werk, welches sie suchen zum Zeitpunkt ihrer Suche zum Download vorhält. Geht der Anbieter während des Downloadvorgangs offline, so wird der Download unterbrochen. Bei sehr alten oder raren Werken kann es vorkommen, dass diese gar nicht oder nur sehr vereinzelt angeboten werden. Ein weiteres Problem ist die Geschwindigkeit des Downloads: In Deutschland handelt es sich bei privaten DSL-Anschlüssen meist um asynchrones DSL (ADSL). Dies bedeutet, dass die Downloadgeschwindigkeit ein Vielfaches der Uploadgeschwindigkeit beträgt.¹⁰⁶ Daher muss eine Vielzahl von Nutzern gleichzei-

¹⁰² Die folgenden Ausführungen orientieren sich an Musik-Downloaddiensten. Inhaltlich gilt aber z.B. für entsprechende Filmdienste (wie Maxdome, das Video-on-Demand-Angebot der ProSiebenSat.1 Media) das Gleiche.

¹⁰³ In den USA, Japan, UK und Frankreich liegt der Anteil digital verkaufter Musik dagegen deutlich höher, *IFPI* 2009, 7.

¹⁰⁴ *Wieland*, in: Dreier 2004, Art. 12 GG, Rn. 85.

¹⁰⁵ S. *BVerfGE* 70, 191, 204; ferner *Wieland*, in: Dreier 2004, Art. 12 GG, Rn. 85 m.w.N.

¹⁰⁶ Das Verhältnis liegt dabei, je nach ADSL-Norm, zwischen 5:1 und 24:1, vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/ADSL>.

tig mit maximaler Geschwindigkeit ein bestimmtes Werk uploaden, damit nur ein anderer Nutzer dieses Werk mit entsprechender Geschwindigkeit downloaden kann. Ein weiteres Problem besteht hinsichtlich der Datensicherheit. Angebote in P2P-Tauschbörsen werden nicht kontrolliert. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass Dateien, die aus einer Tauschbörse stammen, unvollständig oder mit Schadsoftware infiziert sind. Ein Nutzer einer P2P-Tauschbörse setzt sich daher bei jedem einzelnen Downloadvorgang dem Risiko aus, die Sicherheit seines gesamten Systems zu kompromittieren. All diese Probleme und Risiken bestehen bei von der Musikindustrie betriebenen Downloadportalen nicht. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Einführung einer Kulturflatrate zwangsläufig auch das Ende der Downloadportale bedeutet. Vielmehr werden diese ihr Geschäftsmodell anpassen müssen. Verringert sich durch staatliche Maßnahmen aber lediglich der Geschäftsumfang eines Unternehmens oder werden weitere Erwerbsmöglichkeiten verschlossen, liegt regelmäßig kein Eingriff in die Berufsfreiheit vor.¹⁰⁷ Bei der Einführung einer Kulturflatrate kann es sich höchstens um eine Berufsausübungsregelung handeln, da den Betreibern der Downloadportale nicht der Zugang zu ihrem Beruf verwehrt wird.

Berufsausübungsregelungen sind bereits dann verhältnismäßig, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind.¹⁰⁸ Die Entkriminalisierung der Internenutzer, die Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und die finanzielle Kompensation der Urheber für Vervielfältigungen über das Internet erfüllen die Anforderungen, die an vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls zu stellen sind. Somit wäre ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von Downloadportalen verhältnismäßig und damit auch gerechtfertigt.

3.1.2.2 Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG

Ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Betreiber von Downloadportalen kann in der Einführung einer Kulturflatrate nicht gesehen werden. Diese beeinträchtigt lediglich zukünftige Erwerbschancen und das Vermögen der Betreiber von Downloadportalen. Diese sind aber nicht durch Art. 14 GG geschützt.

Es könnte ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen. Dieses Recht soll alles, was den wirtschaftlichen Wert eines Betriebes ausmacht, nach Art. 14 GG schützen, es ist aber nicht unumstritten.¹⁰⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu dieser Figur skeptisch geäußert.¹¹⁰ Es hat aber verbindlich festgestellt, dass der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs jedenfalls nicht weiter gehen kann als der Schutz, den seine wirtschaftlichen Grundlagen genießen.¹¹¹ Dies bedeutet, dass selbst wenn man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anerkennt, hieraus kein weiterreichender grundrechtlicher Schutz hergeleitet werden kann, als denjenigen den Art. 12 und Art. 14 Abs. 1 GG gewähren. Die Einführung einer Kulturflatrate verstößt weder gegen die Berufsfreiheit noch die Eigentumsfreiheit der Betreiber von Downloadportalen. Somit

¹⁰⁷ BVerfGE 24, 326, 251; 34, 252, 256; BVerwGE 71, 183, 193.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 377, 405 f.; 65, 116, 125; 70, 1, 28; 78, 155, 162.

¹⁰⁹ Vgl. BGHZ 111, 349, 356; BVerwGE 81, 49, 54.

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 51, 193, 221 f.

¹¹¹ BVerfGE 58, 300, 353.

kann auch kein Verstoß gegen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen.

Insgesamt verstößt die Einführung einer Kulturflatrate nicht gegen Grundrechte der Betreiber von Downloadportalen.

3.1.3 Internet-Nutzer

Beeinträchtigt werden auch die Internet-Nutzer, die ein Entgelt für die Kulturflatrate entrichten müssen. Sie sind durch die Zahlungsverpflichtung in ihren Grundrechten betroffen. Allerdings ist nicht Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig, da dieser nicht das Vermögen als solches schützt.¹¹² Bei der Auferlegung von Geldleistungspflichten ist lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG betroffen.¹¹³ Eingriffe in dieses Recht sind auf der Grundlage von formal und materiell verfassungsgemäßen Gesetzen zulässig.

Kritiker einer Kulturflatrate verweisen darauf, dass es ungerecht sei, die Zahlung einer Kulturflatrate alleine von der Möglichkeit eines Downloads abhängig zu machen, weil dann auch Personen zahlen müssten, die von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.¹¹⁴ Dieses Problem kann entschärft werden, indem die Höhe des Entgelts für die Kulturflatrate von der Geschwindigkeit des Internetzugangs abhängig gemacht wird, da dies eine Voraussetzung für umfangreiche Tauschvorgänge ist. So könnte zum Beispiel für einen ISDN-Zugang nur ein Bruchteil von DSL- oder VDSL-Zugängen verlangt werden. Vertreter der Musikindustrie haben mehrfach darauf verwiesen, dass „Breitbandinhalte wie Musik oder Film“ der „Motor für die Verbreitung schneller Internetanschlüsse“ seien.¹¹⁵ Daraus wird die Folgerung gezogen, dass niemand „für eine superschnelle Breitband-DSL-Flatrate [zahlt], um darüber zu mailen und Nachrichten zu lesen.“¹¹⁶ Wenn dies zutrifft, kann nicht von einer Ungerechtigkeit ausgegangen werden, wenn die Höhe des Beitrags zur Kulturflatrate von der Geschwindigkeit des Internetzugangs abhängig gemacht wird.

Ferner besteht das grundsätzlich gleiche Problem ebenfalls bei Geräteabgaben: Auch hier muss derjenige zahlen, der mit seinem erworbenen Drucker oder Scanner gar keine Privatkopien anfertigt.¹¹⁷ Gründe, warum dies bei Abgaben für Vervielfältigungsgeräte und Leermédien zulässig sein soll, aber bei der Kulturflatrate einen Grundrechtsverstoß darstellt, sind nicht ersichtlich. Ähnliches gilt für die Rundfunkgebührenpflicht. Auch hier hält es das Bundesverfassungsgericht aufgrund eines höheren Ziels (der Funktionstüchtigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks) für zulässig, Rundfunkteilnehmer mit einer monatlichen Gebühr zu

¹¹² St. Rspr. seit *BVerfGE* 4, 7, 17; s. auch *BVerfGE* 95, 267, 300.

¹¹³ S. dazu *Dreier* 2004, Art. 2 I, Rn. 36 m.w.N.

¹¹⁴ So z. B. der Vorsitzende der deutschen Phonoverbände *Gebhardt*, Spon.de v. 6.9.2004, mit dem Beispiel von „Erna Müller aus Mühlheim“, die ihren Internetzugang nur nutzt, „um ihrer Enkelin Nadine in Stuttgart regelmäßig Grüße zu senden“.

¹¹⁵ So der Vorstandsvorsitzende des Bundesverbandes Musikindustrie Gorny, in: *Bundesverband Musikindustrie*, Pressemitteilung v. 13.3.2008.

¹¹⁶ So der Geschäftsführer des deutschen Bundesverbands Musikindustrie Michalk, zitiert nach *Lischka*, Spon.de v. 5.2.2008.

¹¹⁷ Eine Übersicht zur Höhe der Urhebertvergütungen für Drucker und Scanner (von 5,- bis 87,50 € pro Gerät) findet sich unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/120216>.

belegen, die von ihrer Möglichkeit, öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu sehen und zu hören, keinen Gebrauch machen.¹¹⁸ Die verfassungsgemäße Neuordnung des Kulturbetriebs stellt einen vergleichbar wichtigen Zweck dar, der ebenfalls eine finanzielle Belastung von Nutzern rechtfertigen würde, die die ihnen entstehenden Vorteile freiwillig nicht wahrnehmen. Folglich ist die Zahlungsverpflichtung, die für die Einführung einer Kulturflatrate unabdingbar ist, auch dann verfassungsgemäß, wenn sie Internet-Nutzer mit einbezieht, die von den Möglichkeiten des Downloads von Kulturgütern keinen Gebrauch machen.

3.1.4 Zwischenergebnis

Insgesamt stellt die Einführung einer Kulturflatrate damit weder einen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht der Urheber dar, noch eine unzulässige Belastung der Internet-Nutzer oder der Anbieter von Bezahlangeboten zum Musik-Download. Die Einführung einer Kulturflatrate würde daher nicht gegen nationales Verfassungsrecht verstoßen.

3.2 Europarechtliche Zulässigkeit

Die Änderung des deutschen Urheberrechts zur Einführung der Kulturflatrate ist nur zulässig, wenn sie nicht gegen Vorgaben des Europarechts, insbesondere die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoRL),¹¹⁹ verstößt. Entsprechend den Ausführungen zum deutschen Urheberrecht ist in einem ersten Schritt zu prüfen, welche Schutzrechte durch die gesetzliche Einführung der Kulturflatrate beeinträchtigt werden. Im zweiten Schritt ist zu analysieren, ob eine Rechtsbeeinträchtigung durch eine Schrankenbestimmung legitimiert werden kann und gegebenenfalls welche europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen sind.

3.2.1 Möglichkeiten für Ausnahmen und Beschränkungen betroffener Urheberrechte

Das deutsche Urheberrecht hat die europarechtliche Terminologie weitgehend übernommen, so dass hinsichtlich der durch eine Kulturflatrate beeinträchtigten Urheberrechte auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann. Gemäß Art. 2 lit. a und b InfoRL steht dem Urheber das ausschließliche Recht zu, jede Vervielfältigung seiner Werke oder der Aufzeichnungen seiner Werke auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten. Außerdem steht ihm gemäß Art. 3 Abs. 2 lit. a InfoRL die gleiche Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der drahtgebundenen oder drahtlosen sowie von den Mitgliedern nach Orten und zu Zeiten wählbaren Zugänglichmachung von Aufzeichnungen ihrer Darbietungen zu. Entsprechende Ausschließlichkeitsrechte stehen den Herstellern von Tonträgern in Bezug auf ihre Tonträger gemäß Art. 2 lit. c und Art. 3 Abs. 2 lit. b InfoRL zu. Durch die Einführung einer gesetzlichen Lizenz für den Tausch digitalisierter Werke im Internet zu nicht kommerziellen Zwecken werden somit europarechtlich garantierte Ausschließlichkeitsrechte sowohl der Urheber als auch der Tonträgerhersteller beeinträchtigt.

¹¹⁸ Ständige Rspr. *BVerfGE* 73, 118, 158 f.; NJW 2000, 649.

¹¹⁹ Richtlinie 2001/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl. L 167,10) auch „Info-Richtlinie“ genannt.

Art. 5 InfoRL billigt den Vertragsstaaten zu, für diese Exklusivrechte Ausnahmen und Beschränkungen zu normieren. Für welche in den Art. 2 bis 4 InfoRL geregelten Ausschließlichkeitsrechte unter welchen Bedingungen Ausnahmen und Beschränkungen zulässig sind, ist in Art. 5 Abs. 1 bis 3 InfoRL abschließend aufgezählt.¹²⁰ Liegen die Voraussetzungen einer dieser Alternativen vor, muss die Regelung zudem dem in Art. 5 Abs. 4 InfoRL vorgesehenen Drei-Stufen-Test¹²¹ unterzogen werden, der den Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedsländer konkretisiert.

Bezogen auf die Einführung der Kulturfltrate muss wiederum zwischen den Nutzungshandlungen der Bereitstellung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet und dem Herunterladen und Speichern der Medien durch einen anderen Teilnehmer des File-Sharing-Systems unterschieden werden. Für das Vervielfältigungsrecht des Urhebers und der Tonträgerhersteller, das durch den Download beeinträchtigt wird, können gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoRL grundsätzlich Ausnahmen oder Beschränkungen getroffen werden, wenn die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch erfolgt und unter der Bedingung, dass die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten. Für die Legalisierung des Uploads wäre die Regelung einer Ausnahme oder Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung erforderlich, die nur zu den in Art. 5 Abs. 3 InfoRL abschließend vorgesehenen Zwecken europarechtlich zulässig wäre. Ein Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoRL vergleichbare Alternative, wie sie für die Einführung der Kulturfltrate erforderlich wäre, existiert allerdings nicht. In der Begründung zur Richtlinie wird diesbezüglich ausdrücklich auf das Ziel eines harmonisierten Rechtsschutzes auf Gemeinschaftsebene hinsichtlich der Art und des Umfangs dieses Schutzes netzwerkvermittelter Übertragungen urheberrechtlich geschützter Werke hingewiesen.¹²² Es sollte eine Klarstellung erreicht werden, dass die in der Richtlinie anerkannten Rechteinhaber das ausschließliche Recht haben sollen, interaktive Übertragungen auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen.¹²³ Daraus folgt, dass eine Ausnahmeregelung, wie sie für die Einführung der Kulturfltrate erforderlich wäre, nicht mit den europarechtlichen Vorgaben der InfoRL vereinbar wäre. Nach der derzeitigen Rechtslage ist eine Kulturfltrate somit nicht mit europarechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen und die InfoRL müsste deshalb in dieser Hinsicht angepasst werden.¹²⁴

In der Literatur wird allerdings auch eine hiervon abweichende Meinung vertreten.¹²⁵ Die mit der Einführung der Kulturfltrate verbundene Begrenzung der Nutzungsrechte der Urheber und Rechteinhaber sei keine urheberrechtliche Schrankenbestimmung, da es sich um eine massenhafte Nutzung einer großen Zahl urheberrechtlich geschützter Werke handle, die einer individuellen Rechtswahrnehmung und damit auch der individuellen Aushandlung einer Vergütung ohnehin entzogen sei.¹²⁶ Insofern nehme die Verwertungsgesellschaft lediglich die

¹²⁰ Erwägungsgrund 32 der RL 2001/29/EG; *Melichar*, in: Schricker 2006, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 11b.

¹²¹ Ausführlich zum Drei-Stufen-Test *Geiger/Griffiths/Hilty*, GRUR Int 2008, 822 ff.; *Senfleben*, GRUR Int 2004, 200 ff.

¹²² S. RL 2001/29/EG, Erwägungsgrund 25.

¹²³ S. RL 2001/29/EG, Erwägungsgrund 25.

¹²⁴ Dafür plädiert auch *Grassmuck*, ZUM 2005, 108.

¹²⁵ S. ausführlich zur Vereinbarkeit einer gesetzlich vorgeschriebenen kollektiven Rechteverwaltung mit internationalen und europäischen Vorschriften des Urheberrechts v. *Lewinski* 2004.

¹²⁶ V. *Lewinski* 2004, 7; zustimmend *Bernault/Lebois* 2006, 55 f.

Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers und der sonstigen Rechteinhaber wahr. Die pauschale Vergütung der Nutzungsrechte beschränke nicht die Urheberrechte selbst, sondern sie begrenze lediglich die Möglichkeiten, die dem Urheber zur Ausübung seiner bestehenden Nutzungsrecht zustünden, indem eine Vergütung nur in Form eines obligatorischen kollektiv wahrzunehmenden Vergütungsanspruchs (compulsory collective management) zulässig sei.¹²⁷

Die Zulässigkeit der Legalisierung des Uploads urheberrechtlich geschützter Werke im Internet hängt demnach von dem Ergebnis einer terminologischen Auslegung ab. Wird die Maßnahme als Ausnahme und Beschränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung angesehen, wäre sie unzulässig. Wird sie als Regelung über die Ausübung des Rechts eingeordnet, wäre sie zulässig. Ob das Bestehen dieser alternativen Auslegungsmöglichkeit ausreichend ist, um in Deutschland die Europarechtskonformität einer gesetzlich einzuführenden Kulturflatrate zu bejahen, muss der deutsche Gesetzgeber beurteilen. Eine deutlich höhere Rechtssicherheit wäre gegeben, wenn in Art. 5 Abs. 3 InfoRL eine Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoRL entsprechender Fall für die Begründung einer Ausnahme oder Beschränkung aufgenommen werden würde. Selbst wenn sich die Überzeugung durchsetzen sollte, dass die Kulturflatrate nicht das Recht auf die öffentliche Zugänglichmachung als solches tangiert oder aber die InfoRL die dargelegte Ergänzung erfahren würde, besteht Einigkeit darüber, dass für die internationale (europarechtliche) Zulässigkeit zudem die Hürde des Drei-Stufen-Tests überwunden werden müsste.¹²⁸

3.2.2 Der Drei-Stufen-Test

Grundsätzlich dient der Drei-Stufen-Test der Beschränkung des Spielraums nationaler Gesetzgeber zur Einführung von Schrankenbestimmungen.¹²⁹ Ausnahmen und Beschränkungen der Verwertungsrechte sind daher nur unter folgenden drei Bedingungen zulässig: Sie müssen sich auf bestimmte Sonderfälle beschränken, die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands darf nicht beeinträchtigt werden und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers dürfen nicht ungebührlich verletzt werden.

Die Begrenzung auf bestimmte Sonderfälle soll verhindern, dass Ausschließlichkeitsrechte weitgehend ausgehöhlt werden. Deshalb muss in dem Sonderfall ein Vorrang der Belange der Allgemeinheit gegenüber dem Urheberrechtsschutz vorliegen.¹³⁰ Ferner ist eine klare Definition erforderlich und Auswirkungen müssen begrenzt sein.¹³¹ Genau wie die Schranke der Privatkopie kann die Kulturflatrate ein geeignetes Mittel zur dezentralen, auf die Bedürfnisse

¹²⁷ Bernault/Lebois 2006, 54 f.; v. Lewinski führt den Drei-Stufen-Test ebenfalls durch, weil er auch in Art. 13 TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – auf Deutsch Übereinkommen über den Schutz handelsbezogener Aspekte des geistigen Eigentums) und zwei Verträgen der Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO), nämlich in Art. 10 WCT (WIPO Copyright Treaty – auf Deutsch WIPO-Urheberrechtsvertrag) und Art. 16 Abs. 2 WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty) vorgeschrieben ist.

¹²⁸ V. Lewinski 2004, 10 f.; Bernault/Lebois 2006, 56.

¹²⁹ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, vor §§ 44a UrhG, Rn. 21; Lüft, in: Wandtke/Bullinger 2009, vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 8; Melichar, in: Schricker 2006, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 11a f.

¹³⁰ Runge, GRUR Int 2007, 134.

¹³¹ Bernault/Lebois 2006, 33.

des Einzelnen abgestimmte Informationsverbreitung darstellen.¹³² Die durch die Schrankenregelung begünstigten Adressaten werden durch die ausdrückliche Bezugnahme auf Privatpersonen klar bestimmt und der Umfang des Sonderrechts zudem durch die Formulierung zum privaten Gebrauch stark eingeschränkt.¹³³ Die Beschränkung auf nicht kommerzielle Vervielfältigungsvorgänge zum privaten Gebrauch stellt somit einen bestimmten Sonderfall dar.

Die zweite Stufe soll gewährleisten, dass die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt werden darf. Die normale Verwertung der Nutzungsrechte ist immer dann beeinträchtigt, wenn sie die Urheber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle berauben, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung der betroffenen Werke aufweisen.¹³⁴ Die der gesetzlichen Lizenz unterliegenden Nutzungshandlungen dürfen nicht in den Wettbewerb zu dem Ausschließlichkeitsrecht treten. Dies bedeutet, sie dürfen nicht das Risiko eines „kommerziellen Schmarotzertums“ bergen.¹³⁵ Diese streng ökonomische Betrachtung zieht eine wesentliche Frage nach sich, die nur sehr schwer zu beantworten ist: Führen das Recht zur Herstellung von Privatkopien und die Legalisierung von File-Sharing-Systemen tatsächlich zu einem Rückgang der Verkaufszahlen geschützter Werke?¹³⁶ Dies kann zumindest insofern bezweifelt werden, als die Medienindustrie trotz des bereits bestehenden grundsätzlichen Verbots nicht-lizenzierter Vervielfältigungsvorgänge erhebliche Einnahmerückgänge beklagt. Zudem macht der Anteil kostenpflichtiger Downloads lediglich 25 % des Umsatzes der Musikindustrie bei einem gleichzeitigen Rückgang illegaler Downloads von 900 auf 780 Millionen innerhalb von fünf Jahren aus.¹³⁷ Teilweise wird ein Konflikt mit der normalen Verwertung des Werks durch die Schrankenbestimmung mit der Begründung abgelehnt, dass eine Kontrolle der Downloadvorgänge als Basis für die Einziehung der Vergütung aufgrund des massenhaften Austauschs urheberrechtlich geschützter Werke durch eine nahezu unbegrenzte Anzahl von Personen gerade praktisch nicht möglich ist.¹³⁸ Im Ergebnis kann davon ausgegangen werden, dass durch die Einführung der Kulturflatrate die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird.

Die letzte Stufe des Drei-Stufen-Tests soll sicherstellen, dass die Schrankenregelung nicht zu einer ungebührlichen Verletzung der berechtigten Interessen der Urheber und Rechteinhaber führt. Im Rahmen einer Abwägung muss festgestellt werden können, dass die Interessen der Allgemeinheit gegenüber den beeinträchtigten Interessen schwerer wiegen. Bei der Beurteilung der Fragestellung, ob eine unangemessene Beeinträchtigung der Rechte des Urhebers oder weiterer Rechteinhaber vorliegt, sind insbesondere die Alternativen zu einer Sonderfall-

¹³² *Senfileben*, CR 2003, 916; im Ergebnis ebenfalls das Vorliegen eines Sonderfalls bejahend *Bernault/Lebois* 2006, 56; *Runge*, GRUR Int 2007, 134.

¹³³ *Bernault/Lebois* 2006, 34.

¹³⁴ Entscheidung des WTO Panels vom 15.6.2000, WT/DS160/R, Rn. 6.180.

¹³⁵ *Bernault/Lebois* 2006, 34.

¹³⁶ Eine Beeinträchtigung der normalen Verwertung kann nicht bereits dann angenommen werden, weil ein Markt für das öffentliche Zugänglichmachung von Werken der Musik im Internet besteht, so *Runge*, GRUR Int 2007, 134, sondern es muss auch berücksichtigt werden, welche Einnahmen auf diesem Markt erzielt werden.

¹³⁷ Vgl. *Bernault/Lebois* 2006, 11.

¹³⁸ Vgl. *Bernault/Lebois* 2006, 35.

regelung zu berücksichtigen.¹³⁹ Zuletzt ist zu prüfen, ob die Rechtsbeschränkung durch eine angemessene Vergütung ausgeglichen wird. Hierbei ist nicht nur die Art der Vergütung als Pauschale zu berücksichtigen, sondern insbesondere auch die möglichen alternativen Verfahren zur Kalkulation und Ausschüttung. Diese Interessenabwägung entspricht im Wesentlichen der in Kapitel 3.1 durchgeführten Verhältnismäßigkeitsprüfung, so dass auf die obige Argumentation verwiesen wird. Im Ergebnis liegt damit keine ungebührliche Verletzung der Interessen der Urheber und Rechteinhaber vor.¹⁴⁰

4 Rechtliche Anforderungen

Das zur Einführung der Kulturflatrate zu erlassende nationale Gesetz muss mindestens drei Regelungsaspekte umfassen:

- Schrankenregelung für das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG
- Schrankenregelung für das Recht auf Vervielfältigung gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG
- Regelung der Vergütungspflicht.

4.1 Bestimmtheitsgebot und urheberrechtliche Anforderungen

Beim Erlass dieser urheberrechtlichen Vorschriften müssen allgemeine materiell-rechtliche und urheberrechtliche Anforderungen berücksichtigt werden.¹⁴¹

Zunächst muss jedes Gesetz den in der Verfassung verankerten Bestimmtheitsgrundsatz erfüllen.¹⁴² Daraus folgt das Gebot, gesetzliche Normen in Tatbestand und Rechtsfolge klar zu fassen, was jedoch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und behördliches Ermessen nicht ausschließt.¹⁴³ Die einzuführenden Schrankenregelungen müssen dementsprechend mindestens festlegen, welches Urheberrecht eingeschränkt wird, welche urheberrechtlich geschützten Werke umfasst sind und wer Adressat der Schrankenregelung ist. Gegebenfalls können weitere Tatbestandsmerkmale in den Sachverhalt aufgenommen werden, wie zum Beispiel eine Zweckbegrenzung. Sowohl Art. 5 Abs. 2 lit b InfoRL als auch § 53 UrhG können für die Formulierung dieser Vorschriften als Vorbild herangezogen werden. Die Vorschrift zur Einführung der Vergütungspflicht muss regeln, wer Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner der Vergütungspflicht ist und was die Voraussetzungen für die Anspruchsbegründung sind. Auch hier kann auf die vergleichbare Regelung in § 54 UrhG als

¹³⁹ *Gaubiac/Ginsburg*, Communication – Commerce Electronique (Com. com. électr.) 2000, chron. 1.

¹⁴⁰ Ebenso *Grassmuck*, ZUM 2005, 108; *Bernault/Lebois* 2006, 30 ff., 56 f.; a. A. *Runge*, GRUR Int 2007, 133 ff. m.w.N. In Bezug auf die Rechtslage in Ungarn kommt v. *Lewinski* 2004, 10 f. ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests erfüllt sind.

¹⁴¹ Die formalen Voraussetzungen des Gesetzgebungsverfahrens werden nicht berücksichtigt.

¹⁴² Der Bestimmtheitsgrundsatz wird aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet, *Schultze-Fielitz*, in: Dreier 2006, Art. 20 Rn. 129 ff.

¹⁴³ *BVerfGE* 84, 133, 149; 87, 234, 263.

Vorlage verwiesen werden. Der Gesetzgeber muss auch entscheiden, ob er für die urheberrechtlichen Ansprüche der Kulturflatrate die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit einführen will. Dann müsste eine § 49 Abs. 1 Satz 3 UrhG entsprechende Regelung eingeführt werden.¹⁴⁴ Ob darüber hinaus die Höhe der Vergütungspflicht gesetzlich festgelegt werden soll, bleibt dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen. Bisher ist dies nur im Fall der privaten Vervielfältigung erfolgt.¹⁴⁵ Ansonsten werden die Vergütungshöhen von den individuellen Rechteinhabern oder den Verwertungsgesellschaften ausgehandelt.

Außerdem müssten die urheberrechtlichen Vorschriften zu den technischen Schutzmaßnahmen in den §§ 95a und 95b UrhG im Zuge der Einführung der Kulturflatrate angepasst werden. § 95a UrhG manifestiert einen rechtlichen Schutz für technische Schutzmechanismen, die von den Urhebern und Rechteinhabern bei digitalen Werken eingesetzt werden, um eine unerlaubte Nutzung zu unterbinden oder zumindest zu kontrollieren. Aus dem Verbot der Umgehung dieser technischen Maßnahmen resultieren die Möglichkeiten der strafrechtlichen Sanktionierung und der Geltendmachung von Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen.¹⁴⁶ § 95b UrhG dient dazu, das Interesse der Nutzer an der Durchsetzung der Schrankenbestimmung gegen technische Maßnahmen auszugleichen, die der Rechteinhaber einsetzt, um bestimmte Nutzungshandlungen zu unterbinden. In Bezug auf das Recht zur Privatkopie hat jedoch gemäß § 95b Abs. 3 UrhG die technische Maßnahme Vorrang, soweit es den Onlinebereich betrifft. Würde für die Schrankenregelung für nicht kommerzielle digitale Vervielfältigungen eine entsprechende Regelung eingeführt werden, könnte parallel zur gesetzlichen Lizenz die Nutzung einzelner Werke durch DRM unterbunden werden.¹⁴⁷ Durch den Einsatz von Kopierschutzmechanismen würde daher bei der derzeitigen Rechtslage die Kulturflatrate ausgehebelt werden. Der Nutzer stünde zum einen vor dem Problem, dass die digitale Privatkopie weiterhin verboten wäre und zum anderen, dass der Download teilweise rechtmäßig und teilweise rechtswidrig wäre. Dieses Ergebnis sollte auf jeden Fall verhindert werden.

4.2 Datenschutzrechtliche Anforderungen

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde argumentiert, dass aus der Perspektive der Nutzer die Einführung der Kulturflatrate gegenüber der aktuellen Rechtslage eine datenschutzfreundliche Alternative darstellt, die Vergütungsansprüche der Urheber und Rechteinhaber zu gewährleisten. Dieses Argument muss daher bei der Festlegung der Ausgestaltungsmodalitäten der Kulturflatrate berücksichtigt werden. Die Datenschutzkonformität setzt mindestens die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze voraus, insbesondere der Erforderlichkeit und Zweckbindung sowie der Datenvermeidung und Datensparsamkeit.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Grundsätzlich wäre es möglich, dass die Aufgaben von bestehenden Verwertungsgesellschaften, wie z. der GEMA für Musik, VG Wort für Sprachwerke, VG Bild-Kunst für Fotografie und Film übernommen werden.

¹⁴⁵ Vgl. Anlage zu § 54d UrhG.

¹⁴⁶ Dreier, in: Dreier/Schulze 2008, § 95a UrhG, Rn. 5

¹⁴⁷ Bei DVDs gibt es praktisch keine Werkstücke, die ohne Kopierschutz verkauft werden. Der Kopierschutz heisst Content Scramble System und gilt aufgrund von Design-Fehlern als komplett gebrochen.

¹⁴⁸ S. Jandt 2008, 104 ff.

Bei der Kulturflatrate hängt die Entscheidung, welche Daten für ihre Umsetzung erforderlich sind, maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung der Entgelterhebung, aber auch der Verteilung der Einnahmen an die Anspruchsinhaber ab. Nach einem einfachen Flatratemodell könnte jeder Access-Provider von seinen Nutzern eine Pauschale¹⁴⁹ erheben, mit der alle Downloads urheberrechtlich geschützter Werke aus dem Internet vergütet wären. Diese Variante ist sehr datenschutzfreundlich, weil der Access-Provider ohnehin über die Daten seiner Nutzer verfügt, so dass keine darüber hinausgehenden Datenerhebungen erforderlich wären. Denkbar wären auch je nach Geschwindigkeit des Internetzugangs gestaffelte Pauschaltarife. Diese hätten den Vorteil einer höheren Einzelfallgerechtigkeit. Entscheidend ist letztlich, dass mit der Einführung einer Flatrate der Grundsatz der Datensparsamkeit wirkungsvoll umgesetzt werden kann. Würde hingegen jeder Downloadvorgang je nach Datenumfang einzeln berechnet werden, müssten umfangreiche Datenerhebungen erfolgen, welcher Internet-Nutzer, zu welchem Zeitpunkt, welche Downloadvorgänge vorgenommen hat, um auf dieser Grundlage die Berechnung des Entgelts vornehmen zu können.

Entsprechend der bestehenden Modelle wird davon ausgegangen, dass die Verteilung der Lizenzeinnahmen an die Anspruchsinhaber durch eine Verwertungsgesellschaft erfolgen wird. Auch die Ausschüttung der Gelder kann auf Basis sehr unterschiedlicher Verteilungskriterien erfolgen. Häufig genannt wird die Variante, für die unterschiedlichen Werkkategorien (Musikstück, Musikalbum, Film) Engelsätze festzulegen und zudem zu berücksichtigen, wie oft ein bestimmtes Werk heruntergeladen oder abgespielt worden ist. Die Verwertungsgesellschaften können allerdings auch im Interesse der Kulturvielfalt bestimmte Musik- oder Filmformen gezielt fördern, wie es zum Beispiel die GEMA bei der E-Musik oder Kirchenmusik vornimmt.¹⁵⁰ Vor dem Ziel einer datenschutzkonformen Ausgestaltung sollte gewährleistet sein, dass die für die Verteilung erforderlichen Daten – bei dem vorgeschlagenen Modell zum Beispiel die Anzahl der Downloads eines bestimmten Musikstücks – keinen Bezug zu der Person aufweisen, die den Download vornimmt, da anderenfalls der datenschutzrechtliche Vorteil einer Flatrate unterlaufen werden würde.

Unabhängig von ihrer urheberrechtlichen Funktion haben sich DRM-Systeme aus der Perspektive des Datenschutzrechts in der Vergangenheit häufig als nicht unbedenklich erwiesen, so dass die Änderung der §§ 95a und 95b UrhG auch aus diesem Grund zu raten ist.¹⁵¹ In der Praxis gab es zum Beispiel erhebliche Probleme mit dem Sony-Rootkit. Dieses installierte sich selbsttätig, auch gegen den ausdrücklichen Willen des Nutzers in dessen Computer und ließ sich weder löschen noch verändern.¹⁵² Durch das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sind die Anforderungen an die Zulässigkeit von DRM-Systemen noch höher geworden.¹⁵³ Die Unzulässigkeit derart ag-

¹⁴⁹ Die Höhe der Gebühr müsste ausgehandelt werden. Bei der auf der Isle of Man eingeführten Kulturflatrate beträgt die Gebühr ein britisches Pfund pro Monat für jeden Breitbandanschluss, vgl. *Pfanner*, New York Times v. 26.1.2009; für Deutschland wird von einem Rahmen zwischen einem und zehn Euro ausgegangen vgl. *Grassmuck*, in: Deutschlandradio Kultur v. 21.2.2009, 16:46 Uhr.

¹⁵⁰ S. *GEMA*, Die Verteilung – Prinzipien und Rechtsgrundlagen, abrufbar unter <http://www.gema.de/presse/publikationen/fachaufstze/gema2003/>.

¹⁵¹ S. *Bizer*, in: Roßnagel 2009, 91 ff.; *Ulmer*, in: Roßnagel 2009, 75 ff.

¹⁵² S. hierzu *Hansen*, DuD 2006, 95 ff.; *Trautmann*, law-blog.de v. 3.11.2005.

¹⁵³ *Roßnagel/Schnabel*, NJW 2008, 3536; allgemein zum neuen Grundrecht *BVerfG*, NJW 2008, 822 ff.; *Horning*, CR 2008, 299 ff.

gressiver DRM-Systeme ist jetzt unbestreitbar. Ferner ist DRM-geschützte Musik von den Kunden nie wirklich angenommen worden.¹⁵⁴ Die Betreiber der größten legalen Downloadportale für Musik haben erklärt, in Zukunft auf DRM verzichten zu wollen.¹⁵⁵ Bei Filmen wird DRM jedoch weiterhin eingesetzt.

5 Der Blick in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union

Die widerstreitenden Interessen der Beteiligten spiegeln ein globales Phänomen wider. Diese in Einklang zu bringen, ist bereits zum Ziel verschiedener Bestrebungen – sowohl auf staatlicher, als auch auf privat- oder verbandsautonomer Ebene – in anderen Staaten geworden. An dieser Stelle richtet sich der Blick auf den erreichten Diskussions- und Entwicklungsstand dreier beispielhaft ausgewählter Mitgliedstaaten der EU: Polen, Schweden und das Vereinigte Königreich.

5.1 Polen

Dr. Krzysztof Wojciechowski¹⁵⁶

In Polen¹⁵⁷ existieren legale Downloadangebote hierzu autorisierter Anbieter für diverse Inhalte, wie zum Beispiel Musik, Filme, Bücher, Spiele, Software und Bilder. Bei kostenpflichtigen Angeboten berechnet sich die Vergütung üblicherweise pro Stück. Daneben bestehen jedoch auch Abonnement- und VoD-Angebote. Kostenlose legale Downloads sind in der Regel werbefinanziert. Die Verwertungsrechte werden dabei durch Individualvereinbarungen mit den jeweiligen Rechteinhabern oder von den Verwertungsgesellschaften übertragen.

5.1.1 Urheberrecht

5.1.1.1 Rechtlicher Hintergrund

Das polnische Gesetz zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten (im folgenden: polnisches UrhG) vom 4. Februar 1994¹⁵⁸ in der geänderten Fassung von 2002¹⁵⁹ gewährt Urhebern, aufführenden Künstlern, Herstellern von Ton- und Videoträgern sowie Rundfunk-

¹⁵⁴ Die Fachzeitung *Computerwoche* befand Anfang 2009, dass DRM der fünftgrößte Flop in der IT-Geschichte sei, vgl. *Hülsbömer*, *Computerwoche* v. 9.2.2009.

¹⁵⁵ „Ist DRM am Ende?“, *heise online* v. 8.1.2009, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/121379>.

¹⁵⁶ Department of Law of Intellectual Property and Immaterial Goods, Institute of Civil Law, University of Warsaw

¹⁵⁷ Der Originaltext wurde in englischer Sprache verfasst; die Übersetzung erfolgte durch die Mitarbeiterin des EMR, Anne Yliniva-Hoffmann.

¹⁵⁸ Die konsolidierte Fassung einschließlich der Änderungen ist abgedruckt im: *Amtsblatt – Dziennik Ustaw* (Dz.U.) 2006.90.631. Eine englische Übersetzung ist abrufbar auf der Webseite des Polnischen Ministeriums für Kultur und Nationales Erbe unter: http://www.mkidn.gov.pl/cps/rde/xbcr/mkid/act_on_copyright.pdf

¹⁵⁹ Das Gesetz vom 28.10.2002, das das polnische UrhG änderte, Dz.U. 2002. 97.1662, trat am 01.01.2003 in Kraft (bestimmte vorliegend nicht relevante Bestimmungen traten erst am 01.05.2004 in Kraft).

sendern das Recht, Werke (oder sonstige geschützte Inhalte) öffentlich in beliebiger Art und Weise zugänglich zu machen.¹⁶⁰

Die wirtschaftlichen Rechte der Urheber basieren auf eigentumsähnlichen Strukturen und erfassen alle Formen der Verwertung. Der Umfang der verwandten Leistungsschutzrechte ist dagegen auf die im Gesetz aufgezählten Verwertungsformen beschränkt. Polen hat im Jahr 2004 den WCT (WIPO Copyright Treaty) und den WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty) ratifiziert.

In Art. 23¹⁶¹ gestattet das polnische UrhG die private Nutzung kostenlos verbreiteter Werke zu persönlichen Zwecken auch ohne die Genehmigung des Urhebers. Der Umfang dieser persönlichen Nutzung beschränkt sich auf „einzelne Kopien von Werken“¹⁶² sowie auf „einen Personenkreis, der sich durch besondere persönliche Zusammengehörigkeit, insbesondere Verwandtschaft, persönliche Verbundenheit oder sonstige soziale Beziehungen“¹⁶³ auszeichnet. Voraussetzung hierfür ist zudem, dass die zulässige persönliche Nutzung nicht im Widerspruch zur üblichen Nutzung des Werks steht und die berechtigten Interessen des Urhebers nicht beeinträchtigt (Art. 35). Computerprogramme (Art. 77) und elektronische Datenbanken (solche, die ein Werk darstellen)¹⁶⁴ sind vom zulässigen persönlichen Gebrauch ausgenommen, soweit es sich nicht um die Nutzung elektronischer Datenbanken für den „eigenen wissenschaftlichen Gebrauch ohne die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen“ handelt.

In Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft wurde in Art. 23 des polnischen UrhG eine Ausnahme bezüglich unselbständiger Kopien aufgenommen. Das Gesetz über die Regelung elektronischer Dienstleistungen vom 18. Juli 2002¹⁶⁵, das die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("e-commerce Richtlinie") umsetzt, enthält Bestimmungen zur Verantwortungsfreistellung vermittelnder Diensteanbieter in den Fällen reiner Durchleitung (Art. 12), der Aufnahme in den Zwischenspeicher (Caching) (Art. 13) und des Hostings (Art. 14). Darüber hinaus stellt es sicher, dass den Diensteanbieter keine Überwachungspflicht bezüglich der übermittelten oder gespeicherten Informationen trifft (Art. 15).

¹⁶⁰ Artikel 50 Abs. 3, 86 Abs. 1 Nr. 2 lit. c), 94 Abs. 4 Nr. 4, 97 Abs. 7 des polnischen UrhG.

¹⁶¹ Diese Vorschrift ist auf die Leistungsschutzrechte betreffenden Sachverhalte entsprechend anwendbar.

¹⁶² Das Merkmal "einzelner Kopien" wurde durch das Gesetz vom 01.04.2004, Dz.U. 2004.91.869 hinzugefügt. Nach h. M. verbietet es die Herstellung übermäßig vieler Kopien (*Barta/Markiewicz* 2008, 118; *Preussner-Zamorska*, in: *Barta* 2007, 423; *Traple*, in: *Barta/Czajkowska-Dąbrowska/Ćwiąkowski/Markiewicz/Traple* 2005, 309).

¹⁶³ Dieser Personenkreis besonderer Zusammengehörigkeit umfasst familiäre und soziale Beziehungen; die betroffenen Personen sollten einander kennen und der Kontakt für eine gewisse Zeit gehalten werden (*Traple*, in: *Barta/Czajkowska-Dąbrowska/Ćwiąkowski/Markiewicz/Traple* 2005, 309). Zufällige oder anonyme Verbindungen sind ausgeschlossen, auch wenn bestimmte entfernte persönliche Kontakte zu sozialen Beziehungen im Sinne des Art. 23 des polnischen UrhG führen können.

¹⁶⁴ Artikel 17¹ des polnischen UrhG gestattet die Erstellung eines abgeleiteten Werks oder die Vervielfältigung einer Datenbank zum Zwecke der Herstellung eines Werks durch einen rechtmäßigen Nutzer, sofern dies für den Zugriff auf die Inhalte der Datenbank und deren übliche Nutzung erforderlich ist.

¹⁶⁵ Dz.U. 2002.144.1204 einschließlich der Änderungen.

Die Nutzung von Werken im Internet betrifft unterschiedliche rechtliche Aspekte, abhängig von der Art der Nutzung. Betroffen sein können das Aufzeichnungs- und Wiedergaberecht, das Senderecht, das Recht der Weiterverbreitung (bei linearer Übertragung oder Weiterverbreitung im Internet) oder das Recht, das Werk zeitlich und örtlich beliebig zugänglich zu machen.

Beschränkungen und Ausnahmen zu diesen Rechten (im polnischen UrhG bezeichnet als „zulässige Nutzung“) erfolgen durch die zulässige persönliche Nutzung (siehe oben), nur vorübergehend erstellte Kopien und bestimmte Formen „zulässigen öffentlichen Gebrauchs“, insbesondere die Nutzung bestimmter Materialien durch die Medien zu informativen Zwecken (aktuelle Berichte, Artikel, Fotos, Übersichten zu Veröffentlichungen, öffentliche Reden, Kurzzusammenfassungen) und die Nutzung von Werken, die im Zusammenhang mit aktuellen Ereignissen zugänglich gemacht worden sind, im Rahmen von Berichten über diese Ereignisse.

Daneben existieren auch Beschränkungen bezüglich der Ausübung von Rechten. Gemäß Art. 21 des polnischen UrhG dürfen kurze musikalische Werke, lyrische Werke sowie kombiniert musikalisch-lyrische Werke und – bei entsprechender Anwendung – künstlerische Darbietungen und Tonaufzeichnungen¹⁶⁶ auf Grundlage vertraglicher Vereinbarungen mit der Verwertungsgesellschaft exklusiv ausgestrahlt werden. Dies jedoch nur, sofern nicht ein Sender die Ausstrahlungsrechte über Auftragswerke auf der Grundlage eigenständiger Vereinbarungen erwirbt; Urheber und darstellende Künstler können vertraglich die Vermittlungsdienste der Verwertungsgesellschaft abbedingen. Diese Regelung ist, soweit Werke und künstlerische Darstellungen (nicht jedoch Tonaufzeichnungen) betroffen sind, auf das Recht zum beliebigen Zugänglichmachen entsprechend anwendbar. Das Gesetz enthält keine spezielle Beschränkung und/oder Ausnahmeregelung, die den Austausch geschützten Materials (Down- oder Uploads), der über die zulässige persönliche Nutzung nach Art. 23 des polnischen UrhG hinaus geht, gestatten würde.

5.1.1.2 Verfolgter Lösungsansatz zur Bekämpfung des illegalen Filesharings

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass nach der herrschenden Meinung in der Lehre bestimmte Downloads geschützter Inhalte als legal zu erachten sind, sofern diese sämtliche Voraussetzungen der zulässigen persönlichen Nutzung erfüllen. Dies umfasst im Einzelnen, dass das betreffende Werk mit Zustimmung seines Urhebers öffentlich zugänglich gemacht (verbreitet) wurde, die Nutzung persönlicher (nichtwirtschaftlicher) Art ist, nur eine begrenzte Anzahl von Kopien angefertigt („Einzelkopie“) wird, die Nutzung innerhalb eines aufgrund persönlicher Beziehungen (familiär oder sozial) verbundenen Personenkreises bleibt, sie nicht im Widerspruch zur gewöhnlichen Nutzung des Werks steht und nicht die berechtigten Interessen des Urhebers beschränkt. Allerdings werden jedoch Uploads im Allgemeinen als illegal erachtet.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Artikel 92 und 95¹ Abs. 1 des polnischen UrhG.

¹⁶⁷ Barta/Markiewicz 2007, 147; Chwalba, ZNUJ PPWI, 2 (102) 2008, 50; Waglowski 2005, 144. A. A., wonach der Download von Werken von einer Plattform, auf der sie illegal zugänglich gemacht wurden, der üblichen Verwertung des Werks zuwider läuft und folglich nicht unter die zulässige persönliche Nutzung fällt: Świerczyński, in: Podrecki 2004, 358.

5.1.1.2.1 Die „Erlaubnis-Seite“

Derzeit gibt es keine offiziellen Pläne zur Lösung des Problems des Filesharings von geschütztem Material. Das Ministerium für Kultur und nationales Erbe plant jedoch eine Überprüfung des Urheberrechts. Diese basiert auf breit angelegten Konsultationen und es könnten diverse Lösungsansätze in Bezug auf die zulässige Nutzung zur Diskussion kommen. In der Lehre wird auch die Einführung eines pauschal von den Internet-Nutzern zu entrichtenden Betrags zur Lizenzabgeltung vorgeschlagen,¹⁶⁸ jedoch nicht ohne Gegenstimmen.¹⁶⁹ Die Verwertungsgesellschaft der darstellenden Künstler und Musiker (SAWP) machte im Jahr 2006 den Vorschlag, eine freiwillige „Kompensations-Abgabe“ einzuführen, die das Filesharing geschützter Inhalte im Internet zugunsten des Bezahlenden „legalisieren“ würde. Jene, die sich gegen die Zahlung dieser Abgabe entschieden, würden im Falle nachgewiesenen illegalen Filesharings als „Piraten“ behandelt.¹⁷⁰

Nach einer in der Lehre vertretenen Meinung sollte ein solches System alle verbreiteten Werke umfassen, die durch Leistungsschutzrechte geschützt werden.¹⁷¹ Der Vorschlag der SAWP bezog sich auf Musik, Filme und sonstige kulturelle Güter.

In den bestehenden Gesetzen finden sich einzelne Elemente solcher Konzepte in einigen Vorschriften des Urheberrechts, so etwa in Form der Abgaben auf Trägermedien (zum Beispiel Festplatten, memory cards, MP3-Spieler) und Geräten zur Vervielfältigung von Werken und anderem geschützten Material.¹⁷² Diese Abgaben werden von den Verwertungsgesellschaften erhoben und auf die Urheber, die darstellenden Künstler, die Hersteller von Ton- und Videoaufzeichnungen sowie (bei Abgaben auf Kopiergeräte und -trägermedien) die Herausgeber verteilt. Das Gesetz bestimmt zwar nicht ausdrücklich, welche (Kopier-)Inhalte hiervon erfasst werden, jedoch sollen die Abgaben diejenigen Einnahmeverluste ausgleichen, die im Rahmen der zulässigen persönlichen Nutzung entstehen. Folglich umfassen sie alle geschützten Inhalte, mit Ausnahme derer, die von einer solchen Nutzung ausgenommen sind (Software, elektronische Datenbanken). Daneben werden Abgaben auf Vervielfältigungsdienste erhoben.¹⁷³

Das polnische Urhebergesetz sieht darüber hinaus Abgaben vor für vergütungspflichtig öffentlich zugänglich gemachte Ausgaben literarischer, musikalischer, künstlerischer, fotografischer

¹⁶⁸ Barta/Markiewicz, Rzeczpospolita 14.12.2006. Die Verfasser verwenden dabei nicht den Begriff der „content-flatrate“. Ihr Vorschlag, der von einer verbindlichen Meinung weit entfernt ist, wird als mögliche Option für weitere Überlegungen betrachtet; Verfasser anderer Publikationen vertreten abweichende Meinungen. Der Vorschlag wird unterstützt von Piesiewicz 2009, 155.

¹⁶⁹ Chwalba, ZNUJ PPWI, 2 (102) 2008, 50.

¹⁷⁰ Vgl. das von K. Godlewski geführte Interview mit J. Skubikowski vom SAWP: *Abonament na sciaganie z internetu*, Gazeta Wyborcza 05.01.2006, <http://serwis.gazeta.pl/kultura/1,34169,3097009.html>. Das Vorhaben wurde als vorläufiger Vorschlag präsentiert.

¹⁷¹ Barta/Markiewicz, Rzeczpospolita 14.12.2006.

¹⁷² Artikel 20 des polnischen UrhG; Bestimmungen des Ministeriums für Kultur vom 02.06.2003 über die Kategorien von Geräten und Trägermedien, die für die Vervielfältigung von Werken genutzt werden, und die Abgaben auf diese Geräte und Trägermedien, die von den Herstellern und Importeuren entrichtet werden, Dz.U. 2003.105.991.

¹⁷³ Artikel 20¹ des polnischen UrhG.

scher und kartografischer Werke, die nicht urheberrechtlich geschützt sind. Diese Abgaben sind an den Fond zur Förderung kreativer Tätigkeiten zu entrichten.¹⁷⁴ Die Erhebung dieser Abgaben begegnet jedoch praktischen Schwierigkeiten.

Des Weiteren normiert das Gesetz zur Kinematografie spezielle Zahlungsverpflichtungen für Kinos, Filmverleiher, Rundfunksender, Betreiber digitaler Fernsehplattformen sowie Kabelbetreiber zu Gunsten des Polnischen Filminstituts zum Zwecke der Förderung der Produktion von Kinofilmen.¹⁷⁵ Diese Zahlungen knüpfen nicht an die Nutzung von Inhalten oder den Verlust von Einnahmen zu Lasten der Rechteinhaber an (wie zum Beispiel den Down- oder Upload), sondern werden als eine Form der öffentlichen Förderung der Kinofilmproduktion betrachtet.

Die bisher im Sinne einer Kulturflatrate gemachten Vorschläge sind sehr allgemein gehalten und bedienen sich recht weit gefasster Begriffe wie „Nutzung im Internet“, „Tauschen im Internet“. Daher liegt es nahe, hierunter sowohl Downloads, als auch Uploads – jeweils nicht-wirtschaftlicher Art – zu verstehen.

5.1.1.2.2. Die „Vergütungsseite“

Da in Polen eine Kulturflatrate im eigentlichen Sinne bislang nicht existiert, beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen auf das bestehende System der Abgaben auf Geräte und Trägermedien.

- Form der Einziehung oder Erhebung von Vergütungen oder Entschädigungen

Die Befürworter einer Kulturflatrate empfehlen bei Privatkopien die Einziehung etwaiger Entschädigungszahlungen durch die Verwertungsgesellschaften.

Die bestehende Entschädigung für die zulässige persönliche Nutzung, einschließlich der die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllenden Downloads, basiert auf dem System der Abgaben auf Geräte und Trägermedien, die zur Vervielfältigung geschützten Materials genutzt werden können. Die Abgaben werden von den durch das Kulturministerium hierfür gesetzlich bestimmten Verwertungsgesellschaften erhoben.

Die Abgaben für Privatkopien knüpfen an die Herstellung oder die Einfuhr von „Tonbandgeräten, Videorecordern und ähnlichen Geräten, Fotokopierern, Scannern, anderen Vervielfältigungsgeräten und Rohlingen, die im Rahmen der persönlichen Nutzung zur Aufzeichnung von Werken oder sonstigen geschützten Inhalten verwendet werden“ an.¹⁷⁶ Eine genaue Liste über die erfassten Produkte hat das Kulturministerium erlassen.

Zur Zahlung verpflichtet sind die Hersteller und Importeure der auf der Liste aufgeführten Gerätschaften und Trägermedien. Im Rahmen der von der SAWP vorgeschlagenen Kulturflatrate würden die entsprechenden freiwilligen Abgaben von den Internet-Nutzern an die

¹⁷⁴ Artikel 40 des polnischen UrhG.

¹⁷⁵ Artikel 19 des Gesetzes vom 30.06.2005 über die Kinematografie, Dz.U. 2005.132.1111.

¹⁷⁶ Artikel 20 Abs. 1 des polnischen UrhG.

Internetdiensteanbieter gezahlt, welche diese wiederum an die Verwertungsgesellschaften weiterleiten würden.

Das aktuelle Urheberrecht bestimmt lediglich die Höchstgrenze der für die Privatkopie zu erhebenden Abgaben: 3 % des Betrags, der durch den Verkauf der in der Liste benannten Gerätschaften und Träger erwirtschaftet wird. Die exakte Höhe für das jeweilige Produkt ergibt sich aus dem Erlass des Kulturministeriums und richtet sich nach der Eignung des Geräts oder Trägermediums zur Vervielfältigung von Werken sowie der jeweiligen Eignung für sonstige Zwecke. Die Beträge variieren zwischen 1 % (zum Beispiel für Festplatten) und 3 % (zum Beispiel für MP3-Spieler). Die freiwillige Abgabe im Rahmen des SAWP-Vorschlags läge bei etwa einem Euro.

Das Konzept der Abgaben für Privatkopien beruht auf dem Gedanken, dass Rechteinhaber eine Entschädigung erhalten sollen für die Einnahmeverluste, die ihnen durch die zulässige private Nutzung entstehen. Allerdings haben die einzelnen Rechteinhaber keinen Anspruch auf die Abgaben, die von den hierzu bestimmten Verwertungsgesellschaften eingezogen und verteilt werden. Die Abgaben werden als zivilrechtlich normierte Verpflichtung sui generis charakterisiert.¹⁷⁷ Das Gesetz legt dabei den Anteil der jeweiligen Kategorie der Rechteinhaber (Urheber, darstellende Künstler, Tonträger- und Filmproduzenten, Herausgeber) separat für Abgaben auf Audio-, Video- und Vervielfältigungsgerätschaften sowie Trägerrohlinge fest. Die SAWP befürwortete die Übernahme einer vergleichbaren Methode für eine künftige Kulturfltrate.

- Verteilung der eingenommenen Mittel

In dem bestehenden System sind die Verwertungsgesellschaften, die das Kulturministerium hierzu bestimmt hat, verantwortlich für die Einziehung und Verteilung der Abgaben auf Privatkopien. Zuständig sind im Einzelnen die ZaiKS und die SFP für die Urheber und Autoren, die SAWP für die darstellenden Künstler und die ZPAV für die Tonträger- und Videoproduzenten.

Das polnische Urhebergesetz bestimmt die Begünstigten der Abgaben auf Privatkopien wie folgt: Die Abgaben auf Audio-Vervielfältigungsgerätschaften und -Trägermedien verteilen sich zu 50 % auf die Urheber, zu 25 % auf die darstellenden Künstler und zu 25 % auf die Hersteller von Tonaufzeichnungen. Die Abgaben für Video-Vervielfältigungsgerätschaften und -Trägermedien verteilen sich zu 35 % auf die Urheber, zu 25 % auf die darstellenden Künstler und zu 35 % auf die Film- und Videoproduzenten. Die Abgaben auf Vervielfältigungsmittel und -träger werden gleichermaßen zwischen den Urhebern und Herausgebern aufgeteilt. Detaillierte Kriterien zur Verteilung werden von den Verwertungsgesellschaften und anderen Repräsentanten von Rechteinhabern ausgearbeitet.

- Die Sicherstellung der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Das bestehende Abgabensystem wird als Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG für einen „gerechten Ausgleich für die Rechteinhaber“ im Sinne des Art. 5 Absatz 2 lit. a) und b) betrachtet und seine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht nicht in Frage gestellt.

¹⁷⁷ *Traple*, in: Barta/Czajkowska-Dąbrowska/Ćwiąkański/Markiewicz/Traple 2005, 277.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher, soweit sie die Kulturflatrate betreffen, auf die unterbreiteten Vorschläge *de lege ferenda*.

- Vertretene Lösungsansätze

In der Lehre wird diskutiert, ob das bestehende System der Abgaben und der zulässigen persönlichen Nutzung den Anforderungen des massenhaften Filesharings, insbesondere von Musik und Filmen über P2P-Plattformen, gewachsen ist. Einige Autoren sehen die Notwendigkeit, „neue Paradigma für die Nutzung von Werken im Internet“ zu etablieren. Sie schlagen hierfür ein System vor, das auf „weltweit gültigen, bezahlten, normierten und pauschalierten Lizenzen für die Nutzung aller verbreiteten Werke sowie sonstigen leistungsgesetzlich geschützten Materialien im Internet zu nichtwirtschaftlichen Zwecken“ beruht.¹⁷⁸ Die Idee der Kulturflatrate wird jedoch auch kritisiert, da sie die massenhafte Verletzung von Urheberrechten legalisiere.¹⁷⁹ Alternativ wird vorgeschlagen, die Grenzen der zulässigen persönlichen Nutzung enger zu fassen, insbesondere durch das ergänzende Erfordernis der berechtigten Überzeugung des Nutzers, dass das verwertete Werk zulässigerweise verbreitet worden ist.¹⁸⁰ Eine weitere Variante sieht die gesetzliche Erweiterung der Haftung für Urheberrechtsverletzungen dahingehend vor, dass auch das mitverschuldende Verhalten derjenigen erfasst wird, die sich dem Einsatz verbreiteter Filtersoftware zur Verhinderung illegaler P2P-Aktivitäten verweigern.¹⁸¹ Auch die schlichte Anhebung der Abgaben für Privatkopien wird erwogen.

- Ausgleich zu den legalen Angeboten

Wie bereits dargestellt, generiert das bestehende System der Abgaben für Privatkopien eine Entschädigung für die zulässige persönliche Nutzung (die unter Umständen auch Downloads erfasst), nicht jedoch für das Filesharing im Allgemeinen (einschließlich des Uploads), welches außerhalb der Grenzen der persönlichen Nutzung als unzulässig erachtet wird. Dieses Entschädigungssystem wirkt indirekt. Die Abgaben werden von den Herstellern und Importeuren von Kopiergeräten und Trägermedien an die zuständigen Verwertungsgesellschaften entrichtet. Letztere verteilen die Abgaben entsprechend den zu Privatkopien erhobenen Statistiken.

- Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests

Die Frage, ob eine Kulturflatrate den Drei-Stufen-Test passieren würde, ist eine der ganz zentralen. Diese knüpft eher an die Rechtsfolgen eines solchen Systems an, als an die Vergütung als solche. Gegner einer Kulturflatrate weisen unter anderem darauf hin, dass diese der üblichen Verwertung von Werken zuwiderlaufe (einschließlich der Nutzung durch Anbieter legaler Dienste). Auf der anderen Seite betonen die Befürworter, dass es unmöglich sei, das Tauschen geschützten Materials im Internet zu unterbinden. Lehrmeinungen, die die Kulturflatrate befürworten, räumen ein, dass die Notwendigkeit eines „Paradigmenwechsels“ besteht und dass „Pflichtlizenzen“ Änderungen des internationalen und des Gemeinschafts-

¹⁷⁸ Barta/Markiewicz, *Rzeczpospolita* 14.12.2006; Piesiewicz 2009, 155.

¹⁷⁹ Chwalba, *ZNUJ PPWI*, 2 (102) 2008, 50.

¹⁸⁰ Chwalba, *ZNUJ PPWI*, 2 (102) 2008, 51; Barta/Markiewicz 2007, 148.

¹⁸¹ Barta/Markiewicz 2007, 148.

rechts voraussetzen würden; folglich empfehlen sie Lizenzen der Verwertungsgesellschaften.¹⁸²

Die Vereinbarkeit der Kulturflatrate mit den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests hängt jedoch von der konkret gewählten Lösung ab, so dass es verfrüht wäre, von vornherein die Möglichkeit der Errichtung eines konformen Systems auszuschließen.

- Problematik des Art. 5 der Richtlinie 2001/21/EG

Die Konstruktion der zulässigen persönlichen Nutzung ist im polnischen Urheberrecht nicht auf die Vervielfältigung beschränkt, sondern bezieht sich auf jegliche „Nutzung“, was zum Beispiel auch private Aufführungen, das Ausleihen einer erstellten Kopie sowie die Versendung per Email erfassen kann. Dies entspricht der vermögensrechtlichen Konstruktion der wirtschaftlichen Rechte des Urhebers, die ebenfalls alle Formen der Verwertung umfasst. Etwaige Schwierigkeiten, die sich im Hinblick auf die unterschiedliche Gestaltung der Ausnahmetatbestände des Art. 5 der Richtlinie 2001/21/EG ergeben könnten, wurden bisher noch nicht diskutiert.

5.1.2 Datenschutzrecht

5.1.2.1 Rechtlicher Hintergrund

Die Verfassung Polens von 1997 garantiert den rechtlichen Schutz des Privatlebens (Art. 47) und das informationelle Selbstbestimmungsrecht von Personen, einschließlich der Vorschrift, dass niemand verpflichtet ist, Informationen über seine Person preiszugeben, außer auf der Grundlage eines Gesetzes (Art. 51). Das Datenschutzrecht wird geregelt durch das Gesetz über den Schutz persönlicher Daten vom 19. August 1997,¹⁸³ welches die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr umsetzt. Art. 23 dieses Gesetzes beinhaltet die enumerative Aufzählung der Umstände, unter welchen die Verarbeitung persönlicher Daten gestattet ist, insbesondere:

- sofern die betreffende Person hiermit einverstanden ist,
- wenn dies zum Zwecke der Ausübung von gesetzlich verankerten Rechten und Pflichten erforderlich ist,
- wenn dies zur Wahrnehmung gesetzlich bestimmter Aufgaben von allgemeinem öffentlichen Interesse erforderlich ist,
- wenn dies zur Verfolgung berechtigter Interessen durch den Datenverwalter oder den Datenempfänger, vorausgesetzt, dass diese Verarbeitung die Rechte und Freiheiten des Dateninhabers nicht verletzt; insbesondere die Geltendmachung von Ansprüchen, die aus wirtschaftlich relevantem Verhalten resultieren, ist als ein solches berechtigtes Interesse anerkannt.

¹⁸² Barta/Markiewicz, Rzeczpospolita 14.12.2006.

¹⁸³ Konsolidierte Fassung einschließlich der Änderungen ist abgedruckt in: Dz.U. 2002.101.926.

5.1.2.2 Erhebung und Speicherung von Daten über die tatsächliche Nutzung

Die Verteilung der Abgaben, die auf private Kopien erhoben werden, erfolgt in der Praxis unter Einbeziehung statistischer Erhebungen (Befragungen). Die hierbei gewonnenen Daten werden anonymisiert und stehen den zuständigen Verwertungsgesellschaften zur Verfügung.

5.2 Schweden

Jur. Kand. Erik Ullberg¹⁸⁴

In Schweden¹⁸⁵ existieren legale Downloaddienste, sowohl für Musik, als auch für Filme (zum Beispiel CDON,¹⁸⁶ film2home und SF Anytime)¹⁸⁷ und einige Dienste bieten auch Spiele zum Download an.¹⁸⁸

Im Allgemeinen finanzieren sich die Dienste über vom Kunden zu zahlende Entgelte pro herunter geladenes Werk (Musikstück, Film, etc.). Manche für den Kunden kostenlose Musikangebote basieren auf einer Finanzierung über Werbung (so etwa Lastfm.com).

Die Eigentümer oder Anbieter solcher Onlinedienste benötigen eine entsprechende Lizenzierung durch den Inhaber des Urheberrechts. Dauerhafte Downloadangebote und/oder Streamingangebote auf Abruf bedürfen der Erteilung des Rechts zur Herstellung (digitaler) Kopien sowie des Rechts zum Angebot des Werks auf Abruf durch den Rechteinhaber.

Die Erteilung der Lizenzen für die öffentliche Aufführung, Zugänglichmachung sowie das Senderecht von Musikstücken obliegt grundsätzlich der schwedischen Verwertungsgesellschaft STIM (Swedish Performing Rights Society)¹⁸⁹ und dem Nordisk Copyright Bureau¹⁹⁰.

Gleiches gilt im Bereich der Filmangebote. Auch hier bedarf der Anbieter entsprechender Onlinedienste (Streaming oder auf Abruf) der Ermächtigung durch den Inhaber des Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte.¹⁹¹ Üblicherweise schließt er zu diesem Zweck vertragliche Vereinbarungen mit dem Filmverleiher, der seinerseits durch den Produzenten ermächtigt werden muss, das Werk über verschiedene Medien zu verwerten, unter anderem über Internetangebote. Der Produzent wiederum schließt entsprechende Verträge mit den Urhebern und darstellenden Künstlern, die zur Produktion des Films beigetragen haben.

¹⁸⁴ Wistrand Advokatbyrå, Göteborg, Sweden.

¹⁸⁵ Der Originaltext wurde in englischer Sprache verfasst; die Übersetzung erfolgte durch die Mitarbeiterin des EMR, Anne Yliniva-Hoffmann.

¹⁸⁶ Regierungsbericht Ds 2007:29, 121.

¹⁸⁷ Regierungsbericht Ds 2007:29, 132.

¹⁸⁸ Abrufbar unter <http://www.medianow.se/information/about/en>.

¹⁸⁹ Regierungsbericht Ds 2007:29, 105 f.; und <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4.nsf>.

¹⁹⁰ Abrufbar unter <http://www.ncb.dk/english/index.html>.

¹⁹¹ Regierungsbericht Ds 2007:29, 106 und 135 f.

5.2.1 Urheberrecht

5.2.1.1 Rechtlicher Hintergrund

Das schwedische Urheberrecht erfasst literarische und künstlerische Werke des Schöpfers dieser Werke und ist im „Gesetz über das Urheberrecht für literarische und künstlerische Werke“ (SFS 1960:729; im Folgenden: „CA“) geregelt.¹⁹² Die Gesetzgebung basiert auf dem Grundsatz, dass den Urhebern die wirtschaftlichen und moralischen Rechte bezüglich der Verwertung ihrer Werke ausschließlich zustehen sollen. Ausnahmen hiervon sollen zur Befriedigung religiöser, kultureller und sozialer Bedürfnisse möglich sein.

Artikel 2 CA bestimmt folgendes:

„Unbeschadet der in diesem Gesetz nachfolgend vorgesehenen Beschränkungen umfasst das Urheberrecht das ausschließliche Recht, das Werk zu verwerten; es erfasst dabei das Recht der Vervielfältigung sowie das Recht, das Werk öffentlich wiederzugeben, sei es in seiner ursprünglichen oder in einer veränderten Form, umgestaltet oder angepasst, in einer anderen literarischen oder künstlerischen Art und Weise oder auf anderem technischen Wege.“

Das Werk wird öffentlich wiedergegeben in diesem Sinne, wenn

- es der Öffentlichkeit weitergegeben wird (zum Beispiel mittels eines P2P-Netzwerks);
- es öffentlich auf- oder vorgeführt wird;
- Kopien des Werks öffentlich ausgestellt werden oder
- Kopien des Werks der Öffentlichkeit zum Kauf, zur Miete, zur Leihe oder zu sonstigen Zwecken angeboten werden.

In diesem Zusammenhang relevante Bestimmungen enthalten auch die Artikel 46 und 48 CA. Artikel 46 CA regelt die Rechte des Produzenten bezüglich Tonaufzeichnungen und Filmaufnahmen und Artikel 48 CA die Rechte von Radio- und Fernsehgesellschaften bezüglich ihrer Aufzeichnungen; beide stellen verwandte Schutzrechte dar. Die Inhaber dieser Rechte sind ausschließlich berechtigt, die geschützten Aufzeichnungen zu vervielfältigen und sie öffentlich wiederzugeben.

An dieser Stelle sollten einige weitere relevante Regelungen erwähnt werden:

- Das Recht, Kopien für die private Nutzung herzustellen gemäß Artikel 12 CA, der besagt, dass es Privatpersonen gestattet ist, eine begrenzte Zahl von Kopien zu privaten Zwecken herzustellen, sofern die Kopie mit der Zustimmung des Rechteinhabers öffentlich gemacht wurde. Ausgenommen hiervon sind Vervielfältigungen von Computerprogrammen. Darüber hinaus ist es ebenfalls nicht gestattet, die Vervielfältigung musikalischer oder cinematografischer Werke durch einen anderen herstellen zu lassen.

¹⁹² „*Copyright in Literary and Artistic Works*“; das schwedische Urheberrecht ist der Richtlinie 2001/29/EG sowie weiteren einschlägigen internationalen Übereinkommen (z.B. dem Rom-Übereinkommen) angeglichen worden; das CA kann durch Individualvereinbarung abbedungen werden.

- Das Zitierrecht gemäß Artikel 22 CA, der bestimmt, dass jedermann, im Rahmen ordnungsgemäßen Gebrauchs und im für die verfolgten Zwecke erforderlichen Maße, veröffentlichte Werke zum Zwecke des Zitats benutzen darf.¹⁹³
- Das Recht über aktuelle Ereignisse zu berichten, welches Artikel 25 CA normiert. Die Vorschrift besagt, dass Werke, die im Verlauf eines Ereignisses wahrnehmbar werden, im Zusammenhang mit der Berichterstattung über dieses Ereignis mittels Radio, Fernsehen, Direktübertragung oder Film genutzt werden dürfen. Diese Nutzung darf nicht über den durch ihren Zweck gebotenen Umfang hinausgehen.¹⁹⁴

Auch wenn der schwedische Gesetzgeber bisher davon abgesehen hat, eine spezielle Bezugnahme auf den in der Richtlinie 2001/29/EG vorgesehenen Drei-Stufen-Test einzuführen, wird dieser als dem schwedischen Urheberrecht im CA innewohnend angesehen.¹⁹⁵ Aus Sicht des Gesetzgebers sind die Bestimmungen zum Drei-Stufen-Test zu allgemein gefasst, um als „Gesetzestext“ angewendet werden zu können. Dies insbesondere aus dem Grund, dass Beschränkungen des Urheberrechts klar begrenzt und inhaltlich eindeutig sein sollten.¹⁹⁶ Aufgrund der EU-Mitgliedschaft Schwedens müssen die schwedischen Gerichte nationale Gesetze im Lichte des Gemeinschaftsrechts auslegen, vorausgesetzt, der betreffende Bereich ist Gegenstand gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierung.

5.2.1.2 Verfolgter Lösungsansatz zur Bekämpfung des illegalen Downloads

Das Problem der gegenläufigen Interessen der Beteiligten, das in der Thematik illegaler Downloads zum Ausdruck kommt, ist als solches unstrittig, die Ansätze zu seiner Lösung jedoch unterschiedlich und im Ganzen noch nicht sehr ausgereift.

5.2.1.2.1 Die „Erlaubnis-Seite“

Ein im September 2007 veröffentlichter Bericht des Justizministeriums¹⁹⁷ befasste sich mit dem Thema urheberrechtlicher Belange und Internet. Von besonderem Interesse war dabei die Frage, wie legale nutzerfreundliche Downloaddienste gefördert werden könnten. Tatsächlich erörterte der Bericht zwar diese Aspekte, empfahl jedoch keine weiteren Schritte in der Richtung. In dem Bericht wurde die Einsetzung einer Arbeitsgruppe angeregt, die unter anderem die Entwicklung rechtmäßiger Downloadmöglichkeiten urheberrechtlich geschützten Materials untersuchen sollte. Die Arbeitsgruppe sollte auch Methoden zur Verbesserung des Verständnisses und der Kenntnisse der Öffentlichkeit bezüglich des Schutzes von Urheberrechten erarbeiten.

¹⁹³ Artikel 22 CA lautet: “Anyone may, in accordance with proper usage and to the extent necessary for the purpose, quote from works which have been made available to the public.”

¹⁹⁴ Artikel 25 CA lautet: “Works which are heard or seen in the course of an event may be used in connection with information concerning the event through sound radio, television, direct transmission or film. The works may, however, be used only to the extent justified by the informatory purpose.”

¹⁹⁵ Siehe den Gesetzentwurf der Regierung 2004/05:110, 79.

¹⁹⁶ Gesetzentwurf der Regierung 2004/05:110, 84.

¹⁹⁷ Regierungsbericht Ds 2007:29.

Das vom Justizministerium eingesetzte Komitee wurde damit beauftragt, sowohl die im CA vorgesehenen Beschränkungen (Kapitel 3 des Gesetzes), als auch die Möglichkeit kollektiver Lizenzen für digitale Kopien zu überprüfen.¹⁹⁸ Ein Teilbericht hierüber ist für Oktober 2009, der Schlussbericht für Oktober 2010 angekündigt. Prinzipiell werden diese Fragen noch immer diskutiert, nach Auskunft eines Ministeriumsmitarbeiters plant der Gesetzgeber die Einführung einer Kulturflatrate jedoch nicht.

Die STIM ihrerseits befürwortet ein solches System.¹⁹⁹ Nach ihrem Vorschlag würden die ISP (zum Beispiel Comhem oder Telia) eine festgeschriebene Gebühr erheben und an die STIM abführen. Im Gegenzug wären die Kunden der ISP berechtigt, kostenlos Musik herunter zu laden. Die STIM würde die Einnahmen dann an die Rechteinhaber verteilen. Aus Sicht der STIM stellt dies eine für beide Seiten, Rechteinhaber und Internet-Nutzer, vorteilhafte Lösung dar.

Trotz der Befürwortung dieser „friedlichen“ Lösung durch einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen sieht die STIM auch das Erfordernis der Reform bestehender schwedischer Gesetze, die sie ihrerseits als (noch) nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und als ineffizient in der Bekämpfung anhaltend illegalen Verhaltens im Online-Bereich erachtet.²⁰⁰ Die STIM führt hierzu aus:

“The Internet is a wonderful tool for sharing music among people all over the world at the click of a mouse. As we see it, sanctions and legal proceedings against file sharers cannot be the long-term fix for music creators missing out on royalties through the illegal sharing of music over the Internet. Instead we are inviting ISPs to work with us to develop a new type of Internet plan under which music downloading will be legal. This could be done by ISPs signing license agreements with STIM and other rights holders.”²⁰¹

Die Vorschläge der STIM stoßen jedoch auf Ablehnung, insbesondere die der ISP, welche sich gegen die Aufbürdung gesetzessvollziehender Aufgaben wehren.

5.2.1.2.2 Die „Vergütungsseite“

- Form der Einziehung /Erhebung von Vergütungen bzw. Entschädigungen

Das von der STIM gegenwärtig für den *legalen* Download praktizierte Vergütungssystem sieht vor, dass der Lizenznehmer die Erlaubnis erhält, Musikwerke, an welchen die STIM die Verwertungsrechte innehat, über das Internet zu verteilen, inklusive des Rechts, die technisch erforderlichen Kopien/Speicherungen auf dem Server des Lizenznehmers vorzunehmen. Die Lizenz beschränkt sich territorial auf Schweden, ist nicht übertragbar und gewährt dem Lizenznehmer keine Exklusivrechte. Lizenznehmer können IT-basierte Unternehmen sein, deren angebotene Dienste in der Weitergabe von Musikstücken über das Internet an ihre Kun-

¹⁹⁸ Abrufbar unter http://www.sou.gov.se/kommittedirektiv/2008/dir2008_37.pdf.

¹⁹⁹ Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/alldocuments/1D66451CBE1B0F81C12573F4002E1CCC>.

²⁰⁰ Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/alldocuments/1D66451CBE1B0F81C12573F4002E1CCC>.

²⁰¹ Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/alldocuments/1D66451CBE1B0F81C12573F4002E1CCC>.

den zum Zwecke des Downloads/der dauerhaften Speicherung auf deren Rechnern/Datenträgern bestehen. Die Kunden bezahlen dem Unternehmen ein Entgelt für jedes herunter geladene Werk. Das Unternehmen kann seinen Dienst von einer eigenen Webseite oder aber als „Sub-Unternehmen“ über die Webseite einer anderen Person anbieten. Für den Download von Musikstücken beträgt der zu zahlende Tarif 12 % des Einzelhandelspreises (ohne USt.), jedoch mindestens 0,10 € je herunter geladenem Werk. Der Tarif für ganze Musikalben richtet sich nach deren Einzelhandelspreis, die Berechnung nach dem Mindeststückpreis findet hier keine Anwendung.²⁰²

Bezüglich des Downloads von Videos gilt im Wesentlichen das Gleiche, der zu zahlende Tarif beträgt hier für jedes herunter geladene Musikvideo/Konzert 12 % des Einzelhandelspreises (ohne USt.), mit einer Mindestabgabe von 0,10 € je Werk.²⁰³

Die Verteilung der Einnahmen an die an einem Werk Beteiligten folgt nach den „Distribution Rules“²⁰⁴ der STIM, wonach zum Beispiel bei Musikstücken, an welchen mehrere Personen Rechte innehaben, der Komponist, der Texter und der Musikverlag je zu 33,33 % beteiligt werden.

Das von der STIM ins Spiel gebrachte neue System der Kulturflatrate sollte als Anstoß für weitere Diskussionen betrachtet werden, ist jedoch noch entfernt von einem ausgereiften Vorschlag. Infolgedessen enthält es auch keine Detailangaben, etwa über die Höhe der angedachten Vergütung.

Soweit gesetzgeberische Aspekte betroffen sind, werden diese Fragen noch beraten. Die Einführung einer Kulturflatrate ist jedoch vom Gesetzgeber nicht geplant.

Einige an der Diskussion Beteiligte schlugen die Einführung einer „broad band tax/fee“ vor. Es gibt keine allgemein verbindliche Definition dieser „Gebühr“, jedoch kann sie als Abgabe beschrieben werden, die Inhaber von Breitbandanschlüssen zu zahlen hätten, vergleichbar der Abgabe für Privatkopien auf DVDs. Nutzer, die diese besondere Abgabe zahlen, wären dann zum Beispiel berechtigt, Musik ohne weitere Kosten herunter zu laden. Der bereits erwähnte Regierungsbericht lehnt die Einführung einer solchen Breitband-Abgabe ab.²⁰⁵ Diese würde Schwedens Verpflichtungen aufgrund internationaler Verträge zuwider laufen, da hierdurch die Rechteinhaber ihrer ausschließlichen Rechte beraubt würden. Die Möglichkeit der alleinigen/individuellen bzw. kollektiven Entscheidung über die Verwertung des Werks ginge (teilweise) verloren und folglich auch die Herrschaft des Rechteinhabers über dieses.

Darüber hinaus würde sie die wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit der Internetdienste schwächen. Letztlich würden hierdurch die Musik- und Filmschaffenden geschädigt.

²⁰² Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/AllDocuments/8FA832ED6662F2C5C12572E90045E0FA>.

²⁰³ Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/AllDocuments/663E465605E52D34C12572E900460768>.

²⁰⁴ Abrufbar unter [http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/wwwpages/B40B7B881E6E641CC1257179006B3C05/\\$File/Distribution%20rules.pdf](http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/wwwpages/B40B7B881E6E641CC1257179006B3C05/$File/Distribution%20rules.pdf).

²⁰⁵ Regierungsbericht Ds 2007:29, 14.

- Verteilung der eingenommenen Mittel

Die Zahlungen durch die STIM werden nach folgenden Kriterien geleistet:

- Wie viele Rechteinhaber haben ein Interesse an dem betroffenen Werk und in welcher Weise sind sie an diesem jeweils beteiligt, zum Beispiel: einer oder mehrere Komponisten, Texter und Herausgeber; die Verteilung erfolgt nach den jeweils einschlägigen Regelungen der STIM.
- Der Charakter des Werks (Einstufung); so erhält etwa eine Sinfonie einen höheren Multiplikator als ein Popsong.
- Die Spieldauer eines Werks.
- Der Ort der Wiedergabe sowie die Höhe der Einnahmen, welche die STIM für den betreffenden Bereich/die betreffende Musik erzielt hat.
- Die Art der Aufführung (live, Schallplatte etc.).
- Die Verwaltungskosten der STIM.²⁰⁶

5.2.1.2.3 Die Sicherstellung der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Schweden hat alle einschlägigen internationalen Übereinkommen, wie etwa die Konventionen von Bern und Paris, sowie die Richtlinien der Gemeinschaft (Richtlinie 2001/29/EG etc.) übernommen. Auf nationaler Ebene ist das Eigentumsrecht Bestandteil der schwedischen Grundrechte und bestimmt, dass das Eigentum eines Jeden geschützt ist und staatliche Eingriffe in dieses untersagt sind.²⁰⁷ Darüber hinaus ist die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten unmittelbar anwendbares Recht in Schweden.

Gemäß der Regierungserklärung sind bestimmte Einschränkungen aufgrund Gesetzes zulässig. Es ist denkbar, dass ein Flatrate-System hierunter fallen könnte.

Die STIM hat sich ihrerseits mit diesen Aspekten bisher nicht auseinandergesetzt.

- Ausgleich zu den legalen Angeboten

Im Rahmen der bestehenden legalen Filesharing-Angebote ziehen die Verwertungsgesellschaften (etwa die STIM) die von den Internetanbietern zu zahlenden Vergütungen ein und verteilen diese unter den von ihnen vertretenen Rechteinhabern (Musiker etc.).

- Sonstige Einnahmequellen

Die Artikel 26 (k-m) CA verpflichten Importeure und Hersteller solcher Produkte, die speziell für die Erstellung privater Kopien konzipiert sind, wie etwa beispielbare CDs, DVDs, analoge

²⁰⁶ Abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/AllDocuments/2BFD475F429CAB82C125716F0039D081>.

²⁰⁷ Regierungserklärung (The Instrument of Government) 2:18.

Audio- und Videokassetten, Videorekorder und MP3-Spieler mit integrierter Speicherkapazität, zur Zahlung einer Abgabe für Privatkopien.²⁰⁸

Zuständig für die Einziehung dieser Abgabe ist COPYSWEDE²⁰⁹, eine Vereinigung der Organisationen, die Urheber und darstellende Künstler zum Zwecke wirtschaftlicher Zusammenarbeit vertreten (inklusive der STIM und des Nordisk Copyright Bureau).

Nach Angaben von COPYSWEDE gilt für die Berechnung der Einnahmen folgendes:

“Gemäß den gesetzlichen Bestimmungen beträgt die Abgabe für analoge Produkte SEK 0,025 pro aufzeichnenbarer Minute.

Bei Produkten, die sich für mehrfache digitale Aufzeichnungen eignen, etwa CD-RW/DVD-RW, MP3-Spieler und Videorekorder mit integrierter Speicherkapazität, beträgt die Abgabe SEK 4,- pro Gigabyte Speicherplatz.

Die Abgabe für sonstige digitale Trägermedien, wie CD-R und DVD-R, beträgt SEK 2,50 pro Gigabyte Speicherplatz.

Das Gesetz gewährt Unternehmen in speziell definierten Fällen die Möglichkeit, eine Verminderung der zu zahlenden Beträge zu beantragen.²¹⁰

COPYSWEDE erklärt weiter,²¹¹ dass gemäß den gesetzlichen Bestimmungen die Abgaben für Privatkopien an die Rechteinhaber zu verteilen sind. Berechtigt sind die Urheber, die darstellenden Künstler und die Film- und Tonträgerhersteller, die im Sinne des Urheberrechts in der EU oder im EWR ansässig sind. In anderen Staaten ansässige Rechteinhaber sind nur anspruchsberechtigt, sofern deren Sitzstaat ein Entschädigungssystem eingeführt hat, das seinerseits schwedischen Rechteinhabern eine vergleichbare Vergütungsmöglichkeit gewährt. Des Weiteren bestimmt das Gesetz, dass die Höhe der erhobenen Einnahmen nach Möglichkeit dem tatsächlichen Umfang der vorgenommenen Vervielfältigungen entsprechen soll. Bereits mehrmals haben Rechteinhaber das SIFO Forschungsinstitut²¹² damit beauftragt, umfangreiche Erhebungen innerhalb eines repräsentativen Teils der schwedischen Bevölkerung zum Thema „Privatkopie“ durchzuführen. Diese Erhebungen offenbarten folgendes:

- Die Hauptquellen für die Aufzeichnung von Filmen sind die in Schweden am weitesten verbreiteten TV-Sender SVT 1 und 2, TV 4, TV 3 und Kanal 5.
- Die am häufigsten vervielfältigten Programmformen sind Fernsehserien und Spielfilme.
- DVD-R/-RW werden meist für die Vervielfältigung von Filmen, jedoch auch von Tonaufzeichnungen, dann vor allem Musikaufnahmen, verwendet.
- 95 % der kopierten Tonaufnahmen betreffen verschiedene Arten von Musik. Die am häufigsten genutzte Quelle für Kopien von Tonaufnahmen sind im Handel erworbene CDs.

²⁰⁸ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/default.asp?ML=10622>.

²⁰⁹ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/default.asp?ML=10611>.

²¹⁰ 1,00 SEK sind umgerechnet etwa 0,092 € (Wert vom 27.3.2009).

²¹¹ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/briySV4p.pdf>.

²¹² Abrufbar unter http://www.sifo.se/Public/Default_eng.aspx.

- Das Internet ist die Hauptquelle für Kopien auf CD-R/RW-Daten-Disketten.

Die Erhebungen ergaben weitere detaillierte Informationen über Vervielfältigungen, welche die Rechteinhaber zur abschließenden Verteilung der Einnahmen nutzten.

Die Verteilung zwischen den jeweiligen Verwertungsgesellschaften erfolgt ebenfalls durch COPYSWEDE, welche grundsätzlich zuständig für die fraglichen Vergütungserhebungen ist.

Gemäß dem Jahresbericht für 2007 ergab sich folgende Verteilung der eingenommenen Abgaben für Privatkopien:²¹³

Im Audio-Bereich:

Von den im Sektor „Musikprogramme“ erzielten Einnahmen fielen auf die Organisationen IFPI, SAMI (Swedish Artists and Musicians Interest Organization)²¹⁴ und STIM jeweils 32,68 % und auf unmittelbar COPYSWEDE-angehörige sonstige Organisationen 1,96 %.

Die im Sektor „Sonstige Programme“ generierten Einnahmen verteilen sich wie folgt: Darsteller/Regisseure (1,083 %), Künstler (0,104 %), Autoren 0,988 %, Dramaturgen (0,849 %), Musiker 0,291 %, STIM (0,626 %), IFPI/SAMI (0,256 %) und sonstige Produzenten (0,719 %).²¹⁵

Im Video-Bereich:

Von den in diesem Sektor erzielten Einnahmen seien beispielhaft (nicht abschließend) die Zuteilungen zu den nachfolgenden Kategorien genannt:

Dramaturgen (15,0 %), Regisseure (15,2 %), Schauspieler (25,65 %), Musikschaaffende STIM (13,58 %) und (Film-)Kameraleute (4,47 %).²¹⁶

- Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests:

Meines Erachtens dürfte es für die Kulturfltrate schwierig sein, die zweite Stufe des Drei-Stufen-Tests zu passieren, namentlich die Anforderung, dass die Beschränkung des Urheberrechts die übliche Nutzung des betreffenden Werks nicht beeinflussen dürfte. Beschränkungen des Urheberrechts dürfen folglich nicht mit dem Verwertungsrecht des Rechteinhabers kollidieren. Da es heutzutage möglich ist, Transaktionen im Internet zu regulieren, sollte es auch als üblich/normal erachtet werden, Werke über das Internet zu verwerten.

Diese Ansicht stützt auch der bereits erwähnte Regierungsbericht.²¹⁷

²¹³ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/kk2RBBBB.pdf>.

²¹⁴ Abrufbar unter <http://www.sami.se/default2.aspx?page=SPage&Hid=1%20&Pid=70>.

²¹⁵ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/kk2RBBBB.pdf>, 12.

²¹⁶ Abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/kk2RBBBB.pdf>, 13.

²¹⁷ Regierungsbericht Ds 2007:29, 14 und 37 f.

- Problematik des Artikel 5 der Richtlinie 2001/29/EG:

Gemäß Artikel 21 CA darf jedermann veröffentlichte Werke öffentlich auf- oder vorführen, mit Ausnahme cinematografischer und Bühnenwerke,

(1) bei Anlässen, deren Hauptattraktion nicht in der Auf-/Vorführung des Werks besteht, für die keine Eintrittsgebühr kassiert wird und die nicht zu wirtschaftlichen Zwecken stattfinden;

(2) im Rahmen von Bildungsmaßnahmen oder Gottesdiensten.

Darüber hinaus ist es dem Parlament, staatlichen und kommunalen Behörden gestattet, bei Beachtung der genannten Voraussetzungen, veröffentlichte cinematografische und Bühnenwerke öffentlich auf- und vorzuführen.

Der seitens der STIM unterbreitete Vorschlag würde eine Änderung des CA erfordern, was aber dem Regierungsbericht Ds 2007:29 zufolge nicht zu befürworten ist.

5.2.2 Datenschutzrecht

5.2.2.1 Rechtlicher Hintergrund

Der Datenschutz ist in Schweden im „Gesetz über persönliche Daten“ (SFS 1998:204; im Folgenden „PA“) geregelt. Der Datenkontrollbehörde (Data Inspection Board, „DI“) obliegt die Überwachung der Nutzung persönlicher Daten. Das PA bestimmt, dass persönliche Daten grundsätzlich nur dann verarbeitet werden dürfen, wenn die hiervon betroffene Person dem im Voraus zugestimmt hat oder wenn die Datenverarbeitung aufgrund spezieller Regelungen des PA erlaubt ist.

Einschlägig ist in diesem Zusammenhang Artikel 10 PA, der besagt:

„Persönliche Daten dürfen nur verarbeitet werden, wenn die hiervon betroffene Person in die Verarbeitung eingewilligt hat oder wenn diese erforderlich ist

für die Erfüllung eines Vertrages zwischen dem Betroffenen und der verantwortlichen Stelle oder zur Durchführung von vorvertraglichen Maßnahmen, die durch den Betroffenen veranlasst worden sind;

für die Wahrnehmung rechtlicher Verpflichtungen durch die verantwortliche Stelle;

für die Wahrung lebenswichtiger Interessen des Betroffenen;

für die Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses;

für die Erfüllung solcher Pflichten, die sich für die verantwortliche Stelle oder einen Dritten, dem die persönlichen Daten weitergeleitet werden, in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergeben;

zu Zwecken, die berechnete Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten betreffen, dem die Daten zur Befriedigung von Ansprüchen weitergeleitet werden, sofern die Interessen des Dritten schwerer wiegen als das Schutzbedürfnis der betroffenen Person gegen Verletzungen ihrer persönlichen Integrität.“

Eine konkludente Einwilligung wird angenommen, wenn die persönlichen Daten im Kontext der Aufnahme einer Kundenbeziehung, einer Mitgliedschaft oder eines Auskunftsersuchens gegenüber einer Gesellschaft abgegeben werden.

Eine erfasste Person, über die mit ihrer Einwilligung Daten erhoben wurden, ist jederzeit berechtigt, die einmal erteilte Zustimmung zu widerrufen. Erklärt sie einen solchen Widerruf,

sind weitere die persönlichen Daten verarbeitende Maßnahmen verboten. Sie ist darüber zu informieren, wie sie die gespeicherten Daten abrufen, berichtigen oder löschen kann. Des Weiteren dürfen die gesammelten Daten nur zu dem Zweck genutzt werden, zu dem sie erhoben wurden, und sind hiernach zu löschen.

Artikel 21 PA untersagt anderen als behördlichen Parteien die Verarbeitung solcher persönlichen Daten, die strafrechtlich relevante Gesetzesverstöße, strafgerichtliche Verurteilungen oder strafverfahrensrechtliche Zwangsmaßnahmen oder behördlich angeordnete Freiheitsbeschränkungen betreffen.²¹⁸

Die DI kann vom Verbot des Artikel 21 PA Ausnahmen gewähren. Dies unter anderem dann, wenn die damit verfolgten Zwecke die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle oder eines Dritten betreffen, dem die Daten zur Befriedigung von Ansprüchen weitergeleitet werden, sofern die Interessen des Dritten schwerer wiegen, als das Schutzbedürfnis der registrierten Person gegen Verletzungen ihrer persönlichen Integrität.

Zugunsten der IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) Svenska Gruppen²¹⁹ und dem Antipiratbyrå²²⁰ wurden entsprechende Genehmigungen zur Erhebung persönlicher Daten zum Zwecke der Bekämpfung illegalen Filesharings im Interesse ihrer Auftraggeber erteilt.²²¹ Dabei handelte es sich um zeitlich begrenzte, den Einzelfall betreffende Genehmigungen, die der IFPI und der APB zum Zwecke der Verarbeitung der IP-Nummern illegaler Handlungen verdächtigter Filesharer erteilt wurden.

5.2.2.2 Erhebung und Speicherung von Daten über die tatsächliche Nutzung

In dem gegenwärtig von der STIM praktizierten Vergütungssystem für den Download von Musikstücken verpflichtet sich der Anbieter entsprechender Dienste, der STIM eine Auflistung sämtlicher über den Server des Unternehmens vorgenommener Musikdownloads zu übergeben. Diese Dokumentation erfolgt vierteljährlich, jeweils zum 15. des Monats. Dabei muss die Auflistung folgende Angaben enthalten:

- Titel und Spieldauer des Stücks;
- Künstler/Urheber; Name des Komponisten, Texters oder Bearbeiters;
- Anzahl der Downloads pro Werk;
- Einzelhandelspreis pro Download;
- Staat, in dem der Download vorgenommen wurde;

²¹⁸ Artikel 21 PA lautet: „It is prohibited for other parties than public authorities to process personal data concerning legal offences involving crime, judgments in criminal cases, coercive penal procedural measures or administrative deprivation of liberty. The Government or the authority appointed by the Government may issue regulations on exemptions from the prohibition in the first paragraph. The Government may in an individual case decide on an exemption from the prohibition in the first paragraph. The Government may delegate power to the supervisory authority to make such decisions.”

²¹⁹ Abrufbar unter <http://www.ifpi.se/>.

²²⁰ Abrufbar unter <http://www.antipiratbyran.com/>.

²²¹ Regierungsbericht Dnr 1631-2006 und Dnr 1632-2006.

- wenn möglich, der ISRC des Werks.

Die STIM hat sich mit dieser Problematik im Rahmen einer Kulturflatrate noch nicht explizit befasst, jedoch hat sie erklärt, dass sie eine Überwachung von Personen nicht beabsichtige. Sie befasste sich aber mit der Frage der Überwachung der Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials, um die Einnahmen angemessen verteilen zu können.

5.3 Vereinigtes Königreich

PhD Tobias Bednarz²²²

Im UK²²³ existieren zahlreiche legale Angebote kultureller Inhalte, die elektronisch zugänglich sind. Nahezu alle Musik-, Film- und Videoangebote sind mittlerweile online abrufbar und dies ist oftmals günstiger als der Erwerb im Handel.²²⁴ Dabei variieren nicht nur die angebotenen Medien, sondern ebenso die Geschäfts- und Finanzierungsmodelle der verschiedenen Dienste und das Angebot neuer Dienste wächst beständig.

Im Hinblick auf so genannte Online Music Stores ist etwa *Pro-music* zu erwähnen: ein Zusammenschluss von Personen und Organisationen des Musiksektors, die gemeinsam die legale Nutzung von Musik im Internet vorantreiben. Nach einer Auflistung von *Pro-music* existieren im UK derzeit 39 Online Music Stores²²⁵ einen weiteren Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Bereich der digitalen Musikdienste bietet der IFPI Digital Music Report 2009.²²⁶

Eine neuere Entwicklung stellen die so genannten Streamingangebote dar, bei denen Zugriff auf Musikangebote gewährt wird, diese aber nicht herunter geladen werden können. Solche Dienste finanzieren sich über Abonnements- oder Mitgliedsbeiträge oder über Werbung.²²⁷ Die Rechteverwaltung im Rahmen dieser Dienste erfolgt traditionell über die Verwertungsgesellschaften.

Eine weitere innovative Form des Online-Musikvertriebs ist die Verknüpfung eines solchen mit Breitbandangeboten. Solche Dienste bietet zum Beispiel Playlouder, oder im Ausland der dänische ISP TDC und der französische Mobilanbieter Orange, an.²²⁸

²²² Center for Studies in Intellectual Property and Technology Law, University of Edinburgh.

²²³ Der Originaltext wurde in englischer Sprache verfasst; die Übersetzung erfolgte durch die Mitarbeiterin des EMR, Anne Yliniva-Hoffmann.

²²⁴ Helmer/Davies, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2008, 56.

²²⁵ Siehe <http://www.pro-music.org/Content/GetMusicOnline/stores-europe.php>. Diese Liste kann nicht als abschließend erachtet werden.

²²⁶ International Federation of the Phonographic Industry, IFPI Digital Music Report 2009 (London 2009), abrufbar unter <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009.pdf>.

²²⁷ Z. B. abrufbar unter <http://www.we7.com> und das Angebot so genannter Digitaler Jukeboxes abrufbar unter http://hmv.com/hmvweb/digitalSubscription.do?sku=999979&WT.ac=tcg_downloads_220109_hmvjukebox und <http://sib1.od2.com/common/framework11.aspx?shid=0170008A>.

²²⁸ Leonhard, Hold on, I'm coming: the digital music flat rate is imminent.

Aber nicht nur der legale digitale Zugang zu Musikangeboten ist auf dem Vormarsch, auch die digitale Verbreitung etwa von Filmen schreitet voran. Untersuchungen in diesem Zusammenhang haben gezeigt, dass das UK der größte europäische Markt für VOD-Dienste ist.²²⁹ Und sogar legale E-Book-Angebote funktionieren am britischen Markt.

5.3.1 Urheberrecht

5.3.1.1 Rechtlicher Hintergrund

Im Folgenden sollen das geltende Urheberrecht und seine Anwendung auf die „Internet-Piraterie“ dargestellt werden.

Das britische Urheberrecht schützt verschiedenen Inhaltstypen, wie Musik, Filme, Bücher, Software und Spiele. Das Gesetz über das Urheberrecht, Muster und Patente von 1988 (Copyright, Designs and Patents Act, CDPA)²³⁰ definiert in s. 1 (1) den Umfang des Urheberrechts wie folgt:

“Copyright is a property right which subsists (...) in (...)—

- (a) original literary, dramatic, musical or artistic works,
- (b) sound recordings, films or broadcasts, and
- (c) the typographical arrangement of published editions.”

S. 16 (2) stellt hierzu klar, dass das Urheberrecht bezüglich eines Werkes dadurch verletzt wird, dass eine Person ohne die Zustimmung des Rechteinhabers eine der nach dem Urheberrecht verbotenen Handlungen vornimmt, oder Dritte zu einer solchen ermächtigt²³¹. Eine Aufzählung dieser unzulässigen Handlungen enthält s. 16 (1), der die ausschließlichen Rechte des Urheberrechtsinhabers nennt:

“The owner of the copyright in a work has, in accordance with the following provisions of this

Chapter, the exclusive right to do the following acts in the United Kingdom—

- (a) to copy the work (see section 17);
- (b) to issue copies of the work to the public (see section 18);
- (ba) to rent or lend the work to the public (see section 18A);
- (c) to perform, show or play the work in public (see section 19);
- (d) to communicate the work to the public (see section 20);
- (e) to make an adaptation of the work or do any of the above in relation to an adaptation (see section 21) (...).”

²²⁹ NPA Conseil, ‘La vidéo à la demande en Europe’ (Strasbourg 2007), abrufbar unter <http://ddm.gouv.fr/IMG/pdf/vod-npa-2007.pdf> und NPA Conseil, ‘Vidéo à la demande en Europe: Second recensement des services de VoD’ (2008), abrufbar unter http://www.ddm.gouv.fr/IMG/pdf/LA_VOD_EN_EUROPE_-_Actualisation_etude_NPA-OEA-DDM_2007.pdf.

²³⁰ Eine (inoffizielle) konsolidierte Fassung des CDPA ist abrufbar auf der Webseite des UK Intellectual Property Office, abrufbar unter: <http://www.ipso.gov.uk/cdpact1988.pdf>.

²³¹ “[c]opyright in a work is infringed by a person who without the licence of the copyright owner does, or authorise another to do, any of the acts restricted by copyright.”

Das Vermiet- und Verleihrecht (ss. 16 (1) (ba), 18A) sowie das Bearbeitungsrecht (ss 16 (1) (e), 21) werden typischerweise vom Tatbestand der Piraterie nicht betroffen. Gleiches gilt für das Verbreitungsrecht (ss. 16 (1) (b), 18), da dieses nur auf physische Kopien Anwendung findet²³², sowie das Aufführungsrecht (ss. 16 (1) (c), 19), da letzteres die Präsenz eines Publikums sowie die gleichzeitige Wahrnehmung der Darstellung durch dieses im Zeitpunkt ihrer Entstehung voraussetzt, was bei der Internetpiraterie im Allgemeinen nicht der Fall ist.²³³ Folglich sind vorliegend einzig das Vervielfältigungsrecht (ss. 16 (1) (a), 17) und das Recht, das Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (ss. 16 (1) (d), 17) von Bedeutung.

Wenn ein Internet-Nutzer urheberrechtlich geschütztes Material auf seine Festplatte herunter lädt, kopiert er dieses Material und verletzt damit s. 17 (1) CDPA. In Bezug auf literarische, dramaturgische, musikalische oder künstlerische Werke stellt s. 17 (2) CDPA ausdrücklich fest, dass deren Vervielfältigung in jeglicher Form von der Vorschrift erfasst wird, einschließlich deren elektronische Speicherung, unabhängig vom jeweiligen Medium. Es ist anerkannt, dass diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus auch das Kopieren von Tonaufzeichnungen und Filmen auf elektronischem Wege umfasst.²³⁴ Darüber hinaus bezieht sich die Vervielfältigung gemäß s. 17 (6) CDPA auch auf die Herstellung nur vorübergehender Kopien oder solcher, die im Rahmen und bei Gelegenheit anderweitiger Nutzung des Werks entstehen. Jedoch stellt die Vervielfältigung nur dann eine verbotene Handlung im Sinne des Gesetzes und damit eine Rechtsverletzung dar, soweit das Werk „vollständig oder wesentliche Bestandteile des Werks“ kopiert werden (s. 16 (3) CDPA). Beim Download geschützter Inhalte trifft dies typischerweise zu, im Rahmen des bloßen Streamings dagegen nicht zwingend. Unter Verwendung dieser Technologie werden Daten zwischengespeichert, das heißt, dass einzelne Bits der Dateien temporär im Speicher (RAM) aufgenommen werden, ohne dass jedoch eine dauerhafte Kopie erstellt wird.²³⁵ Während dies zweifelsohne unter die Regelung des s. 17 (6) CDPA fällt, ist die Antwort auf die Frage der Erheblichkeit weniger eindeutig. Nach einer Ansicht ist jedes übertragene Fragment so klein, dass – auch unter Betrachtung aller Fragmente als Ganzes – ein wesentlicher Bestandteil der Datei im Sinne der Vorschriften nicht erreicht wird. Die Gegenmeinung führt dazu aus, dass auch „kleine aber häufige“ Übernahmen eine Verletzungshandlung durch das Herstellen einer Kopie erreichen können.²³⁶

Beschränkt werden die Urheberrechte im britischen Recht durch die Einräumung von Ausnahmetatbeständen. Diese werden als „zulässige Handlungen“ bezeichnet, was bereits einen Hinweis auf die Rechtsnatur dieses Schrankensystems gibt. Obwohl das Gesetz relativ viele Ausnahmetatbestände nennt (ss. 28-76 CDPA), sind diese jeweils eng gefasst und betreffen ganz spezielle Sachverhalte. Die für die vorliegende Untersuchung bedeutendsten Rechtferti-

²³² *Laddie u.a.* 2000, Artikel 21 Abs. 34; *Bently/Sherman* 2009, 143 unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 28 der Richtlinie 2001/29/EG. In der Praxis ist umstritten, ob das Verbreitungsrecht und das Vermiet- und Verleihrecht nicht auch auf digitale Inhalte ausgedehnt werden sollte – vgl. *Boothroyd*, 2007, 52. Darüber hinaus stellt sie richtig fest, dass das Bearbeitungsrecht betroffen sein kann, wenn digitale Inhalte in ein anderes Format transferiert werden.

²³³ *Bently/Sherman* 2009, 149 ff. Dieses Recht bezieht sich indes auf Fälle, in denen der Übertragungsstrom des Inhalts vom Adressaten des Rechts zeitlich nicht beeinflusst werden kann.

²³⁴ *Garnett/Davies/Harbottle* 2005, Absätze 7-67 und 7-70; *Bently/Sherman* 2009, 141.

²³⁵ *Larsson*, *European Intellectual Property Review* 2009, 127.

²³⁶ *Garnett u.a.* 2005, 7-19 und *Larsson*, *European Intellectual Property Review* 2009, 127 ff. mit weiteren Argumenten. Beide folgen der ersten Interpretation. *Larsson* erklärt, dass mit fortschreitender technischer Entwicklung künftig Streaming ohne Zwischenspeichern möglich sein wird.

gungsmöglichkeiten sind die der angemessenen (rechtfertigenden) Verwendung zum Zwecke der Forschung und persönlicher Studien (CDPA s. 29) sowie der angemessenen (rechtfertigenden) Verwendung zum Zwecke der Kritik, der Berichterstattung und Nachrichtensendung (CDPA s. 30). Das UK hat im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft davon abgesehen, weitere Ausnahmetatbestände zum Urheberrecht einzuführen. Festzuhalten ist, dass das britische Recht keinen generellen Ausnahmetatbestand der „Privatkopie“ kennt.²³⁷

Dies könnte sich jedoch ändern, da aktuell die Einführung einer solchen Ausnahmeregelung diskutiert wird. Der „Gowers-Bericht“ aus dem Jahre 2006, ein unabhängiges, vom britischen Finanzministerium in Auftrag gegebenes Gutachten betreffend die Rahmengesetzgebung zum Immaterialgüterrecht, empfiehlt sogar die Einführung einer Ausnahmeregelung bis 2008 für die begrenzte private Nutzung bezogen auf Formatumstellungen.²³⁸ Das britische Intellectual Property Office (IPO) griff diesen Vorschlag auf und startete Konsultationen über die angedachten Änderungen der Ausnahmeregelungen.²³⁹ Die Beratungen endeten im April 2008, und die Mehrheit der Befragten sprach sich für die Einführung einer Ausnahmebestimmung für den Formatwechsel aus.²⁴⁰ Im nachfolgenden formellen Verfahren wird die IPO eine zweite Konsultation einleiten, die auch die Frage Art und Weise der Gesetzgebung betreffen wird. In Betracht des sehr speziellen und eng gefassten Sachverhalts dieser angedachten Ausnahmeregelung würde diese im Falle ihrer Einführung dem Internet-Nutzer beim Download geschützten Materials wohl keine Hilfe sein.

Auch der Upload von Dateien auf eine Webseite durch den Nutzer stellt einen Verstoß gegen CDPA s. 17 (1) dar. Das Tauschen von Dateien innerhalb von P2P-Plattformen erfordert jedoch eine differenzierte Betrachtung. Denn in diesem Zusammenhang handelt es sich weniger um die Weitergabe einer Kopie durch den Nutzer, als vielmehr um das bloße Ermöglichen des Zugriffs anderer Nutzer auf die eigenen Dateien. In diesen Fällen greift CDPA s. 20 (1) (Verletzung durch öffentliches Zugänglichmachen), der literarische, dramaturgische, musikalische und künstlerische Werke, sowie Tonbandaufzeichnungen und Filme betrifft. CDPA s. 20 (2) stellt klar, dass die Vorschrift Handlungen erfasst, durch die ein Werk für die Öffentlichkeit durch elektronische Übermittlung derart zugänglich gemacht wird, dass Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl Zugriff hierauf haben. Darunter fällt das Be-

²³⁷ Eine eingeschränkte Ausnahme für Privatkopien existiert in Bezug auf zeitliche Verschiebungen; so etwa die Möglichkeit, eine private Aufnahme einer Sendung zu machen, so dass diese zu einem späteren Zeitpunkt angeschaut werden kann (CDPA s. 70). Diese ist aber im Bezug auf „Internet-Piraterie“ nicht einschlägig.

²³⁸ *Gowers*, *Gowers Review of Intellectual Property* (Norwich 2006). Ebenso empfiehlt *Gowers* die Einführung einer weiteren neuen Ausnahmeregelung für Parodien, Karikaturen und Persiflagen sowie Änderungen bestehender Ausnahmeregelungen bezüglich (Aus-)Bildung, Bibliotheken und Archiven, Forschung und private Studien.

²³⁹ *UK Intellectual Property Office*, *Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property* (Newport 2008).

²⁴⁰ *UK Intellectual Property Office*, *Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property* (Newport 2008).

reitstellen in allen Formen der Übertragung auf Abruf und damit auch die Zugriffsgewährung des Filesharers auf dessen Dateien.²⁴¹

Bisher nicht geklärt ist die Frage, wo die rechtsverletzende Handlung stattfindet. In diesem Zusammenhang werden vier Alternativen diskutiert: (1) dort, wo der Nutzer das Werk auf eine Webseite hoch lädt, (2) am Standort des Servers, (3) dort, wo auf das Werk zugegriffen werden kann, oder (4) dort, wo sich die Öffentlichkeit befindet, an die sich das Werk richten soll.²⁴² Bezüglich des Tatbestandsmerkmals der „Öffentlichkeit“ besteht Einigkeit darüber, dass, soweit das Werk nur zu Gunsten der Teilnehmer bestimmter Internetdienste zugänglich gemacht wird, diese als „Öffentlichkeit“ im Rechtssinne zu qualifizieren sind, demzufolge auch P2P-Netzwerke.²⁴³ Teilweise wird vertreten, dass das Filesharing auch das Verbreitungsrecht nach CDPA ss. 16 (2), 18 verletze²⁴⁴, was jedoch die entsprechende Anwendbarkeit dieser Norm auf digitale Inhalte voraussetzt. Vorzugswürdig erscheint es aber, diese nur auf körperliche Kopien anzuwenden.

Hinsichtlich der P2P-Betreiber dreht sich die Diskussion im UK vor allem um die Frage der Ermächtigung. An dieser Stelle sollte in Erinnerung gerufen werden, dass Urheberrechtsverletzungen nach CDPA s 16 (2) nicht nur durch unmittelbar eigene verbotene Handlungen, sondern eben auch durch die Ermächtigung eines Dritten zu solchen verwirklicht werden können. Wenn nun die Tätigkeit des P2P-Betreibers als eine solche Ermächtigung zu Urheberrechtsverletzungen durch Filesharing gewertet würde, wäre dies folglich gleichermaßen eine primäre Verletzungshandlung. Aus einer entsprechenden Anwendung der bestehenden Präzedenzrechtsprechung im Fall *CBS Songs Ltd. v Amstrad Consumer Electronics Plc*²⁴⁵, in welcher der Schwerpunkt darauf lag, dass die Entscheidung, eine Urheberrechtsverletzung zu begehen oder nicht zu begehen, in letzter Konsequenz bei der unmittelbar handelnden Person liegt – und (damit) eben nicht beim Hersteller von die Verletzung nur ermöglichenden Gerätschaften –, auf die Betreiber von P2P-Netzwerken folgt jedoch, dass es auch hier letztlich die individuelle Entscheidung des einzelnen Nutzers ist, das Netzwerk legal oder eben illegal zu nutzen. Konsequenterweise würde der Betreiber damit nicht zu Urheberrechtsverletzungen ermächtigen und folglich auch nicht für primäre Verletzungshandlungen haften. Die Tatsache, dass diese Präzedenzentscheidung auf das Jahr 1988 zurückgeht und die internationale Recht-

²⁴¹ Larusson, European Intellectual Property Review 2009, 126, argumentiert, dass der Begriff des “zugänglich Machens durch elektronische Übermittlung” wohl nicht solche Fälle betrifft, in denen der Internet-Nutzer lediglich Dateien in einem gemeinsam genutzten Ordner speichert und keine “Übermittlung von einer Person/einem Ort zu einer/m anderen” erfolgt (das ist das allgemeine Verständnis von Übermittlung) Dessen ungeachtet argumentiert niemand ernsthaft, dass dies die Verantwortlichkeit eines Uploaders in einem P2P-Netzwerk ausschließe. Ganz im Gegenteil ist die allgemeine Auffassung die, dass eine tatsächliche Übermittlung nicht erforderlich ist – vgl. *Garnett u. a.* 2005, Absätze 7-116, der vertritt, dass die verbotene Handlung verwirklicht ist, sobald das Werk zugänglich gemacht wird. Diese Auslegung stimmt auch mit der in den Fällen *Polydor Ltd v Brown* [2005] EWHC 3191 (Ch) und *EuGH, C-306/06, Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA*, Slg. 2007, I-2 überein.

²⁴² *Bently/Sherman* 2009, 150 ff. Siehe auch *Garnett u.a.* 2005, Absätze 7-117, der die erste Ansicht verfehlt.

²⁴³ *Garnett u.a.* 2005, Absätze 7-118. Vgl. auch die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Sociedad General de Autores y Editores de España v Rafael Hoteles SA*, Slg. 2007, I-2, wonach sich die Öffentlichkeit “auf eine unbestimmte Zahl potentieller Zuschauer” bezieht, während der “private oder öffentliche Charakter des Ortes, an dem die Kommunikation statt findet, unerheblich sei” (Rn. 36 und 50).

²⁴⁴ *Piasentin* 2006, 195 ff.; *James*, 2008, 106 ff.; *Sumroy/Ryburn* 2007, 46.

²⁴⁵ [1988] 2 All ER 484.

sprechung tendenziell an der Verantwortlichkeit der P2P-Betreiber festhält²⁴⁶, hat die Diskussion um den (Fort-)Bestand der Entscheidungskriterien im UK angefacht. Insbesondere wird auf die erhebliche Unsicherheit in diesem Bereich hingewiesen²⁴⁷, zum Teil aber auch explizit für eine weniger restriktive Auslegung der „Ermächtigung“ plädiert²⁴⁸.

Das CDPA enthält aber auch Vorschriften über sekundäre Verletzungshandlungen. Die ss. 22-26 normieren als solche den Import urheberrechtswidriger Kopien (s. 22), den Besitz von und Handel mit urheberrechtswidrigen Kopien (s. 23), das Zurverfügungstellen von Hilfsmitteln zur Herstellung urheberrechtswidriger Kopien (s. 24) sowie das Bereitstellen von Vorrichtungen zum Zwecke urheberrechtswidriger Aufführungen (s. 26). Die Bewertung, dass P2P-Betreiber die erforderlichen Vorrichtungen zur Herstellung urheberrechtswidriger Kopien bereitstellen und damit eine sekundäre Verletzung gemäß CDPA s. 24 begehen, ist vertretbar. Jedoch setzt die Vorschrift voraus, dass der streitige Handlungsbeitrag speziell zur Herstellung von Kopien des Werks konzipiert sein muss. Folglich könnte der Betreiber auch hier der Verantwortlichkeit mit den gleichen Argumenten entgehen, wie im Rahmen der Ermächtigung: P2P-Netzwerke und –Software können sowohl legal, als auch illegal genutzt werden, und es ist letztlich die Entscheidung des Endnutzers, ob er Rechtsverletzungen begeht oder nicht. In jedem Fall setzen alle Fälle der sekundären Rechtsverletzungen ein kognitives Moment voraus: Anders als bei den primären Rechtsverletzungen setzt die Verantwortlichkeit hier voraus, dass der Beschuldigte wusste oder wissen musste, dass die fragliche Handlung unrechtmäßig war. Da britische Gerichte bisher jedoch noch nicht mit Verfahren gegen P2P-Betreiber befasst waren, bleiben die bisherigen Diskussionen rein theoretischer Natur.

Wenn urheberrechtlich geschütztes Material vom Ausgangs- zum Bestimmungsort übertragen wird, wird es vorübergehend auf den Server des ISP (Internet Service Provider) kopiert. Die daraus resultierende Frage ist, ob dies eine Urheberrechtsverletzung durch den ISP darstellt. Gemäß CDPA s. 17 (6) sind bereits nur kurzfristig hergestellte Kopien rechtswidrig. Auf den ersten Blick verletzen ISP damit das Vervielfältigungsrecht nach CDPA ss. 16 (1) (a), 17. Jedoch existieren einige Tatbestände angemessener (rechtfertigender) Verwendung, auf welche sich die ISP berufen können. Einerseits bestimmt CDPA s. 28 A, der Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG umsetzt, dass das Urheberrecht nicht verletzt wird durch eine vorübergehende Vervielfältigung, die nur kurzfristig oder begleitend erfolgt und einen integralen und wesentlichen Bestandteil eines technischen Verfahrens darstellt, deren alleiniger Zweck die Übertragung des Werks innerhalb eines Netzes zwischen Dritten durch einen Vermittler ist und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat. Es wird vertreten, dass diese Ausnahme zur Erfassung des Caching entwickelt wurde.²⁴⁹ Jedenfalls dürfte es für den ISP kaum darzulegen sein, dass dieser Kopie kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Andererseits sieht die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni

²⁴⁶ *A & M Records Inc v Napster Inc* 239 F.3d 1004 (9th Cir., 2001) und *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc v Grokster Ltd* 125 S. Ct. 2764 (2005). Vgl. *Davies/Pryor/Keane* 2006, 25 ff., und *Akester* 2005, 106 ff. für genauere Untersuchungen der Frage. Eine Übersicht über aktuellere Fälle gegen P2P-Betreiber geben *Helmer/Davies*, a. a. O. (Fn. 186).

²⁴⁷ *Bently/Sherman* 2009, 156 ff.; *Blakeney* 2006, 55 ff. Vgl. auch *Larsson*, *European Intellectual Property Review* 2009, 128 ff., der ausführt, dass anders als bei Amstrad die modernen P2P-Anbieter durchaus in der Position sind, Urheberrechtsverletzungen zu verhindern.

²⁴⁸ *Haque* 2008, 371 ff.

²⁴⁹ *Bently/Sherman* 2009, 223.

2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr") vor, die Haftung von ISP zu begrenzen.²⁵⁰ Die Bestimmungen der Artikel 12-14 betreffen Freistellungen für das „bloße Durchleiten“, „Caching“ und „Hosting“. Anders als CDPA s. 28A sind diese Vorschriften nicht auf Urheberrechtsverletzungen im Internet beschränkt, sondern betreffen jede unrechtmäßige Handlung. Eine gewisse Unsicherheit besteht hinsichtlich des Zusammenspiels dieser Bestimmungen mit CDPA s. 18A. In jedem Fall hängt die erfolgreiche Geltendmachung dieser Freistellungen durch den ISP von den Umständen des Einzelfalls ab.

5.3.1.2 Verfolgter Lösungsansatz zur Bekämpfung des illegalen Filesharings

Nach Schätzungen der IFPI erfolgen 95 % der Downloads von Musikstücken ohne entsprechende Ausgleichszahlungen an die Rechteinhaber²⁵¹, und eine aktuelle Studie im Auftrag der Phonoindustrie gelangte zu dem Ergebnis, dass im Jahr 2007 insgesamt 6,5 Mio. Menschen in GB an der Internetpiraterie beteiligt waren, was einem Anteil von 25 % der britischen Internet-Nutzer entspricht.²⁵² Solche Zahlen verdeutlichen den Handlungsbedarf in diesem Bereich. Auch wenn die Entwicklungen hier noch im Fluss sind, können einige Prognosen bereits gestellt werden.

Vom Anbeginn des uns heute bekannten World Wide Web an war das Problem des illegalen P2P-Filesharings ein heißes Eisen. In jüngerer Zeit hat diese Diskussion mit der Veröffentlichung des „Gowers-Berichts“ eine Eigendynamik entwickelt. Der Bericht schlug vor, die Vereinbarungen der Industrie über den Austausch von Datenprotokollen zwischen den ISP und den Rechteinhabern zum Zwecke der Verhinderung der und des Ausschlusses von an Internetpiraterie beteiligten Nutzern zu beobachten. Sollte sich herausstellen, dass es in diesem Bereich bis zum Ende des Jahres 2007 zu keiner nennenswerten Verbesserung gekommen ist, sollte die Regierung gesetzgeberische Schritte erwägen.²⁵³ Im Februar 2008 erklärte die Regierung in ihrem Green Paper „Creative Britain“, dass sie die Bedeutung der Diskussionen zwischen den ISP und den Rechteinhabern anerkenne und freiwillige Vereinbarungen zwischen den ISP und allen anderen relevanten Teilnehmern befürworte, vor gesetzgeberischen Maßnahmen jedoch nicht zurück schrecke. Zu diesem Zweck werde sie Konsultationen über mögliche Regulierungsmaßnahmen mit Blick auf die Einführung einer gesetzlichen Regelung bis April 2009 einleiten.²⁵⁴

Am 24. Juli 2008 unterzeichneten die ISP und Vertreter der Kreativindustrie ein von der britischen Regierung vermitteltes Memorandum of Understanding. Sechs ISP (Virgin Media, Sky, Carphone Warehouse, BT, Orange und Tiscali) sowie die British Phonographic Industry und die Motion Picture Association vereinbarten eine Zusammenarbeit, um innerhalb eines Zeitraums von 2-3 Jahren eine signifikante Reduktion der Häufigkeit von Urheberrechtsverletzungen im Rahmen des P2P-Filesharings und eine Veränderung der öffentlichen Haltung zu

²⁵⁰ Die Vorschriften sind abrufbar unter <http://www.opsi.gov.uk/si/si2002/20022013.htm>.

²⁵¹ International Federation of the Phonographic Industry, IFPI Digital Music Report 2009 (London 2009), abrufbar unter <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009.pdf>, 5.

²⁵² Zitiert in: *O'Shea*, Entertainment Law Review, 2009, 30 ff.

²⁵³ *Gowers*, Gowers Review of Intellectual Property (Norwich 2006).

²⁵⁴ Department for Culture, Media and Sport, Creative Britain (February 2008).

solchen Rechtsverletzungen zu erreichen.²⁵⁵ Zu diesem Zweck verpflichteten sie sich zur Erarbeitung von Verhaltenskodizes. Im Rahmen dieser sollten Internetkunden darüber unterrichtet werden, wenn deren Zugang unrechtmäßig zum Zwecke des Tausches urheberrechtlich geschützten Materials verwendet wurde, und auf legale Alternativen hingewiesen werden. Im Zuge einer ersten Erprobungsphase von drei Monaten benachrichtigten die ISP 1.000 Kunden pro Woche.

Im Juli 2008 leitete das BERR Konsultationen zum illegalen P2P-Filesharing ein und gelangte zu dem Ergebnis, dass ein co-regulatorischer Lösungsansatz der von der Regierung bevorzugte sei.²⁵⁶ Dieser sah vor, die Bemühungen der Industrie um Selbstregulierung, wie im MoU ausgearbeitet, die Einrichtung einer Gruppe zur Ausarbeitung effektiver Maßnahmen im Umgang mit Wiederholungstätern sowie die Verpflichtung der ISP, Maßnahmen gegen solche Teilnehmer zu ergreifen, die als Verletzer von Urheberrechten identifiziert wurden, als Maßnahmen zu kombinieren. Darüber hinaus ergab die Konsultation vier weitere Alternativen: (1) die Rationalisierung der bestehenden Verfahren durch Verpflichtung der ISP zur Herausgabe von Personendaten, die zu einer festgestellten IP-Adresse gehören, an den Rechteinhaber, ohne dass letzterer diese gerichtlich durchsetzen müsste, (2) die Verpflichtung der ISP, unmittelbar gegen Rechtsverletzer vorzugehen, (3) die Einrichtung eines Gremiums zur Untersuchung der vom Rechteinhaber vorgelegten Beweise und zur Anweisung der ISP entsprechend Maßnahmen gegen Rechtsverletzer zu ergreifen oder aber zur selbständigen Ergreifung entsprechender Maßnahmen und (4) die Verpflichtung der ISP, die Errichtung von Filtersystemen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzung zu gestatten.

Am 29. Januar 2009 veröffentlichte die Regierung die Ergebnisse der Konsultation sowie die Antwort der Regierung. Sie fasste zusammen, dass keiner der Vorschläge auf breite Zustimmung gestoßen sei. Vielmehr sei eine Polarisierung der Standpunkte der Rechteinhaber, der Verbraucher und der ISP zu erkennen.²⁵⁷ Die Regierung selbst nahm Abstand von der von ihr zunächst bevorzugten Option unter Hinweis darauf, dass diese zur Rechtsunsicherheit zu Lasten der ISP bezüglich deren Verpflichtungsumfangs führen würde. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass das MoU nur einen Teil der Interessenvertreter repräsentiere, obwohl die Beteiligung aller betroffenen Parteien erforderlich sei. Infolgedessen bevorzugt die Regierung nun Option (2), die direkte Verpflichtung der ISP, Maßnahmen zu ergreifen, jedoch mit einer speziellen Verpflichtung für diese, die mutmaßlichen Verletzer von Urheberrechten darüber zu belehren, dass ihr Verhalten rechtswidrig ist (was vom Rechteinhaber in abgestufter Weise zu belegen ist). Diese besondere Verpflichtung war offenbar Folge der dreimonatigen Erprobungsphase, innerhalb welcher die ISP Warnbriefe an Rechtsverletzer versandte, was zu einem Rückgang der Urheberrechtsverstöße um rund 70 % geführt hatte. Zusätzlich hierzu plant die Regierung, die ISP zu verpflichten, anonym Daten zu sammeln bezüglich solcher Nutzer, die wiederholt schwerwiegende Urheberrechtsverletzungen begehen (ausweislich der Benachrichtigungsmaßnahmen, nicht aufgrund einer Überwachung der Internetgewohnheiten ihrer Kunden), um diese den Rechteinhabern in Verbindung mit Angaben zu den Personendaten zum Zwecke der Einleitung gerichtlicher Verfahren zugänglich zu machen. Überdies soll

²⁵⁵ Wiedergegeben in: Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, File-Sharing (London July 2008).

²⁵⁶ *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*, File-Sharing (London July 2008). Für einen ausführlichen Bericht zum Konsultationspapier siehe *O'Shea*, *Entertainment Law Review*, 2009, 30 ff.

²⁵⁷ *Department for Business Enterprise & Regulatory Reform*, File-Sharing (London 29 January 2009).

die Industrie verpflichtet sein, Verhaltenskodizes für den Bereich rechtswidrigen Filesharings zu entwerfen, flankiert durch eine subsidiäre Regulierungszuständigkeit des Ofcom, der britischen Regulierungsbehörde für Kommunikation. Der nächste Schritt ist eine erneute Konsultation auf Grundlage dieses Vorschlags, welche sich auch mit einer Folgenabschätzung und Kosten-Nutzen-Analyse befassen wird.

Ebenfalls am 29. Januar 2009 veröffentlichte die Regierung ein weiteres politisches Papier, den Zwischenbericht zum „Digital Britain“-Programm. Dieses dient der Analyse der britischen Digitalwirtschaft mit Blick auf die Sicherung der Position des Vereinigten Königreichs an vorderster Front bei Innovation, Investition und Qualität im Bereich der digitalen und der Kommunikationsindustrie.²⁵⁸ Bezüglich digitaler Inhalte wiederholt der Zwischenbericht die Regierungsvorschläge im Rahmen der Konsultationen zum illegalen P2P-Filesharing. Zusätzlich regt der Bericht an, eine Rechteagentur einzurichten, welche die Industrie dazu bewegen soll, Anreize für die legale Nutzung geschützter Inhalte zu schaffen, der Zusammenarbeit bei der Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen durch Verbraucherverhalten zuzustimmen und technische Lösungen zum Schutz von Urheberrechten zu unterstützen.²⁵⁹ Aufbauend auf dem MoU würde die Errichtung eines solchen, unabhängigen Gremiums ein Forum schaffen, in welchem alle Glieder der Wertschöpfungskette zusammenkämen. Dieses sollte in der Lage sein, effektive und angemessene Maßnahmen auch durchzusetzen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim illegalen Filesharing um ein weltweites Phänomen handelt, so dass die Diskussionen im UK zu einem gewissen Maß internationale Entwicklungen widerspiegeln. Es ist schwer vorauszusagen, in welche Richtung die Entwicklung gehen wird. Einerseits hat der EuGH die Bedeutung der Vertraulichkeit der Kommunikation unterstrichen²⁶⁰ und sich das Europäische Parlament gegen die Option der so genannten abgestuften Antwort ausgesprochen.²⁶¹ Auf der anderen Seite hat zum Beispiel der irische ISP Eircom zur Beilegung eines Rechtsstreits mit der Irish Recorded Music Association Ende Januar 2009 erklärt, Kunden, die gegen Urheberrecht verstoßen, zu warnen und nach drei fruchtlosen Benachrichtigungen deren Zugang zu kappen.²⁶²

Diese Entwicklungen haben den Druck auf die britischen ISP jedenfalls erhöht. Auch die Hoffnung, durch eine Zusammenarbeit mit den Rechteinhabern auf Grundlage des MoU einer möglicherweise noch weiter reichenden gesetzlichen Regulierung zu entgehen, könnte die Motivation bestärken. Darüber hinaus scheinen sich diese Hoffnungen auch zu bewahrheiten, so sieht der aktuelle Regierungsvorschlag weder eine Verpflichtung der ISP vor, die über die Versendung der Warnbriefe hinausginge, noch lockert sie die Voraussetzungen zur Preisgabe der persönlichen Daten der Kunden wesentlich im Vergleich zur bestehenden Rechtslage. Die ISP können über den aktuellen Stand der Diskussionen demnach erleichtert sein, und auch die

²⁵⁸ Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Digital Britain (17 October 2008).

²⁵⁹ Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Digital Britain (January 2009).

²⁶⁰ C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España*. Vgl. *Hetherington*, Entertainment Law Review, 2008, 81 f., und *Kuner*, European Intellectual Property Review, 2008, 199 ff.

²⁶¹ *Massey*, Entertainment Law Review, 2008, 160 ff.

²⁶² *Andrews*, Ireland Gets France's Three-Strikes (29 January 2009).

teilweise geäußerten Befürchtungen, die ISP würden zu einer „Geheimpolizei der Industrie“²⁶³ oder zu einer „Urheberrechtspolizei“²⁶⁴ haben sich nicht bestätigt.

Hier zeigt sich jedoch gleichzeitig der Schwachpunkt des gegenwärtigen Vorschlags, der sich bezüglich des Problems der Durchsetzung und auch der denkbaren Sanktionen bei Nichtbeachtung der Warnbriefe in Schweigen hüllt. An dieser Stelle könnte die bereits erwähnte Rechteagentur ins Spiel kommen.

Es soll nicht vergessen werden, dass sich die unterbreiteten Vorschläge noch in Bearbeitung befinden und der veröffentlichte Regierungsbericht erst ein Zwischenbericht ist. Der endgültige Bericht soll im Sommer 2009 veröffentlicht werden.

Im Rahmen der politischen Debatte im UK um das Problem des illegalen Downloads spielte der Vorschlag einer Kulturflatrate keine Rolle. Verschiedentlich wurde aber auch ein solcher Lösungsansatz befürwortet, was im Folgenden dargestellt werden soll.

Vorangestellt sei jedoch angemerkt, dass der Begriff der „Content-Flatrate“ der Wortwahl der vorliegenden Studie entspricht. In der im UK geführten Debatte um dieses Thema wurde der Begriff hingegen nicht verwandt. Die dort gewählten Bezeichnungen entspringen Darstellungen US-amerikanischer Rechtsgelehrter und lauten etwa „alternative compensation system“, „non-commercial use levy“, „compulsory blanket license“ oder „voluntary blanket license“.²⁶⁵ Die Unterschiede in diesen Konzepten sind dabei nicht nur terminologischer, sondern auch inhaltlicher Natur. Jedoch lassen sie sich insgesamt unter den Oberbegriff der „Content-Flatrate“ zusammenfassen, der damit weit zu verstehen ist, als ein System, in dem der Nutzer eine pauschale Vergütung als Gegenleistung für die Möglichkeit des legalen Downloads digitaler Inhalte zahlt.

Zum Zeitpunkt der Vorbereitung des „Gowers-Berichts“ unterbreitet eine Vereinigung der Musikindustrie, die etwa 1.000 unabhängige Plattenfirmen und etwa 50.000 Songwriter repräsentierte, den Vorschlag, ISP, Mobilfunkunternehmen und Geräteherstellern eine Abgabe aufzuerlegen, ein „value recognition right“.²⁶⁶ Die British Phonogram Industry als wichtigster Repräsentant seitens der Musikindustrie war jedoch nicht beteiligt und eine Weiterentwicklung dieses Vorschlags scheint nicht stattgefunden zu haben.

Im August 2008 erschienen Meldungen, Virgin Media plane einen legalen P2P-Dienst.²⁶⁷ Im Ergebnis würde ein solches Modell die neu entstehenden, auf Mitgliedschaft basierenden Angebote einen Schritt vorwärts bringen. Virgin Media wolle hierfür mit der Playlouder MSP zusammenarbeiten. Solche Pläne würden Handlungen legalisieren, die zahlreiche Internet-Nutzer heute illegal vornehmen, und eine konstante Qualität garantieren. Es überrascht daher

²⁶³ Massey, Entertainment Law Review, 2008, 160 ff.

²⁶⁴ Edwards, Should ISPs be Compelled to Become Copyright Cops? (2009), mit einem besonderen Argumentationsschwerpunkt auf den Menschenrechten.

²⁶⁵ Eine Zusammenfassung der verschiedenen Modelle enthält Mehra, The iPod Tax und Zarsky, Denver University Law Review, 2006, 645 ff., beide mit vielen weiteren Verweisen.

²⁶⁶ OUT-LAW.COM, Music industry proposes “ISP tax” (13 July 2006).

²⁶⁷ Andrews, ISP’s New Music Service Will Pay Labels For “Illegal” Downloads (12 August 2008), Orlowski, The Register (26 June 2008).

nicht, dass eine kürzlich für die British Music Rights (repräsentiert Songwriter und Komponisten) durchgeführte Umfrage ergab, dass 80 % der Personen, die Downloads vornehmen, an einem legalen P2P-System interessiert sind.²⁶⁸ Auch die ISP könnten hiervon profitieren, indem sie sich nämlich von ihren Konkurrenten abheben würden. Für die Rechteinhaber gestaltet sich die Situation jedoch schwieriger. Einerseits hätten Sie zwar auf diese Weise die Möglichkeit, alle gegenwärtig illegal und fernab ihrer Kenntnis vorgenommenen Downloads zu Geld zu machen. Andererseits werden sie wohl zögern, einen Preis festzulegen, der nur sehr schwierig erhöht werden könnte. Herausgeber und Komponisten trifft die zusätzliche Sorge, dass die bestehende Aufteilung der Lizenzgebühren – so wie für die Offline-Medien etabliert – auch für die Online-Medien in Stein gemeißelt würden.²⁶⁹ Darüber hinaus kann niemand sagen, welche Konsequenzen dies für den Handel mit CDs und die traditionellen Online-Musikdienste hätte. Im Januar 2009 wurde berichtet, Virgin Media habe ihre Pläne diesbezüglich auf Eis gelegt.²⁷⁰

Jüngst erklärte die Regierung der Isle of Man, sie plane, das P2P-Filesharing zu legalisieren. Teilweise wurde berichtet, dies solle mittels einer verpflichtenden Lizenzgebühr erfolgen²⁷¹, die Details sind bisher jedoch noch nicht geklärt. Die Insel ist ein vom britischen Rechtssystem unabhängiges, selbständiges Territorium. Nichtsdestotrotz würde die Einführung des angekündigten Systems die Debatten im UK weiter anheizen.

5.3.1.2.1 Die „Erlaubnis-Seite“

Wie dargestellt existieren keine konkreten Pläne zur Einführung einer Kulturflatrate im UK. Der gegenwärtige Trend zur Bündelung des Breitbandzugangs mit Musikangeboten basiert auf freiwilligen Gebührensystemen, die Gegenstand der entsprechenden Vorschläge der Rechteinhaber sind.

5.3.1.2.2 Die „Vergütungs-Seite“

Es liegt nahe, die bestehenden gebündelten Breitband-/Musikangebote entsprechend den traditionellen Formen der kollektiven Rechteverwaltung zu organisieren, da sie auch in der Ausgestaltung ihrer Vergütungssysteme diesen entsprechen.

- Sonstige Einnahmequellen, etwa für Speichergeräte oder Trägermedien (als Entschädigung für private Kopien)

²⁶⁸ *Orlowski*, The Register (16 June 2008).

²⁶⁹ Da die Kosten für Herstellung, Vertrieb und Absatzförderung physischer Aufnahmen in der Vergangenheit sehr belastend waren, wurden die Lizenzgebühren sehr zu Gunsten der Plattenfirmen aufgeteilt. In der Onlinewelt – so wird argumentiert – seien diese Kosten niedriger. Eine Adaption der bestehenden Strukturen erachten die Texter und Komponisten daher als ungerecht. *Orlowski*, The Register (29 July 2008). Der Artikel ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da sich der Autor hinsichtlich der “compulsory licence” offenbar auf den einzelnen Breitbandteilnehmer bezieht. Dies steht im Widerspruch zum gängigen Sprachgebrauch der Urheberrechteverwaltung im Musiksektor, wo “compulsory licence” eine Lizenzgebühr meint, die vom Rechteinhaber gewährt werden muss.

²⁷⁰ *Orlowski*, The Register (23 January 2009).

²⁷¹ *Orlowski*, The Register (21 January 2009).

Anders als in vielen kontinentalen Rechtsordnungen, sieht das britische Urheberrecht derartige Abgaben nicht vor. Ein solches System setzt die Existenz einer Ausnahmeregelung zu Gunsten der Privatkopie voraus, die das britische Urheberrecht gerade nicht kennt.

- Berücksichtigung des Drei-Stufen-Tests

Der Drei-Stufen-Test stellt nur für solche Kulturflatrate-Systeme eine Hürde dar, die zwingende Lizenzgebühren vorsehen. Ernsthafte Vorschläge in dieser Richtung gab es im UK nicht. Die Vereinbarkeit eines solchen Systems mit dem Drei-Stufen-Test erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Eine präzise Analyse dessen findet sich bei Giuseppe Mazziotti.²⁷²

- Problematik des Art. 5 der Richtlinie 2001/21/EG

Hintergrund dieses Problems ist, dass Art. 5 Absatz 2 lit. (b) der Richtlinie möglicherweise eine Ausnahme für den Download im Rahmen der Privatkopie bieten kann, nicht jedoch für den Upload in diesem Zusammenhang.

Eine solche Ausnahmeregelung für den Upload ist jedenfalls nur unter den folgenden Voraussetzungen überhaupt erforderlich: (1) die Einführung eines verpflichtenden Gebührensystems und (2) dieses umfasst sowohl den Down- als auch den Upload. Beides wird im Rahmen des britischen Rechts nicht berührt.

5.3.2 Datenschutzrecht

5.3.2.1 Rechtlicher Hintergrund

Die für diesen Bereich relevanten Vorschriften finden sich im Datenschutzgesetz von 1988 und den Bestimmungen zu Datenschutz und elektronischer Kommunikation aus dem Jahre 2003, welche die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation umsetzt.²⁷³

5.3.2.2 Erhebung und Speicherung von Daten über die tatsächliche Nutzung

Die Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit der Überwachung des Internet-Nutzers zum Zwecke der angemessenen Verteilung der Vergütungen ergeben können, sind nicht im Detail angesprochen worden. Die Pläne von Virgin Media sahen vor, Aufzeichnungen über die vorgenommenen Downloads in anonymisierter Form zu machen. Datenschutzrechtliche Bedenken wurden eher im Kontext der Herausgabe von Kundendaten durch die ISP an Rechteinhaber zum Zwecke der Rechtsverfolgung diskutiert.

²⁷² Mazziotti, 2008, Absatz 8.3.3.2. Der Drei-Stufen-Test sowie seine Anwendung auf verpflichtende Lizenzgebühren wird auch ausführlich behandelt bei: *Ficsor*, in: Gervais 2006, 37 ff.

²⁷³ Eine ausführlichere Analyse findet sich bei *Lloyd* 2008, Kapitel 7 und *Walden*, in: Reed/Angel 2007, Kapitel 10.

5.4 Zusammenfassung der Ansätze in anderen EU-Mitgliedstaaten

Der Blick in die hier ausgewählten Staaten zeigt Gemeinsamkeiten bezüglich der Problematik und auch der unterbreiteten Lösungsansätze. Gemeinsam ist ihnen zunächst die Erkenntnis, dass die widerstreitenden Interessen insbesondere der Rechteinhaber und der Nutzer in ein ausgewogenes und gerechtes Verhältnis zueinander zu bringen sind, um die bestehende, für die Beteiligten unbefriedigende Situation zu verbessern. Auch die sich in diesem Zusammenhang ergebenden strittigen Themen sind ähnlich, so etwa der Grad der verpflichtenden Einbeziehung der Internetdiensteanbieter oder auch die Aspekte des Datenschutzes. Hier zeigen sich Übereinstimmungen mit den in Deutschland diskutierten Problemen. Gemeinsam ist den Staaten aber auch die Tatsache, dass es bisher keine gesetzlichen oder selbstverpflichtenden Lösungen gibt. Auch wenn sich die Diskussionen in ihren Einzelheiten und bezüglich des erreichten Diskussionsstandes unterscheiden, so scheint die Idee der Kulturflatrate, oder damit vergleichbarer Systeme, bisher nicht mehrheitsfähig zu sein, sondern in erster Linie von einzelnen Interessenvertretern oder Lehrmeinungen befürwortet zu werden.

6 Ausgestaltungsmodalitäten

Die Kulturflatrate soll ausschließlich nichtkommerzielle Vervielfältigungsvorgänge legalisieren, die über das Internet vorgenommen werden. Die kommerziellen Anbieter von Downloadangeboten für Musik (zum Beispiel iTunes, Napster) oder Filme (Maxdome), die bereits jetzt legal agieren, weil sie über entsprechende Lizenzen verfügen, wären von der gesetzlichen Neuregelung nicht unmittelbar betroffen. Es ist aber davon auszugehen, dass diese Geschäftsmodelle mit erheblichen Umsatzeinbußen zu rechnen haben. Die Anbieter derartiger Angebote müssen einen Mehrwert gegenüber den kostenlosen und dann auch legalen Angeboten aus P2P-Tauschbörsen bieten.²⁷⁴ Diese Mehrwerte könnten in der besseren Qualität, höherer Geschwindigkeit, ständiger Verfügbarkeit und Sicherheit der angebotenen Werkstücke liegen. Diese Vorteile können von P2P-Tauschbörsen nicht garantiert werden, weil sie von den Nutzern abhängen und deshalb nicht vorhersagbar sind. Professionelle Anbieter können diese Schwachstellen der P2P-Tauschbörsen ausnutzen und entsprechend Mehrwert- oder Premium-Angebote vermarkten. Bei einer realistischen Preisgestaltung ist davon auszugehen, dass die Angebote dann auch trotz der Einführung einer Kulturflatrate genutzt werden.²⁷⁵

Fraglich ist die rechtliche Regelung der Koexistenz von Kulturflatrate und Premium-Angeboten. Da es sich bei den Premium-Angeboten um kommerzielle Angebote handelt, entfällt für die Betreiber durch die Einführung der Kulturflatrate nicht die Notwendigkeit, Lizenzen einzuholen. Die Nutzungsbedingungen der Online-Angebote können die Betreiber ebenso wie bisher mit ihren Nutzern aushandeln. Allerdings kann die nicht-kommerzielle Weitergabe über das Internet den Nutzern nicht effektiv verboten werden, da durch die Kulturflatrate eine gesetzliche Lizenz besteht, die dies erlaubt.

²⁷⁴ S. dazu auch oben unter Kap. 3.1.2.

²⁷⁵ Die überhöhten, weil hard-copy orientierten, Preise z.B. des iTunes Store von -,99 € pro Song kritisiert Blocher, zitiert nach Löwe/Schnabel, in: Roßnagel 2009, 106. Blocher, in: Roßnagel 2009, 49, weist außerdem darauf hin, dass es 20.000,- € kosten würde, einen 80 Gigabyte iPod vollständig mit legal bei Apple erworbenen Musikstücken zu bespielen.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass den Betreibern von Premium-Angeboten hierdurch keine Nachteile entstehen. Wenn ein Nutzer Werkstücke in digitaler Form bei einem Premium-Angebot erwirbt und diese dann in einer P2P-Tauschbörse anbietet, so bestehen wieder die üblichen Nachteile im Hinblick auf Geschwindigkeit und Verfügbarkeit. Gleiches gilt für die Datensicherheit. Hingegen wird es ein Qualitätsmerkmal der im Rahmen des Premium-Angebots verkauften Werkstücke sein, dass sie frei von Schadsoftware sind. Bei einer Weitergabe über eine P2P-Tauschbörse ist dies nicht gewährleistet. Auch in dieser Hinsicht bleiben also die Vorteile der Premium-Angebote bestehen.

Gegenstand der Ausgestaltungsmodalitäten ist auch die Entscheidung, auf welchem Weg die Künstler schließlich ihre Vergütung erhalten. Wird das bekannte Modell der Verwertungsgesellschaft auch für die Kulturflatrate übernommen, gehört zu ihren Aufgaben auch die Ausschüttung der von den Access-Providern abgeführten Beträge an die Künstler. Es ist darüber zu entscheiden, ob für die Einführung einer Kulturflatrate eine neue Verwertungsgesellschaft erforderlich ist. Bei dieser Entscheidung sollten vor allem die Wirtschaftlichkeit berücksichtigt werden. Es wird häufig kritisiert, dass die Verwertungsgesellschaften einen nicht unerheblichen Teil der Einnahmen für den eigenen bürokratischen Aufwand verbrauchen. Bei der GEMA lag der Kostensatz in den letzten Jahren bei rund 14% der Einnahmen.²⁷⁶ Obwohl dies Aufwendungen von rund 120 Millionen € pro Jahr entspricht, wird auch in diesem Zusammenhang nicht die grundsätzliche Notwendigkeit der Existenz der GEMA aus rechtlichen Gründen bezweifelt. Die Verwertungsgesellschaften haben auf jeden Fall den Vorteil, dass sie aufgrund des fehlenden wirtschaftlichen Eigeninteresses Garant für das Bemühen um eine gerechte und Kultur fördernde Verteilung der Gelder sind. Daher werden ihnen nicht nur die Urheber und Rechteinhaber, sondern auch die Flatratennutzer und letztlich die Gesellschaft ihr Vertrauen entgegenbringen.

7 Fazit

Die Einführung einer Kulturflatrate setzt eine Änderung des geltenden Urheberrechts voraus. Sie verstößt nicht gegen Grundrechte der Schöpfer, sondern sorgt vielmehr dafür, dass diese einen angemessenen Ausgleich für die Vervielfältigung ihrer Werke erhalten. Auch die Rechte der Betreiber von Downloadportalen und die Rechte von Internet-Nutzern, die keine geschützten Werke nutzen, aber trotzdem ein Entgelt entrichten müssen, werden nicht verletzt. Soweit überhaupt in deren Rechte eingegriffen wird, sind diese Eingriffe durch die Zwecke, die die Einführung einer Kulturflatrate verfolgt, gerechtfertigt. Zu diesen Zwecken gehören die Neuordnung des Kulturmarktes und eine Anpassung an die technischen Möglichkeiten des 21ten Jahrhunderts. Hinzu kommen eine Entkriminalisierung der Nutzer von Tauschbörsen, die dringend notwendige Entlastung von Ermittlungsbehörden, Gerichten und Telekommunikationsunternehmen und der bessere Schutz der informationellen Selbstbestimmung und des Fernmeldegeheimnisses von Internet-Nutzern.

Auf europäischer Ebene verlangt die Einführung einer Kulturflatrate die Anpassung der Info-Richtlinie. Eine solche Anpassung ist aber zulässig, da die Kulturflatrate den Drei-Stufen-Test besteht. DRM-Maßnahmen, die sich insgesamt als verbraucherunfreundlich und ineffektiv erwiesen haben, wären dann weitgehend entbehrlich. Erforderlich wäre die Einrichtung einer

²⁷⁶ GEMA 2008, 52.

Verwertungsgesellschaft, die die Einnahmen aus der Kulturflatrate auf die Urheber verteilt, deren Werke online vervielfältigt wurden. Die Erhebung dieser Daten ist anonym und daher datenschutzfreundlich möglich.

Die gesetzliche Einführung der Kulturflatrate erfordert somit zwar sowohl Änderungen des nationalen als auch des europäischen Rechts, sie ist aber nicht weniger als die logische Konsequenz der technologischen Revolution, die durch das Internet erfolgt ist.²⁷⁷

²⁷⁷ Ebenso *Flehsig*, bekk-blog v. 12.8.2008.

Literaturverzeichnis

Akester, P., Copyright and the P2P challenge (2005) 27 European Intellectual Property Review, 106 – 112.

Andrews, R., Ireland Gets France's Three-Strikes; Eircom Will Boot Persistent File-Sharers, paidContent:UK (29 January 2009), abrufbar unter <http://www.paidcontent.co.uk/entry/419-ireland-gets-frances-three-strikes-eircom-will-boot-persistent-file-sha/>.

Bäcker, K., Starkes Recht und schwache Durchsetzung, ZUM 2008, 391 – 396.

Barta, J. / Markiewicz, R., Od „wolnego“ oprogramowania do „wolnych“ utworów, Rzeczpospolita 14.12.2006.

Barta, J. / Markiewicz, R., Prawo autorskie i prawa pokrewne. Wprowadzenie, Warszawa 2007.

Barta, J. / Markiewicz, R., Prawo autorskie, Warszawa 2008.

Bently, L. / Sherman, B., Intellectual Property Law, 3. Aufl. Oxford 2009.

Bernaut, C. / Lebouis, C., Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property – A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet, 2006, abrufbar unter http://www.privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acs_Nantes.pdf.

Bizer, J., Datenschutzgerechte Rechteverwaltung, in: Roßnagel, A., Digitale Rechtsverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 34, Saabrücken 2008, 91 – 104.

Blakeney, S., Peer-to-peer file sharing under assault (2006) 12 Computer and Telecommunications Law Review, 55 – 57.

Blocher, W., Digitale Rechteverwaltung als Rechtssystem, in: Roßnagel, A., Digitale Rechtsverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 34, Saabrücken 2008, 39 – 50.

Boothroyd, R., Licensing digital content: opportunities and risks (2007) 18(10) Practical Law Companies, 49-56.

Braun, T., „Filesharing“-Netze und deutscher Urheberrecht – Zugleich eine Entgegnung auf Kreutzer, GRUR 2001, 193 ff. und 307 ff., GRUR 2001, 1106 – 1111.

Bundesministerium des Justiz (BMJ), Diskussion zum Thema: Urheberrecht – Zweiter Korb, 16.3.2004, abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/enid/0,c1b2c85f7472636964092d0935323933/Archiv/ss6__Maerz_2__4_-_Urheberrecht_-_Zweiter_Korb_m1.html.

Bundesministerium des Justiz (BMJ), 2009 – Europäisches Jahr der Kreativität und Innovation, Pressemitteilung vom 29.12.2008, abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/enid/0,24176c706d635f6964092d0935363330093a0979656172092d>

0932303038093a096d6f6e7468092d093132093a095f7472636964092d0935363330/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft, Brennerstudie 2007, 6.3.2008, abrufbar unter http://www.musikindustrie.de/uploads/media/ms_branchendaten_brennerstudie_2007_03.pdf.

Bundesverband Musikindustrie, Musikindustrie fordert mehr Verantwortung der Provider bei Internetpiraterie, Pressemitteilung vom 13.3.2008, abrufbar unter http://www.musikindustrie.de/fileadmin/news/politik/downloads/080313_BVMI_JPK08_Politik_FINAL.pdf.

Bundesverband Musikindustrie, Offener Brief zum Tag des Geistigen Eigentums, 25.4.2008, abrufbar unter http://www.musikindustrie.de/fileadmin/news/politik/downloads/080425_offener_brief_deutsch.pdf.

Chwalba, J., Korzystanie z programów peer-to-peer a dozwolony użytek prywatny w prawie autorskim, ZNUJ PPWI, 2 (102) 2008, S.50.

Copyswede, Annual Report 2007, abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/kk2RBBBB.pdf>.

Copyswede, Private Copying Levy in Sweden 2007 Collection and Distribution, abrufbar unter <http://www.copyswede.se/files/briySV4p.pdf>.

Czychowski, C., Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsp Providern „vor“ dem 2. Korb und „nach“ der Enforcement-Richtlinie der EU, MMR 2004, 514 – 519.

Czychowski, C. / Nordemann, J. B., Vorratsdaten und Urheberrecht – Zulässige Nutzung gespeicherter Daten, NJW 2008, 3095 – 3099.

Davies, N. / Pryor, G. / Keane, A., Peer-to-peer case developments (2006) 17 Entertainment Law Review, 25-29.

Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, Consultation on Legislative Options to Address Illicit Peer-to-Peer (P2P) File-Sharing (London July 2008), abrufbar unter <http://www.berr.gov.uk/files/file47139.pdf>.

Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, Government Response – Consultation on Legislative Options to Address Illicit Peer-to-Peer (P2P) File-Sharing (London 29 January 2009), abrufbar unter <http://www.berr.gov.uk/files/file49907.pdf>.

Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Digital Britain – The Interim Report (January 2009), abrufbar unter http://www.culture.gov.uk/images/publications/digital_britain_interimreportjan09.pdf.

Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, ‘Digital Britain – the future of communications’ Press Release (17 October 2008), abrufbar unter http://www.culture.gov.uk/reference_library/media_releases/5548.aspx.

Deutschlandradio Kultur, Die Kulturflattrate als letzter Ausweg für Musikindustrie und Kreativwirtschaft?, 21.02.09 – 16:46 Uhr, als .mp3 abrufbar unter http://ondemand-mp3.dradio.de/file/dradio/2009/02/21/drk_20090221_1407_afc170ee.mp3.

Dreier, H., Schrankenbestimmungen, in: Schricker, G. (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997.

Dreier, H., Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl., Band 1, Tübingen 2004.

Dreier, H., Grundgesetz – Kommentar, 2. Aufl., Band 2, Tübingen 2006.

Dreier, T. / Schulze, G., Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008.

Edwards, L., Should ISPs be Compelled to Become Copyright Cops? (2009), abrufbar unter <http://www.scl.org/editorial.asp?i=2024>

Ermer, M., Musikindustrie: Privatkopie am besten ganz abschaffen, heise online vom 5.5.2006, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/72755>.

Ficsor, M., Collective Management of Copyright and Related Rights in the Digital, Networked Environment: Voluntary, Presumption-Based, Extended, Mandatory, Possible, Inevitable? in *Gervais, D.* (ed.), Collective Management of Copyright and Related Rights (Alphen aan den Rijn 2006), 37-83.

Flechsig, N., Rechtsmäßige private Vervielfältigung und gesetzlichen Nutzungsgrenzen, GRUR 1993, 532 – 538.

Flechsig, N., Kulturflatrate im Internet – zur Rettung des Urheberrechts, beck-blog vom 12.8.2008, abrufbar unter <http://www.blog.beck.de/2008/08/12/flechsig-und-die-flatrate/>.

Fromm, F. K. / Nordemann, W., Urheberrecht, 10. Aufl., Stuttgart u.a. 2008.

Gallach, C., Mit der Boeing zur Party, Kultur SPIEGEL 9/2008 vom 25.08.2008, 16, online abrufbar unter <http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/dokument-druck.html?id=59423442&top=SPIEGEL>.

Garnett, K. / Davies, G. / Harbottle, G., Copinger and Skone James on Copyright, 15. Aufl. London 2005.

Gebhardt, G., Sieben Argumente gegen eine Kulturflatrate, Spon.de vom 6.9.2004, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,316837,00.html>.

v. Gehlen, D., Downloaden bleibt verboten, wird aber nicht mehr bestraft, Interview mit Oberstaatsanwalt Axel Stahl, Pressesprecher der Generalstaatsanwaltschaft Düsseldorf, jetzt.de vom 11.8.2008, abrufbar unter <http://jetzt.sueddeutsche.de/texte/anzeigen/443326>.

Geiger, C. / Griffiths, J. / Hilty, R. M., Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int 2008, 822-825. *Gercke, M.*, Sind Raubkopierer „Verbrecher“? – Die strafrechtliche Bewertung der Tauschbörsennutzung, JA 2009, 90 – 95.

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), Jahrbuch 2007/2008, abrufbar unter http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/presse/Publikationen/Jahrbuecher/Jahrbuch_07_08/gema_jahrbuch_2007-08.pdf.

Goldmann, B. / Liepe, A., Vertrieb von kopiergeschützten Audio-CDs in Deutschland – Urheberrechtliche, kaufrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte, ZUM 2002, 362 – 375.

Gollmitzer, M., Debatte um Chart-Manipulation, Spon.de vom 13.4.2005, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,351164,00.html>.

Gowers, A., Gowers Review of Intellectual Property (Norwich 2006), abrufbar unter http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr06_gowers_report_755.pdf.

Grassmuck, V., Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, 104 – 109.

Grimm, R., Digitale Rechteverwaltung als Techniksystem, Roßnagel, A., Digitale Rechtsverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 34, Saarbrücken 2008, 27 – 38.

Hansen, M., DRM-Desaster: Das Sony BMG-Rootkit, DuD 2006, 95 – 97.

Haque, H., Is the time ripe for another exclusive right? A proposal (2008) 30 European Intellectual Property Review, 371-378.

Haustein-Tessmer, O., Brennerstudie 2007 – Die Musikindustrie und ihre gebrannten Kunden, Welt.de vom 26.4.2007, abrufbar unter http://www.welt.de/webwelt/article835606/Die_Musikindustrie_und_ihre_gebrannten_Kunden.html.

Heckmann, D., Internetrecht – Praxiskommentar, Saarbrücken 2007.

Helmer, S. / Davies, I., File-sharing and downloading: goldmine or minefield? (2008) 4 Journal of Intellectual Property Law & Practice, 51-56.

Hetherington, L., Peer-to-peer file sharing – ISPs and disclosure of user identities (2008) 19 Entertainment Law Review, 81-82.

Hillebrand, N., Flatrate für digitale Kulturgüter, ZDF.de vom 19.12.2008, abrufbar unter <http://elektrischerreporter.zdf.de/ZDFde/inhalt/14/0,1872,7489774,00.html>.

Hoeren, T., „Es gibt kein geistiges Eigentum“, Interview mit M. Hauck, Süddeutsche.de vom 7.5.2008, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/computer/artikel/842/173328/>.

Hoeren, T., Vorratsdaten und Urheberrecht – Keine Nutzung gespeicherter Daten, NJW 2008, 3099 – 3102.

Hoeren, T., Worüber ich mich ärgere: Der offene Brief der Musikindustrie, beck-blog vom 29.4.2008, abrufbar unter <http://www.blog.beck.de/2008/04/29/woruber-ich-mich-argere-offener-brief-der-musikindustrie/>.

Hoffmann, J., Die Auslegung des Begriffs der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage“ in § 53 Abs. 1 UrhG, WRP 2006, 55 – 61.

Hornung, G., Ein neues Grundrecht, CR 2008, 299 – 306.

Howe, J., BigChampagne is watching you, Wired.com vom Oktober 2003, abrufbar unter <http://www.wired.com/wired/archive/11.10/filesare.html>.

Hülsbömer, S., Die 25 größten Flops der IT-Geschichte, Computerwoche vom 9.2.2009, abrufbar unter <http://www.computerwoche.de/1886028/>.

International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Digital Music Report 2009, 16.1.2009, abrufbar unter <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2009.pdf>.

Initiative privatkopie.net, Kulturflatrate ist machbar!, Offener Brief an Bundesjustizministerin Zypries und an die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, vom 26.4.2006, abrufbar unter http://www.privatkopie.net/files/Feasibility-Study_Offener-Brief.pdf.

James, S., The times they are a-changin': copyright theft, music distribution and keeping the pirates at bay (2008) 19 Entertainment Law Review, 106-108.

Jandt, S., Vertrauen im Mobile Commerce – Vorschläge für die rechtsverträgliche Gestaltung von Location Based Services, Baden-Baden 2008.

Jaeger, T. / Metzger, A., Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431 – 438.

Johnson, B., Why aren't ebooks taking off? Not enough pirates, Guardian Technology Blog vom 9.2.2009, abrufbar unter <http://www.guardian.co.uk/technology/blog/2009/feb/09/kindle-ipod-books-piracy>.

Jüngel, M. / Geißler, T., Der neue Auskunftsanspruch aus § 101 UrhG unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung, MMR 2008, 787 – 792.

Kommittédirektiv, Översyn av vissa frågor om upphovsrätt 2008, abrufbar unter http://www.sou.gov.se/kommittedirektiv/2008/dir2008_37.pdf.

Kuner, C., Data protection and rights protection on the Internet: the Promusicae judgment of the European Court of Justice (2008) 30 European Intellectual Property Review, 199-202.

Krempl, S., Urhebervertretungen gegen Filesharing-Kulturflatrate, heise-online vom 13.11.2007, abrufbar unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/98905>.

Krüger, A., Flatrate für Filesharing?, Telepolis vom 22.6.2004, abrufbar unter <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/17/17717/1.html>.

Laddie, H., et al, The Modern Law of Copyright and Designs (vol II 3rd ed London et al 2000).

Larusson, H. K., Uncertainty in the scope of copyright: the case of illegal file-sharing in the UK (2009) 31 European Intellectual Property Review, 124-134.

Leonhard, G., Hold on, I'm coming: the digital music flat rate is imminent (29 December 2008), abrufbar unter <http://www.mediafuturist.com/2008/12/hold-on-im-comi.html>.

Lloyd, I. J., Information Technology Law, 5. Aufl. Oxford 2008.

Lessig, L., Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy, New York u.a. 2008.

v. *Lewinski, S.*, Mandatory collective administration of exclusive rights – A case study on its compatibility with international and EC copyright law, UNESCO e-Copyright Bulletin, No.1, 2004, abrufbar unter http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=19552&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

Lischka, K. / Kremp, M., Apple beerdigt den Kopierschutz, Spon.de vom 6.1.2009, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,599833-2,00.html>.

Lischka, K., Musikindustrie zwingt Provider Web-Filter auf, Spon.de vom 5.2.2008, abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,533216,00.html>.

Löwe, J. / Schnabel, C., Diskussionsbericht zur Veranstaltung „Digitale Rechteverwaltung“ am 4./5.5.2006 in Stuttgart zum Themenkomplex „Digitale Rechteverwaltung – Fairer Ausgleich aller Interessen?“, in: Roßnagel, A. (Hrsg.), Digitale Rechteverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 34, Saabrücken 2008, 71 – 74.

von Mangoldt, H. / Klein, F. / Starck, C. (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 5. Aufl., München 2005.

Massey, R., Independent service providers or industry’s secret police? The role of the ISPs in relation to users infringing copyright (2008) 19 Entertainment Law Review, 160-162.

Mazziotti, G., EU Digital Copyright Law and the End-User (Berlin und Heidelberg 2008).

Mehra, S., The iPod Tax: Why the Digital Copyright System of American Law Professors’ Dreams Failed in Japan, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2007-27, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1010246>.

Merholz, A., Gorny fordert Internet-Verbot für Raubkopierer, Welt.de vom 8.10.2008, abrufbar unter <http://www.welt.de/webwelt/article2546784/Gorny-fordert-Internet-Verbot-fuer-Raubkopierer.html>.

Möhring, P. / Nicolini, K., Urheberrechtsgesetz – Kommentar, 2. Aufl., München 2000.

Moldenhauer, O., Kultur-Flatrate statt Knast, Spon.de vom 22.7.2004 abrufbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,309768,00.html>.

O’Shea, T., BERR Consultation on legislative options to address illicit P2P file sharing (2009) 20 Entertainment Law Review, 30-33.

Orlowski, A., 80% want legal P2P – survey, The Register (16 June 2008), abrufbar unter http://www.theregister.co.uk/2008/06/16/bmr_music_survey/.

Orlowski, A., Legal, British P2P “by the end of the year” – ISP-music talks get serious, The Register (26 June 2008), abrufbar unter http://www.theregister.co.uk/2008/06/26/music_service_provider_talks/.

Orlowski, A., Manx P2P for “one Euro a year”?, The Register (21 January 2009), abrufbar unter http://www.theregister.co.uk/2009/01/21/manx_p2p_one_euro_a_year/.

Orlowski, A., 'Virgin puts "legal P2P" plans on ice – Historic deal consigned to history', The Register (23 January 2009), abrufbar unter http://www.theregister.co.uk/2009/01/23/virgin_puts_legal_p2p_on_ice/.

Orlowski, A., Who wants a music tax? This blanket is no comfort, The Register (29 July 2008), abrufbar unter http://www.theregister.co.uk/2008/07/29/who_wants_a_music_tax/.

OUT-LAW.COM, Music industry proposes "ISP tax" (13 July 2006), abrufbar unter <http://out-law.com/default.aspx?page=7104>.

Pfanner, E., Isle of Man Plans Unlimited Music Downloads, New York Times vom 26.1.2009, abrufbar unter <http://www.nytimes.com/2009/01/26/business/worldbusiness/26music.html>

Piasentin, R. C., Unlawful? Innovative? Unstoppable? A comparative analysis of the potential legal liability facing P2P end-users in the United States, United Kingdom and Canada (2006) 14 International Journal of Law & Information Technology, 195-241.

Pieroth, B. / Schlink, B., Staatsrecht II – Grundrechte, 22. Aufl., Heidelberg 2006.

Piesiewicz, P.F., Utwór muzyczny i jego twórca, Warschau 2009.

Preussner-Zamorska, J., System prawa prywatnego. Tom 13. Prawo autorskie, (ed. Barta, J.), Warschau 2007.

Reed, C. / Angel, J. (Hrsg.), Computer Law – The Law and Regulation of Information Technology, 6. Aufl. Oxford 2007.

Rehbinder, M., Urheberrecht, 15. Aufl., München 2008.

Röhl, C. / Bosch, A., Musiktäuschbörsen im Internet – Eine rechtliche Bewertung aus aktuellem Anlass, MJW 2008, 1415 – 1420.

Rösler, H., Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte, GRUR Int 20005, 991 – 997.

Rösler, H., Haftung von Medientäuschbörsen und ihrer Nutzer in Nordamerika, Australien und Europa, MMR 2006, 503 – 511.

Roßnagel, A. / Schnabel, C., Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, 3534 – 3538.

Roßnagel, A. / Wedde, P. / Hammer, V. / Pordesch, U., Die Verletzlichkeit der 'Informationsgesellschaft', 2. Aufl., Opladen 1990.

Runge, P., Die Vereinbarkeit einer Kulturflatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int 2007, 130 – 137.

Schack, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Tübingen 2007.

Schapiro, L., Die neuen Musiktäuschbörsen unter „Freunden“ – Ein legaler Weg zum Austausch von Musikdaten?, ZUM 2008, 273 – 282.

Scheuermann, A., Der Begriff der Veranstaltung in § 52 Abs 1 Satz 3 UrhG, ZUM 1990, 71 – 73.

Schnabel, C., Böse Zensur, guter Filter? Urheberrechtliche Filterpflichten für Access-Provider, MMR 2008, 281 – 286, abrufbar unter http://www.uni-kassel.de/fb7/provet/schnabel/mmr_2008_05_281-286_zensur.pdf.

Schricker, G., Urheberrecht – Kommentar, 3. Aufl., München 2006.

Senfleben, M., Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentest, GRUR Int 2004, 200 – 211.

Skubikowski, J., Abonament na sciaganie z internetu, Gazeta Wyborcza 05.01.2006, abrufbar unter <http://serwisy.gazeta.pl/kultura/1,34169,3097009.html>

Solmecke, C., Rechtliche Beurteilung der Nutzung von Tauschbörsen, K&R 2007, 138 – 143, abrufbar unter <http://www.wbe-law.de/news/wp-content/uploads/2007/03/solmecke-kr-3-2007-s-138-143.pdf>.

Solmecke, C., Filesharing: Technische Hintergründe der Rückverfolgung und Abmahnpraxis, in: Taeger, J. / Wiebe, A. (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Informationstechnologierecht – Von AdWords bis Social Networks, Oldenburg 2008.

STIM, Distribution Rules 2005, abrufbar unter [http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/wwwpages/B40B7B881E6E641CC1257179006B3C05/\\$File/Distribution%20rules.pdf](http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/wwwpages/B40B7B881E6E641CC1257179006B3C05/$File/Distribution%20rules.pdf).

STIM, How downloading could be made legal, abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/alldocuments/1D66451CBE1B0F81C12573F4002E1CCC>.

STIM, Licensing terms, abrufbar unter <http://www.stim.se/stim/prod/stimv4eng.nsf/AllDocuments/8FA832ED6662F2C5C12572E90045E0FA>.

Strüber, M., Illegales Filesharing – „Nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen“, Interview mit Oberstaatsanwältin Vera Junker, Generalstaatsanwaltschaft Berlin, Süddeutsche.de vom 31.7.2008, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/computer/926/303905/text/>.

Sumroy, R. / Ryburn, A., Copyright liability on the internet – Issues for service providers' risks (2007) 18(11) Practical Law Companies, 45-53.

Świerczyński, M., Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym, in: Prawo internetu, (ed. Podrecki, P.) Warschau 2004, S.358.

Traple, E., Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz (ed. Barta, J. / Czajkowska-Dąbrowska, M. / Cwiąkalski, Z. / Markiewicz, R. / Traple, E.) Zakamycze 2005, S.309.

Trautmann, A., Zu Beseitigungsansprüchen betreffend SonyBMGs Rootkit-Kopierschutzsoftware, law-blog.de vom 3.11.2005, abrufbar unter <http://www.law-blog.de/213/zu-beseitigungsanspruchen-betreffend-sonybmgs-rootkit-kopierschutzsoftware>.

UK Intellectual Property Office, Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property – Proposed Changes to Copyright Exceptions (Newport 2008), abrufbar unter <http://www.ipo.gov.uk/consult-copyrightexceptions.pdf>.

UK Intellectual Property Office, Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property – Brief Summary of Responses (Newport 2008), abrufbar unter <http://www.ipo.gov.uk/response-copyrightexception.pdf>.

Ulmer, C., Rechteverwaltung zwischen Effektivität und Datenschutz, in: Roßnagel, A., Digitale Rechtsverwaltung – Eine gelungene Allianz von Recht und Technik?, Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht, Bd. 34, Saabrücken 2008, 75 – 90.

Ulmer, E., Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Berlin u.a. 1980.

Waglowski, P., Prawo w sieci – zarys regulacji Internetu, Gliwice 2005.

Wandtke, A.-A. / Bullinger, W., Praxiskommentar zum Urheberrecht, München 2009.

Winsemann, B., Deutsche Tauschbörsennutzer gehen in die Offensive, Telepolis vom 21.2.2005, abrufbar unter <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/17/17717/1.html>.

Wolter, H. T., Rechtliche Betrachtung von Digital Rights Management in Peer-to-Peer-Netzwerken, JurPC Web-Dok. 160/2008, Abs. 1 – 125, abrufbar unter <http://www.jurpc.de/aufsatz/20080160.htm>.

Zarsky, T. Z., Assessing Alternative Compensation Models for Online Content Consumption (2006) 84 Denver University Law Review, 645-719.

Zschunke, P., „Das wäre dann die digitale Todesstrafe“, NeuePresse.de vom 6.1.2009, abrufbar unter <http://www.neuepresse.de/newsroom/lifestyle/dezentral/lifestyle/art19626,773411>.

Züger, S., Legal tauschen per Kulturflatrate?, WDR.de vom 28.11.2008, abrufbar unter <http://www.wdr.de/themen/kultur/netzkultur/kulturflatrate/index.jhtml>.