

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

4

Band 8
2016

Hans-Jürgen Papier

Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Patentschutz 431–446

Karl-Heinz Ladeur

Kunstfreiheit und geistiges Eigentum in digitalen Netzwerken.
Zur Entscheidung des BVerfG v. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13 447–461

Alexis von Kruedener

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
zu „Metall auf Metall“ 462–481

Franz Hofmann

Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht?
Zugleich Gedanken zu einem *more technological approach* 482–512

Tim W. Dornis/Thomas Wein

Imitationsbehauptung und Rufausnutzung in vergleichender
Werbung. Eine rechtsvergleichend-ökonomische Analyse
des Spannungsfeldes zwischen Eigentum und Markt-
kommunikation 513–558

Biographie

Margrit Seckelmann

Arnold Seligsohn (1854–1939) 559–564

Neue Bücher

Katja Brzezinski: Das Vorbenutzungsrecht
(*Rudolf Kraßer*) 565–568

Marcel Bisges: Die kleine Münze im Urheberrecht
(*Ulrich Loewenheim*) 568–572



Mohr Siebeck

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Herausgegeben von Michael Grünberger, Diethelm Klippel,
Karl-Nikolaus Peifer und Herbert Zech

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht, 95440 Bayreuth, michael.gruenberger@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Diethelm Klippel*, Universität Bayreuth, Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte, 95440 Bayreuth, diethelm.klippel@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer*, Universität Köln, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, kpeifer@uni-koeln.de
- Prof. Dr. *Herbert Zech*, Professor für Life Sciences- und Immaterialgüterrecht, Juristische Fakultät der Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, CH-4002 Basel, herbert.zech@unibas.ch

Übertragung der Rechte: Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Publikation in gedruckter und elektronischer Form. Weitere Informationen dazu und zu den beim Autor verbleibenden Rechten finden Sie unter www.mohr.de/zge

Ohne Erlaubnis des Verlags ist eine Vervielfältigung oder Verbreitung der ganzen Zeitschrift oder von Teilen daraus in gedruckter oder elektronischer Form nicht gestattet. Bitte wenden Sie sich an rights@mohr.de

Richtlinien für Manuskripte für die ZGE finden Sie unter www.mohr.de/zge

Erscheinungsweise: Bandweise, pro Jahr erscheint ein Band zu 4 Heften mit je etwa 130 Seiten.

Online-Volltext: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext enthalten. Institutionen mit mehr als 20.000 Nutzern bitten wir um Einholung eines Preisangebots direkt beim Verlag. Kontakt: elke.brixner@mohr.de. Um den Online-Zugang für Institutionen/Bibliotheken einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/institutional. Um den Online-Zugang für Privatpersonen einzurichten, gehen Sie bitte zur Seite: www.ingentaconnect.com/register/personal.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen.

Vertrieb: erfolgt über den Buchhandel.

© 2016 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG Tübingen

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany.

Satz: Martin Fischer, Tübingen; *Druck:* Gulde-Druck, Tübingen

Diesem Heft liegen zwei Prospekte unseres Verlags bei.

ISSN 1867-237X

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages.

Franz Hofmann*

Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht?

Zugleich Gedanken zu einem *more technological approach*

Der Beitrag untersucht das Verhältnis von Technik und Urheberrecht. Den Kernbestimmungen des Urheberrechts kommt im Grundsatz nicht die Aufgabe zu, Technik zu steuern; das klassische Urheberrecht ist kein Teil des Technikrechts. Unabhängig davon sind technische Vorgänge bei der Anwendung des Urheberrechts von hoher Relevanz. Der Rechtsanwender muss für die technischen Zusammenhänge und Möglichkeiten sensibilisiert sein. Das Primat des Rechts gilt gleichwohl uneingeschränkt. In diesem Sinne kommt einem urheberrechtlichen Grundsatz der Technikneutralität im Rahmen der Rechtsanwendung eine negative Funktion zu: er mahnt, dass nicht die konkrete technische Ausgestaltung über urheberrechtliche Ansprüche entscheiden darf. Als positives Referenzmodell für Streitfälle kann stattdessen der Dreiklang aus urheberrechtlichem Beteiligungsgrundsatz, dem Gedanken der Freiheit der Nutzersphäre vor direkten Ansprüchen insbesondere aus Gründen der Praktikabilität und der Vergütungspflichtigkeit von Werkvermittlungshandlungen dienen. Indem der Beitrag die Rolle der Technik im Urheberrecht behandelt, setzt er sich zugleich mit der Idee eines *more technological approach*, wie er zuletzt in der Literatur vorgeschlagen wurde (Grünberger/Podszun, ZGE/IPJ 2014, 269), kritisch auseinander.

I. Einleitung

Wenngleich man das klassische Urheberrecht nicht zum Technikrecht im Sinne eines Rechts, das primär Technik steuert,¹ zählt, stehen doch Technik und Urheberrecht in enger Verbindung. Zum einen ist das Urheberrecht in besonderer Weise von der Technik getrieben. Der technische Wandel fordert das Urheberrecht seit jeher immer wieder aufs Neue heraus. Zum anderen kommt dem technischen Hintergrund bei der Analyse des Sachverhalts maßgebliche Bedeutung zu. Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte knüpfen vielfach direkt an tech-

* PD Dr. jur., LL.M. (Cambridge), derzeit Vertretung des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und Wirtschaftsrecht, Universität Bayreuth.

1 Vgl. Zech, ZGE/IPJ 2015, 1, 3 („Technology law can be defined as the law (i. e. all legal rules) regulating (in a broader sense) technology. Therefore, technology law encompasses all legal rules influencing the creation of technology (innovation), its distribution (diffusion), its application (use) or the consequences of its use (opportunities and risks).“); ders., JZ 2013, 21; s. a. *Ensthaler/Gesmann-Nuissl/Müller*, Technikrecht. Rechtliche Grundlagen des Technologiemanagements, 2012, S. 1 ff.

nische Vorgänge an. Darüber hinaus spielt das technisch Machbare bei der rechtlichen Beurteilung bisweilen zumindest mittelbar eine Rolle: die Zumutbarkeit diverser Verkehrspflichten im Rahmen der Störerhaftung hängt entscheidend von den Möglichkeiten der Technik ab. Auch der Grundsatz der „digitalen Erschöpfung“ von Software lässt sich durch die Rechtsprechung leichter begründen, weil technische Schutzmaßnahmen hilfsweise Schutz bieten. Werden durch technische Möglichkeiten zugleich Erwartungen an das rechtlich Zulässige geweckt, kann der Technik schließlich gar eine normative Wirkung zukommen. Spätestens dann stellt sich die Frage, welche Rolle der Technik im Urheberrecht eigentlich zukommt. Dies auszuleuchten ist Gegenstand dieses Beitrags.

Es wird dabei die These vertreten, dass das bestehende Urheberrecht im Ausgangspunkt technikneutral auszulegen ist. Ein solcher *Grundsatz der Technikneutralität* besagt, dass aus der konkreten technischen Ausgestaltung keine unmittelbaren Rückschlüsse für die urheberrechtliche Bewertung gezogen werden dürfen. Unabhängig von den technischen Rahmenbedingungen ist es überzeugend, dass der Urheber aus Praktikabilitätsgründen nicht direkt durch den Werkkonsumenten zu entlohnen ist, sondern regelmäßig durch Intermediäre, welche die Werkvermittlung besorgen. Unter Werkvermittlungen werden sämtliche Nutzungen des urheberrechtlich geschützten Werks verstanden, die im Ergebnis den Konsum des Werks ermöglichen sollen. Die Vermittlungshandlung kann durch Dritte wie Verleger, aber auch durch den Urheber, zum Beispiel im Selbstverlag, oder gar durch den Nutzer selbst (z. B. Privatkopie) vorgenommen werden. Dass das Recht für den technischen Hintergrund ungeachtet dessen sensibilisiert bleiben muss, steht auf einem anderen Blatt. Technikneutralität geht einher mit Techniksensibilität.

Im Einzelnen wird zunächst das Verhältnis von Technik zu Urheberrecht schlaglichtartig beleuchtet. In diesem Zusammenhang werden auch Überlegungen zu einem *more technological approach* vorgestellt (II.). Nachdem die ökonomischen Grundgedanken zur Funktionsweise der Verwertungsrechte skizziert sind (III.), erfolgt eine Auseinandersetzung mit Stimmen, die durch die Digitalisierung einen Paradigmenwechsel im Urheberrecht sehen. Die Freiheit des rezeptiven Werkgenusses wird dabei in Frage gestellt (IV.). Statt auf Änderungen des Urheberrechts zu vertrauen, wird sodann vorgeschlagen, das Urheberrecht im Lichte eines Grundsatzes der Technikneutralität auszulegen. Für die rechtliche Beurteilung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts (§ 11 S. 1, 2. Alt., S. 2 UrhG) kommt es nicht auf die konkrete technische Ausgestaltung an, sondern auf Wertungen, die sich unter anderem aus ökonomischen Überlegungen, aus Überlegungen der Praktikabilität, aber auch sozialen Erwartungshaltungen und der Respektierung privater Sphären speisen. Selbst technische Möglichkeiten können als *ein* Faktor im Rahmen einer wertenden Betrachtung herangezogen werden. In jedem Fall gilt aber ein Primat des Rechts gegenüber einem normativen Anspruch von Technik (V.). Anhand von *Streaming* und *Embedded*

Content wird der so verstandene Grundsatz der Technikneutralität auf konkrete Implikationen praktisch getestet (VI.).

II. Technik und Urheberrecht

Technik und Urheberrecht werden in unterschiedlicher Weise zueinander in Bezug gesetzt. Die wichtigsten Schlagworte werden im Folgenden kurz erläutert.

1. Technikgetriebenheit

Das Urheberrecht einschließlich seiner Vorläufer wurde schon immer von der technischen Entwicklung getrieben.² Konkret war bereits die Erfindung des modernen Buchdrucks im 15. Jahrhundert Anlass, den ungehemmten Nachdruck rechtlich zu problematisieren.³ Die *Grundig-Reporter*-Entscheidung des BGH ist ein weiterer Meilenstein der Reaktion des Rechts auf Mitte des vergangenen Jahrhunderts aufgetretene technische Möglichkeiten.⁴ Der Bundesgerichtshof musste auf die Verbreitung von Magnettonbandgeräten reagieren, durch die Rundfunksendungen aufgezeichnet werden konnten. Jüngst wird beklagt, dass die Digitaltechnik und das Internet die derzeitigen Regelungen des Urheberrechts mitunter an ihre Grenzen führen.⁵ Die Geschichte des Urheberrechts ist weithin ein Prozess rechtlicher Reaktionen auf die Herausforderungen der Technik;⁶ der technische Wandel begründet eine rechtliche Herausforderung und zwingt das Recht, sich weiterzuentwickeln.⁷ Kennzeichnend für die rechtliche Entwicklung ist, dass sie der technischen meist hinterherhinkt.⁸ Vor allem der Gesetzgeber wird häufig von der Dynamik der Technik gleichsam überrollt („legal lag“⁹).¹⁰ Der Dynamik der Technik steht eine Statik des Rechts gegenüber.¹¹

2 *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 9; allgemein zur Technikgetriebenheit des Rechts *Zech*, ZGE/IPJ 2015, 1, 3 f.

3 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 17. Aufl., 2015, § 3 Rn. 26; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl., 2015, § 6 Rn. 105.

4 BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492 – *Grundig-Reporter*; zur technischen Überholung der Tonbandgeräteabgabe *W. Nordemann*, GRUR 1979, 280, 281 f.

5 *Schulze*, NJW 2014, 721.

6 Vgl. *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, S. 5.

7 *Sucker*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, 2014, S. 8 ff.; *Federrath*, ZGE/IPJ 2014, 271.

8 Vgl. *Vec*, in: *Schulte/Schröder*, Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl., 2011, S. 3, 90 f.

9 *Vieweg*, JuS 1993, 894, 896; *ders.*, in: *Vieweg/Haarmann*, Festgabe Lukes, 2000, S. 199, 209.

10 Zur Überholung der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-RL *Ohly* (o. Fn. 2), F 101.

11 Vgl. *Nicklisch*, NJW 1982, 2633; zur Dynamik als Kennzeichen des Technikrechts auch *Vieweg*, JuS 1993, 894, 896; *ders.* (o. Fn. 9), S. 199, 209.

2. Technikrelevanz

Bei der Beurteilung der Urheberrechtslage sind technische Vorfragen von großer Relevanz.¹² Zum einen sind Regelungen wie beispielsweise § 53a UrhG technikspezifisch formuliert (Technikspezifität des Urheberrechts). Zum anderen folgen insbesondere die Verwertungsrechte vielfach technischen Vorgängen wie (technisch bedingten) Vervielfältigungen (§ 16 UrhG; Art. 2 InfoSoc-RL) oder Zugänglichmachungen mittels Funktechniken (§ 20 UrhG; s. a. Art. 3 I InfoSoc-RL).¹³ Entsprechend wird in Rezensionen gelobt, wenn in Werken zum Urheberrechtsschutz im digitalen Zeitalter technische Exkurse Platz finden.¹⁴ So gingen juristische Erläuterungen viel zu oft über die nötigen, vorab zu klärenden Fragen des Sachverhalts hinweg. Vermeintlich schwierige Rechtsfragen ließen sich dadurch doch viel leichter und zutreffender lösen.¹⁵ In Aufsätzen ist in diesem Sinne häufig ein Teil zur „technischen Ausgestaltung“ vorangestellt.¹⁶ Beiträge von Informatikern sind in urheberrechtlichen Fachzeitschriften durchaus richtig platziert,¹⁷ als Tagungsteilnehmer sind sie gefragt.¹⁸

Aber auch bei Werkschöpfungen, bei denen der Gestaltungsspielraum für eine freie kreative Entscheidung durch technische Notwendigkeiten eingeschränkt ist,¹⁹ sind technische Vorfragen für die rechtliche Beurteilung mittelbar bedeutsam. Selbst für das Verständnis ökonomischer Zusammenhänge, die wiederum Rückschlüsse auf die rechtliche Ausgestaltung erlauben, ist das technisch Mögliche von hoher Relevanz. Vernachlässigbare Grenzkosten von Kopien, die gleichzeitig ohne jeglichen Qualitätsverlust erzeugt werden können (digitale Raubkopie ist der legalen Datei gleichwertig²⁰), lassen den Grundsatz der Erschöpfung bei digitalen Gütern genauso wie die Zulässigkeit privater Kopien (§ 53 UrhG) in neuem Licht erscheinen.²¹

12 Vgl. mit Blick auf Rückschlüsse für Interessen im Lauterkeitsrecht *Beater*, ZGE/IPJ 2014, 325, 326, 333.

13 Vgl. *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1150 („objektiv-technisch ausgerichtete[...] Abgrenzung der Verwertungsrechte“); *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 601 f.; *Conrad*, CR 2013, 305, 308 ff.; s. a. EuGH Urt. v. 7.3.2013, C-607/11 Rn. 24 ff., 39 = ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 – *ITV Broadcasting* („[...] jede Sendung oder Weiterverbreitung eines Werkes, die nach einem speziellen technischen Verfahren erfolgt, grundsätzlich vom Urheber des betreffenden Werkes einzeln erlaubt werden muss.“).

14 *Flehsig*, ZUM 2015, 722 (zu *Hilgert/Greth*, Urheberrechtsverletzungen im Internet, 2014).

15 *Flehsig*, ZUM 2015, 722.

16 Nur *Busch*, GRUR 2011, 496, 497 ff. (zum Streaming); *Conrad*, CR 2013, 305, 306 ff. (zur Verlinkung); v. *Zimmermann*, MMR 2007, 553 (zu Recording-Software für Internetradios).

17 Nur *Federrath*, ZUM 2015, 929, zu „Geoblocking und die Möglichkeiten der Technik“.

18 Vgl. *Federrath*, ZGE/IPJ 2014, 271.

19 Vgl. BGH GRUR 2012, 58 Rn. 18 ff. – *Seilzirkus*.

20 *Ohly* (o. Fn. 2), F 45.

21 Nur *Kerber*, ZGE/IPJ 2016, 149.

3. Techniknormativität

Letztere Aspekte leiten damit bereits zur Frage über, inwieweit aus technischen Gegebenheiten (direkte) normative Schlüsse gezogen werden können.²² Zumindest in diese Richtung weisen Überlegungen zu einem *more technological approach* im Recht des Geistigen Eigentums und damit im Urheberrecht. Darunter soll eine „für die Bedürfnisse der technischen Umwelt aufgeschlossene Analyse des Immaterialgüterrechts“ verstanden werden.²³ Konkret weist *Grünberger* darauf hin, dass Erwartungen in sozialen Systemen durch technische Gegebenheiten geprägt werden können. Eine technisch mögliche Kommunikation soll aus Sicht der Nutzer rechtlich stattfinden dürfen.²⁴ Dies soll sich dann aber auch bei der Entscheidung urheberrechtlicher Fälle niederschlagen („umweltsensibles Urheberrecht“²⁵).²⁶ Ein „objektiv-technisches Verständnis“ könne durchaus das bessere Instrumentarium zur Lösung von Interessenkonflikten zwischen Schutzrechtsinhabern und Nutzern sein.²⁷

In diesem Sinne hätten BGH und EuGH namentlich in Fällen der Verlinkung einen *more technological approach* bemüht.²⁸ In der Leitentscheidung zur Zulässigkeit von Deep-Links *Paperboy* sagt der BGH in der Tat: „Ein Berechtigter, der ein urheberrechtlich geschütztes Werk ohne technische Schutzmaßnahmen im Internet öffentlich zugänglich macht, ermöglicht dadurch bereits selbst die Nutzungen, die ein Abrufender vornehmen kann. Es ist seine Entscheidung, ob er das Werk trotz der Möglichkeit, dass nach Abruf auch rechtswidrige Nutzungen vorgenommen werden, weiter zum Abruf bereithält. Es wird deshalb grundsätzlich kein urheberrechtlicher Störungszustand geschaffen, wenn der Zugang zu dem Werk durch das Setzen von Hyperlinks [...] erleichtert wird.“²⁹ Umgekehrt heißt es in der Folgeentscheidung *Session-ID*: „Bedient der Berechtigte sich

22 Zur „Technik als Mittel des Rechts“, z. B. Beweissicherung durch Technik, *Vieweg* (o. Fn. 9), S. 199, 203; *ders.*, JuS 1993, 894, 895; zu „Legal Tech“ *Kuhlmann*, Löst der Computer den Anwalt ab, LTO, <http://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/legal-tech-computer-loesen-anwaelte-ab/> (zuletzt besucht am 7.6.2016); zur Eigengesetzlichkeit von Technik, insbesondere durch Technische Normung vgl. *Nicklisch*, NJW 1982, 2633 f., 2636 ff.

23 *Grünberger/Podszun*, ZGE/IPJ 2014, 269, 270.

24 *Grünberger*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 1, 2; *ders.*, ZUM 2015, 273, 275.

25 *Grünberger* (o. Fn. 24), S. 1, 3, 10 f., 21; *ders.*, JZ 2016, 318.

26 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 275 f., 281; kritisch zu rechtlichen Schlüssen aus technisch Möglichem *Eichelberger*, in: *Büscher et al.* (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung. Rechtsverwirklichung durch materielles Recht und Verfahrensrecht. Festschrift für Hans-Jürgen Ahrens zum 70. Geburtstag, 2016, S. 181, 190.

27 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 275 f.; Beispiel zur Berücksichtigung von Technikaffinität bei File-sharing, *Godt*, ZGE/IPJ 2014, 297, 294 und allgemeiner a. a. O., 296 („Ein *more technological approach* könnte dazu beitragen, die Zugangsgewährung nach den Gründen auszudifferenzieren und sie in der Wertigkeit für den technologischen Innovationsprozess zu ordnen.“).

28 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 276; *ders.*, JZ 2016, 318, 319, 320 („technische[r] Ansatz“); s. a. *Leistner*, GRUR 2014, 1145, 1151, der eine „technisch orientierte“ Auslegung sieht.

29 BGHZ 156, 1 = GRUR 2003, 958, 961 – *Paperboy*.

dagegen technischer Schutzmaßnahmen, um den Zugang zu dem geschützten Werk beispielsweise nur bestimmten Nutzern zu eröffnen oder nur auf einem bestimmten Weg zu ermöglichen, macht er das Werk auch nur in dieser eingeschränkten Weise zugänglich.“³⁰ Wer einen Hyperlink setzt, der derartige Schutzmaßnahmen umgeht, eröffnet damit nach dem BGH „einen Zugang zum Werk, der ansonsten für diese Nutzer oder auf diesem Weg nicht bestünde.“³¹ Gerade in der Entscheidung *Session-ID* wird nach *Grünberger* ein „technischer Ansatz“³² deutlich.³² Wenn weiter der EuGH bei der Auslegung von Art. 3 I InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) das Tatbestandsmerkmal *öffentlich* so auslegt, dass jedenfalls³³ immer dann, wenn die Wiedergabehandlung im Rahmen eines anderen technischen Verfahrens erfolgt,³⁴ eine relevante Wiedergabehandlung vorliegt, „integrier[e] der EuGH einen more technological approach.“³⁵ Folgt das Recht der Klarheit der Technik, liege hierin eine Chance für die Rechtssicherheit.³⁶ Speziell in *Svensson* habe der EuGH das Urheberrecht als sensibel auf die Kommunikationsmöglichkeiten gerade auch seiner technischen Umwelt reagierend interpretiert.³⁷ Kritik erfährt demgegenüber die Entscheidung des BGH *Die Realität II* nach der Beantwortung der Vorlagefragen durch den EuGH.³⁸ Sei die Verlinkung rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachter Inhalte, wie der BGH andeutet, unzulässig, widerspräche dies dem „technischen Ansatz des EuGH“.³⁹ Freilich wird dem EuGH von anderen gerade aber ein technikneutraler Ansatz bescheinigt.⁴⁰

Obwohl *Grünberger* betont, dass sich nicht jede Erwartungshaltung im Recht spiegeln muss (z. B. Tauschbörsen) und dem „objektiv-technischen Verständnis“ zugleich eine „wertende, primär ökonomische Methode“ gegenübersteht,⁴¹ zeigt sich doch, dass nach diesem Ansatz die Technik unmittelbar Einfluss auf das Recht zu nehmen vermag. Technische Wertungen werden nicht nur deskriptiv zur Kenntnis genommen bzw. in einer Gesamtwertung berücksichtigt, sondern können auch selbst normativ wirken. Es besteht demnach ein Nebeneinander

30 BGH GRUR 2011, 56 Rn. 27 – *Session-ID*.

31 BGH GRUR 2011, 56 Rn. 27 – *Session-ID*; s. a. EuGH Ur t. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 31 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

32 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 276 und 277 mit Blick auf den EuGH.

33 Alternativ kommt es darauf an, ob ein *neues Publikum* erreicht werden soll, EuGH Ur t. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 24 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

34 EuGH Ur t. v. 7.3.2013, C-607/11 Rn. 39 = ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 – ITV Broadcasting; vgl. EuGH Ur t. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 24 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

35 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 277.

36 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 277, 279; kritisch *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 269 f.

37 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 278.

38 BGH GRUR 2016, 171 Rn. 34 – *Die Realität II*.

39 *Grünberger*, JZ 2016, 318, 320.

40 Vgl. *Jani/Leenen*, GRUR 2014, 362; s. a. v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198; *Leistner*, EuZW 2016, 166, 168.

41 *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 275 f., 277.

eines *more economic approach* und eines *more technological approach* („konkurriert“⁴²).

In der Tat ist die Argumentation in der Rechtsprechung nicht selten technikorientiert. Die urheberrechtliche Beurteilung von Online-Videorekordern hängt nach dem BGH entscheidend davon ab, wer aus *technischer* Sicht die Aufnahme der Sendung und damit die Vervielfältigungshandlung steuert.⁴³ Hersteller der Vervielfältigung soll derjenige sein, wer die „körperliche Festlegung technisch bewerkstelligt“,⁴⁴ nicht wem sie wertend zuzurechnen ist.⁴⁵ Eine normative Bestimmung des Herstellers der Vervielfältigung lehnt der BGH ab.⁴⁶ Auch der EuGH leitet im Zusammenhang der digitalen Erschöpfung urheberrechtlich geschützter Computerprogramme zumindest ergänzend aus technischen Möglichkeiten rechtliche Folgen ab. Dass sich das Verbreitungsrecht auch im Falle digitaler Güter nach dem Erstvertrieb erschöpft, sichert der EuGH mit einem Verweis auf technische Schutzmaßnahmen ab.⁴⁷ Ob die Argumentation des EuGH dabei auf Software beschränkt ist, ist strittig.⁴⁸ Tragend waren freilich andere Argumente wie die wirtschaftliche Vergleichbarkeit analoger und digitaler Programmverkäufe.⁴⁹ Dessen ungeachtet wird in der Literatur gefordert, dass es „zivilrechtlich nicht zu viel verlangt [ist], wenn ein Rechteinhaber auch dazu verpflichtet ist, Inhalte im Internet angemessen und wirkungsvoll zu schützen, sofern er seine Rechte durchsetzen möchte.“⁵⁰ Auch der Umfang von Verkehrspflichten im Rahmen der Störerhaftung hängt maßgeblich von technischen Möglichkeiten ab.⁵¹ Wenn Filterverfahren zur Verhinderung von Rechtsverletzungen einsetzbar sind, können diese zumutbar sein. Rechtliche Pflichten können damit direkt von der Technik determiniert sein. Freilich ist umgekehrt nicht alles was technisch möglich ist, verpflichtend. Bei der Internetanschlussinhaberhaftung sind Eltern gerade nicht dazu angehalten – technisch mögliche – Firewalls etc.

42 Grünberger, ZUM 2015, 273, 275 f.

43 BGH GRUR 2009, 845 – *Internet-Videorecorder*; vgl. Hilgert/Greth (o. Fn. 14), Rn. 517 ff.

44 BGH GRUR 2009, 845 Rn. 16 – *Internet-Videorecorder* (maßgeblich ist eine „technische Betrachtung“).

45 Vgl. Becker, AfP 2007, 5, 7 ff.; Ohly/Förster, Fälle zum Recht des geistigen Eigentums, 2010, Fall 21 Rn. 16 f.; s. a. Heinzmann, DSRITB 2015, 599, 603 f.

46 Vgl. BGH GRUR 2009, 845 Rn. 15 – *Internet-Videorecorder*; Kianfar, GRUR-RR 2011, 393.

47 EuGH Urt. v. 3.7.2012, C-128/11 Rn. 79, 87 = ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 – *Used-Soft*.

48 Vgl. Apel, ZUM 2015, 640 ff.

49 EuGH Urt. v. 3.7.2012, C-128/11 Rn. 61 ff. = ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 – *Used-Soft*; kritisch Kerber, ZGE/IPJ 2016, 149; auch wenn technische Schutzmaßnahmen vom Recht anerkannt werden (§§ 95a ff. UrhG), muss just das Problem der Verkehrsfähigkeit digitaler Güter vom Recht selbst gelöst werden, dazu ZGE/IPJ 2016, Heft 2; s. a. Hofmann/Hauck/Zech, JZ 2016, 197 f. (Tagungsbericht).

50 Federrath, ZGE/IPJ 2014, 271, 276.

51 BGH GRUR 2011, 152 Rn. 38 f. – *Kinderhochstühle im Internet*; BGH GRUR 2008, 702 Rn. 53 – *Internet-Versteigerung III* („zumutbare Filterverfahren“); s. a. BGHZ 194, 339 Rn. 31 = GRUR 2013, 370 – *Alone in the dark*.

zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen ihrer Kinder zu installieren.⁵² Eine gewisse Steuerungswirkung scheint der Technik dessen ungeachtet dennoch zuzukommen.

4. Technikneutralität

Der Begriff der Technikneutralität ist zunächst im Technikrecht anzutreffen. Bezweckt das Recht, Anreize für die Schaffung neuer Technologien zu setzen, kann ein neutraler Ansatz hilfreich sein. Die Nützlichkeit einer bestimmten Technologie lässt sich häufig *ex ante* nicht abschätzen.⁵³ Entsprechend verlangt Art. 27 I S. 2 TRIPS, dass Patente im Grundsatz technologieneutral gewährt werden müssen. Das Recht darf insoweit nicht nach Technikbereichen unterscheiden. Will das Recht Technik steuern,⁵⁴ kann dies andererseits häufig aber gerade *nicht* technologieneutral erfolgen. Im Haftungs- und Regulierungsrecht soll das Recht bestimmte Technikbereiche abhängig von ihrer Förderungswürdigkeit gerade unterschiedlich behandeln.⁵⁵

Das Urheberrecht bezweckt indes (primär) keine Techniksteuerung. Technik ist zumindest mit Blick auf die klassischen urheberrechtlichen Regelungen⁵⁶ nicht Regelungsgegenstand des Urheberrechts. Technik droht sich vielmehr umgekehrt unreflektiert auf das Urheberrecht auszuwirken; es ist technisch geprägt (o. II. 2). Gerade deshalb wird aber für eine technologieneutrale Ausgestaltung des Urheberrechts bzw. für technologieneutrale Formulierungen durch den Gesetzgeber plädiert.⁵⁷ Technikneutralität erweist sich in erster Linie als rechtspolitisches Postulat. Dadurch kann zum einen der Technikgetriebenheit (o. II. 1) entgegengetreten werden. In der Tat ermöglicht die Generalklausel⁵⁸

52 BGH GRUR 2013, 511 Rn. 20 ff. – *Morpheus*.

53 *Zech*, ZGE/IPJ 2015, 1, 7, 8, 12 f.; zu beachten sind freilich *ordre public*-Ausnahmen, vgl. a. a. O., 11 f.

54 Dazu o. Fn. 1

55 *Grünberger/Podszun*, ZGE/IPJ 2014, 269, 270; vgl. mit Blick aufs Haftungs- und Regulierungsrecht *Zech*, ZGE/IPJ 2015, 1, 7, 8.

56 Aber u. VI. 2; Regelungen zu Softwareschutz (§§ 69a ff. UrhG) oder Datenbanken (§§ 87a ff. UrhG) können auch als techniksteuernde Regelungen verstanden werden, vgl. *Götting*, in: *Vieweg* (Hrsg.), *Techniksteuerung und Recht*, 2000, S. 121, 139 ff.; kritisch zu technischen Schutzmaßnahmen nach §§ 95a ff. UrhG *Schack* (o. Fn. 3), § 21 Rn. 838; auch hier erkennt das Recht technische Regelungen unmittelbar an.

57 *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 268 f.; *Ohly* (o. Fn. 2), F 23; *Sucker* (o. Fn. 7), S. 13; *Schack*, ZUM 2016, 266, 271, 284; s. a. EuGH Urt. v. 4.10.2011, C-403/08 und C-429/08 Rn. 164 = ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2011, 1063 – *Football Association Premier League*; auch *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 609 ff.

58 Zur Bedeutung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen als Kennzeichen des Technikrechts *Vieweg*, JuS 1993, 894, 896 f.; *ders.* (o. Fn. 9), S. 199, 210; *Nicklisch*, NJW 1982, 2633 f., 2635 f.; für mehr unbestimmte Rechtsbegriffe im Urheberrecht *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 890; gerade urheberpersönlichkeitsrechtliche Regelungen sind besonders flexibel und somit technikneutral, vgl. *Ohly* (o. Fn. 2), F 12.

des § 15 UrhG mit Blick auf urheberrechtliche Verwertungsrechte, flexibel auf technische Entwicklungen zu reagieren.⁵⁹ Mittels des umfassenden Verwertungsrechts („insbesondere“) lassen sich selbst neue technische Nutzungsarten erfassen.⁶⁰ Vor Kodifizierung des „Internetrechts“ in § 19a UrhG konnte die öffentliche Zugänglichmachung als unbenanntes Verwertungsrecht über § 15 II UrhG gleichwohl dem Urheber zugewiesen werden.⁶¹ Zum anderen zeigt der Gedanke der Technikneutralität aber auch, dass Wertungen der technischen Ausgestaltung vorgehen. Technik selbst liefert keine Entscheidungsregel.⁶² So zog der BGH auf Schrankenebene⁶³ den Gedanken der Technikneutralität beispielsweise in der Entscheidung *Elektronischer Pressespiegel* heran.⁶⁴ § 49 I UrhG soll nach dem BGH nicht nur herkömmliche, in Papierform verbreitete Pressespiegel betreffen, sondern auch elektronische Pressespiegel, soweit dadurch keine weiteren Nutzungsmöglichkeiten wie etwa eine Volltextsuche eröffnet werden.⁶⁵ Konkret die Anwendung einer Schrankenbestimmung sei nicht notwendig auf technische Sachverhalte beschränkt, die dem Gesetzgeber bereits bekannt waren;⁶⁶ das Urheberrecht muss dem technischen Wandel offen stehen.⁶⁷ Oder in den Worten des BGH mit Blick auf vergütungspflichtige Vervielfältigungsgeräte (nunmehr § 54 UrhG): „Geht es darum, wie ein bei Schaffung des Gesetzes noch nicht bekannter technischer Vorgang urheberrechtlich zu beurteilen ist, kann die Antwort häufig nicht allein anhand der Begriffe gefunden werden.“⁶⁸ Keine technische, sondern eine wertende Betrachtung lag auch der Argumentation des EuGH in der Entscheidung *UsedSoft* zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei digitaler Software zugrunde.⁶⁹ Dennoch wird kritisiert, dass Schranken anders als § 15 UrhG zu detailliert formuliert und zudem bisweilen „technologiespezifisch“ (z. B. § 53a UrhG) ausgestaltet seien.⁷⁰ In diesem Fall würde wiederum die Technik rechtliche Sachverhalte (mit-)entscheiden.

59 *Schack* (o. Fn. 3), § 13 Rn. 410 f.; *Schulze*, ZUM 2015, 106, 108; s. a. EuGH, Schlussantrag, v. 07.04.2016, C-160/15 Rn. 50 = ECLI:EU:C:2016:221 – *GS Media BV*, mit Blick auf Art. 3 I InfoSoc-RL.

60 *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl., 2015, § 15 Rn. 10.

61 *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 19a Rn. 3.

62 *Godt*, ZGE/IPJ 2014, 279, 281.

63 Die starren Schrankenregelungen des deutschen und europäischen Urheberrechts erweisen sich gegenüber der technischen Entwicklung als unflexibel, *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 889.

64 BGHZ 151, 300 = GRUR 2002, 963 – *Elektronischer Pressespiegel*; s. a. BGHZ 141, 13 = GRUR 1999, 707 – *Kopiersanddienst*.

65 BGHZ 151, 300 = GRUR 2002, 963, 965 ff. – *Elektronischer Pressespiegel*.

66 BGHZ 151, 300 = GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*.

67 Vgl. BGHZ 151, 300 = GRUR 2002, 963, 964 – *Elektronischer Pressespiegel*.

68 BGH GRUR 2002, 246 – *Scanner*.

69 EuGH Urt. v. 3.7.2012, C-128/11 Rn. 79 = ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 – *UsedSoft*.

70 *Ohly* (o. Fn. 2), F 22 f.

5. Fazit

Das Urheberrecht ist nicht erst seit der Digitalisierung technikgeprägtes, nicht aber primär techniksteuerndes Recht. Ferner: Techniknormativität steht Technikneutralität gegenüber. Produziert die Technik zugleich Entscheidungsregeln oder ist das urheberrechtliche Schutzsystem technikneutral auszulegen? Da hier (u. V.) *de lege lata* für einen negativ wirkenden Grundsatz der Technikneutralität bei der Auslegung urheberrechtlicher Normen plädiert wird (ohne freilich zugleich einer Techniksensibilität abzuschwören, u. VII.), bedarf es zunächst einiger Überlegungen zur ökonomischen Funktionsweise des Urheberrechts. Vor allem das ökonomische Modell kann positiv als ein Leitgedanke für die Bewertung technischer Lösungen dienen.

III. Ökonomische Grundgedanken der urheberrechtlichen Verwertungsrechte

Wenn also im Folgenden die wesentlichen Grundgedanken zur ökonomischen Funktionsweise der urheberrechtlichen Verwertungsrechte skizziert werden, geschieht dies unter zwei Einschränkungen: Erstens wird das Urheberrecht nicht in Frage gestellt, sondern als gegeben hingenommen. Hier geht es lediglich darum, ökonomische Grundgedanken des geltenden Urheberrechts zu analysieren. *Warum* beispielsweise dem Urheber eine Vergütung gebührt, wird ausgeklammert. Zweitens bleiben Urheberpersönlichkeitsrechte außen vor. Obwohl diese im monistischen Urheberrecht selbst bei den Verwertungsrechten eine Rolle spielen, können die Verwertungsrechte davon im Ausgangspunkt isoliert betrachtet werden. Dass das Recht dem Urheber die Kontrolle über sein Werk zubilligt, lässt sich zwar zugleich persönlichkeitsrechtlich absichern,⁷¹ allerdings auch rein ökonomisch erklären. Ob diese Grundgedanken darüber hinaus durch die Digitalisierung überholt sind, wird im Anschluss eigens untersucht (u. IV.).

1. Urheberrechtlicher Beteiligungsgrundsatz

Prominent erklärt § 11 S. 2 UrhG die Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Werknutzung zugunsten des Urhebers zu einem zentralen Anliegen des Urheberrechts (bereits auch § 11 S. 1, 2. Alt. UrhG). Unabhängig vom persönlichkeitsrechtlichen Schutz des Urhebers gemäß § 11 S. 1, 1. Alt. UrhG bezwecken die Regelungen des Urheberrechts laut der Gesetzesbegründung weniger den dauerhaften Ausschluss Dritter, als dass dadurch dem Urheber die rechtliche Grundlage dafür gegeben werden soll, „Art und Umfang der Nutzung seines

⁷¹ Vgl. Schrickler/Loewenheim/*Ungern-Sternberg*, Urheberrecht, 4. Aufl., 2010, § 15 Rn. 12; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, § 43 V 2, S. 228.

Werkes zu überwachen und diese von der Zahlung einer Vergütung abhängig zu machen.⁷² Dass dies über Ausschließlichkeitsrechte und nicht stets über Vergütungsregelungen erfolgt (genauer: Rechtsdurchsetzung nicht mittels Vergütungs-, sondern mittels Unterlassungsansprüchen),⁷³ liegt vor allem daran, dass nach der ökonomischen Analyse der Unterlassungsanspruch besser geeignet ist, eine optimale Vergütung sicherzustellen als eine Festsetzung der Vergütung durch eine staatliche Stelle. Nur wenn über den Unterlassungsanspruch ermöglichte Verhandlungen wegen zu hoher Transaktionskosten ineffizient wären, ist einer *liability rule* (einem Vergütungsanspruch wie § 54 UrhG) der Vorzug gegenüber einer *property rule* (§§ 97 I, 15 ff. UrhG) zu geben.⁷⁴ Unabhängig davon, wie die Vergütungszahlung rechtstechnisch umgesetzt wird, ist es ein zentraler Leitgedanke des Urheberrechts, dass der Urheber „tunlichst angemessen an den wirtschaftlichen Früchten zu beteiligen [ist], die aus seinem Werk gezogen werden“ („Vergütungsfunktion des Urheberrechts“⁷⁵).⁷⁶ Der Urheber soll auf jeder Verwertungsstufe wirtschaftlich beteiligt sein, was durch das System der Verwertungsrechte nach §§ 15 ff. UrhG dogmatisch umgesetzt ist.⁷⁷ Es besteht ein mehrstufiges Schutz- und Verwertungssystem.⁷⁸ Jede Nutzungsstufe unterliegt der Verwertungsbefugnis des Urhebers. Dieser Beteiligungsgrundsatz⁷⁹ ist auch im Unionsrecht im Sinne eines „urheberrechtliche[n] Leitprinzip[s]“⁸⁰ angelegt (etwa Erwägungsgrund 10 InfoSoc-RL).⁸¹

2. Werkgenuss als urheberrechtlich freie Benutzung

Ausweislich der amtlichen Begründung ist der „rezeptive Genuß des Werkes durch Lesen, Hören oder Anschauen“ dem Recht des Urhebers anders als durch

72 BT-Drucks. IV/270, S. 28.

73 Dazu meine Habilitationsschrift „Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf“.

74 Vgl. grundlegend *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 ff. (1972); mit Blick auf das Urheberrecht s. a. *Ohly*, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, 2008, S. 141, 154 ff.

75 Wandtke/Wandtke, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2012, S. 23 ff.

76 BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*; BGHZ 151, 300 = GRUR 2002, 963, 966 – *Elektronischer Pressespiegel*; BT-Drucks. IV/270, S. 28 („Dementsprechend ist es ein Grundsatz des Urheberrechts, die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers so umfassend zu gestalten, daß möglichst jede Art der Nutzung seines Werkes seiner Kontrolle unterliegt.“); *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013 Einl. Rn. 21; *Schricker/Katzenberger*, GRUR 1985, 87, 92.

77 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, *Urheberrecht*, 11. Aufl., 2014, § 15 Rn. 6; der Erschöpfungsgrundsatz stellt sich als Ausnahme davon dar, vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 168.

78 Fromm/Nordemann/*Dustmann* (o. Fn. 77), § 15 Rn. 6.

79 Nur Dreier/*Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 4 und § 11 Rn. 8; vgl. *Schulze*, NJW 2014, 721, 722 f.; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 1198, 1200.

80 *Koch/Druschel*, GRUR 2015, 957, 961.

81 Zum „gerechten Ausgleich“ bei erlaubten Vervielfältigungen nach Art. 5 II lit. b InfoSoc-RL EuGH Urt. v. 21.10.2010, C-467/08 = ECLI:EU:C:2010:620 = GRUR 2011, 50 – *Padawan*; vgl. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2016, 321, 322.

„aktiven Gebrauch“ nicht unterworfen.⁸² Oder in den Worten des BGH: „Die Benutzung eines Werkes als solche [sic] ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerks oder eines Videofilms.“⁸³ Der passive Gebrauch eines Werkes durch bloße Werkwahrnehmung, kurzum der reine Konsum, ist – selbst im Falle von Plagiaten – von der Zustimmung des Urhebers unabhängig.⁸⁴ Private Wiedergabeakte wie das Abspielen einer CD oder das Radiohören in der eigenen Wohnung fallen als „unverzichtbare Vorbedingung des rezeptiven ‚Werkgenusses‘“ ebenfalls nicht in den Schutzbereich des Urheberrechts (vgl. § 15 II, III UrhG).⁸⁵ Entsprechend braucht der Nutzer nach der Systematik des Urheberrechts keinerlei urheberrechtliche Befugnisse (Nutzungsrechte).⁸⁶ Die Freiheit des Werkgenusses galt⁸⁷ als ein Grundprinzip des Urheberrechts.⁸⁸

3. Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers

Dennoch ist gerade der Werkgenuss die „innere Rechtfertigung“ für die Vergütung des Urhebers.⁸⁹ Die Nachfrage des Nutzers nach Produkten zur Befriedigung seiner geistigen Bedürfnisse wird durch das Angebot des Urhebers gedeckt.⁹⁰ Dass der Nutzer für den Konsum nicht direkt zahlen muss, liegt damit nicht daran, dass er *per se* nicht für den Werkgenuss zahlen soll,⁹¹ sondern ist praktisch bedingt.⁹² Ein unmittelbarer Anspruch gegen den Konsumenten bringt

⁸² Amtl. Begründung BT-Drucks. IV/270, S. 28.

⁸³ BGHZ 112, 264 = GRUR 1991, 449, 453 – *Betriebssystem*; s. a. BGH GRUR 1994, 363, 364 f. – *Holzhandelsprogramm* („die Benutzung als solche ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang“).

⁸⁴ Fromm/Nordemann/*Dustmann* (o. Fn. 77), § 15 Rn. 13; *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (o. Fn. 76), Einl. Rn. 23; Möhring/Nicolini/*Kroitzsch/Götting*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2014, § 15 Rn. 11; Wandtke/Bullinger/*Heerma*, UrhR, 4. Aufl., 2014, § 15 Rn. 10; Schricker/Loewenheim/*Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 11; *Marly*, EuZW 2014, 616, 616 f.; *Schricker/Katzenberger*, GRUR 1985, 87, 93.

⁸⁵ *Schricker/Katzenberger*, GRUR 1985, 87, 93; vgl. Wandtke/Bullinger/*Heerma* (o. Fn. 84), § 15 Rn. 10; *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (o. Fn. 76), Einl. Rn. 23; *Schulze* meint, dass auch die Werknutzung dem Urheber zugewiesen ist, dann aber wegen § 15 II UrhG („öffentlich“) eine Freistellung erfolgt, *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 20; *Schulze*, NJW 2014, 721, 723; *ders.*, ZUM 2000, 126, 130; *ders.*, ZUM 2000, 432, 440 f.

⁸⁶ Vgl. *Zech*, ZUM 2014, 3, 5.

⁸⁷ Dazu sogleich u. IV. 2.

⁸⁸ Vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 29 m. w. N.

⁸⁹ BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 496 – *Grundig-Reporter*; s. a. *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 20.

⁹⁰ Vgl. *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 11; s. a. *Schulze*, NJW 2014, 721, 723.

⁹¹ Vgl. Möhring/Nicolini/*Kroitzsch/Götting* (o. Fn. 84), § 15 Rn. 11.

⁹² *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 11; *Sucker* (o. Fn. 7), S. 59 ff.

nicht nur erhebliche Transaktionskosten mit sich,⁹³ sondern wäre auch praktisch erheblichen Durchsetzungsschwierigkeiten ausgesetzt.⁹⁴ Eine Kontrolle wäre weder praktikabel⁹⁵ und im Übrigen nicht wünschenswert. Eine Verrechtlichung von Alltagsvorgängen würde schließlich nicht zuletzt auf Akzeptanzprobleme treffen.⁹⁶ Oder in den Worten von *de Boor*: „Der rezeptive Genuß ist frei und muß frei sein, wenn nicht das Urheberrecht zu einer unerträglichen Fessel des geistigen Lebens werden soll.“⁹⁷

Gleichzeitig setzt der Werkkonsum ihm vorausgelagerte Verwertungshandlungen (Vervielfältigung und Verbreitung eines Buchs; Aufführung einer Oper; Sendung eines Films) voraus. Es ist daher zweckmäßig, diese den Werkkonsum erst ermöglichenden Nutzungshandlungen der Kontrolle des Urhebers zu unterstellen.⁹⁸ Verwertungsrechte knüpfen an Handlungen der Werkvermittlung an (Verwertungsrechte als „Werkgenussvermittlungsrechte“⁹⁹),¹⁰⁰ durch die das Werk dem Endverbraucher nahegebracht wird.¹⁰¹ Dies überzeugt umso mehr, als dass der Werkverwerter die für die Werkverwertung anfallenden Kosten auf den Konsumenten umlegen kann: Der Besucher eines Konzerts oder einer Ausstellung zahlt wie der Leser eines Buches¹⁰² über den Eintritts- bzw. Kaufpreis indirekt für den Werkkonsum.¹⁰³ Der Gedanke der Freiheit des Konsums lässt sich damit mit dem Gedanken der Vergütungsfunktion versöhnen. Die Freiheit des Werkkonsums erscheint als „Reflex“, der freilich begründet ist.¹⁰⁴ Ob darüber hinaus bestimmte Verwertungshandlungen durch urheberrechtliche Schrankenregelungen privilegiert werden, lässt diese Grundannahmen unberührt.

93 Vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 61 ff.

94 *Rehbinder/Peukert* (o. Fn. 3), § 7 Rn. 143 („nicht zweckmäßig“); *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 3; *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 256; *Sucker* (o. Fn. 7), S. 64; zu Änderungen im digitalen Umfeld u. IV.

95 *Schack* (o. Fn. 3), § 13 Rn. 412; *Rehbinder/Peukert* (o. Fn. 3), § 7 Rn. 143; *Fromm/Nordemann* (o. Fn. 77), § 15 Rn. 14; *Peukert*, ZUM 2003, 1050, 1052; EuGH Urt. v. 21.10.2010, C-467/08 Rn. 46 = ECLI:EU:C:2010:620 = GRUR 2011, 50 – *Padawan*.

96 *Becker*, ZGE 2016, 239, 251, 259 f.

97 *de Boor*, JZ 1955, 747, 749.

98 *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 11.

99 *Sucker* (o. Fn. 7), S. 49, 52.

100 *Schack* (o. Fn. 3), § 13 Rn. 412; *Möhring/Nicolini/Kroitzsch/Götting* (o. Fn. 84), § 15 Rn. 11.

101 *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 3; *Sucker* (o. Fn. 7), S. 86 f. (Verwertungsrechte erfassen nach herkömmlicher Ansicht nur Handlungen von Intermediären).

102 Wenn die Verbreitung im Falle des § 17 II UrhG frei ist, basiert dies aus der Überlegung, dass dies bei der Kalkulation des Verkaufspreises eingepreist ist.

103 BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 496 – *Grundig-Reporter*; *Rehbinder/Peukert* (o. Fn. 3), § 7 Rn. 143; *Dreier/Schulze* (o. Fn. 60), § 15 Rn. 3 und Rn. 20; *Wandtke/Bullinger/Heerma* (o. Fn. 84), § 15 Rn. 10; *Schulze*, ZUM 2000, 126, 130; so ist es doch der Nutzer, der am „Ende der Verwertungskette“ die Vergütung für den Urheber zahlt, *Sucker* (o. Fn. 7), S. 51; s. a. EuGH Urt. v. 21.10.2010, C-467/08 Rn. 48 f. = ECLI:EU:C:2010:620 = GRUR 2011, 50 – *Padawan*.

104 *Schack* (o. Fn. 3), § 13 Rn. 412.

Einen Grundsatz, wonach die private Sphäre vom Urheberrecht nicht betroffen ist (vgl. demgegenüber § 14 II MarkenG und § 11 Nr. 1 PatG¹⁰⁵), gibt es hingegen nicht.¹⁰⁶ Es existiert kein verallgemeinerungsfähiger Gedanke, wonach „die Rechte des Urhebers stets vor dem Interesse des Einzelnen an einer Freihaltung seiner privaten Sphäre von urheberrechtlichen Ansprüchen zurücktreten müssten“.¹⁰⁷ Im Gegenteil: Gerade durch private Vervielfältigungen steht eine Beeinträchtigung der Einnahmen der Urheber zu befürchten.¹⁰⁸

Allerdings greift auch hier das Problem der praktischen Rechtsverwirklichung.¹⁰⁹ Es kommt zu einem Marktversagen.¹¹⁰ Ein Verbotsrecht könnte darüber hinaus nur dadurch durchgesetzt werden, dass Wohnungen auf das Vorhandensein von Vervielfältigungsgeräten kontrolliert werden (vgl. § 54g UrhG). Anders wäre der Urheber auf Denunzianten angewiesen.¹¹¹ Konsequenterweise hat der Gesetzgeber insbesondere Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch von der Zustimmung des Urhebers freigestellt.¹¹² Über Abgaben auf Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien erhält der Urheber andererseits gleichwohl mittelbar eine Vergütung (§§ 54 ff. UrhG). Dahinter steht der Gedanke indirekter Werkvermittlung: Hersteller von USB-Sticks oder Betreiber von Kopierläden etc. geben dem Nutzer die Möglichkeit, sich selbst ein Werkstück herzustellen, was wiederum den Werkgenuss vorbereitet.¹¹³ Auch dies ist wie die faktische Freiheit des Werkgenusses bei gleichzeitiger Vergütungspflichtigkeit der Werkgenussvermittlungen Ausfluss eines „Stufensystems zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers“.¹¹⁴

¹⁰⁵ Vgl. Haedicke/Zech, GRUR-Beil. 2014, 52, 57.

¹⁰⁶ Dreyer/Kotthoff/Meckel (o. Fn. 76), Einl. Rn. 23; Schack (o. Fn. 3), § 13 Rn. 412; s. a. EuGH GRUR Urt. v. 7.12.2006, C-306/05 = ECLI:EU:C:2006:764 = GRUR 2007, 225 Rn. 48 ff. – SGAE/Rafael.

¹⁰⁷ BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 496, 497 – *Grundig-Reporter*; für nicht-öffentliche Wiedergaben (z. B. privates Klavierspielen, lautes Rezitieren eines Gedichts), ist die wirtschaftliche Bedeutung indes so gering, dass es einer Einbeziehung in den Schutzbereich des Urheberrechts nicht bedarf, BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 496 – *Grundig-Reporter*.

¹⁰⁸ BT-Drucks. IV/270, S. 71 f.; BGHZ 17, 266 = GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*.

¹⁰⁹ v. Diemar, Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch, 2002, S. 49; Schack (o. Fn. 3), § 15 Rn. 553.

¹¹⁰ Peukert, ZUM 2003, 1050, 1052; Sucker (o. Fn. 7), S. 184 f.

¹¹¹ BT-Drucks. IV/270, S. 71.

¹¹² Meines Erachtens geht es hier aber analytisch um Fragen der Rechtsdurchsetzung: Das Problem liegt im Unterlassungsanspruch an dessen Stelle der über die kollektive Rechtswahrnehmung durchsetzbare Vergütungsanspruch tritt. Dazu meine Habilitationsschrift „Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf“.

¹¹³ Rehbinder/Peukert (o. Fn. 3), § 7 Rn. 143.

¹¹⁴ BVerfGE 31, 255 = NJW 1971, 2167, 2168 – *Private Tonbandvervielfältigungen*; Rehbinder/Peukert (o. Fn. 3), § 7 Rn. 144; Dreier/Schulze (o. Fn. 60), § 15 Rn. 3 und § 15 Rn. 21; Schulze, NJW 2014, 721, 723; ders., ZUM 2000, 126, 130; ders., ZUM 2000, 432, 440; Möhring/Nicolini/Kroitzsch/Götting (o. Fn. 84), § 15 Rn. 11; Wandtke/Bullinger/Heerma (o. Fn. 84), § 15 Rn. 10; Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 11, 24; Grünberger, in: Hilty/Jaeger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durch-

4. Fazit

Auch wenn gewarnt wird, dass aus dem Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers nicht ohne weiteres Schlüsse (wie etwa ein Verbot von Mehrfachvergütungen¹¹⁵) gezogen werden können,¹¹⁶ spiegelt es wichtige Wertungen des Urheberrechts wider. Erstens ist der Werkgenuss dem Urheber zu vergüten. Die Vergütungen zugunsten des Urhebers werden zweitens über dem Werkgenuss vorgeschaltete Werkvermittlungen erhoben. Der private Endverbraucher ist drittens von direkten Zahlungsansprüchen freigestellt. Dies findet (jedenfalls im analogen Umfeld) seine Rechtfertigung zum einen in der Effizienz der Vergütungserhebung. Während die Werkvermittler (Intermediäre) am effizientesten „besteuert“ werden können, soll der Nutzer von direkten Ansprüchen möglichst frei gehalten werden. Zum anderen finden sich Gründe für die Freiheit des privaten Endnutzers vor direkten Ansprüchen auch im Schutz grundrechtlich abgesicherter Privatheit¹¹⁷ und der sozialen Akzeptanz.¹¹⁸ Es ist in der Tat nicht zu vernachlässigen, dass die Freistellung privater Nutzer vor unmittelbaren Zahlungsansprüchen der Erwartungshaltung der Nutzer entspricht („umweltsensibles Urheberrecht“¹¹⁹ bzw. „fairer Interessenausgleich“¹²⁰). Namentlich § 53 I S. 1 UrhG wird zugleich als eine „Vertrauensschutznorm“ verstanden.¹²¹ Die Freiheit des Werkgenusses (nicht zu verwechseln mit dem ungehinderten Zugang zu Werken) ist damit nicht nur *de lege lata* angelegt, sondern interessengerecht.¹²²

setzung, 2008, S. 1, 34; kritisch *Ulmer* (o. Fn. 71), § 43 V 2, S. 227 f.; *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 12; *Schricker/Katzenberger*, GRUR 1985, 87, 93; mit Blick auf den „analogen Werkgenuss“ *Sucker* (o. Fn. 7), S. 64 ff.; *Zech*, ZUM 2014, 3, 4; der Begriff geht zurück auf *Hubmann*.

115 Vgl. *Fromm/Nordemann/Dustmann* (o. Fn. 77), § 15 Rn. 6; *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 12; vgl. *Schricker/Katzenberger*, GRUR 1985, 87, 92.

116 *Schricker/Loewenheim/Ungern-Sternberg* (o. Fn. 71), § 15 Rn. 12; vgl. *Ulmer* (o. Fn. 71), § 43 V 2, S. 228.

117 *Grünberger* (o. Fn. 114), S. 1, 36 ff.; vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 54 ff., 55.

118 Direkter Verbraucherschutz ist aber nicht bezweckt, Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2004, S. 35 („Die Interessen der Verbraucher waren kein Beweggrund für die Ausgestaltung dieser Regelung“), <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/760.pdf> (zuletzt besucht am 7.6.2016).

119 *Grünberger*, JZ 2016, 318.

120 *Ohly* (o. Fn. 2), F 19 ff.; *Ohly*, a. a. O., F 21, schlägt vor, § 11 UrhG um einen weiteren Satz zu ergänzen: „Das Urheberrecht dient auch dazu, einen fairen und angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber, der Verwerter und der Nutzer herbeizuführen.“

121 *Sucker* (o. Fn. 7), S. 186 ff.

122 *Raue*, ZGE/IPJ 2014, 387 f.

IV. Paradigmenwechsel durch Digitalisierung

Während diese Grundgedanken für das analoge Zeitalter ohne weiteres Geltung beanspruchen, werden sie für das digitale Zeitalter zumindest teilweise in Frage gestellt. Allen voran die Freiheit des Werkgenusses sei wegen des technischen Wandels überholt (dazu u. IV. 2).

1. Digitalisierung als Überforderung des Urheberrechts

Mancher Autor diagnostiziert zunächst eine Überforderung des Urheberrechts durch die Digitalisierung. Die „Fixierung auf Einzelhandlungen“, kurzum: eine „technikorientierte Einzelfallbetrachtung“, versage im Internet.¹²³ Die Fokussierung des Urheberrechts auf einzelne, aus technischen Notwendigkeiten folgende Nutzungshandlungen bzw. auf das einzelne Werkexemplar ohne eine ökonomische Gesamtbetrachtung vorzunehmen, wirke veraltet.¹²⁴ Der Trend gehe vom „Haben“, dem Werkerwerb, hin zum „Zugang“, dem reinen Konsum.¹²⁵ Hinzu komme, dass das Urheberrecht unter der Aufmerksamkeitsknappheit der Nutzer leide.¹²⁶ Wenn zugleich für den konkreten Werkkonsum gezahlt werde (z. B. bei Anbietern wie Spotify oder Netflix), nicht aber für die Konsummöglichkeit, sei die Erosion der Einnahmen der Urheber erklärbar. Das Konsumrisiko gehe vom Nutzer auf den Urheber über. Der Urheber trage anders als früher das Risiko, dass das Werk konsumiert wird und er so seine Vergütung erlangt. Traditionell war es das Risiko des Konsumenten, ob er ein bezahltes Werk, das er erworben hat, auch beispielsweise liest.¹²⁷

Weiter wird kritisiert, dass Geschäftsmodelle errichtet würden, die darauf basierten, „bewusst knapp außerhalb“ der Verwertungsrechte zu agieren.¹²⁸ Schranken wie § 53 UrhG würden „instrumentalisiert“, um das traditionelle Konzept der Verwertungsrechte zu umgehen.¹²⁹ Beides geschieht unter Berufung auf „technische Argumente“.¹³⁰ Technische Zufälligkeiten („kleinste technische Veränderungen“¹³¹) entscheiden damit über die urheberrechtliche Zulässigkeit (Beispiel: Online-Videorecorder¹³²).¹³³ Dem Werkgenuss vorgelagerte Nutzungshandlungen würden im Bereich der Digitaltechnik und des Internets nicht

123 *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 240.

124 Vgl. *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 247.

125 *Becker*, ZGE/IPJ 2016 239, 243 ff., 249 f.; *ders.*, ZUM 2013, 829, 830; *Zech*, ZUM 2014, 3, 4.

126 *Becker*, ZUM 2013, 829 ff.; *ders.*, ZGE/IPJ 2016, 239, 248 ff.

127 *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 249 f.; s. a. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 217 f.

128 *Schulze*, NJW 2014, 721; s. a. *Pech*, ZUM 2015, 319.

129 *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 600.

130 Vgl. *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 611, 614.

131 *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 889.

132 *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 268; *ders.*, AfP 2007, 5.

133 *Marly*, EuZW 2014, 616, 619.

immer hinreichend erfasst.¹³⁴ Konkret „Anschlusswiedergaben“¹³⁵ in Form von *Framing* werden als problematisch gesehen: Während Dritte das fremde Werk durch entsprechende Verlinkungstechniken zum integralen Bestandteil ihrer eigenen Webseite machen können, ist gleichwohl fraglich, ob ein Eingriff in das Urheberrecht vorliegt.¹³⁶ Traditionelle Kategorien wie Download / Upload (§§ 16, 19a UrhG) scheinen aus technischen Gründen nicht sämtliche Verwertungen zu erfassen. Das wirft die Frage auf, ob die Definition der digitalen Nutzung anzupassen ist (dazu sogleich u. IV. 3).¹³⁷

2. Ende der Freiheit des Werkgenusses

Ein „Paradigmenwechsel“¹³⁸ wird vor allem mit Blick auf die rechtliche Beurteilung des Werkgenusses ausgemacht. Der bisher herrschende Grundsatz der Freiheit des privaten Werkgenusses soll nicht mehr länger gültig sein.¹³⁹ Moderne Formen des Werkgenusses setzen aufgrund der technologischen Entwicklung vielfach eine Vervielfältigung als Zwischenschritt voraus.¹⁴⁰ Selbst das Betrachten am Bildschirm verlangt regelmäßig eine Kopie im Grafikspeicher des Geräts.¹⁴¹ Da das Vervielfältigungsrecht rein „technisch“ und „ohne wertende Gesichtspunkte“ zu sehen ist,¹⁴² greift selbst die Lektüre eines Texts im Internet „prima facie in das Urheberrecht ein“.¹⁴³ Dass der Werkgenuss des Nutzers im digitalen Nutzungsumfeld verwertungsrechtlich erfasst wird,¹⁴⁴ sei gerechtfertigt, weil das Stufensystem zur mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers wegen verschlechterter Kontrolle etwa der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) versage.¹⁴⁵ Es kommt zu einer „technisch bedingte[n] Ausdehnung“ des Urheberrechts.¹⁴⁶ Obwohl namentlich § 44a UrhG (s. a. §§ 55a, 69d I UrhG) dieses Ergebnis (teilweise) umkehrt, ist der Werkgenuss anders als im analogen Zeitalter augenscheinlich nicht mehr ohne weiteres frei.¹⁴⁷

134 Schulze, NJW 2014, 721, 723.

135 Ullrich, ZUM 2010, 853, 857.

136 BGH GRUR 2013, 818 – *Die Realität I*; vgl. Ohly (o. Fn. 2), F 60; Spindler, ZUM 2014, 91, 91 f.; bereits Ott, ZUM 2004, 357, 361 ff.

137 Godt, ZGE/IPJ 2014, 279, 282 f.

138 Kreuzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, S. 270.

139 Peukert (o. Fn. 114), S. 11, 39; Heinzmann, DSRITB 2015, 599, 600; Vianello, CR 2010, 728, 730.

140 Marly, EuZW 2014, 616, 617.

141 Marly, EuZW 2014, 616, 618.

142 Sucker (o. Fn. 7), S. 88 f.

143 Ohly (o. Fn. 2), F 10, 45.

144 Sucker (o. Fn. 7), S. 86 („Paradigmenwechsel im Urheberrecht: Die unmittelbare verwertungsrechtliche Erfassung des digitalen Werkgenusses“), S. 221.

145 Busch, GRUR 2011, 496, 500, 502.

146 Raue, ZGE/IPJ 2014, 387, 389.

147 Ohly (o. Fn. 2), F 10.

3. Vorschläge für Neuregelungen

Um der Digitalisierung zu begegnen, gibt es mittlerweile eine Vielzahl von Vorschlägen für gesetzgeberische Interventionen. Diese können hier weder umfänglich skizziert noch diskutiert werden.¹⁴⁸ Neben diversen Änderungsideen, die unter dem Stichwort „Kulturfltrate“ firmieren,¹⁴⁹ ist im Zusammenhang mit dem Werkgenuss der Vorschlag *Schulzes* hier erwähnenswert: Er regt an, den bloßen Werkgenuss als urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung auszugestalten.¹⁵⁰ § 15 UrhG wäre nach ihm etwa wie folgt zu ergänzen: „Der Urheber hat das ausschließliche Recht, sein Werk zu lesen, hören, betrachten oder anderweitig wahrzunehmen.“¹⁵¹ Auch die Wahrnehmbarmachung eines Werkes soll im Ausgangspunkt dem Urheber zugewiesen sein.¹⁵² Nur wo wegen einer Schranke die Wahrnehmung explizit freigestellt ist (z. B. § 59 UrhG)¹⁵³ oder diese über die Wahrnehmbarmachung bereits abgegolten ist, bliebe der Werkgenuss im Ergebnis frei.¹⁵⁴

Jüngst hat *Becker* in dieser Zeitschrift einen Vorschlag für ein „Sphärenmodell“ unterbreitet. Einer Konsumsphäre, in der die Freiheit des Werkgenusses gilt,¹⁵⁵ steht die private Nutzungssphäre gegenüber, die alle Nutzungshandlungen zum „Teilen“ legal erworbener Werke im engen persönlichen Umfeld freistellen soll.¹⁵⁶ Beides soll durch eine geringe Abgabe (je 1–2 Euro) auf Internetanschlüsse finanziert werden. Freistellungen innerhalb von Social Media-Gruppen (Soziale Nutzungssphäre) wären über Abgaben zulasten der Betreiber von Social Media-Diensten zu vergüten.¹⁵⁷ Denkbar sei schließlich eine „Cloud-Nutzungssphäre“.¹⁵⁸ Da das Urheberrecht zur „Grundlage der Infrastruktur des Internets“ geworden sei, sei ein „von der Einzelhandlung gelöstes digitales Urheberrecht [erforderlich], das in größeren Abschnitten denkt und stärker auf Zwecke als auf Einzelhandlungen abstellt“.¹⁵⁹ Das Urheberrecht müsse in „Lebensbereichen“ denken.¹⁶⁰ Die „Freistellung digitaler Lebensbereiche [hat] keinen privilegierenden Charakter, sondern [ist] die zeitgemäße Anpassung der urheberrechtlichen

148 Vgl. *Ohly* (o. Fn. 2), Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, das sich dem Urheberrecht in der digitalen Welt widmet.

149 Übersicht etwa bei *Peifer*, ZUM 2014, 86, 88 f.

150 Auch nach *Marly*, EuZW 2014, 616, sei zu diskutieren, ob ein ausschließliches Recht zur Benutzung geschaffen werden sollte; sympathisierend *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 614 f.

151 *Schulze*, NJW 2014, 721, 723.

152 *Schulze*, NJW 2014, 721, 723.

153 *Schulze*, NJW 2014, 721, 723; kritisch *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 264 ff.

154 *Schulze*, NJW 2014, 721, 723.

155 *Becker*, ZGE, 2016, 239, 276 f.

156 *Becker*, ZGE, 2016, 239, 277 ff.

157 *Becker*, ZGE 2016, 239, 279 ff.

158 *Becker*, ZGE 2016, 239, 283 f.

159 *Becker*, ZGE 2016, 239, 272 ff.

160 *Becker*, ZGE 2016, 239, 273.

Vergütungstechnik an eine Welt des ständigen technischen Wandels“.¹⁶¹ Ziel sei ein zweckgesteuertes Recht, das seine Tatbestände eher über Zwecke als über Einzelhandlungen formuliert.¹⁶²

Gemeinsam ist diesen Überlegungen der Ruf nach dem Gesetzgeber. Dabei fragt sich, ob der technischen Entwicklung nicht auch *de lege lata* begegnet werden kann. Der Ruf nach dem Gesetzgeber verhält schließlich viel zu oft, während Richterrecht vielfach Gewähr für Rechtsanpassungen mit Augenmaß ist.¹⁶³ Schließlich ist es zugleich Aufgabe der Rechtswissenschaft, die Fortentwicklung des Rechts jenseits gesetzgeberischer Aktivität zu begleiten. Ein Gedanke der Technikneutralität kann in diesem Sinne bei der interessengerechten Auslegung weiterführen.

V. Grundsatz der Technikneutralität als negatives Leitmotiv

Ein solcher Grundsatz könnte dahingehend verstanden werden, dass jenseits der Forderungen nach einer technologieneutralen Ausgestaltung des Urheberrechts *de lege ferenda* urheberrechtliche Regelungen, Verwertungsrechte wie Schranken, bereits *de lege lata* stets technikneutral auszulegen sind. Der Rechtsanwender muss sich bei der Rechtsanwendung vom konkreten technischen Hintergrund lösen. Ein solcher Grundsatz hätte damit vor allem eine negative Funktion, die sich wiederum mittels des Primats des Rechts begründen lässt (1.). Positiv kann auf die oben dargestellten Grundgedanken zur Funktionsweise der Verwertungsrechte abgestellt werden.¹⁶⁴ Trotz (oder gerade wegen) der Digitaltechnik haben diese weiterhin ihre Berechtigung. Dies gilt vor allem für die Freistellung der privaten Nutzungssphäre vor direkten Ansprüchen (2.).

1. Für einen Grundsatz der Technikneutralität

Die Forderung nach Technikneutralität stößt im Urheberrecht weithin auf Zustimmung. *Schulzes* Vorschlag beispielsweise (o. IV. 3) nimmt für sich in Anspruch technologieneutral zu sein,¹⁶⁵ genauso wie vielfach *de lege ferenda* nach technologieneutralen Bestimmungen gerufen wird (o. II. 4). Technikspezifische

¹⁶¹ *Becker*, ZGE 2016, 239, 273 f.

¹⁶² *Becker*, ZGE 2016, 239, 273 f.

¹⁶³ Vgl. rechtsvergleichend mit Blick auf kommerzielle Persönlichkeitsrechte *Hofmann*, ZGE/IPJ 2010, 1 ff.; während sich sowohl *common law* als auch *civil law* mit offenen Rechtsfortbildungen schwer tun, ist die Dynamik bei der Entwicklung des kommerziellen Persönlichkeitsrechts/*right to publicity* kaum zu übersehen. Diese Innovationsfreudigkeit bei gleichzeitiger Innovationskepsis ist oft besser als gesetzgeberischer Aktionismus.

¹⁶⁴ Für ein funktionales Verständnis der Verwertungsrechte *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 609 ff., 614.

¹⁶⁵ Vgl. *Schulze*, NJW 2014, 721, 723; vgl. *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 262 f.

Regeln laufen Gefahr, durch die technische Entwicklung überholt zu werden. § 53a I S. 2 UrhG ist jüngster Zeuge. So ist fraglich, ob sich nicht auch grafische Dateien so umwandeln lassen, dass entgegen der Intention des Gesetzgebers weitergehende digitale Nutzungsformen möglich sind.¹⁶⁶ Auch weil das Urheberrecht ausweislich § 1 UrhG bezweckt, Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst zu schützen und selbst die Bestimmungen für den Schutz von Computerprogrammen zumindest vordergründig nicht den Schutz technischer Lösungen im Blick haben,¹⁶⁷ ist das Konzept der Technikneutralität naheliegend. Das Urheberrecht verfolgt (primär) keinen techniksteuernden Ansatz. Wird z. B. gegen Filesharing vorgegangen, geht es nicht darum, die Technologie als solche in Schach zu halten (oder ggf. zu fördern)¹⁶⁸, sondern darum, Werke der Musik vor unberechtigtem Zugriff zu schützen, um dadurch die Entlohnung des Urhebers zu gewährleisten.

Im Kern entscheidend ist freilich der Steuerungsanspruch des Rechts. Das Sollen darf gegenüber dem Sein nicht resignieren. Der Anspruch des Rechts nach Steuerung würde an die für sich genommen wertungsfreie Technik delegiert. Anders als das Effizienzkriterium der Ökonomie bietet Technik „keine eigene Entscheidungstechnik“.¹⁶⁹ Was technisch möglich ist, ist nicht automatisch gerecht. Gerade im Immaterialgüterrecht soll *rechtlicher* Schutz, die Kosten für *faktische* Maßnahmen entbehrlich machen¹⁷⁰ und dadurch der Interessenausgleich zwischen Geistigem Eigentum und Gemeinfreiheit,¹⁷¹ zwischen Ausschluss und Zugang,¹⁷² in die Hand des Rechts gelegt werden und nicht sich selbst überlassen bleiben. Dadurch unterscheidet sich der Hinweis auf alternative technische Möglichkeiten vom Hinweis auf alternative rechtliche Schutzmöglichkeiten, wie z. B. das Vertragsrecht.¹⁷³ Ob eine faktische Monopolisierung des Werkgenusses durch

¹⁶⁶ Dreier/Schulze (o. Fn. 60), § 49 Rn. 20; s. a. Ohly (o. Fn. 2), F 22 f.

¹⁶⁷ Vgl. Dreier/Schulze (o. Fn. 60), § 69a Rn. 1 f., 6 ff.; s. a. Schrickel/Loewenheim (o. Fn. 71), § 53a Rn. 16.

¹⁶⁸ Vgl. aber Godt, ZGE/IPJ 2014, 279, 293 f.: Erlaubt das Recht Filesharing zugunsten Jugendlicher, könne dadurch digitale Kompetenz gefördert werden.

¹⁶⁹ Godt, ZGE/IPJ 2014, 279, 281; vgl. a. a. O., 283 ff., zur Auswirkungsorientierung von Einzelfallentscheidungen eines *more technological* und *more economic approach*. Sie selbst sieht gerade die Auswirkungsorientierung bzw. „Auswirkungsreflektion“ (z. B. von „Zugangsregeln“ in technologischer Hinsicht) als Anspruch eines *more technological approach*, a. a. O., 288, 296, 297, 300.

¹⁷⁰ Zum Patentrecht Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, S. 294 f.; Flöter/Königs, ZUM 2012, 383, 388, mit Blick auf das „Recht am Bild der grundstücksisernen Sache“; zu Unternehmensgeheimnissen Ohly/Sosnitzka, UWG, 6. Aufl., 2014, Vor §§ 17–19 Rn. 4.

¹⁷¹ Nur Peukert, Die Gemeinfreiheit, 2012.

¹⁷² Wielsch, Zugangsregeln, 2008.

¹⁷³ Mit Blick auf das Recht am Bild der eigenen Sache, vgl. Schack, JZ 2011, 375, 376; Stieper, ZUM 2011, 331, 333; Lehment, GRUR 2011, 327, 328.

Verträge rechtlich möglich sein soll, muss das Recht selbst klären.¹⁷⁴ Dies schließt nicht aus, dass das Recht technische Infrastruktur fördert, z. B. Verkaufsplattformen wie Ebay durch maßvolle „Prüfpflichten“¹⁷⁵ oder geschlossene Räume zum Vertrieb von Musik. Auf letzteres wird zurückzukommen sein (u. VI. 2).

Technisierte Betrachtungen verleiten hingegen dazu, „Wertungsfragen hintanzustellen“.¹⁷⁶ Im Vordergrund sollte indessen die wirtschaftliche Funktion des Dienstes stehen, nicht dessen detaillierte technische Konstruktion.¹⁷⁷ *De lege ferenda* mahnt Becker an, dass das Gesetz den nötigen Freiraum zur Verfügung stellen muss. Der Gesetzeswortlaut dürfe das Ergebnis nicht anhand technischer Einzelhandlungen vorwegnehmen, sondern müsse stärker auf die Funktion und Zwecke von Diensten abstellen. Wertungsfragen müssen offen angesprochen werden und dürften nicht unbemerkt in vordergründige technische Betrachtungen einfließen.¹⁷⁸ Statt eines technikzentrierten Ansatzes bedarf es einer Rückbesinnung auf Wertungsjurisprudenz und Technikneutralität.¹⁷⁹ Dem „verführerischen Reiz technisierter Betrachtung [...] einen scheinbar rechtssicheren Weg [zu] bieten, um neuartige Verwertungsmodelle in urheberrechtlichen Grauzonen zu beurteilen“,¹⁸⁰ muss widerstanden werden.

Wenn dabei zugleich soziale Erwartungen eingeführt werden, ist dies im Übrigen durchaus überzeugend. Der Gedanke eines umweltsensiblen¹⁸¹ bzw. fairen Urheberrechts¹⁸² hat maßgebliche Bedeutung für eine interessengerechte Ausgestaltung bzw. Auslegung des Urheberrechts. Zugleich sorgt er für dessen Akzeptanz. Allerdings muss das Recht selbst entscheiden, welche (technisch bedingten) Erwartungshaltungen schutzwürdig sind. Während die technischen Möglichkeiten des Filesharing vom Recht nicht geschützt werden,¹⁸³ ist die Freiheit des Linking wie Framing durchaus schutzwürdig. Argumente können aber weniger aus der technischen Möglichkeit als aus der Funktionsfähigkeit des sozial erwünschten Internets und einem Verweis auf Transaktionskosten gewonnen werden (dazu gleich näher u. VI. 2). Die technische Würdigung ist allenfalls ein Faktor.¹⁸⁴

174 Zum Verhältnis von Urheberrecht und Vertragsrecht Ohly, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz, 2015, S. 379 ff.; Obergefell, ZGE/IPJ 2016, 304; zu technischen Schutzmaßnahmen und Vertragsrecht Mackenrodt, Technologie statt Vertrag?, 2015; Specht, ZGE/IPJ 2016, 289; s. a. Peukert (o. Fn. 114), S. 11, 25 ff.

175 BGHZ 158, 236 = GRUR 2004, 860, 864 – *Internetversteigerung I*.

176 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 267.

177 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 267.

178 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 268.

179 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 266 ff.

180 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 267.

181 Grünberger, JZ 2016, 318.

182 Ohly (o. Fn. 2), F 19 ff., 21.

183 Vgl. Grünberger, ZUM 2015, 273, 275 f.

184 Becker, ZGE/IPJ 2016, 239, 267.

Der Gedanke der Technikneutralität findet sich im Ansatz bereits *de lege lata*. Während die Generalklausel des § 15 I, II UrhG mit Blick auf Verwertungsrechte eine technikneutrale Regelung vorhält, versucht die Rechtsprechung technologiespezifisch formulierte Schranken (wenn auch nicht immer, o. II. 3) technikneutral auszulegen.¹⁸⁵ So wurde namentlich bereits auf die Entscheidung *Elektronische Pressespiegel* als Paradebeispiel für eine Anwendung des Grundsatzes der Technikneutralität durch den BGH hingewiesen (o. II. 4). Über die Einwilligung erlaubte der BGH die Google-Bildersuche,¹⁸⁶ was sich – dogmatisch letztlich als „Ersatzschranke“¹⁸⁷ – als die „nötige flexible Reaktion des Rechtssystems auf neue technologische Phänomene“ deuten lässt.¹⁸⁸ Auch bei der Weitergabe von Software über das Internet wird zumindest überlegt, ob § 17 UrhG statt § 19a UrhG und damit der Grundsatz der Erschöpfung nach § 17 II UrhG einschlägig ist.¹⁸⁹ Ob man die digitale Erschöpfung gleichwohl insbesondere aus ökonomischen Erwägungen und mit der Natur immaterieller Güter für unzulässig hält,¹⁹⁰ steht auf einem anderen Blatt. Bereits in der *Grundig-Reporter*-Entscheidung brachte der BGH den Grundsatz der Technikneutralität auf den Punkt. Techniknormativität wird zugleich eine klare Absage erteilt:

„Vom urheberrechtlichen Blickpunkt aus ist bedeutsam für die Gesetzesauslegung nicht der technische Fortschritt als solcher, der durch die neuen technischen Errungenschaften erzielt worden ist, sondern dessen Auswirkungen auf diejenigen Rechtsverhältnisse, die durch die Urheberrechtsgesetzgebung geregelt werden sollten. Jedem Gesetz liegt eine Interessenabwägung zugrunde, die in bestimmter Weise auf das soziale Leben einwirken will. Sollen neue Tatbestandsgruppen, die bei Erlass des Gesetzes noch nicht bekannt waren, dem Gesetz eingeordnet werden, so ist zu prüfen, ob eine Gesetzesbestimmung, die ihrem buchstäblichen Sinn nach diesen neuen Sachverhalt erfasst, auf ihn auch nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgedanken angewendet werden kann.“¹⁹¹

Auch wenn die Rechtsprechung wie gesehen nicht immer technikneutral argumentiert, ist der Grundsatz der Technikneutralität als Auslegungsregeln wie in diesem Punkt herausgearbeitet nicht nur sachlich überzeugend, sondern *de lege lata* gangbar – wie eben andere Teile der Rechtsprechung belegen. Die explizite Anerkennung eines solchen Grundsatzes der Technikneutralität kann dabei für eine wertungsorientierte Auslegung des Urheberrechts noch stärker sensibilisieren.

185 Zu diesem Missverhältnis *Ohly* (o. Fn. 2), F 22 f., 62 ff.

186 BGHZ 185, 291 = GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*.

187 Vgl. *Ohly* (o. Fn. 2), F 113 ff., 115; *ders.*, GRUR 2012, 983, 992; s. a. *Grünberger* (o. Fn. 24), S. 1, 11 f.

188 *Spindler*, GRUR 2010, 785, 791; s. a. *Grünberger* (o. Fn. 24), S. 1, 11 f.

189 *Ohly*, JZ 2013, 42, 43, mit Blick auf EuGH Urt. v. 3.7.2012, C-128/11 Rn. 50 ff. = ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 – *UsedSoft*; a. A. OLG Hamm GRUR 2014, 853, 855 – *Hörbuch-AGB*.

190 *Becker*, UFITA 2015, 687 ff.; *ders.*, ZGE/IPJ 2016, 239, 269; s. a. *Kerber*, ZGE/IPJ 2016, 149.

191 BGHZ 17, 266 = BGH GRUR 1955, 492, 496 – *Grundig-Reporter*.

2. Wertungskriterien

Damit stellt sich die Frage, auf welche Wertungen zurückgegriffen werden kann. Die skizzierten Grundgedanken (o. III.) haben auch im Zeitalter der Digitalisierung gute Gründe. Während Urheber einerseits für die „Nutzung“ ihrer Werke (freilich nur im Grundsatz, nicht ohne legitime Ausnahmen¹⁹²) zu vergüten sind, ist es weiterhin gerechtfertigt („aktueller denn je“¹⁹³), Konsumenten vor direkten Ansprüchen freizuhalten. Selbst wenn verbesserte (technische) Möglichkeiten zur Erfassung des Werkgenusses der Endverbraucher vorliegen sollten, leuchtet es mehr ein, an die Intermediäre der Werkvermittlungshandlungen anzuknüpfen. *Property rules*¹⁹⁴ mit Blick auf die Werkwahrnehmung drohen auch in Zukunft an prohibitiv hohen Transaktionskosten zu scheitern;¹⁹⁵ zumindest sind sie letztlich auf eine Absicherung durch faktische technische Maßnahmen angewiesen.¹⁹⁶ Zugleich bleibt es dabei, dass nicht *sämtliche* Werkwahrnehmungen lückenlos kontrolliert werden können.¹⁹⁷ Zumindest das Argument, dass nicht jede Privathandlung *überwacht* werden soll, verliert nicht an Überzeugungskraft. Selbst wenn eine Kontrolle *technisch* möglich wäre, streiten rechtsoziologische Überlegungen wie die fehlende Akzeptanz gegen eine „Verrechtlichung“ von Alltagshandlungen¹⁹⁸ oder auch der Schutz der privaten Sphäre für die Freiheit des Werkgenusses. Ein Anknüpfen an die den Werkgenuss vermittelnden Verwertungshandlungen ist vornehmlich aus Praktikabilitätsgründen, aber eben auch aus Allgemeinwohlgründen,¹⁹⁹ nach wie vor richtig. Soll die massenhafte Nutzung digitaler Inhalte durch Endnutzer verrechtlicht werden, kann daran das Urheberrecht nur scheitern.²⁰⁰ Auf einem anderen Blatt steht, dass über die Kontrolle der Verwertungsrechte der Zugang zu Werken kontrolliert werden kann. Für die Kinokarte besteht eine Zahlungsbereitschaft genauso wie für ein „Spotify-Abo“. Dass die Kosten für den Werkgenuss über den Kauf von Zugangs-

192 Wann solche Ausnahmen angezeigt sind, kann hier nicht diskutiert werden; vgl. aber *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 13 ff.; *Guibault*, Copyright Limitations and Contracts, 2002, S. 27 ff.

193 *Raue*, ZGE/IPJ 2014, 387, 389.

194 Mit Blick auf den Werkgenuss vgl. *Peukert* (o. Fn. 114), S. 11, 39 ff.; *ders.*, ZUM 2003, 1050, 1050 f.; *Sucker* (o. Fn. 7), S. 91 ff., 216 ff.

195 *Ohly* (o. Fn. 2), F 48; vgl. auch *Sucker* (o. Fn. 7), S. 92 f., 184 ff., 218; *Peukert*, ZUM 2003, 1050, 1052.

196 Vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 216; *Peukert* (o. Fn. 114), S. 11, 26 ff.; zu „Nutzerrechten“ mit Blick auf technische Schutzmaßnahmen *Peukert*, UFITA 2002, 689, 703, 708 f.; *ders.* (o. Fn. 114), S. 11, 44 f.

197 Zum Problem der informationellen Selbstbestimmung *Peukert*, ZUM 2003, 1050, 1053; *Grünberger* (o. Fn. 114), S. 1, 36 ff.

198 *Becker*, ZGE/IPJ 2014, 239, 265 f.; vgl. auch *Frey*, ZUM 2014, 554, zu einem „Backlash-Effekt“ mit Blick auf Massenabmahnungen; s. a. *Schack* (o. Fn. 3), § 15 Rn. 553; *Raue*, ZGE/IPJ 2014, 387 f.

199 Vgl. mit Blick auf § 53 UrhG *Peukert*, ZUM 2003, 1050, 1052 f.

200 *Raue*, ZGE/IPJ 2014, 387, 389.

rechten auf den Kunden übergewälzt werden ist kein neues Phänomen (o. III. 3). Oder mit *Peukert*: Das Internet kennt *sowohl* eine „Exklusivitätskultur“ *als auch* eine „Zugangskultur“.²⁰¹

Dass durch Verwerter teils durch geschickte technische Ausgestaltung versucht wird, urheberrechtliche Verwertungsrechte zu umgehen, hat keine Bedeutung. Es ist gerade auch Aufgabe des Grundsatzes der Technikneutralität, dies einzufangen.²⁰² Auch daran hat der BGH bereits in der *Grundig-Reporter*-Entscheidung erinnert:

„Es fragt sich somit im Streitfall, ob nach Sinn und Zweck des § 15 Abs. 2 LUG und der für diese Bestimmung maßgebenden Wertentscheidung unter Berücksichtigung der aus dem Gesamtsystem des Urheberrechts zu entnehmenden Wertungen es gerechtfertigt und geboten erscheint, durch eine einschränkende Auslegung dieser Gesetzesbestimmung den von dem Gesetzgeber nicht ins Auge gefaßten Tatbestand der Aufnahme eines urheberrechtlich geschützten Werkes auf Magnettonband von der Vervielfältigungsfreiheit zum persönlichen Gebrauch auszunehmen.“²⁰³

Die traditionelle ökonomische Funktionsweise des Urheberrechts (o. III.) überzeugt in der Sache unabhängig von den technischen Gegebenheiten. Gleichzeitig muss freilich im Auge behalten werden, dass nicht *jedwede* denkbare Verwertungsmöglichkeit dem Urheber zugeordnet sein muss.²⁰⁴ Auch das Verfassungsgericht betont, dass die „grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite des Urheberrechts an den Urheber zur freien Verfügung [nicht bedeutet], daß damit jede nur denkbare Verwertungsmöglichkeit verfassungsrechtlich gesichert sei.“²⁰⁵ Im Übrigen geht die technische Entwicklung nicht nur zulasten der Rechteinhaber. Auch verbesserte Verfolgung, z. B. über Internetsperren, ist Teil der Digitalisierung. Dass den Rechteinhabern die Kontrolle vollständig entgleitet oder das Stufensystem zur mittelbaren Erfassung der Endverbraucher „versagt“,²⁰⁶ ist daher kein durchschlagendes Argument. Dies zeigt indes, dass Technik von hoher Relevanz bleibt. In einer wertenden Betrachtung darf durchaus berücksichtigt werden, ob sich das Recht zu seiner Durchsetzung (nicht als seine Alternative) der Mittel der Technik²⁰⁷ bedienen kann.

VI. Anwendungsbeispiele

Diese theoretischen Ausführungen sollen nun mittels einiger aktueller Fallkonstellationen näher illustriert werden.

201 *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 77 ff., 92 f.

202 Vgl. *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 266 ff.

203 BGHZ 17, 266 = BGH GRUR 1955, 492, 497 – *Grundig-Reporter*.

204 *Peukert* (o. Fn. 114), S. 11, 42.

205 BVerfGE 31, 229 = NJW 1971, 2163, 2163 f. – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

206 *Busch*, GRUR 2011, 496, 500, 502; anders *Wandtke/v. Gerlach*, GRUR 2013, 676, 681.

207 Vgl. *Vieweg* (o. Fn. 9), S. 199, 203; *ders.*, JuS 1993, 894, 895.

1. Streaming

Kennzeichen von Streaming-Verfahren ist, dass die in Rede stehende Datei anders als bei einem Download nicht dauerhaft auf dem Rechner des Nutzers gespeichert wird. Zwischenspeicherungen (im Arbeitsspeicher) sind temporärer Natur und nur deshalb notwendig, um ein ungestörtes Betrachten zu ermöglichen.²⁰⁸ Rechtlich finden sich insbesondere zwei Probleme: Erstens stellt sich die Frage, ob es überhaupt zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung kommt. Sind die zwischengespeicherten Teilsegmente abhängig von der technischen Konfiguration²⁰⁹ so klein, dass sie für sich genommen keinen Werkcharakter aufweisen, könnte trotz stetiger Wiederholung dieses Vorgangs mit jeweils neuen Schnipseln bei gleichzeitiger Löschung der vorangegangenen zu keinem Zeitpunkt eine Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG stattfinden.²¹⁰ Zweitens kommt es entscheidend auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „rechtmäßige Nutzung“ in § 44a Nr. 2 UrhG an.²¹¹

In beiden Fällen kann der Grundsatz der Technikneutralität bei der Auslegung Hilfe leisten. So wird mit Blick auf die Fragmentierung zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht die konkrete technische Ausgestaltung über die Reichweite des Vervielfältigungsrechts entscheiden darf.²¹² Maßgeblich ist, dass die in kürzester Zeit vorgenommenen Teilvervielfältigungen den Zweck haben, das Gesamtwerk zu vermitteln. Man muss sich von einer technisierten Betrachtung lösen und den Vervielfältigungsbegriff, der nach § 16 UrhG auch vorübergehende Vervielfältigungen erfasst, normativ bestimmen („normativer Vervielfältigungsbegriff“).²¹³ In der Tat ist die „Atomisierung des Nutzungsvorgangs“ entweder nur technisch bedingt oder „bewusst technisch [...] eingesetzt [...], um die urheberrechtlich

208 Stieper, MMR 2012, 12, 12 f.; Busch, GRUR 2011, 496, 498; Eichelberger, K&R 2012, 393, 395.

209 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 887.

210 Koch, GRUR 2010, 574, 575; vgl. Stieper, MMR 2012, 12, 13; ein Verweis auf Leistungsschutzrechte mag die praktische Relevanz mindern, nicht jedoch diese Rechtsfrage beantworten, vgl. Stieper, MMR 2012, 12, 14.

211 Zum Meinungsstand *Wandtke/v. Gerlach*, GRUR 2013, 676, 679 ff.; teils wird darauf abgestellt, ob die Nutzung vom Rechtsinhaber zugelassen oder durch Schranken gedeckt ist, vgl. Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL; *Radmann*, ZUM 2010, 387, 391; teils wird das Kriterium „offensichtlich rechtswidrig“ bemüht, vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496, 501 ff.; *Marly*, EuZW 2014, 616, 619; *Wandtke/v. Gerlach*, GRUR 2013, 676, 680 ff.; dadurch wird letztlich das Partizipationsinteresse des Urhebers zum Auslegungsmaßstab; der Schutzgegenstand muss nach weitergehender Ansicht daher in urheberrechtskonformer Weise in den Verkehr gelangt sein, *Sucker* (o. Fn. 7), S. 177 ff., 182 ff.

212 Stieper, MMR 2012, 12, 13 f.; *Busch*, GRUR 2011, 496, 499 f.

213 *Busch*, GRUR 2011, 496, 497, 500; *Stolz*, MMR 2013, 353, 355; denkbar ist natürlich eine Anpassung des Vervielfältigungsbegriffs *de lege lata*, *Ohly* (o. Fn. 2), F 48, in Anlehnung an den Vorschlag der *Wittem Group*; s. a. *Heinzmann*, DSRITB 2015, 599, 609; zur sukzessiven Öffentlichkeit EuGH Urt. v. 7.12.2006, C-306/05 Rn. 38 = ECLI:EU:C:2006:764 = GRUR 2007, 225 = SGAE; EuGH Urt. v. 7.3.2013, C-607/11 Rn. 33 = ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 = ITV Broadcasting; auch dies spiegelt eine technikneutrale Auslegung; s. a. *Schulze*, NJW 2014, 721, 721, 724.

relevante Vervielfältigung als Ganzes in Frage zu stellen“.²¹⁴ Auch die sukzessive, chronologisch geordnete, jeweils sofort flüchtige Vervielfältigung von an sich nicht schutzfähigen Werkteilen ist daher Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG, wenn so bezweckt wird, das ganze Werk oder schutzfähige Teile davon zu vervielfältigen.²¹⁵ Dass der EuGH offenbar zu einer anderen Sichtweise neigt,²¹⁶ macht diese Argumentation zwar praktisch weniger relevant, nicht aber sachlich falsch.

Ist nun aber die technisch bedingte Vervielfältigung durch den Nutzer nach § 44a UrhG freigestellt?²¹⁷ Überzeugend ist auch hier eine technikneutrale Argumentation. In der Sache geht es (im Übrigen unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Vorlage²¹⁸) um den Werkgenuss.²¹⁹ Dass dieser – *unmittelbar* für den Werkgenuss selbst, nicht nur für dessen Vorbereitung („Verschmelzungstheorie“)²²⁰ – einer zusätzlichen Vervielfältigung bedarf, darf *rechtlich* keine Rolle spielen.²²¹ Die notwendigen technischen Vervielfältigungen lassen sich „nicht mehr als hinreichend konkrete Vorstufen zum tatsächlichen Werkgenuss verstehen, so dass ihre urheberrechtliche Erfassung von eher zweifelhafter Legitimität erscheint.“²²² Es steht nicht im Raum, dass zusätzliche Nutzerkreise oder Nutzungen durch selbständige Werkgenussvermittlungshandlungen erschlossen werden,²²³ sondern einzig, eine andere Vermittlungshandlung passiv zu empfangen.²²⁴ Streaming ist mit dem Gedanken der Freiheit des Werkgenusses zu Recht nicht zustimmungsbedürftig, weil nicht „durch bloßen technischen Wandel Freiheiten in der Kommunikation und Information“ verloren gehen dürften.²²⁵ Andernfalls

214 Schulze, NJW 2014, 721, 722.

215 Busch, GRUR 2011, 496, 500.

216 EuGH Urt. v. 4.10.2011, C-403/08, C-429/08 Rn. 157, 159 = ECLI:EU:C:2011:631 = MMR 2011, 817 – *Football Association*; s. a. Stieper, MMR 2012, 12, 14; Eichelberger, K&R 2012, 393, 394 f.

217 Bei Software können andere Ergebnisse auftreten (§ 69d I UrhG), vgl. Sucker (o. Fn. 7), S. 134.

218 Stieper, MMR 2012, 12, 15; a. A. Busch, GRUR 2011, 496, 501 ff.

219 Überzeugend Stieper, MMR 2012, 12, 15 f.; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677, 680 f.; Stolz, MMR 2013, 353, 356 ff.; Galetzka/Stamer, MMR 2014, 292, 297; Redlich, K&R 2014, 73, 75 f.; Eichelberger, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des Geistigen Eigentums im Internet, 2012, S. 17, 40 ff.; Stadler/Heidrich, DSRITB 2014, 325, 336; kritisch Ensthaler, NJW 2014, 1553, 1555, mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal „eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“; er verweist aber auf die Einwilligung und die Haftungsprivilegierungen des TMG, NJW 2014, 1553, 1555 ff.

220 v. Gerlach, Die urheberrechtliche Bewertung des nicht-linearen Streamings im Internet, 2012, S. 175 ff.

221 Ohly (o. Fn. 2), F 47 f.

222 Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 887.

223 Vgl. Hohagen, Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 67 f.

224 EuGH Urt. v. 4.10.2011, C-403/08, C-429/08 Rn. 170 ff. = ECLI:EU:C:2011:631 = MMR 2011, 817 – *Football Association*.

225 Zech, ZUM 2014, 3, 6; ähnlich Hilgert/Hilgert, MMR 2014, 85, 88 („Allein bedingt durch den technischen Fortschritt kann der reine Werkgenuss [...] nicht urheberrechtlich relevant werden.“).

wäre letztlich bereits das Browsen im Internet höchst problematisch.²²⁶ Die Argumente, die für die Freiheit des Werkgenusses greifen (o. III. 3; V. 1), finden hier ihre praktische Bestätigung.²²⁷ Die Vermittlungshandlung, also das Einstellen des einschlägigen Werks in das Internet, unterliegt demgegenüber zu Recht der Kontrolle des Urhebers²²⁸ und besteht nicht zuletzt dank technischer Möglichkeiten (Filterverfahren bei YouTube; Internetsperren) nicht nur auf dem Papier.

2. Embedded Content

Wie oben (II. 3) angedeutet, befasste sich der Bundesgerichtshof bereits im Sommer 2003 mit der Zulässigkeit der Linksetzung. Das Setzen von Hyperlinks (auch in der Form von Deep-Links) sei weder eine Vervielfältigung noch eine öffentliche Zugänglichmachung des verlinkten Werks.²²⁹ Der EuGH ist dem über zehn Jahre später, wenn auch mit anderer Begründung, gefolgt. In der Entscheidung *Svensson* sah er in einer Linksetzung keine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 I InfoSoc-RL.²³⁰ Zwar sei die Linksetzung auf eine allgemein zugängliche Seite eine „Handlung der Wiedergabe“;²³¹ diese sei aber nicht öffentlich, da kein „neues Publikum“ erreicht werde.²³² Unterschiedliche Ansichten vertreten BGH und EuGH hingegen mit Blick auf *embedded content*. Dabei wird die Verlinkungstechnik so eingesetzt, dass der fremde Inhalt optisch als integraler Bestandteil der Ursprungsseite erscheint.²³³ Für den EuGH ist nicht die technische Ausgestaltung, sondern wiederum das Kriterium eines neuen Publikums streitentscheidend.²³⁴ Sein Ansatz ist technikneutral: „Zwar kann diese Technik [...] verwendet werden, um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen und damit dem Anwendungsbereich der Vorschriften über das Vervielfältigungsrecht zu unterfallen. Unbeschadet dessen führt aber ihre Verwendung nicht dazu, dass das betreffende Werk für ein neues Publikum

226 Vgl. *Sucker* (o. Fn. 7), S. 95; freilich kann auch eine Einwilligung des Urhebers angenommen werden, *Wandtke/v. Gerlach*, GRUR 2013, 676, 679 f.; zur urheberrechtlichen Zulässigkeit des Browsings EuGH Ur. v. 5.6.2014, C-360/13 = ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 – *PRCA/NLA*; § 53 UrhG greift hingegen nicht in jedem Fall.

227 Vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496, 502; *Ohly* (o. Fn. 2), F 48.

228 *Stieper*, MMR 2012, 12, 15 f.; s. a. EuGH Ur. v. 5.6.2014, C-360/13 Rn. 56 ff. = ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 – *PRCA/NLA*.

229 BGHZ 156, 1 = GRUR 2003, 958 – *Paperboy*.

230 EuGH Ur. v. 13.2.2014, C-466/12 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

231 EuGH Ur. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 17 ff., 20 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

232 EuGH Ur. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 24 ff., 28 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

233 Vgl. *Conrad*, CR 2013, 305, 306 ff.; *Slowioczek*, DSRITB 2014, 253, 253 ff.

234 EuGH Beschl. v. 21.10.2014, C-348/13 Rn. 17 f. = ECLI:EU:C:2014:2315 = GRUR 2014, 1196 – *BestWater*; EuGH Ur. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 29 f. = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

wiedergegeben wird.“²³⁵ Der BGH stellt demgegenüber darauf ab, dass sich der Linksetzer durch die faktische Einbindung des fremden Inhalts auf seiner eigenen Seite das fremde Werk gleichsam „zu eigen“ macht.²³⁶ Auch dies erscheint freilich als technikneutrale Betrachtung.²³⁷

Dies zeigt, dass der Grundsatz der Technikneutralität in der Tat nur negativ bedeutsam ist. Die konkrete technische Ausgestaltung darf den Fall nicht direkt entscheiden. Aus der technischen Ausgestaltung dürfen keine unmittelbaren Schlüsse auf die urheberrechtliche Beurteilung gezogen werden.²³⁸ Wie ein Sachverhalt denn nun aber zu bewerten ist, ist damit noch nicht gesagt. Zieht man die ökonomischen Gedanken der Verwertungsrechte heran (o. III.), sprechen diese *prima facie* mit Blick auf Framing für die Lösung des BGH. Bei „wertender Betrachtung“ scheint es tatsächlich um eine Handlung der „Werkvermittlung“ zu gehen, die entsprechend der Kontrolle des Urhebers unterliegt.²³⁹ Wirtschaftlich erspart sich der Nutzer der Framingtechnik (zumindest auf den ersten Blick²⁴⁰) den Erwerb des Rechts der Vervielfältigung sowie der öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. der öffentlichen Wiedergabe²⁴¹), die er eigentlich bräuchte.²⁴² Andererseits muss wie gesehen nicht jedwede Verwertungsform bzw. Nutzung dem Urheber zugewiesen sein.²⁴³ Da dem Verlinkenden die Kontrolle über das eingebettete Werk fehlt,²⁴⁴ ist die Einbindung gegenüber einer eigenen Abspeicherung in der Tat wirtschaftlich weniger wertvoll. Damit zeigt sich zugleich die Techniksensibilität des Urheberrechts: im Rahmen der *rechtlichen* Wertung können die Möglichkeiten der Technik *mittelbar* Berücksichtigung finden. Stellt man ferner auf die Funktionsfähigkeit des Internets (einschließlich sozialer Er-

235 EuGH Beschl. v. 21.10.2014, C-348/13 Rn. 18 = ECLI:EU:C:2014:2315 = GRUR 2014, 1196 – *BestWater*; kritisch *Eichelberger* (o. Fn. 26), S. 181, 188, 190.

236 BGH GRUR 2013, 818 Rn. 26, 27 – *Die Realität I*.

237 Vgl. *Ott*, MMR 2013, 596, 599.

238 Es droht gar, dass der Grundsatz der Technikneutralität bemüht wird, um die eigene Sichtweise zu unterstreichen, z. B. für entgeltliche *Online-Videorekorder* je unterschiedlich *Kamps/Koops*, CR 2007, 581, 586 und *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239, 268; beide berufen sich auf den Grundsatz der Technikneutralität.

239 BGH GRUR 2013, 818 Rn. 26 – *Die Realität I*; s. a. *Ott*, MMR 2013, 599, 599 f.; *Ohly* (o. Fn. 2), F 61; *Hendel*, ZUM 2014, 102, 108 ff.; *Eichelberger* (o. Fn. 26), S. 181, 191 f.; bereits *Ott*, ZUM 2004, 357, 364; *ders.*, MMR 2013, 599 („digitale[s] Integrationsrecht“).

240 Sogleich im Text.

241 Zur Unterscheidung *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 278.

242 Vgl. *Schulze*, ZUM 2015, 106, 108; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 278 f.; *Ott*, MMR 2013, 596, 599 f.; *Höfinger*, ZUM 2014, 293, 294 f.

243 S. a. *Jahn/Palzer*, K&R 2015, 1, 3, 5 f.; vgl. den Vorschlag eines § 24a UrhG von *Schack*, ZUM 2016, 266, 282; er will die „Verweisung auf Informationen durch Verlinken, einschließlich Framing“ vom Schutzbereich des Urheberrechts ausnehmen; ähnlich mit Blick auf § 44a UrhG *Ohly* (o. Fn. 2), F 48, unter Aufgreifung des Vorschlags der *Wittem Group*.

244 Wenn auch nur mit Blick auf § 19a UrhG BGH GRUR 2013, 818 Rn. 9 – *Die Realität I*; vgl. *Ott*, MMR 2013, 599.

wartungen²⁴⁵) ab,²⁴⁶ spricht dies dann auch dafür, Nutzungen mittels Verlinkung generell nicht zuzuordnen.²⁴⁷ Die Transaktionskosten wären (im Übrigen auch bei *rechtswidrigen* Inhalten²⁴⁸) prohibitiv hoch.²⁴⁹ Im Rahmen der *rechtlichen* Wertung können damit *mittelbar* u. a. auch ökonomische und rechtssoziologische Argumente wie auch die Möglichkeiten der Technik einbezogen werden.

Dessen ungeachtet zeigt sich hier eine *techniksteuernde* Funktion des Urheberrechts: Durch die umfassende Freistellung des Einsatzes von Links schafft das Recht Anreize für die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen. Links, die diese umgehen, sind sowohl nach der Rechtsprechung des BGH²⁵⁰ als auch des EuGH unzulässig.²⁵¹ Das Recht drückt sich hier gerade nicht um seinen Steuerungsauftrag. Die Schaffung von Plattformen, die durch technische Zugangssperren abgesichert sind, sind letztlich Grundlage dafür, dass auch im Internet Geschäftsmodelle der Kulturwirtschaft möglich sind. Zeitungen werden auf lange Sicht nicht durch das Recht für Presseverleger (§ 87f UrhG),²⁵² sondern nur durch eigene Bezahlangebote im Internet überleben können. Gleiches gilt für Musikplattformen und wahrscheinlich für Verlage in gleicher Weise. Die Rechtsprechung des EuGH kann daher auch so gelesen werden, als dass sie Anreize für die Schaffung dieser Infrastruktur schafft.

Nicht zu folgen ist daher auch Vorschlägen, die sich für Pauschalvergütungen stark machen.²⁵³ *Liability rules* erweisen sich letztlich als fauler Kompromiss. Die Verteilung der Einnahmen, die naturgemäß typisiert erfolgen muss, wird den einen *windfall profits* bescheren, den anderen für rentable Angebote zu wenig. Der aus der EuGH-Rechtsprechung ableitbare Auftrag ist hingegen eindeutig: Wer im Internet mit Werken Geld verdienen will, muss dafür eine eigene Infrastruktur aufbauen (also zugangsbeschränkte Plattformen), die Bezahlmodelle

245 Grünberger, ZUM 2015, 273, 277 f., 279, 281, 282; ders., JZ 2016, 318, 320 („medienspezifische Zugangsregel“).

246 Vgl. Fuchs/Farkas, ZUM 2016, 370, 372.

247 Grünberger, ZUM 2015, 273, 279 ff.

248 Grünberger, JZ 2016, 318, 320; ders., ZUM 2015, 273, 280 ff.; die Argumentation soll auch den „technischen Ansatz“ des EuGH auf ihrer Seite haben (Grünberger, JZ, 2016, 318, 320; EuGH Beschl. v. 21.10.2014, C-348/13 Rn. 16 [„insbesondere“] = ECLI:EU:C:2014:2315 = GRUR 2014, 1196 – *BestWater*); nur für offensichtlich rechtswidrige Inhalte soll dies nicht gelten (Grünberger, ZUM 2015, 273, 280 ff.); hier würde dann jedenfalls nach einem Hinweis des Berechtigten die Störerhaftung greifen; a. A. BGH GRUR 2016, 171 Rn. 34 – *Die Realität II*; Hendel, ZUM 2014, 102, 110; differenzierend nach Linking und Framing Eichelberger (o. Fn. 26), S. 181, 192.

249 Grünberger, JZ 2016, 318, 319; ders., ZUM 2015, 273, 279; Spindler, GRUR 2016, 157, 158 („nicht praktikabel“); der Rechteinhaber muss direkt gegen den Uploader vorgehen, s. a. o. V.

250 BGH GRUR 2011, 56 Rn. 27 – *Session-ID*.

251 EuGH Urt. v. 13.2.2014, C-466/12 Rn. 31 = ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

252 Zur Kritik Überblick bei Dreier/Schulze (o. Fn. 60), § 87f Rn. 4.

253 Dafür Grünberger, JZ 2016, 318, 318 f., 319.

über *property rules* ermöglicht.²⁵⁴ Daneben bleiben Verlinkungen richtigerweise nicht nur urheberrechtlich²⁵⁵ frei, das Internet verliert nicht an Dynamik.²⁵⁶ Wie sich das Recht innerhalb dieser abgeschotteten Räume gegenüber Kopierbeschränkungen etc. verhält, ist im Übrigen eine davon zu trennende Frage.

VII. Fazit

Die Leistungsfähigkeit eines urheberrechtlichen Grundsatzes der Technikneutralität darf nicht überschätzt werden. Dennoch kann ein solcher Grundsatz *de lege lata* klarstellen, dass aus technischen Vorgaben unmittelbar keine urheberrechtlichen Schlüsse gezogen werden dürfen. Der Grundsatz der Technikneutralität mahnt zu einer normativen Auslegung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte und Schranken. Technische Zufälligkeiten dürfen das Urheberrecht nicht *direkt* steuern. Gleichzeitig muss das Urheberrecht aber für seine Einbettung in das technische Umfeld sensibilisiert sein. Technikneutralität geht mit Techniksensibilität einher. Technische Möglichkeiten beeinflussen beispielsweise die Effektivität der Rechtsdurchsetzung (z. B. Internetsperren)²⁵⁷ oder spielen bei der ökonomischen Bewertung eine wichtige Rolle. Eine eigene Speicherung kann *wirtschaftlich* wertvoller sein, als eine Einbindung von Drittinhalten über die man keine Kontrolle hat. Die fehlende Abnutzbarkeit digitaler Kopien mag sich auf die ökonomische Beurteilung der Erschöpfung auswirken etc.²⁵⁸ Das Recht muss dies wiederum aufgreifen und (neben anderen Faktoren wie dem Schutz der Privatheit, Transaktionskosten, Akzeptanz etc.) wertend verarbeiten – ohne aber eben technischen Lösungen unbenommen zu folgen. Im Gegenteil: Selbst klassischen urheberrechtlichen Regelungen kann, wenn diese auch originär kein Teil des Technikrechts sind, bisweilen ein Steuerungsanspruch über Technik zu kommen. Wie dem *more economic approach* in jedem Fall eine Sensibilisierung für den ökonomischen Hintergrund zukommt,²⁵⁹ kann auch ein *more technological approach* für das technische Umfeld namentlich des Urheberrechts sensibilisieren. Dass dies nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass

254 Vgl. auch *Spindler*, GRUR 2016, 157, 159 f.; *Jahn/Palzer*, K&R 2015, 1, 6; vgl. aber auch *Hendel*, ZUM 2014, 102, 109 f.; zur vermeintlichen „Entrechtlichung“ von Urhebern *Dietrich*, MMR 2016, 194, 195.

255 Teils wird die Problematik der Verlinkung als Problem des UWG gesehen, vgl. *Dietrich*, GRUR Int. 2014, 1162, 1163; *Jahn/Palzer*, K&R 2015, 1, 5.

256 Ein statischeres Internet ist nicht zu befürchten, vgl. aber *Dietrich*, GRUR Int. 2014, 1162, 1163.

257 BGH GRUR 2016, 268 – *Störerhaftung des Access-Providers*; EuGH Urt. v. 27.3.2014, C-314/12 = ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 – *UPC Telekabel*; s. a. *Cartier International AG and others v. British Sky Broadcasting Ltd and others* [2014] EWHC 3354 (Ch) = GRUR 2015, 178.

258 Grundlegend *Kerber*, ZGE/IPJ 2016, 149.

259 So wird die ökonomische Analyse vor allem als Gesetzgebungstheorie verstanden, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., 2005, S. 414 ff.

aus technischen Lösungen unmittelbar normative Schlüsse gezogen werden, ist Anliegen dieses Beitrags.

Summary

This article analyses the relationship between copyright law and technology. Particular attention is given to the role of technology within copyright law. By doing so this article also focuses on the recently discussed more technological approach. As copyright law does not intend to steer technology, at least primarily, it is not part of technology law. The technological setting still matters. Lawyers have to consider the technological context as well as the potential of technological solutions. At the same time it is the law, not technology which resolves disputes. A principle of neutrality of technology reminds us that technology must not determine whether copyright is infringed or not. But: Such a principle serves only to have a negative effect. Instead, legal assessment can be based on principles such as the idea of rewarding authors for the use of their work by agents or the principle of freedom of consumption of works for practical reasons.

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Band 8 (2016), Nr. 4

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.

Herausgeber/ Michael **Grünberger**, Universität Bayreuth
Editors Diethelm **Klippel**, Universität Bayreuth
Karl-Nikolaus **Peifer**, Universität Köln
Herbert **Zech**, Universität Basel



Mohr Siebeck www.mohr.de



1867-237x(201612)8:4;1-F