

**Univ.-Prof. Dr. jur. Dr. rer.pol.
Richter am Oberlandesgericht/Bundespatentgericht
Jürgen Ensthaler
Lehrstuhl für Wirtschafts-, Unternehmens- und Technikrecht
Technische Universität Berlin
Sekt. H 41
Straße des 17. Juni 135
10623 Berlin**

**Stellungnahme
zum Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung
des Urheberrechtsgesetzes
(BT-Drucksache 17/11470)**

I. Grundsätzliches:

I.1 Das geplante Leistungsschutzrecht fügt sich ohne Zweifel in das System der bestehenden Leistungsschutzrechte ein.

I.2 Die Regelungen des Entwurfs sind hinreichend transparent formuliert.

I.3 Das berechtigte Freihaltungsinteresse der Allgemeinheit an Nachrichten ist nicht berührt.

II. Begründung:

Das im gegenständlichen Entwurf geplante Leistungsschutzrecht fügt sich in die vorhandenen Leistungsschutzrechte ein, weil das geplante Recht den Grundgedanken deutlich zum Ausdruck bringt, der allen Leistungsschutzrechten gemein ist:

II.1 Es wird kein Monopol an dem Schutzgegenstand selbst geschaffen. Es wird nicht die Information als solche geschützt; diese bleibt frei. Jedermann kann entsprechende Informationen aufsuchen und für seine Zwecke verwenden; jeder Dritte kann die aufgesuchten Informationen bearbeiten, gliedern und öffentlich zugänglich machen, ohne dass dadurch Rechte der Presseverleger auch nur berührt werden.

II.2 Geschützt wird nur die kostengünstige/kostenfreie unmittelbare Übernahme fremd geschaffener Leistungen für die eigennützige gewerbliche Verwendung im Zusammenhang mit der öffentlichen Zugänglichmachung, so wie es neue Techniken ermöglichen.

II.3 Geschützt werden soll die durch die Verlage finanzierte Journalistentätigkeit, durch die insbesondere Informationen unterschiedlichster Inhalte gesammelt und redaktionell aufbereitet werden und dies auch nur vor Übernahmen von mit den entsprechenden technischen Mitteln arbeitenden Suchmaschinenbetreibern. In dem Maße wie die von den Suchmaschinenbetreibern eingesetzte Technik es ermöglicht, fremd geschaffene, mit Aufwand geschaffene, Arbeitsleistungen kostenfrei zu übernehmen, wird ein Schutzrecht

geschaffen. Dieses neue Leistungsschutzrecht ordnet die Leistung dem zu, der sie geschaffen/finanziert hat und zwar so, dass das berechnete Interesse der Allgemeinheit am freien Zugang zu Informationen nicht beeinträchtigt wird. Die Information selbst wird nicht geschützt.

II.4 Mit den vorhergehenden Ausführungen sollte begründet werden, dass wir es gegenständlich mit der geradezu klassischen Situation der Einführung eines Leistungsschutzrechts zu tun haben. Anders als das Urheberrecht oder auch das Patentrecht haben Leistungsschutzrechte nicht eine mehr oder minder anspruchsvolle oder eben hinreichend originelle Arbeitsleistung zum Gegenstand, sondern Gewerbefleiß bzw. Investitionen, die ohne diesen Schutz zumindest schwieriger zu amortisieren wären, weil Dritte relativ aufwandslos kopieren könnten und auch würden.

Der Schutz der Hersteller von Tonträgern im Urheberrechtsgesetz ist ein gutes Beispiel für den Zweck dieser Rechte. Jedermann kann ein gemeinfreies Musikwerk identisch aufführen lassen und die von der Aufführung selbst gefertigten Tonträger verbreiten; nicht erlaubt ist, den Tonträger des Konkurrenten zu kopieren.

III. Anknüpfung an den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

Das im Gesetzesentwurf geplante Leistungsschutzrecht für Presseverleger ist auch auf der Grundlage unserer Wettbewerbsordnung vorgezeichnet. Dies ist auch hier von Bedeutung, weil Leistungsschutzrechte häufig aus der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht heraus entwickelt werden. Einschlägig ist insoweit das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

III.1 Das UWG schützt nicht nur vor sklavischer Nachahmung in den durch § 4 Nr. 9 UWG benannten Fällen sondern auch vor der sog. unmittelbaren Leistungsübernahme, auf der Grundlage der Generalklausel des § 3 UWG.

III.2 Zum wettbewerbsrechtlichen Schutz vor unmittelbaren Leistungsübernahme hat der BGH in seiner Reprint-Entscheidung (BGH GRUR 1969, 186, 188) ausgeführt, dass eine unmittelbare Leistungsübernahme unter der Voraussetzung verboten ist, dass der Veranstalter des ersten Druckes in „unbilliger Weise“ um die Früchte seiner Arbeit gebracht wird. Für dieses Unbilligkeitsurteil stellte der BGH darauf ab, „ob die vom Nachdrucker angewandte Methode des Nachdruckes nach Zeit und Umständen geeignet ist, eine nach den Gepflogenheiten ordentlicher Verleger planenden Erstverleger mit einem zusätzlichen Risiko zu belasten, das zu tragen ihm nicht zugemutet werden kann“. In letzter Zeit hat der BGH beim Leistungsschutz darauf abgestellt, dass der Leistungserbringer nicht durch andere Rechte, wesentlich Sonderrechte, geschützt ist (BGH GRUR 2011, 436). Diese Anforderung ist aber keine Änderung zu der vormals in der Reprint-Entscheidung (siehe auch so BGH GRUR 1986, 895 – Notenstichbilder) vertretenen Ansicht. Ein sonderrechtlicher Schutz kann bereits für eine hinreichende Amortisationsmöglichkeit sorgen und den wirtschaftlichen Schaden abmildern; ein solcher Schutz für die Presseverlage besteht aber zur Zeit gerade nicht.

IV. Unterschiede zum urheberrechtlichen Leistungsschutz

IV.1 Der Unterschied zwischen einem durch das UWG gewährten Leistungsschutz und einem – wie hier geplant – im Urheberrechtsgesetz verankerten Leistungsschutz liegt im Wesentlichen darin, dass beim wettbewerbsrechtlichen Schutz die wirtschaftliche Beeinträchtigung der durch die relativ kostenfreien Übernahmen Betroffenen in einem größeren Umfange spürbar sein muss, als dies bei einem spezialgesetzlich eingeführten Leistungsschutz der Fall zu sein braucht. Der Grund liegt darin, dass ein rein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz auch der für das Wettbewerbsrecht allgemein verlangten Anforderung unterliegt, dass die wirtschaftliche Beeinträchtigung derart spürbar sein muss, dass dadurch eine für den Leistungserbringer nicht mehr zumutbare Risikosituation entsteht. Ob diese Situation vorliegt, braucht hier nicht entschieden bzw. prognostiziert zu werden.

Das spezialgesetzlich geschaffene Leistungsschutzrecht ist von solch einer Prognose nicht abhängig, hier genügt, dass es durch die Übernahme zu einer wirtschaftlich spürbaren Beeinträchtigung des Leistungserbringers kommen wird.

Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Schaffung eines neuen Leistungsschutzrechts andere Entscheidungsvorgaben als sie die an den genannten Vorgaben des Wettbewerbsrechts gebundene Rechtsprechung hat. Das dem Gesetzgeber zustehende rechtspolitische Ermessen ist aus juristischer Sicht dann nicht verlassen, wenn es darum geht,

- a) wirtschaftliche Nachteile bei den von der Übernahme Betroffenen abzuwenden;
- b) durch den Leistungsschutz keine Monopole an grundsätzlich freizuhaltenden Gütern entstehen zu lassen und
- c) dass das Leistungsschutzrecht die durch neue Techniken entsprechende Möglichkeit, eine im Verhältnis zur Produktion eines Gutes nahezu kostenfreie Reproduktion zu ermöglichen, einzugrenzen.

IV.2 Zu diesen Voraussetzungen konkret:

Zu a)

Eine unmittelbare Leistungsübernahme, ohne ins Gewicht fallenden eigenen Aufwand beim Übernehmer, führt regelmäßig zu einer wirtschaftlichen Benachteiligung des Produzenten. Dies ist nur ausnahmsweise einmal nicht der Fall. Hier gibt es keinen Grund für die Annahme einer Ausnahmesituation. Wenig überzeugend ist das von einem großen Suchmaschinenbetreiber vorgetragene Argument, es handele sich gegenständlich nur um eine Nebensache bei den Geschäftsfeldern der Suchmaschinenbetreiber; dies besagt noch nichts über die wirtschaftlichen Auswirkungen bei den Verlagen. Für den Nachweis der mit der Übernahme verbundenen Vorteile bei den Suchmaschinenbetreibern kann man den andernorts vielfach verwendeten Satz anführen, dass Kaufleute regelmäßig wissen, was für ihr Unternehmen von Vorteil ist oder anders gewendet, aus welchen Gründen sollten Suchmaschinenbetreiber gegen das Schutzrecht sein, wenn ihnen die entsprechenden Leistungen der Verlage gleichgültig wären.

Von Bedeutung ist die Frage, ob die Verlage bislang wirklich ohne Vorteile den Suchmaschinenbetreibern die Informationen überlassen mussten. Es gibt auch den Weg zurück auf die Verlagsseiten; entsprechende Links werden regelmäßig gesetzt. Allerdings ist einschränkend zu berücksichtigen, dass es sich hier nicht um einen sog. zweiseitigen Markt

handelt (vgl. dazu Stuhmeier, ZFWP, 2012, 82, 89 f.). Das heißt, die Zuführung von mehr Lesern auf die Internetseiten der Verleger durch die Kurzinformationen auf den Seiten der Suchmaschinenbetreiber führt nicht unbedingt zur Erweiterung von deren Werbeinteressenten. Solch einen zweiseitigen Markt gibt es z.B. bei den Verkaufsportalen; je mehr Interessenten desto mehr Anbieter, je mehr Anbieter, desto mehr Interessenten. Hier ist die Situation anders: die Werbekunden haben Grund, es sich zu überlegen, welche Seiten für ihre Werbung vorteilhafter sind. Der kostengünstigen Übernahme fremd geschaffener Leistungen steht demnach kein wirtschaftlicher, durch den Markt gegebener Ausgleich gegenüber. Eine wirtschaftliche Benachteiligung derer, die für die entsprechenden Leistungen bezahlen müssen, gegenüber denjenigen Gewerbetreibenden, die sie kostenfrei erhalten, ist nicht zu leugnen. Erst das Leistungsschutzrecht schafft die Voraussetzung dafür, dass ein mit Aufwand hergestelltes Gut, auch von dem zur Amortisation seiner Kosten eingesetzt werden kann, der diesen Aufwand betrieben bzw. finanziert hat.

Zu b)

Dabei besteht – dem Kerngedanken des Leistungsschutzrechts entsprechend – nicht einmal eine gegen das Interesse der Allgemeinheit gerichtete Monopolstellung, weil das Schutzrecht nicht die Informationen selbst unter Schutz stellt, sondern nur deren aufwandsloses Kopieren durch einen anderen Gewerbetreibenden. Die Suchmaschinenbetreiber können nun selbst verlegerisch tätig werden oder mit den Verlagen verhandeln. Selbst wenn die Betreiber aussteigen sollten, bleiben die Seiten der Verlage – die auch leicht im Netz auffindbar sind.

Zu c)

Es wurde im Zusammenhang mit dem geplanten Schutzrecht geäußert, dass dieses Recht schon in der Nähe eines „Einzelfallgesetzes“ gesehen werden könnte, weil im Wesentlichen nur die großen Suchmaschinenbetreiber betroffen sind.

Diese Auffassung ist rechtlich nicht haltbar.

Es verhält sich hier so, dass die zu schützenden Güter, also die Presseleistungen, wirtschaftlich spürbar nur von Suchmaschinenbetreibern übernommen werden können. Nicht das Gesetz will sich auf eine bestimmte Gruppe konzentrieren, sondern – umgekehrt – das geplante Leistungsschutzrecht wehrt unrechtmäßige Entnahmen dort ab, wo sie für den Produzenten dieser Daten wirtschaftlich von Bedeutung sind.

Um klarzustellen: Wer eine Technik zur Übernahme einsetzt, die im bedeutsamen Umfang eine nahezu kostenfreie Übernahme ermöglicht, unterliegt dem Leistungsschutzrecht. Demnach: Der Angriff auf eine fremdgeschaffene Leistung wird durch das geplante Gesetz abgewehrt.

Mit einem Einzelfallgesetz hat dies nicht zu tun. Solch ein Gesetz läge vor, wenn von zahlreichen Angriffen gegen eine grds. zu schützende Leistung nur eine herausgegriffen und untersagt würde.

Die Konsequenz dieser Kritik wäre auch, jede Art der Verwertung der in Rede stehenden Informationen für die Verlage unter Schutz zu stellen. Genau dies wäre mit dem Gedanken der Leistungsschutzrechte nicht vereinbar. Der Grundgedanke des Leistungsschutzrechts

liegt nicht darin, den jeweiligen Leistungsgegenstand selbst zu schützen – der beruht ja regelmäßig nicht auf einer besonderen geistigen Leistung – sondern darin, eine ungerechtfertigte Ausbeutung fremd geschaffener Leistungen zu verbieten.

Aus diesem Grund geht auch die Kritik fehl, die darauf bezogen ist, dass Buchverleger von diesem Recht nicht erfasst sind. Es ist bislang nicht bekannt, dass sog. snippets aus Büchern mit irgendwelchen Nachteilen für Verlage und Autoren verbunden sind.

Die genannten Voraussetzungen für die Schaffung des Leistungsschutzrechts für Presseverlage sind somit gegeben.

V. Erwidern auf weitere Kritik am geplanten Leistungsschutzrecht

V.1. Konkretisierung des Schutzgegenstandes

Es ist geäußert worden, dass die Entwurfsfassung den Schutzgegenstand nicht hinreichend konkretisiert und deshalb nur schwer umsetzbar sei.

Diese Kritik ist unberechtigt.

Bei Leistungsschutzrechten ist es vielfach schwierig den Schutzgegenstand ganz konkret im Gesetz zu beschreiben. Erinnerung sei insofern an das zuletzt geschaffene Leistungsschutzrecht, das Schutzrecht für Datenbankhersteller.

§ 87 a UrhG schützt nur Datenbanken deren Erstellung mit einer „wesentlichen Investition“ verbunden ist. Dies ist ein sicher nicht leicht einzugrenzendes Tatbestandsmerkmal. Die Rechtsprechung ist trotzdem relativ schnell zu Ergebnissen gekommen.

Das gesamte Immaterialgüterrecht lebt von unbestimmten Rechtsbegriffen, die erst durch die Rechtsprechung feste Konturen erhalten.

Auch das Urheberrecht selbst gewährt Schutz unter einem nicht leicht zu definierendem Tatbestandsmerkmal. Geschützt wird unter der Voraussetzung einer „geistig persönlichen Schöpfung“; ebenfalls ein sehr auslegungsbedürftiger Begriff. Dieser Begriff gewinnt dann Konturen durch den Katalog des § 2 Abs. 1 UrhG, der zahlreiche mögliche Werkarten enthält und dadurch den unbestimmten Begriff der geistig persönlichen Schöpfung Inhalt gibt.

Man kann in diesem Zusammenhang auch das Patentrecht benennen. Geschützt werden hier die „Technik bereichernde Leistungen“; ein ebenfalls sehr auslegungsbedürftiger Begriff. Eine gewisse Vorstellung davon, was konkret gemeint ist gibt erst eine umfangreiche Aufzählung von Neuerungen, die nicht geschützt sein sollen, der sog. Negativkatalog.

Das gesamte Immaterialgüterrecht lebt von unbestimmten Rechtsbegriffen, die dann durch eine Aufzählung von Beispielen, was auf jeden Fall und was insbesondere nicht geschützt werden soll, konkretisiert werden. Genauso wird bei dem neuen Leistungsschutzrecht verfahren. Es gibt eine relativ abstrakte Umschreibung, die den Schutzgegenstand weit fasst, um dann mit dem Wort „insbesondere“ die wesentlichen, den Gesetzesentwurf initiierenden, Schutzbereiche zu nennen. Es wird der Rechtsprechung nicht schwer fallen, hier zu sicheren, Rechtssicherheit gebenden Ergebnissen zu kommen. Der Gesetzesentwurf nennt als geschützte journalistische Beiträge „Artikel ... die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen“. Diese Konkretisierung ist im Hinblick auf die täglich erscheinenden Presseartikel selbsterklärend: Es gibt Nachrichten, es gibt Kommentare und es gibt Belletristisches.

V.2. Kollision mit dem Urheberrecht

Es wäre auch verfehlt, dem neuen Leistungsschutzrecht schon damit zu begegnen, dass es mit dem Urheberrecht nicht vereinbar sei bzw. dass dieser Entwurf das Urheberrecht systemwidrig ausweiten würde. Gemeint wäre mit einer solchen Kritik, dass die vom geplanten Leistungsschutzrecht umfassten Arbeitsergebnisse aus urheberrechtlicher Sicht wegen fehlender Schöpfungselemente gemeinfrei sind oder z. B. einer Sozialschranke des Urheberrechts unterfallen und wegen eines Interesses der Allgemeinheit an der Freihaltung auch ungeschützt bleiben sollten. Es ist nun schon rechtsdogmatisch nichts dagegen einzuwenden, wenn diese Sozialschranke eingeschränkt bzw. bislang Gemeinfreies unter ein Leistungsschutzrecht gestellt wird. Eine Regelung z.B. dahin, dass Nachrichten vermischten Inhalts, die ohnehin nur dem Schutz unterfallen sollen, wenn sie redaktionell aufgearbeitet und unter bestimmten Rubriken erscheinen, dann nicht frei sind, wenn sie von Betreibern von Suchmaschinen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, wäre sicher mit dem Urheberrecht bzw. den Grundsätzen des urheberrechtlichen Schutzes vereinbar. Nicht die Nachrichten selbst wären vom Leistungsschutzrecht umfasst. Dies bleiben frei und können von jedermann aufgegriffen und auch öffentlich wiedergegeben werden.

VI. Abschließende Bemerkung

Ich erlaube mir auch den Hinweis, dass ich neben meiner Hochschullehrertätigkeit über einen Zeitraum von 10 Jahren als Richter an einem Oberlandesgericht tätig war. Ich war dort Richter in einem für Urheberrechtsstreitigkeiten zuständigen Senat. Ich kann auf der Grundlage des durch diese Praxis gewonnenen Wissens nur sagen, dass der Entwurf ein typisches Leistungsschutzrecht behandelt und sagen, dass die Ausgestaltung dieses Rechts praktikabel ist. Ich habe Gespräche mit anderen Senatsmitgliedern geführt, die mir dies bestätigt haben.

Ich bin als Wissenschaftler auch der Ansicht, dass die meisten der wissenschaftlich mit dem Urheberrecht befassten Kollegen diesem Entwurf nicht ablehnend gegenüberstehen. Ich vertrete diese Ansicht, weil ich von den meisten Bearbeitern der großen Kommentare zum Urheberrechtsgesetz nichts Gegenteiliges gehört bzw. gelesen habe.

Berlin, im Januar 2013

gez. Jürgen Ensthaler