

Herausgegeben von

Institut für Urheber- und Medienrecht – IUM, München
Institut für Europäisches Medienrecht – EMR, Saarbrücken

Prof. Dr. Mark D. Cole, EMR Saarbrücken/Universität Luxemburg
Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington), IUM München/Universität Mannheim

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M., Universität Erlangen-Nürnberg | **Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg**, LL.M., TU Dresden | **Prof. Dr. Christoph Neuberger**, Ludwig-Maximilians-Universität München | **Ass. Prof. Dr. Jan Oster**, LL.M., Universität Leiden | **Prof. Dr. Birgit Stark**, Johannes Gutenberg-Universität Mainz/Mainzer Medieninstitut

Schriftleitung: Prof. Dr. Mark D. Cole, EMR Saarbrücken/Universität Luxemburg |
Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington) (V.i.S.d.P.), IUM München/Universität Mannheim

Inhalt

Editorial	5
-----------------	---

Leitthema Referenzkultur

<i>Nadine Klass</i> Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel	6
<i>Kamila Kempfert, Yavor Stamenov</i> Tagungsbericht zum Symposium „Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel“	12
<i>Frédéric Döhl</i> Zum drohenden Pastiche-Begriff im Kontext der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG	18
<i>Westkamp</i> Referenz und Transformation im britischen <i>Copyright Law</i>	38
<i>Simon Apel</i> Ein Recht auf Referenz im U.S.-amerikanischen Copyright?	59
<i>Sibel Kocatepe</i> Die kanadische UGC-Schranke als Modell für ein Recht auf Referenz	83
<i>Agnès Lucas-Schloetter</i> Kreative Referenzkultur und Urheberrecht in Frankreich	96
<i>Concepción Saiz García</i> Ein Recht auf Referenz im spanischen Urheberrecht?	104

<i>Kamila Kempfert</i> Referenzielles Schaffen im Lichte der Regulierung des polnischen Urheberrechtsgesetzes	120
---	-----

Weitere Aufsätze

<i>Olaf Jandura, Linards Udris & Mark Eisenegger</i> Die Medienpräsenz politischer Akteure in Deutschland und der Schweiz	168
--	-----

<i>Heiko Richter</i> Informationen der öffentlichen Hand als Rohstoff für den Datenjournalismus: Rechtliche Gestaltungsprinzipien zum Erhalt der Meinungsvielfalt	194
---	-----

<i>Pascal Schneiders</i> Unbedingt abwehrbereit, aber bedingt zuständig?	236
---	-----

<i>Jörg Ukrow</i> Indexierung des Rundfunkbeitrags und Stabilität der deutschen Rundfunkfinanzierung. Ansätze einer europarechtlichen Risikoanalyse	272
---	-----

Rezensionen

Non-Conventional Copyright	324
----------------------------------	-----

Recht und Ethik des Kopierens	327
-------------------------------------	-----

Die limitierte Auflage. Rechtsfragen zeitgenössischer Fotokunst	330
---	-----

Zeitschriftenlese

UFITA Zeitschriftenlese	334
-------------------------------	-----

Schriftleitung: Prof. Dr. Mark D. Cole, EMR Saarbrücken/Universität Luxemburg, Franz-Mai-Str. 6, 66121 Saarbrücken, E-Mail: m.cole@emr-sb.de | Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington) (V.i.S.d.P.), IUM München/Universität Mannheim, Salvatorplatz 1, 80333 München, E-Mail: klass@urheberrecht.org

Erscheinungsweise: 2 Ausgaben pro Jahr

Bezugspreise 2019: Jahresabonnement inkl. einem Onlinezugang Privatbezieher 158,-€, Institutionen (Mehrfachnutzung, unbegrenzte Anzahl an Online-Nutzern) 262,-€, Einzelheft 85,-€. Alle Preise verstehen sich incl. MWSt, zzgl. Vertriebskostenanteil.

Bestellmöglichkeit: Bestellungen beim örtlichen Buchhandel oder direkt bei der Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Kündigungsfrist: jeweils drei Monate vor Kalenderjahresende

Bankverbindung generell: Zahlungen jeweils im Voraus an Nomos Verlagsgesellschaft, Postbank Karlsruhe: DE07 6601 0075 0073 6367 51 (IBAN), PBNKDEFF (BIC) oder Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: DE05 6625 0030 0005 0022 66 (IBAN), SOLADES1BAD (BIC)

Druck und Verlag: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestrasse 3–5 | D-76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-0 | Fax (07221) 2104-27 | E-Mail: nomos@nomos.de

Anzeigen: Sales friendly Verlagsdienstleistungen | Pfaffenweg 15 | 53227 Bonn | Telefon (0228) 978980 | Fax (0228) 9789820 | E-Mail: roos@sales-friendly.de

Urheber- und Verlagsrechte: Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion oder des Verlages wieder. Unverlangt eingesendete Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Die Redaktion behält sich eine längere Prüfungsfrist vor. Eine Haftung bei Beschädigung oder Verlust wird nicht übernommen. Bei unverlangt zugesandten Rezensionen keine Garantie für Besprechung oder Rückgabe. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

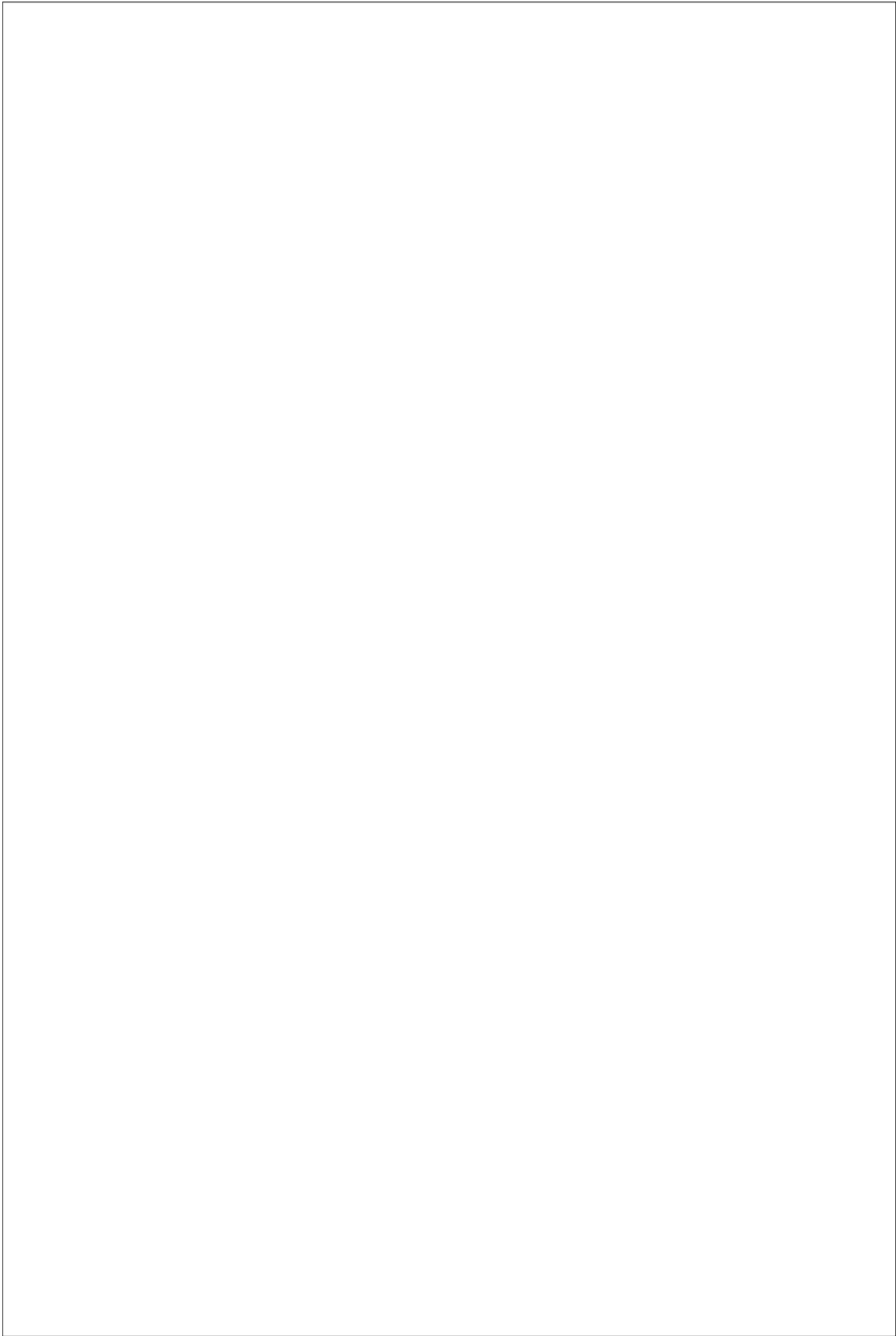
Der Nomos Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

ISSN 2568-9185

www.ufita.de



Nomos



Editorial

LEITTHEMA REFERENZKULTUR

Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel¹

*Prof. Dr. Nadine Klass, LL.M. (Wellington)**

1. Einführung in die Problematik

Techniken der Bezugnahme und der Adaption sind schon immer Grundlage des Kulturverständnisses,² ebenso wie referenzielle und transformative Schaffenspraktiken schon immer ein untrennbarer Bestandteil der Kunst- und Kulturgeschichte³ waren. Dennoch ist in der heutigen digitalisierten Gesellschaft eine deutliche Zunahme fremdreferenzieller Werke zu verzeichnen.⁴

Ein maßgeblicher Grund hierfür liegt sicherlich in der einfachen Verfügbarkeit sowie Beherrschbarkeit künstlerischer Techniken der Bezugnahme im digitalen Raum.⁵ Das Web 2.0 ermöglicht es jedermann, Inhalte und damit auch urheberrechtlich geschützte Werke

1 Einleitung zum Symposium „Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel“ des SFB „Medien der Kooperation“.

* Die Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums sowie deutsches und europäisches Verfahrensrecht an der Universität Mannheim. Einleitung zum Symposium „Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel“ des SFB „Medien der Kooperation“; Teilprojekt B07 „Medienpraktiken und Urheberrecht – Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz“, gefördert durch die DFG. Die Verf. dankt Frau Kamila Kempfert und Herrn Yavor Stamenov für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

2 *Von Gehlen*, Mashup. Lob der Kopie, 2012, S. 19.

3 *Döhl/Wöhler*, Zitieren, appropriieren, sampeln, 2014, S. 7; vgl. die Beispiele bei *Klass*, ZUM 2016, 801, 802; *Dreier*, GRUR 2011, 1059, 1060; *Döhl*, Mashup in der Musik, 2016, S. 11 (zur Abhängigkeit der Musik); *von Gehlen*, Mashup. Lob der Kopie, 2012, S. 19, 201 (zur Intertextualität); *Jenkins*, *Convergence Culture: Where Old and New Media Collide*, 2006, S. 135 (zur Abhängigkeit der amerikanischen Kunst von verschiedenen Volkstraditionen); *Schulze* in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *UrhG*, 2018, § 24 UrhG Rn. 1.; siehe auch die Beiträge von *Lethem*, *The ecstasy of influence. A plagiarism*, *Harper's Magazine*, 02/2017, abrufbar unter: <https://harpers.org/archive/2007/02/the-ecstasy-of-influence/> (zuletzt abgerufen am 1.3.2019); sowie *Ferguson*, *Everything is a Remix*, abrufbar unter: <https://www.everythingisaremix.info/watch-the-series> (zuletzt abgerufen am 1.3.2019).

4 Vgl. *Schulze* in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *UrhG*, 2018, § 24 UrhG Rn. 25; hierzu auch *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 147; *Hoffmann/Klass*, Editorial: The Reference as Part of the Art Form. A Turning Point in Copyright Law?, *Media in Action* 02/2017, S. 32; *Summerer*; *Illegale Fans*, 2015, S. 26; *Klass*, ZUM 2016, 801; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675; *Kempfert/Reißmann*, Transformative Works and German Copyright Law as Matter of Boundary Work, *Media in Action* 02/2017, S. 65.

5 So auch *Peifer*, *Appropriation Art und Fan Art – geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung?* in: FS Wandtke, 2013, S. 99, 101.

oder Werkteile zu ändern, neu zu arrangieren oder zu kombinieren und auf diese Weise abhängig kreativ tätig zu werden. Fotos, Videos, Ausschnitte aus Bildern und Filmen, Tonfolgen und Rhythmussequenzen werden auf diese Art und Weise Teil eines spezifischen künstlerischen Transformationsprozesses,⁶ der eine Vielzahl abhängiger Schöpfungen hervorbringt, welche oftmals die Identität des ursprünglichen Werkes hervorscheinen lassen.

Die moderne Referenzkultur konnte so zu einem digitalen Massenphänomen avancieren⁷ und einen Raum schaffen, der sich durch partizipative⁸ und nutzergeprägte Kulturformen auszeichnet.⁹ Internet-Memes,¹⁰ Mashups, Samplings, Fan-Fiction, Appropriation Art, Remix und Parodien prägen den digitalen öffentlichen Diskurs und können durch Hosting-Plattformen wie YouTube und Soundcloud oder auf sozialen Netzwerken einfach, schnell und ungehindert verbreitet und durch andere Nutzer ihrerseits neu bearbeitet werden.

Aber nicht nur die geänderten Schaffensrealitäten haben eine Zunahme der „kreativen Referenzkultur“¹¹ bewirkt. Die gesteigerte Relevanz fremdreferenzieller Werke kann nicht zuletzt auch mit einer sich verändernden Kunstlandschaft begründet werden, in der postmoderne Kunstformen das ästhetische Spiel mit dem Vorgefundenen suchen¹² und auch die Kunsttheorie zunehmend die Rolle des Originären und Einzigartigen hinterfragt.¹³

Festgehalten werden kann jedenfalls, dass aktuell eine Vielzahl an kreativen Prozessen in den unterschiedlichsten Kunst- und Kulturbereichen zu beobachten ist, in denen Neues entsteht, weil auf Altes Bezug genommen wird.

Gleichfalls ist zu konstatieren, dass die Intensität der Bezugnahme nicht nur in quantitativer, sondern auch in qualitativer Hinsicht eine deutliche Steigerung erfahren hat.¹⁴

6 *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 148.

7 *Dobusch*, Generation Remix: Popkultur und Kunst im rechtsfreien Raum? in: Djordjevic/Dobusch (Hrsg.), Generation Remix: zwischen Popkultur und Kunst, 2014, S. 1.

8 Siehe hierzu: *Jenkins/Ito/Boyd*, Participatory Culture in a Networked Era: A Conversation on Youth, Learning, Commerce, and Politics, 2016.

9 Vgl. die Begrifflichkeiten bei *Wilke*, Kombiniere! Variiere! Transformiere! Mashups als performative Diskursobjekte in: Mundemenke/Ramos Arenas/Wilke (Hrsg.), Mashups: Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, 2015, S. 15.

10 Siehe hierzu auch *Ullrich*, Das Wetteifern der Bilder: Eine Archäologie der Mem-Kultur, abrufbar unter <https://irights.info/artikel/das-wetteifern-der-bilder-eine-archaeologie-der-mem-kultur/27306> (zuletzt abgerufen am 1.3.2019).

11 *von Gehlen*, Mashup. Lob der Kopie, 2012, S. 19, beschreibt diese als „Technik der Bezugnahme, des Zitats und der Adaption“; vgl. auch *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 147; *Hoffmann/Klass*, Editorial: The Reference as Part of the Art Form. A Turning Point in Copyright Law?, *Media in Action* 02/2017, S. 32.

12 S. auch *McGovern*, Referenz und Appropriation in der künstlerischen Ausstellungspraxis in: *Döhl/Wöhler*, Zitieren, Appropriieren, Sampeln, 2014, S. 113: „Nicht die Produktion von einzelnen, originären Kunstobjekten steht (...) im Fokus künstlerischer Verfahren, sondern vielmehr die Arbeit mit dem vorgefundenen Material (...)“.

13 *Podszun*, *ZUM* 2016, 606, 607 f.; *Klass*, *ZUM* 2016, 801, 803.

14 Insoweit wird auch von dem Phänomen der „Referenzkultur“ gesprochen; vgl. *Summerer*, *Illegale Fans*, 2015, S. 26 m.w.N.

2. Fremdreferenzialität und das Urheberrecht

Die zunehmende Fremdreferenzialität wird jedoch nicht nur positiv bewertet – vielmehr müssen sich postmoderne Kunstformen sowie Kulturphänomene, die auf dem Werkschaffen anderer aufbauen, nicht selten den Vorwurf der Illegalität, zumindest aber der moralischen Verwerflichkeit¹⁵ gefallen lassen. Hinzu kommt, dass sie anerkannte (urheberrechtliche) Vorstellungen und Konzepte von Originalität, Werkcharakter, Neuheit und Autorschaft in Frage stellen und damit eine ganze Reihe urheberrechtlicher Fragen aufwerfen.¹⁶

Auch wenn sich ein Großteil dieser partizipativen Schaffenskultur im nicht-kommerziellen,¹⁷ vereinzelt auch im halb-öffentlichen Bereich abspielt – was dazu führt, dass sie oftmals von jenen, deren Rechte möglicherweise berührt sind, toleriert werden –, bewegt sich das Wirken doch in einem „Graubereich“ und beschert nicht nur den Künstlern, sondern auch den Inhabern der Rechte an vorbestehenden Werken reichlich Unsicherheit.

Zu klären ist daher die Frage nach einem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Originalurheber und denen der nachschaffenden Schöpfer, denn bei der Benutzung, Neuarrangierung, Rekontextualisierung, Interpretation und Kritik vorbestehender urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile¹⁸ treffen unterschiedlichste Interessen aufeinander: das Eigentumsrecht (Art. 14 GG) und das (Urheber-)Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Schöpfers, der die Kontrolle über sein Werk nicht verlieren sowie keine Ausschließlichkeitsrechte preisgeben will, auf der einen Seite, sowie das Recht auf Zugang und auf Auseinandersetzung mit vorbestehenden Werken derjenigen, die die Referenz als Teil ihrer schöpferischen Freiheit begreifen, auf der anderen Seite. Auch ihre Interessen erfahren durch die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlichen Schutz.¹⁹

Im Vordergrund der Auseinandersetzung steht mithin die Frage, wie viel Freiheit das Urheberrecht (bzw. die Leistungsschutzrechte) den transformativen, derivativen Nutzungen

15 Siehe beispielsweise die Diskussion um *Richard Prince*: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/der-kuenstler-richard-prince-verkauft-fremde-instagram-fotos-a-1035383.html>; „Kreative Kunst oder dreister Diebstahl?“ (zuletzt abgerufen am 12.4.2019).

16 Ähnlich auch *McGovern*, Referenz und Appropriation in der künstlerischen Ausstellungspraxis in: *Döhl/Wöhrer*, Zitieren, appropriieren, sampeln, 2014, S. 116; *Großmann*, Reproduktionsmusik und Remix-Culture in: *Saxer*, Mind the Gap!, Schriften der FGNM, 2011, S. 308.

17 So auch *Döhl*, Ästhetische und juristische Grauzone. Zum Mashup in der Musik am Beispiel des Grey Albums in: *Mundhenke/Ramos Arenas/Wilke*, Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, 2015, S. 138 mit Blick auf Mashups.

18 *Claussen*, Remixing YouTube in: *Djordjevic/Dobusch* (Hrsg.), Generation Remix. Zwischen Popkultur und Kunst, 2014, S. 81; *Peifer* in: FS A. Wandtke, 2013, S. 101; *Klass*, ZUM 2016, 801; *Peifer*, ZUM 2016, 805; *Podszun*, ZUM 2016, 606; *Reißmann/Klass/Hoffmann*, POP Kultur und Kritik 2017, S. 156-172; *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 147.

19 Siehe hierzu auch *Schulze*, Gedanken zur freien Benutzung und zu einer allgemeinen Grundrechtschranke am Beispiel Metall auf Metall in: FS Walter, 2018, S. 504 sowie BVerfG ZUM 2016, 626 – *Metall auf Metall*; BVerfG ZUM 2000, 867 – *Germania 3*; BVerfG GRUR 1971, 461 – *Mephisto*; BVerfG ZUM 2007, 829 – *Esra*; vgl. *Klass*, ZUM 2016, 802; *Podszun*, ZUM 2016, 606.

fremder Werke gewährt bzw. gewähren muss, und welche Grenzen es den Nachschaffenden setzt.

Mit dieser schwierigen Frage musste sich im Jahr 2016 auch das Bundesverfassungsgericht in dem viel beachteten Sampling-Verfahren *Metall auf Metall* befassen.²⁰ Hintergrund dieses, die Gerichte seit mehr als 20 Jahren beschäftigenden Streits ist die Übernahme einer zwei-sekündigen Rhythmussequenz aus der Tonspur des Musikstücks „Metall auf Metall“ der Band „Kraftwerk“ in das Hip-Hop-Stück „Nur mir“.²¹ Kernpunkt des Streits war auch hier die Frage, ob die Kunstschaffenden in fremde Ausschließlichkeitsrechte und damit in Eigentumspositionen eingreifen, und wenn ja, ob dies vor dem Hintergrund der Kunstfreiheitsgarantie zu rechtfertigen ist.²²

Die Frage, wie ein Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Rechteinhaber vorbestehender Werke und der verwendenden Künstler herzustellen ist, ist aber – dies zeigen beispielsweise die Entscheidungen *Germania 3*²³ und *Goldrapper*²⁴ – keine neue Frage. Auch handelt es sich nicht um ein deutsches Phänomen, vielmehr zeigt sich der Konflikt zwischen Eigentumspositionen und künstlerischen Interessen auch in anderen Rechtsordnungen.

So musste beispielsweise das US-amerikanische Berufungsgericht für den 9. Gerichtsbezirk über ein 0,23 Sekunden langes Sample, das Madonna in dem Lied „Vogue“ verwendet hatte, entscheiden.²⁵ Und auch Led Zeppelin sah sich dem Vorwurf ausgesetzt, die Melodie des legendären Intros von „Stairway to heaven“, einem Song, der nach Schätzungen ca. 525 Millionen Dollar in Royalties eingespielt haben soll, von der Band „Spirit“ übernommen zu haben.²⁶

20 BVerfG GRUR 2016, 690 – *Metall auf Metall*.

21 Der Instanzenzug: LG Hamburg, Urt. v. 8.10.2004 – 308 O 90/99; OLG Hamburg, Urt. v. 7.6.2006 – 5 U 48/05 = ZUM 2006, 758; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06 = ZUM 2009, 219; OLG Hamburg, Urt. v. 17. 17.08. 2011 – 5 U 48/05 = ZUM 2011, 748; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – ZR 182/11 = ZUM 2013, 484; BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – I BvR 1185/13 = ZUM 2016, 626; BGH, Urt. v. 1.06.2017, I ZR 115/16 = ZUM 2017, 760; Das Verfahren wurde ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt, siehe Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar* vom 12.12.2018, EuGH – C-476/17 – *Metall auf Metall*, nach Vorlage des: BGH GRUR 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

22 Siehe hierzu ausführlich: BVerfG ZUM 2016, 626 – *Metall auf Metall* sowie *Schulze*, Gedanken zur freien Benutzung und zu einer allgemeinen Grundrechtsschranke am Beispiel Metall auf Metall in: FS Walter, 2018, S. 504.

23 BVerfG ZUM 2000, 867 – *Germania 3*.

24 BGH GRUR 2015, 1189 – *Goldrapper*.

25 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871 (2016) = GRUR Int. 2016, 943 – *VMG v. Madonna*; hierzu: *Kocatepe*, GRUR Int. 2018, 11; Sampling wurde in den USA bereits 1991 Gegenstand des Verfahrens *Biz Markie*: United States District Court for the Southern District of New York, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991) – *Grand Upright Music, Ltd v. Warner Bros. Records Inc.* Siehe hierzu ausführlich *Apel* (##).

26 Pennsylvania Eastern District Court, Case No. 14–3089 (2015) – *Skidmore v. Led Zeppelin*; United States Court of Appeals for the 9th Circuit, Case No. 16–56057 (2001) – *Skidmore v. Led Zeppelin*.

Aber auch im Bereich der Appropriation Art kommt es immer wieder zu Verfahren – verantworten musste sich beispielsweise der berühmte Pop-Art Künstler Jeff Koons in den Jahren 2017²⁷ und 2018²⁸ in Frankreich, weil Skulpturen aus seiner Ausstellung „Banality“ (1988) als Verletzungen der Urheberrechte zweier französischer Fotografen qualifiziert wurden.²⁹ Etwas großzügiger urteilten hingegen italienische Gerichte, die sich mit einer Klage der Erben des Bildhauers Alberto Giacometti gegen den US-amerikanischen Künstler John Baldessari auseinandersetzen mussten.³⁰ Und auch in den USA waren die Gerichte gezwungen, die Grenze dieser speziellen und gezielt in Zuordnungspositionen eingreifenden Kunstform festzulegen. Im Fokus der Auseinandersetzungen standen hier insbesondere Werke von Richard Prince.³¹

Auch der kanadische Gesetzgeber setzte sich mit dem Phänomen des „user generated content“ auseinander und reagierte mit der Einführung einer Schranke für nutzergenerierte transformative Inhalte auf die veränderten Schaffensrealitäten.³²

Festgehalten werden kann daher, dass die veränderten Schaffensgegebenheiten und die Zunahme nutzergenerierter, derivativer Inhalte das Urheberrecht weltweit vor große Herausforderungen stellen und viele Fragen offen sind. Die bestehende Rechtsunsicherheit kann jedoch nicht nur das Werkschaffen professioneller Künstler, sondern auch die kreative Auseinandersetzung von Laien erheblich hemmen und so den öffentlichen Diskurs nachteilig beeinflussen. Im Einzelfall kann es sogar dazu kommen, dass die Authentizität eines Werkes leidet oder auf das Erschaffen des Werkes verzichtet wird, weil eine Rechtklärung unmöglich und die verbleibende Rechtsunsicherheit zu hoch ist. Hinzu kommt, dass sich digitale Praktiken der Bezugnahme primär im Internet abspielen, sodass selten nur eine Rechtsordnung betroffen ist.³³ Nicht zuletzt wird die rechtssichere Beurteilung der Problematik auch dadurch erheblich erschwert, dass ästhetische Fragen oftmals nur anhand des konkreten Einzelfalls zu beurteilen sind.³⁴

27 TGI Paris, Urt. v. 9.3.2017 – *Bauret c/ Jeff Koons*.

28 TGI Paris, Urt. v. 8.11.2018 – *Davidovici c/ Jeff Koons*.

29 Siehe zur Rechtslage in Frankreich sowie zu diesen Verfahren siehe *Lucas-Schloetter* ##.

30 Trib. Milano, Urt. v. 13.7.2011 – *Giacometti/ Baldessari*. Vgl. hierzu UFITA 2/2019, für welche die Veröffentlichung des der Italien-Berichts geplant ist.

31 Court of Appeals for the 2nd Circuit, 714 F. 3d 694 (2013) = GRUR Int. 2013, 1172 ff. – *Cariou v. Prince*. Richard Prince transformierte Werke des bekannten Fotografen Patrick Cariou aus der Sammlung „Yes Rasta“; Southern District Court of New York, Case No. 15-CV-10160 (2017) – *Graham v. Prince*. In diesem Fall stellte der Künstler in der Gagosian Gallery in New York kommentierte Screenshots von Instagram Profilen anderer Nutzer aus, unter denen sich auch die Fotografie „Rastafarian smoking a joint“ von Donald Graham befand.

32 Sec. 29.21 Copyright Act of Canada (auch bekannt als „YouTube-Schranke“); hierzu: *Kocatepe*, GRUR Int. 2017, 400. Siehe hierzu ausführlich *Kocatepe*, ##.

33 Hierzu: *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 101 ff.

34 Je nachdem, wie weit die Bezugnahme geht, ist eine Zustimmung des Originalurhebers notwendig; die Grenze zwischen der zustimmungsfreien „freien Benutzung“ nach § 24 UrhG und der zustim-

Dass eine Klärung der offenen Fragen in einer digitalen vernetzten Welt eine hohe Relevanz hat, zeigten nicht zuletzt auch die heftigen Reaktionen³⁵ auf die umstrittene EU-Urheberrechtsreform.³⁶

Eine global geführte Debatte über die Möglichkeiten und Grenzen der Nutzung vorbestehender Werke im Rahmen künstlerischer Auseinandersetzungen ist daher mit Blick auf die für alle Akteure bestehende Unsicherheit unerlässlich.³⁷

mungspflichtigen „Bearbeitung“ nach § 23 UrhG ist fließend; vgl. *Schulze* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, 2018, § 24 UrhG Rn. 1.

35 Siehe als repräsentative Beispiele für die Debatte die Positionen der Kampagne SaveYourInternet: <https://saveyourinternet.eu/> (zuletzt abgerufen am 13.3.2019) sowie der Initiative Urheberrecht: https://urheber.info/aktuelles/2019-02-26_initiative-urheberrecht-ein-guter-tag-fuer-europa (zuletzt abgerufen am 13.3.2019). Siehe hierzu aber auch: *Suwelack*, MMR 2018, 582; *Kastl*, GRUR 2016, 671; *Hofmann*, GRUR 2018, 21; *Drexl*, ZUM 2017, 529.

36 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderungen der Richtlinien 96/9/EG sowie 21/29/EG – 2016/0280 (COD), siehe: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-REV-1/de/pdf> sowie die Analyse und Darstellung der umstrittenen Punkte unter <https://emr-sb.de/aktuelles-stichwort-zur-eu-urheberrechtsreform-und-artikel-13/>.

37 Vgl. *Dreier* in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG, 2018, Einl. Rn. 22.

Tagungsbericht zum Symposium „Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel“

Kamila Kempfert, Yavor Stamenov

Am 7.12.2018 fand an der Universität Mannheim das Symposium „Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel“ statt, welches von der DFG im Rahmen des Sonderforschungsbereichs „Medien der Kooperation“ gefördert wurde.

Organisiert und geleitet wurde die Veranstaltung von *Prof. Dr. Nadine Klass*, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums sowie deutsches und europäisches Verfahrensrecht an der Universität Mannheim, die gemeinsam mit *Prof. Dr. Dagmar Hofmann* das Teilprojekt B07 „Medienpraktiken und Urheberrecht – Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz“ des Sonderforschungsbereichs (SFB) 1187 „Medien der Kooperation“¹ verantwortet. Dieses greift aus juristisch-medienwissenschaftlicher Perspektive die Phänomene des derivativen und kollaborativen Werkschaffens auf, wobei das Projekt die vergleichende Aufarbeitung nationaler Urheberrechtsnormen sowie existierender Rechtsprechung mit empirischer Sozial- und Medienforschung kombiniert.²

Im Rahmen des eintägigen Symposiums stellten ausgewiesene Referentinnen und Referenten die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen referenziellen Werkschaffens in einzelnen europäischen und anglo-amerikanischen Rechtsordnungen vor. Ziel der Veranstaltung war es, einen rechtsvergleichenden Überblick zu gewinnen, um auf der Basis des *status quo* zu diskutieren, ob es ein „Recht auf Referenz“ geben sollte und wie eine harmonisierende Regelung *de lege ferenda* aussehen könnte.

1 Im Zentrum des gesamten Sonderforschungsbereiches steht die Erforschung digital vernetzter Medien, die sich auf breiter Front als kooperative Werkzeuge, Plattformen und Infrastrukturen herausgestellt haben. Dieser Entwicklung folgend werden seit Jahren öffentliche Debatten zur „digitalen Partizipation“, zur Karriere der „Sozialen Medien“, zu den normativen und technischen, rechtlichen und politischen Grundlagen einer „digitalen Kultur“ und zur Überschneidung digitaler Produktion, Distribution und Rezeption geführt. Der SFB „Medien der Kooperation“ greift diese Entwicklungen auf und setzt dem Aktualitätsdruck ständigen Veraltens eine wissenschaftliche Perspektive entgegen, die zwischen Geschichte und Gegenwart vermittelt und die kooperativen Praktiken in den Mittelpunkt stellt, die in Medien entstehen und aus denen Medien entstehen; Überblick über den SFB unter: <https://www.mediacoop.uni-siegen.de/de/ueber-sfb-1187/> (zuletzt abgerufen am 13.3.2019).

2 Aus dem Projekt sind neben zahlreichen juristischen, medienwissenschaftlichen sowie interdisziplinären Veröffentlichungen auch rechtsvergleichende Aufarbeitungen mit Länderberichten entstanden. Zudem sind 31 problemzentrierte Interviews mit 35 Fanfiction-AutorInnen sowie verschiedene ethnografische Vertiefungsstudien der Plattform- und Disclaimeranalysen durchgeführt worden; veröffentlichte empirische Daten bei: *Reißmann/Hoffmann*, M&K 04/2018, S. 466, 467; *Kempfert/Reißmann*, Transformative Works and German Copyright Law as Matter of Boundary Work, Media in Action 02/2017, S. 65; *Reißmann/Nieland* in: Eilders/Jandura/Bause/Fries (Hrsg.), Vernetzung. Stabilität und Wandel gesellschaftlicher Kommunikation, 2018, S. 288.

Erste interdisziplinäre Fragen in diesem Kontext wurden bereits im Rahmen der Tagung „Die Referenz als Teil der Kunstform: Zeitenwende im Urheberrecht?“, die am 12.5.2017 an der Universität Siegen stattfand, adressiert. Renommiertere Referenten aus der Medienwissenschaft befassten sich im Rahmen dieser Veranstaltung mit den Phänomenen der kreativen Referenz und schufen somit eine solide Basis für die juristische Betrachtung der Problematik im Rahmen des Mannheimer Symposiums,³ welches drei Themenkomplexe umfasste.

Im ersten Teil wurde die deutsche Perspektive auf die Referenzkultur und das Urheberrecht in den Fokus genommen, um sodann die konträre Ausrichtung der Regelungsansätze im anglo-amerikanischen Recht zu betrachten. In einem weiteren Teil wurden im Folgenden die kontinentaleuropäischen Ansätze erörtert. Im Anschluss fand eine Diskussion über die Zukunft des Urheberrechts statt.

Als erster Referent befasste sich *Prof. Dr. Alexander Peukert*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, auf einer grundsätzlichen Ebene mit dem Zusammenhang zwischen Schutzgegenstand und Schutzbereich des Urheberrechts als wichtige Vorfrage des Problems einer Rechtsverletzung durch referentielle Nutzungen. Zunächst wurde auf das urheberrechtliche Problem der Bearbeitung eines Werkes im historischen Kontext des anglo-amerikanischen und des kontinentaleuropäischen Rechtssystems eingegangen. Im Anschluss daran stellte *Prof. Peukert* fest, dass mit zunehmender Abstraktion des Schutzobjektes (Werk) auch der Schutzbereich des Urheberrechts größer wird.

Werde ein Buch als ein rohes Artefakt geschützt, sei lediglich die Anfertigung identischer Kopien untersagt (Identitätsschutz). Sei bereits der Inhalt des Buches ein „Werk“, genieße der Urheber auch einen Schutz mit Blick auf Fortsetzungen seiner Geschichte. Im weiteren Verlauf analysierte *Prof. Peukert* auch den Schutzgegenstand der verwandten Schutzrechte. Diesen liegen keine abstrakten Immaterialgüter, keine Werke, sondern rohe, physische Artefakte und die dahinterstehenden Investitionen zugrunde.⁴ Ist die erste technische Fixierung eines Werkes als solche schutzfähig, können bereits kleinste Teile (z.B. Ausschnitte aus einem Tonträger) vor Vervielfältigungen geschützt werden.⁵ Denn anders als urheberrechtlich geschützte Werke müssen diese physischen Produkte und Handlungen kein Mindestmaß an Originalität aufweisen. Damit technische Fixierungen aber auf dieser Weise

3 Ergebnisse sind im Tagungsband *Media in Action* 02/2017 nachzuschlagen, abrufbar unter: <https://www.mediacoop.uni-siegen.de/de/publikationen/media-in-action-an-interdisciplinary-journal-on-cooperative-media/> (zuletzt abgerufen am 27.2.2019).

4 Siehe zur Untauglichkeit der Investition als Anknüpfungspunkt für die Konstruktion eines Immaterialguts *Peukert*, *Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts*, 2018, S. 127, 191.

5 Vgl. Generalanwalt beim EuGH (*Špurnar*), Schlussanträge vom 12.12.2018 – C-476/17, BeckRS 2018, 33735, Rn. 19 ff. mit Blick auf Sampling.

nicht stärker als Kreativität geschützt werden, sei der Schutzbereich der Leistungsschutzrechte erst bei einer Übernahme wesentlicher Investitionen eröffnet.⁶

Im Anschluss daran erläuterte *PD Dr. phil. habil. Frédéric Döhl*, Strategiereferent für Digital Humanities im Leitungsstab der Generaldirektion der Deutschen Nationalbibliothek und Dozent an der TU Dortmund sowie der FU Berlin, die Entwicklung des Verfahrens *Metall auf Metall*. Hierbei analysierte er nicht nur die konkreten Streitfragen im Prozess, sondern auch die wesentlichen urheberrechtlichen Probleme sowie die rechtliche Stellung der im Zusammenhang mit Sound Sampling betroffenen Akteure. Fragen, die im Rahmen des Vortrages adressiert wurden, waren: Welche Anforderungen sind an ein transformatives Werk zu stellen, damit die Grenze zwischen abhängiger und selbstständiger Adaption nach § 24 Abs. 1 UrhG überwunden werden kann? Könnte Sampling als Pastiche im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL⁷ qualifiziert werden? Führt die Berücksichtigung der Kunstfreiheit doch zu einer Eingangsschwelle für die Rechte des Tonträgerherstellers, insbesondere mit Blick auf das Sound Sampling?

Neben den juristischen Fragen erläuterte *Dr. Döhl* zudem die ästhetischen Besonderheiten des Samplings und verknüpfte die juristische Betrachtungsweise mit der kunst- und medienwissenschaftlichen Adaptionstheorie.⁸

Dass ein angemessener Umgang des Rechts mit referenziellen Schaffenspraktiken keine leichte Aufgabe ist, zeigte auch der Fokus auf die Regelungsansätze im anglo-amerikanischen Recht im Rahmen des zweiten Themenkomplexes der Veranstaltung.

Prof. Dr. Guido Westkamp, Inhaber des Lehrstuhls für Geistiges Eigentum und Rechtsvergleichung an der Queen Mary University of London, erläuterte zunächst die Behandlung referenzieller Nutzungen nach der *fair dealing*-Schranke im britischen Copyright.⁹ Er berücksichtigte zudem das für die urheberrechtliche Beurteilung bedeutsame Zusammenspiel verschiedener normativer Ebenen, nämlich das europäische Primär- und Sekundärrecht sowie die EMRK, die EU-Grundrechtecharta und das nationale Recht und gelangte zu dem Schluss, dass es keine eindeutige normative Hierarchie, sondern eher eine Unterscheidung von Kompetenzbereichen verschiedener Gerichte gebe.

Im Anschluss daran präsentierte *Sibel Kocatepe*, ehemalige Mitarbeiterin des SFB-Teilprojekts B07 „Medienpraktiken und Urheberrecht – Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz“ und aktuell Referentin bei

6 Siehe auch *Bently/Geiger/Griffiths/Metzger/Peukert/Senftleben*, Sound sampling, a permitted use under EU copyright law? Opinion of the European Copyright Society in relation to the pending reference before the CJEU

in Case C-476/17, *Pelham GmbH v Hütter*, 2019, S. 2 f.; a.A. Generalanwalt beim EuGH (*Szpunar*), Schlussanträge vom 12.12.2018 – C-476/17, BeckRS 2018, 33735, Rn. 19 ff.

7 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

8 Siehe hierzu: *Hutcheon*, A theory of adaptation, 2013.

9 Siehe Sec. 29 und Sec. 30 Copyright, Designs and Patents Act 1988.

der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die kanadische Schranke für user generated content¹⁰ als ein mögliches Vorbild für ein Recht auf Referenz. Erläutert wurden die Schutzvoraussetzungen und die Schranken des *Copyright Act of Canada*, welcher stark vom britischen Recht beeinflusst ist und dem utilitaristischen Begründungsansatz folgt. Sodann wurden die Voraussetzungen der neuen, auch als YouTube-Schranke bekannten Regelung für nicht-kommerzielle nutzergenerierte Inhalte dargelegt. Die kanadische Norm bleibt im internationalen Kontext noch präzedenzlos, wurde jedoch als ein positives Lösungsmodell und gutes Vorbild für eine europäische Reform bewertet.

Mit einer weiteren wichtigen Perspektive auf die kreative Referenzkultur, nämlich die des US-amerikanischen Copyright, beschäftigte sich im nächsten Beitrag *Dr. Simon Apel*, Rechtsanwalt bei SZA Schilling, Zutt & Anschütz in Mannheim und Lehrbeauftragter an der Universität Mannheim. *Dr. Apel* erläuterte zunächst die Grundlagen des US-amerikanischen Copyright¹¹ sowie die rechtliche Beurteilung des referenziellen Schaffens unter besonderer Berücksichtigung der *fair use*-Schranke nach § 107 Copyright Act. Sodann warf er einen Blick auf die in Deutschland geführte Diskussion um das Verfahren *Metall auf Metall* und verglich die Situation mit der US-amerikanischen Gerichtspraxis im Zusammenhang mit Sound Samplings. Schwerpunkte seiner Ausführungen waren die gegenteiligen Entscheidungen *Bridgeport*¹² und *Madonna*,¹³ die exemplarisch für das – auch nach dem US-amerikanischen Recht bestehende – Konfliktpotenzial sind.

Der dritte Themenblock, der sich schließlich mit den kontinentaleuropäischen Ansätzen des Urheberrechts befasste, wurde von *Dr. Agnès Lucas-Schloetter*, Akademische Oberrätin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der LMU München, eröffnet. Im Fokus ihres Vortrages stand ebenfalls die Beurteilung der kreativen Referenzkultur. Aufgezeigt wurden die Schutzvoraussetzungen und die Schranken des französischen Rechts, nämlich das Zitatrecht nach Art. L. 122 – 5 (3) (a) CPI und die Regelung zur Parodie nach Art. L. 122 – 5 (4) CPI. Zudem ging *Dr. Lucas-Schloetter* auf die neuesten Entwicklungen der französischen Rechtsprechung¹⁴ und Gesetzgebung¹⁵ sowie die zunehmende Bedeutung der Kunstfreiheit im Rahmen der Beurteilung referenzieller Werke ein.

In einem weiteren Beitrag beschäftigte sich sodann *Dr. Valentina Moscon*, wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München,

10 Sec. 29.21 Copyright Act of Canada.

11 Siehe Copyright Act of 1976, kodifiziert in Title 17 of the United States Code.

12 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F.3d 792 (2005) – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

13 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871 (2016) = GRUR Int. 2016, 943 – *VMG v. Madonna*.

14 CA Versailles, Urt. v. 7.9.2018 – *Che was a gamer*; CA Versailles, Urt. v. 16.3.2018 – *Alix Malka c/ Peter Klasen*; TGI Paris, Urt. v. 9.3.2017, *Bauret c/ Jeff Koons*; TGI Paris, Urt. v. 8.11.2018, *Davidovici c/ Jeff Koons*; Cass.civ., Urt. v. 22.6.2017 – *Dialogue des carmélites*.

15 Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, Art. 1: La création artistique est libre.

mit der Perspektive des italienischen Rechts auf die kreative Referenzkultur. Erläutert wurden die Grundlagen des italienischen Urheberrechts¹⁶ sowie aktuelle gerichtliche Entscheidungen zur derivativen Kunst, die sich insbesondere mit der Frage befassen, unter welchen Voraussetzungen ein neues Werk, das auf ein bereits existierendes Werk Bezug nimmt, als selbstständig und mithin als eine Neugestaltung und keine Bearbeitung betrachtet werden kann.¹⁷

Im dritten Vortrag dieses Abschnitts zeigte *Prof. Dr. Concepción Saiz García*, Professorin für Zivilrecht an der Universität de València, die Möglichkeiten für ein Recht auf Referenz im spanischen Urheberrecht¹⁸ auf. Insbesondere wurden die Praktiken der kreativen Bezugnahme über die Zitatausnahme in Art. 32 TRLPI und die Parodieschranke des Art. 39 TRLPI anhand der spanischen Rechtsprechungspraxis erläutert.¹⁹ *Prof. Saiz García* stellte fest, dass in Bezug auf musikalische Remixe aufgrund des zwingenden Schlichtungsverfahrens innerhalb der spanischen Verwertungsgesellschaft SGAE²⁰ nach Art. 96 der Satzung der SGAE nicht viel Rechtsprechung zur Verfügung stehe.

Zum Abschluss präsentierte *Kamila Kempfert*, wissenschaftliche Mitarbeiterin des SFB-Teilprojektes B07 „Medienpraktiken und Urheberrecht – Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz“, die Behandlung des referenziellen Schaffens im Lichte der Regulierung des polnischen Urheberrechtsgesetzes. Besprochen wurden die Grundlagen und die Ausrichtung des polnischen Urheberrechtsschutzes. Zudem wurde aufgezeigt, inwiefern der Schutz Grenzen findet. Hierbei wurde auf die Terminologie, Herleitung und Bedeutung der durch den polnischen Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des Zitatrechts²¹ in Art. 29 URG und der Parodie in Art. 29¹ URG geforderten „Berücksichtigung genretypischer Aspekte“ eingegangen und diese aus europäischer Sicht bewertet.

Den Abschluss fand die Tagung in einer von *Prof. Dr. Nadine Klass* moderierten Diskussion unter dem Titel „Ein Recht auf Referenz: Was kann, soll und muss ein modernes Urheberrecht leisten?“.

Der Zeitpunkt der Tagung war für Prognosen und Debatten gut geeignet, da bereits fünf Tage später, am 12.12.2018, der Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH *Szpunar* im

16 Art. 2575 –2583 Cod. Civ.

17 Cass. Civ. Sez. I, n. 3340, Urt. v. 19.2.2015 – *Albertelli/ De Gregori*; Trib. Milano, Urt. v. 13.7.2011 – *Giacometti/ Baldessari*.

18 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

19 Juzgado de lo Mercantil no. 6, Madrid, Urt. v. 13.1.2010; SAP Madrid, Urt. vom 2.2.2000.

20 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE).

21 Änderung des Urheberrechtsgesetzes v. 11.9.2015: Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych (Dz.U. 2015 poz. 1639).

Verfahren *Metall auf Metall* veröffentlicht wurde.²² Dies bot Gelegenheit, vorab spannende Fragen zur urheberrechtlichen Beurteilung des referenziellen Schaffens rechtsvergleichend im wissenschaftlichen Kreis zu diskutieren. In dem Schlussantrag über die rechtliche Zulässigkeit des Samplings teilte der Generalanwalt die Ansicht des BGH, dass Sampling einen Eingriff in das Recht des Tonträgerherstellers darstelle und verneinte hier – anders als das BVerfG – einen Vorrang der Kunstfreiheit. Sollte der EuGH der Ansicht des Generalanwalts folgen, würde dies aus urheberrechtlicher Sicht rotes Licht für die Verbreitung von Samplings ohne Einwilligung des Inhabers des Tonträgerherstellerrechts bedeuten und die Position der Künstler deutlich schwächen.²³

22 Generalanwalt beim EuGH (Szpunar), Schlussantrag vom 12.12.2018 – C-476/17, BeckRS 2018, 33735.

23 Vgl. hierzu auch *Brtko*, GRUR-Prax 2019, 18; *Pötzlberger*, ZUM 2019, 250.

Zum drohenden Pastiche-Begriff im Kontext der freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG

Frédéric Döhl*

Das 1999 begonnene *Metall-auf-Metall*-Verfahren ist inzwischen zu einem Allgemeinplatz geworden. Neue Urteile in dieser Sache werden in Leitmedien und Abendnachrichten vermeldet. Jeder scheint mittlerweile eine Meinung dazu zu haben. Allein die Zahl an Kommentaren nur im Wissenschaftskontext ist kaum mehr überschaubar. Von einer Suche online nach Sichtweisen und Meinungen ganz zu schweigen. Nach inzwischen bald 20 Jahren und bislang 7 Gerichtsentscheidungen¹ streiten sie immer noch – über zwei Sekunden Musik. Zwei Sekunden, die ursprünglich von der deutschen Band Kraftwerk 1977 als Teil ihres Tracks *Metall auf Metall* komponiert und eingespielt wurden. 1997 benutzte ein Team um den Produzenten Moses Pelham diese zwei Sekunden als digitales Extrakt (Sample) von der Tonaufnahme Kraftwerks. Sie wurden in einer Dauerschleife (Loop) als Rhythmus des Songs *Nur mir* unterlegt, veröffentlicht von der Deutschrapperin Sabrina Setlur. Gefragt hatten Pelham & Co. nicht. Kraftwerk erhoben Klage, unter anderem auf Schadensersatz und Unterlassung. Die beispiellose Odyssee begann (Döhl 2016a: 23). Man muss sich schon sehr anstrengen, um einen vergleichbar trivialen Streitgegenstand – die digitale Aneignung von lediglich zwei Sekunden vergleichsweise unspezifischer Rhythmussequenz und deren kaum transformierte Weiterverarbeitung ohne erkennbaren ökonomischen Nachteil für den unfreiwilligen Vorlagengeber – zu finden, dem das Rechtswesen so viele Gerichtsentscheidungen gönnt.

* AUTORFUSSNOTE NOCH EINZUTRAGEN

1 LG Hamburg, Urteil vom 8.10.2004, 308 O 90/99 – *Metall auf Metall*, in: *BeckRS* (2013), Nr. 07726; OLG Hamburg: Urteil vom 7.6.2006, 5 U 48/05 (*Metall auf Metall I*), <https://openjur.de/u/172802.html>; BGH: Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=de95cc84c2ce749f20ccca0093c4992e&nr=46823&pos=8&anz=9>; OLG Hamburg: Urteil vom 17.8.2011, 5 U 48/05 (*Metall auf Metall II*), <https://openjur.de/u/172802.html>; BGH: Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=de95cc84c2ce749f20ccca0093c4992e&nr=46823&pos=8&anz=9>; BGH: Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11 (*Metall auf Metall II*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8d7c7a778781154a3db48d225d6a88f5&nr=64004&pos=6&anz=9>; BVerfG: Urteil vom 31.5.2016, 1 BvR 1585/13 (*Metall auf Metall*), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/05/rs20160531_1bvr158513.html;jsessionid=E2B9A1BB65BD723D88D203FCC11FE8F3.1_cid361; BGH: Beschluss vom 1.6.2017, I ZR 115/16 (*Metall auf Metall III*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c061a07212bfff4ca7b0cded8d6c2daa0&nr=78870&pos=0&anz=9> [alle 24.1.2018].

Alle warten derzeit im Urheberrechtsfeld nun auf die in dieser Sache ausstehende Entscheidung des EuGH (C-476/17).² Aber nicht nur dort. Denn es wird mit weitreichenden Folgen für die alltägliche musikalische Praxis gerechnet, gleichgültig, wie es am Ende ausgeht. Weswegen u.a. auch die Musikwissenschaft die Sache mit Aufmerksamkeit verfolgt. Eine Perspektive, aus der ich diese an Wendungen außergewöhnlich reiche Auseinandersetzungen seit geraumer Zeit begleite und kommentiere (Döhl 2011, 2013, 2014, 2015, 2016a, 2016b, 2017a, 2017b, 2018, 2019).

Dass nach zwei BGH-Entscheidungen (2008, 2012) und einem BVerfG-Urteil (2016) nun der EuGH am Zug ist, illustriert die rechtspolitische, aber auch kulturpolitische Komplexität des Falls, die in scharfem, geradezu diametral entgegengesetztem Kontrast steht zur musikalischen Alltäglichkeit und ästhetischen Insignifikanz des streitgegenständlichen Aneignungsaktes selbst. Hier wird offenkundig gerungen. Hier wird versucht, etwas angemessen auszubalancieren, das außer Balance geraten zu sein scheint. Ein vordigitales Urheberrechtsregime, das Tonträger ausschließlich als Distributionsmedium begreift und dem Tonträgerhersteller 100% Kontrolle über die Vervielfältigung dieses Wirtschaftsguts zuweist, kollidiert mit der inzwischen niedrigschwellig zur Verfügung stehenden und breit genutzten Möglichkeit, mittels Auszügen aus Tonaufnahmen zu komponieren und damit Tonaufnahmen ästhetisch zu verstehen: als Kompositionsmaterial nämlich. Dass Privatparteien dies vor Gerichten auf ihre Kosten und Nerven zum Wohle aller ausfechten müssen, ist ein Armutszeugnis für einen Gesetzgeber, der sich an dieser Stelle schlicht seiner Verantwortung entzieht. Aber wie dem auch sei: Einstweilen müssen es Gerichte richten. Und dass man es sich dort nicht leicht damit macht, zeigt, dass die kulturelle Tragweite des Konflikts verstanden wurde, der hinter diesem an sich nichtssagenden Streitgegenstand steht. Die Digitalisierung hat die Bedingungen kultureller Produktion, Distribution und Rezeption in vielem substantiell verändert. Das Bearbeitungsrecht freilich noch nicht. Angesichts der aktuellen Entwicklungen vor dem EuGH scheint es freilich nun wieder mehr als unsicher, ob es am Ende durch das *Metall-auf-Metall*-Verfahren zu solchen Veränderungen kommt.

Wie den urheberrechtlichen Diskurs, so interessieren die Musikwissenschaft im Blick auf das *Metall-auf-Metall*-Verfahren eine Vielzahl an Facetten und Teilaspekten. Ganz vorne an stehen auch hier natürlich zunächst einmal die konkreten Konsequenzen für den musikalischen Bearbeitungsalltag, die aus diesem in seinen prozessualen und dogmatischen Ausmaßen für das Verhältnis Musik und Bearbeitungsrecht singulären Rechtsstreit erwachsen. Wer darf künftig was wann und unter welchen Bedingungen? Und ist das Urheberrecht in der Lage zu lernen, wie fundamental der durch die Digitalisierung eingetretene Wandel ist, wie anders an vielen Stellen Komponieren 2019 aussieht als 1979, als Geräte wie Fair-

2 Vgl. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&td=ALL&num=C-476/17>. Der vorliegende Beitrag aktualisiert einen Beitrag, der zuerst erschienen ist »The Concept of ›Pastiche‹ in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case *Metall auf Metall*«, in: *Media in Action* 2 (2017), S. 37-64 (auch <http://mediainaction.uni-siegen.de/>). Es verfolgt Forschung weiter, die gebündelt wurde in *Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht*, transcript: Bielefeld 2016.

light CMI, Synclavier, Emulator I und IRCAM-4 beginnen, die professionellen Tonstudios wie den Massenmarkt zu erobern? Der heranwachsende prototypische Komponist unserer Zeit sitzt heute nicht mehr an einem Klavier oder an einer Gitarre, sondern vor einem Laptop. Mit Zugriff auf eine »alexandrinische Bibliothek der Musik« (Gülke 2006: 181): Allein in Deutschland stehen einem zu Kauf und Stream legal frei oder für kleines Geld 2.4 Millionen Alben zur Verfügung (BVMi 2019: 18). Und um dieses Archiv nicht nur hörend, sondern kreativ weiterverarbeitend zu nutzen, bedarf es nur weniger Klicks und man hat freien Zugriff auf legale, exzellente Open-Source-Produktionssoftware wie Rosegarden, Ardour und Audacity. Das ist der Möglichkeitsraum, vor dessen Hintergrund sich das Ringen des *Metall-auf-Metall*-Verfahrens vollzieht. Angesichts der umfassenden konstitutiven Bedeutung von Fremdreferenzialität für das Herstellen von Musik beeinflusst das urheberrechtliche Regime natürlich seit seiner Implementierung (Döhl 2019) in mannigfaltiger Weise den Möglichkeitsraum des Komponierens, aber auch der Distribution und Rezeption derart verfasster Musik. Bis hinein in einzelne künstlerische Entscheidungen. Im Bereich des Sound Sampling hat sich die Intensität des Konflikts durch die vordigital gedachte Absolutheit des Tonträgerherstellerrechts allerdings nochmals potenziert. Das Urheberrechtsregime und seine Konsequenzen sind daher ein auch musikwissenschaftlich zwingend zu beachtender Faktor, insofern sich die Musikwissenschaft für die Musik der Gegenwart interessiert, die von diesem Urheberrechtsregime reguliert wird und sich diesem nicht entziehen kann. Die vergleichsweise geringe Zahl musikbezogener Plagiatsverfahren darf über die Tragweite der Sache für die Musik nicht täuschen. Es gibt kaum Musik, die das Ganze nichts angeht. Denn nichts ist normaler und alltäglicher, als im eigenen kompositorischen Tun von vorhandener Musik Dritter auszugehen (Döhl 2016b). Das war schon vordigital so. Die Vorstellung von »Komponieren als Bearbeiten« (Riethmüller 1988: 13–16, 165–182) ist der Regelfall in der Musikgeschichte (Dahlhaus 2002: 77). Und nicht die Idee vom autonom aus sich heraus schaffenden Originalgenie mit einer potentiell endlosen Auswahl an zuvor ungenutzten musikalischen Ausdrucksmöglichkeiten. Dies gilt unter den vereinfachten digitalen Bedingungen fremdreferenziellen Komponierens natürlich mehr denn je. Musikgeschichte ist aber ganz grundsätzlich als Einfluss- und Auseinandersetzungsgeschichte zu verstehen, in dem, was aus Musik Dritter übernommen und weiterentwickelt wird, aber eben auch in dem in Musik Dritter, gegen das man sich entscheidet und im eigenen kompositorischen Tun nicht weiterverfolgt. Musikkultur ist Referenzkultur. Und dies natürlich nicht nur auf allgemeineren Ebenen, in Sachen kreativer Motivation und Inspiration, kompositorischer Strategien und Formen, musikalischer Qualitätsstandards und Konventionen, Besetzungen und Instrumentalpraktiken. Sondern bis in den Bereich konkreter, dann auch potentiell justiziable Anleihen und Übernahmen aus urheberrechtlich geschützten Werken (und Darbietungen) Dritter, in dem das *Metall-auf-Metall*-Verfahren mit der Praxis des Sound Sampling spielt. Schon die Existenz von § 24 Abs. 1 UrhG (und vom korrespondierenden § 13 des Vorgängergesetzes LUG) ist Beleg dafür, dass dies auch den Schöpfern des modernen deutschen Urheberrechts wenigstens dem Grunde nach klar war. Die Grundsatzkonflikte, die im *Metall-auf-Metall*-Verfahren u.a. um einen zeitgemäßen Anwendungsbe-

reich für § 24 Abs. 1 UrhG ausgefochten werden, betreffen also nicht etwa nur seltene Sonderfälle musikalischer Praxis. Sie tangieren den Gegenstandsbereich der Musikwissenschaft ganz grundsätzlich. Deswegen ist die potentielle Reichweite des *Metall-auf-Metall*-Verfahrens so groß.

Auch die anhand dieses Rechtsstreits rechtspolitisch primär ausgefochtenen Verteilungsfragen interessieren natürlich auch in der Musikwissenschaft, insbesondere in der Musiksoziologie. Denn vieles steht in einem scharfen Kontrast: Das Milliardengeschäft Musikwirtschaft (1.582 Milliarden €/2018 laut BVMi 2019) und die Verteilung der Erlöse z.B., auf deren Streitbarkeit etwa der geringe Anteil der ordentlichen Mitglieder an der Gesamtmitgliederzahl der GEMA (ca. 5 %) oder das kaum fünfstellige Durchschnittsjahreseinkommen von KSK-registrierten Musikern hindeuten (Seufert 2018, S. 19f.). Die polarisierte, aber umfängliche und weithin ausdifferenzierte Debatte um das *Metall-auf-Metall*-Verfahren erlaubt daher der Musikwissenschaft einen vertieften Einblick in die Argumente im Ringen um einen zeitgemäßen Interessenausgleich, aber auch in die Vielfalt der involvierten Diskursteilnehmer und in die Verfasstheit und die Machtstrukturen des Musikmarkts.

Die Musikwissenschaft bewegt aber z.B. auch nicht weniger als die Rechtswissenschaft, wie mit den ästhetischen Eigenarten der heute weit verbreiteten Praktiken digitalen Aneignens und Weiterverarbeitens angemessen einordnend umgegangen werden kann und sollte. Etwas, das durchgehend im Zentrum der juristischen Debatte im und um das *Metall-auf-Metall*-Verfahren steht. Die kompositorische Strategie des Sound Sampling markiert dabei im international so genannten Feld des »Musical Borrowing« in der konkreten, verifizierbaren Weiterverwendung von Drittmaterial auf der Ebene von zugleich Werk und als Tonaufnahme vermittelter Performance dieses Werks ein Extrem. Das als kompositorischer Ansatz sogar bis dahin getrieben werden kann, dass neue Musik wie im Mashup-Genre zu 100 % aus Werken Dritter zusammengesetzt wird und dennoch als neu und eigenständig wahrgenommen wird. Komponieren nicht mehr als Bearbeiten im engeren Sinne, sondern zu verstehen in Analogie zum Kuratieren in der bildenden Kunst – Auswählen und Anordnen als kreative Strategie und ästhetische Maxime (Döhl 2016b). Derartiges fremdreferenzielles Komponieren stellt natürlich erneut die Kardinalfrage nach der Verfasstheit und Relevanz von Originalität und Neuheit im kompositorischen Material für unseren Umgang mit Musik.³ Und sei der Maßstab dafür wie im Urheberrecht (Schöpfungshöhe, Kleine Münze) auch noch so minimal. Eine Herausforderung für unseren Umgang mit Musik, als Musiker wie als Musikkonsumenten, als Musikkritiker wie als Musikwissenschaftler, als Verkäufer wie als Kulturvermittler von Musik. Das Urheberrecht ist mit dieser Herausforderung also nicht allein.

3 So wie es parallel die Herrschaft von alternativen Kategorien wie Authentizität und gesellschaftspolitischer Relevanz von Musik tut, die Teile des Popmusikdiskurses bestimmt, Kategorien, für die Originalität und Neuheit der zu hörenden Töne und Klänge aus anderen Gründen ebenfalls sekundär, meist sogar völlig gleichgültig sind. Ästhetisch. Ökonomisch. Sozial. Aber die urheberrechtliche Ordnung hängt nach wie vor an Originalität und Neuheit, sei der Maßstab dafür (Schöpfungshöhe, Kleine Münze) auch noch so minimal.

Wie sich innerhalb des *Metall-auf-Metall*-Verfahrens bereits geraume Zeit andeutete, aber ohnehin jedem klar sein musste, der die InfoSoc-RL 2001/29/EG auf das Bearbeitungsrecht hin gelesen und ernst genommen hatte, drängt sich nun wie prognostiziert (Döhl 2017a) im Verfahren vor dem EuGH allerdings nochmal eine ganz neue Entwicklung in den Vordergrund, die bislang keine Rolle spielte. Eine hochriskante Herausforderung, deren Tragweite mir im urheberrechtlichen Diskurs erst eingeschränkt erkannt zu sein scheint – und in der musikwissenschaftlichen Debatte noch gar nicht angekommen ist. Hochriskant insbesondere, wenn man die dem Wortlaut nach flexible und gerade hierin kunstadäquate Regelung des Interessensausgleichs in § 24 Abs. 1 UrhG für den angemessenen und daher mit dem BVerfG (2016: Urteilstenor) weiterzuentwickelnden Weg für einen zeitgemäßen Interessensausgleich hält, wie ich an anderer Stelle (Döhl 2016b) ausführlich begründet habe. Der bis dato letzte Verfahrensschritt in den mittlerweile zwanzig Jahren Prozessgeschichte, nämlich die Stellungnahme und Schlussanträge des Generalanwalts Maciej Szpunar am EuGH am 12. Dezember (Szpunar 2018), hat diese neue Wendung gebracht. Hier ist die neue hinzutretende Problematik in aller Klarheit benannt: Es ist die Frage nach dem Pastiche-Begriff, auf den man sich, forciert durch das *Metall-auf-Metall*-Verfahren, in absehbarer Zeit im Kontext des Bearbeitungsrechts hierzulande wohl wird einstellen müssen. Pastiche als konfliktentscheidender Beurteilungsmaßstab für die Frage nach der ausnahmsweise erlaubnisfreien Zulässigkeit musikalischer Adaptionen – eine Frage von großer praktischer Relevanz für die Musik, wie das BVerfG bekanntlich im selben Verfahren festgestellt hat (2016: Rn 98). Die Klassifizierung als Pastiche ist laut Generalanwalt für alle Aneignungen ohne antithematische Stoßrichtung dann nämlich der einzig ausschlaggebende Maßstab: Die einzige Exiption hin zur Privilegierung als freier Benutzung. Für die absichtsvoll vorgenommenen Entlehnungen genauso wie die unter Beweislastumkehr als unbewusste Übernahmen unterstellten Fälle. Und in der Musik geht es eben regelmäßig um Aneignungen ohne antithematische Stoßrichtung. Der Pastiche-Begriff soll hiernach also das bisherige deutsche Kriterium der ästhetischen Selbstständigkeit der Bearbeitung als Maßstab ablösen. Man braucht kein Jurist zu sein, damit einem sofort klar wird, dass dies etwas völlig anderes sein wird. Pastiche ist eine zu klassifizierende, subsumptionsfähige Kategorie, Selbstständigkeit eine im Einzelfall zu bestimmende ästhetische Relation. Die Modalitäten des Interessensausgleichs könnten sich also bald grundlegend ändern, wenn der EuGH wie so oft seiner Generalanwaltschaft folgt.

Der fast parallele Beschluss der neuen EU-RL zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt erhöht nochmals den Druck, diese letztlich seit 2001 drohende Problematik nun zu adressieren und schleunigst in den Griff zu bekommen.⁴ Denn sollten wegen Art. 13 Uploadfilter kommen, die bis zur Grenze von Schöpfungshöhe/Kleiner Münze potentiell justiziable Ähnlichkeiten zwischen Teilen von Werken in großer Zahl technisch sichtbar machen, liegt ein Geschäftsmodell nahe analog zu den Abmahnfirmen ein Jahrzehnt zuvor.

4 Vgl. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-INIT/de/pdf>.

Analog zum Rechtaufkäufer und -verwerter Bridgeport Music, dessen Aktivitäten das US-amerikanische Urheberrecht im Bereich Sound Sampling bis heute so stark prägen.

Dabei sah es im *Metall-auf-Metall*-Rechtsstreit trotz aller Wendungen lange nach einer Liberalisierung des Urheberrechtsregimes zugunsten des Vorlagenehmers aus. Und zwar im Bereich digitaler Adaptionen mittels Sound Sampling zumindest für das Microsampling unterhalb der Schöpfungshöhe. Seit der ersten Revision zum Bundesgerichtshof arbeitet sich das Verfahren zuvorderst an der Frage ab, inwiefern die Interessenausgleichsregelung des § 24 Abs. 1 UrhG auf das Sound Sampling anwendbar ist. D.h., dass zu klären versucht wird, ob für digitale, d.h. zwingend zunächst einmal konkret auf eine fremde musikalische Arbeit und zugleich Medien zugreifende Adaptionen dennoch die Möglichkeit besteht, jedenfalls im Rechtssinne zu etwas zu werden, das im Urheberrecht »selbstständiges Werk« genannt wird, also zu einer künstlerischen Entität eigenen Rechts und eigener Identität. Ein unbedingt begrüßenswertes Unternehmen: Das Adaptionen nämlich grundsätzlich einen solchen Zustand künstlerischer Identität eigenen Rechts zu erreichen vermögen, gleich wie groß die Präsenz der verarbeiteten Vorlage(n) in ihnen bleibt, ist in der künstewissenschaftlichen Adaptionforschung durch alle Künste hindurch common sense (Döhl/Wöhrer 2014). Strittig ist nicht die Frage ob, sondern wie und ab wann (Genette 1993; Hutcheon 2013, Sanders 2016). Die Phalanx der Referenzbeispiele ist gefühlt endlos, von Richard Wagners *Ring des Nibelungen* bis zu James Joyces *Ulysses*, von Leonard Bernsteins *West Side Story* bis zu Quentin Tarantinos Filmen. Ein nicht geringes Maß künstewissenschaftlicher Forschung von Film- bis Musikwissenschaft beschäftigt sich nach wie vor sogar dezidiert mit der Aufgabe, unmittelbare Abhängigkeiten von älteren Arbeiten Dritter aufzuzeigen, von bloßer Inspiration über Allusion bis Appropriation, um doch am Ende zugleich die spezifische Qualität und Eigenständigkeit der jüngeren Arbeit nachvollziehbar zu machen. Bei »kunstspezifischer Betrachtung«, die das Bundesverfassungsgericht 2016 so vehement eingefordert hat, scheint also der deutsche Weg über die ästhetische Generalklausel des Selbstständigkeitsbegriffs als ästhetische Kategorie daher unbedingt sachgerecht zu sein (Döhl 2016b: 314–344). Aus Sicht der Künste wie hier der Musik ist nicht nur der Selbstständigkeitsbegriff als ästhetische Kategorie das gebotene Tool eines freien, d.h. ganz auf den Einzelfall bezogenen Interessenausgleichs.⁵ Eine ästhetische Differenzierung nach »quasi analoger« und digitaler Aneignung ist aus dieser Perspektive zudem schlicht nicht vertretbar (Döhl 2016b: 304). Aus ästhetischer Sicht ist ein Öffnungsdiskurs zu § 24 Abs. 1 UrhG für digitale Aneignungen, wie ihn der *Metall-auf-Metall*-Prozess zwischendurch eingeschlagen hatte, zwingend geboten. Aus ökonomischer, moralischer, persönlichkeitsrechtlicher oder rechtspolitischer Sicht kann das je nach Standpunkt anders aussehen. Und entsprechend umstritten ist der Diskurs zur Behandlung des Sound Sampling im Urheberrecht auch, da all solche Erwägungen wie ästhetische eben auch im UrhG in einer oft kaum auflösbaren Melange zum Tragen kommen und um Einfluss ringen. Die ästhetische Perspektive ist freilich eindeutig in ihrer Unterstützung der Bemühungen im *Metall-auf-Metall*-Verfahren um

5 Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird das durchaus anders gesehen (Ohly 2017: 967).

die Öffnung der Selbstständigkeitskategorie als maßgebliches Differenzierungsinstrument im Interessenausgleich um die ungenehmigte digitale Adaption von Musik. Der Vorlagebeschluss *Metall auf Metall III* des Bundesgerichtshofs Anfang Juni 2017 gibt zu erkennen, dass der Bundesgerichtshof eigentlich an seiner Öffnung der freien Benutzung für digitale Aneignungspraktiken festhalten möchte und diesen Weg zu gehen präferiert, sofern europarechtlich zulässig (Döhl 2018a). Ginge dies, wäre also aus Sicht der Rechts- wie der Kunstwissenschaften dann zu fragen, was Selbstständigkeit eigentlich heißen soll.⁶ Denn im deutschen Recht ist das für nicht humoristisch-kritische Kunst jenseits von Karikatur bis Parodie eine wenig beleuchtete Problematik (Döhl 2013; Döhl 2015), insbesondere für die Musik, bei der man wegen der zweiten deutschen Besonderheit, des kategorischen Einwilligungsvorbehalts für Melodienutzung (§ 24 Abs. 2 UrhG), nämlich nur in raren Sonderfällen wie der Aneignung einer reinen Rhythmussequenz im *Metall-auf-Metall*-Prozess überhaupt zur Frage der Selbstständigkeitsbestimmung kommt.

Wie jedoch schon beim Vorlagebeschluss abzusehen war (Döhl 2017a), sieht der Generalanwalt am EuGH das Ganze anders (Szpunar 2018). Sollte der EuGH ihm folgen, dürften Lösungen des notwendigen Interessenausgleichs abseits eines generellen Ausschlusses erlaubnisfreien Sound Samplings oder einer Klärung über § 24 Abs. 1 UrhG ausgeschlossen sein, etwa

1. über das Fragen nach einem wirtschaftlichen Nachteil für den Vorlagegeber – Einschränkung von § 85 UrhG (BVerfG 2016, Rn. 110),
2. über standardisierte, vorgelagerte Einwilligungs- und Beteiligungssysteme – entsprechend wie bei Coverversionen, vgl. §§ 42 a UrhG, 34 VVG,
3. über nachlaufende Erlösbeteiligungssysteme (BVerfG 2016, Rn. 80),
4. über die Etablierung privilegierter Nutzungszwecke in Übertragung der Grundsätze von § 51 UrhG (BVerfG 2016, Rn. 110) oder
5. über eine Privilegierung von Microsampling, quasi analog zum Schöpfungshöhekriterium oder einer de-minimis-Regelung (BVerfG 2016, Rn. 85f., 99, 104, 108; vgl. auch die Begründung im *Goldrapper*-Fall in BGH 2015).

Dann bliebe nur der Weg über § 24 Abs. 1 UrhG (BGH 2008: Rn. 19–25; BGH 2012, Rn. 15–24; BVerfG 2016, Rn. 110). Und im Übrigen wie früher schon dann künftig wieder nur noch für ›analoge Fälle‹, d.h. nicht für solche digitaler Aneignung via Sound Sampling (vgl. Szpunar 2018: Rn 99). Ein solches Urteil des EuGH wäre denkbar weit entfernt von jenem des BVerfG 2016.

Die urheberrechtlich maßgebliche und entsprechend vom Bundesgerichtshof ins Zentrum seines Vorlagebeschlusses gerückte europäische Rechtsgrundlage ist die InfoSoc RL 2001/29/EG von 2001. Die gerade beschlossene neue EU-RL zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt hat an dieser Stelle für das Bearbeitungsrecht keine Änderungen erbracht. Das in der RL 2001/29/EG niedergelegte Vervielfältigungsrecht (Art. 2), das Wie-

6 Der Autor promoviert derzeit an der Universität Hamburg mit genau dieser Aufgabe.

dergaberecht (Art. 3) und das Verbreitungsrecht (Art. 4) sind vollständig harmonisiert (Grünberger 2015: 276, 284). Von diesen Rechten dürfen die Mitgliedsstaaten daher Einschränkungen zugunsten von Drittbearbeitungen/-teilmnutzungen wie im *Metall-auf-Metall*-Fall regelmäßig nur für solche Fälle vorsehen, die Art. 5 anbietet (Grünberger 2015: 284). Hier passt unmittelbar lediglich Art. 5 Abs. 3 k). Der Generalanwalt folgt in seinem Votum keiner der auf den Spuren des Bundesverfassungsgerichts auch auf EU-Ebene theoretisch denkbaren grundrechtlich hergeleiteten Alternativszenarien (Jütte/Maier 2017), sondern verlangt, § 24 Abs. 1 UrhG in seinem Anwendungsbereich ausschließlich im Lichte von Art. 5 Abs. 3 k) auszulegen – und obendrein nicht für Tonträgerherstellerrechte anzuwenden (vgl. Szpunar 2018: Rn 55ff., 70, 89).

Art. 5 Abs. 3 k) enthält bekanntlich keine Generalklausel für freie Benutzung wie das deutsche Urheberrecht, sondern lediglich eine dem deutschen § 24 Abs. 1 UrhG verwandte, aber doch ungleich engere Regelung. Ausnahmen von den durch die InfoSoc RL 2001/29/EG gewährten Rechten dürfen die Mitgliedsstaaten hiernach nur für solche Fälle ungenehmigter Aneignungen vorsehen, die der »Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches« dienen.⁷ Anstelle einer Generalklausel stehen hier also Fallgruppen. Wobei die Ausnahmen des Art. 5 der RL 2001/29/EG grundsätzlich eng auszulegen sind (Haberstumpf 2015: 449).

Was nun die europäische Rechtslage von Teilnutzungen fremder künstlerischer Arbeiten für nicht antithematische Zwecke angeht, d.h. wie im *Metall-auf-Metall*-Fall eben nicht primär mit der Absicht, Humor und/oder Verspottung auszudrücken (Grünberger 2017: 332), so sind insbesondere mangels Spruchpraxis zwar noch sehr viele dogmatische wie begriffliche Fragen offen (Grünberger 2017: 331f.). Eines der sich im weiteren Verfahrensverlauf wie im Anschluss daran ganz generell für das Bearbeitungsrecht mutmaßlich ergebende Kardinalproblem liegt jedoch auf der Hand. Und es ist wenigstens aus kunstwissenschaftlicher Sicht zentral. Als das derzeit wahrscheinlichste, jedenfalls für adaptive Kunstpraxis potentiell folgenreichste Szenario erscheint nämlich, dass »die ›freie Benutzung‹ [...] sich in Zukunft in die Teile ›Schutzbereichsbestimmung‹ und ›Schranke für Parodie, Karikatur und Pastiches‹ auflösen« (Ohly 2017: 969) wird. Folgt der EuGH dieser Auffassung seines Generalanwalts, landet das deutsche Bearbeitungsrecht also künftig bei der besagten Schranke für die »Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches«. Das ist allerdings ersichtlich etwas anderes, als ohne weitere Vorentscheidungen die ästhetische Selbstständigkeit einer Adaption zu prüfen, was § 24 Abs. 1 UrhG derzeit noch vorsieht. Was aber wäre die Konsequenz, wäre am Ende die deutsche Regelung der freien Benutzung deswegen europarechtskonform dahingehend auszulegen (Grünberger 2017: 332; Ohly 2017: 969) – sprich: einzuzugrenzen⁸ –, dass die Frage der Selbstständigkeit der Adaption

7 Vgl. RL 2001/29/EG, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32001L0029> [24.1.2018].

8 Freilich nur hinsichtlich der Begrenzung auf die besagten drei Fallgruppen, worauf ich mich hier konzentriere, im Übrigen aber zugleich zu erweitern, da die deutsche Verblässensgrenze nicht ohne Weiteres übertragbar ist (Ungern-Sternberg 2015: 539).

künftig einheitlich überhaupt nur noch im Rahmen der Fallgruppen Karikatur, Parodie und Pastiche zu prüfen wäre und darüber hinaus eben kein Anwendungsbereich mehr für eine Privilegierung eines musikalischen Einzelfalls als freie Benutzung gegenüber den ansonsten umfassend geschützten Verwertungsrechten der Art. 2–4 der RL 2001/29/EG verbliebe?

Für humoristisch-kritische musikalische Aneignungen wie Karikaturen und Parodien erscheint eine solche künftige Rechtslage vergleichsweise unkompliziert zu sein, wie der Bundesgerichtshof in *Metall auf Metall III* selbst erläutert (BGH 2017: Rn 39) und auch schon vorgeführt hat, z.B. in seiner *Auf fett getrimmt*-Entscheidung (BGH 2016). Das über Jahrzehnte ausgefeilte Instrumentarium zur Behandlung derart antithematischer Aneignungen im Kontext von § 24 Abs. 1 UrhG lässt sich vergleichsweise problemlos beibehalten, da dem derzeitigen europäischen Regelungsgehalt im Wesentlichen entsprechend (Haberstumpf 2015: 458), lediglich künftig erweitert und ggf. modifiziert um einschlägige EU-Rechtsprechung (BGH 2017: Rn 39). Hier ändert sich nicht viel.

Der dem *Metall-auf-Metall*-Verfahren zugrundeliegende Sachverhalt freilich stellt offenkundig keinen Fall von Karikatur und Parodie dar, wie auch der Bundesgerichtshof zurecht klarstellt (BGH 2017: Rn 40). Hierin ist der Streitgegenstand ganz typisch für die musikalische Adaption von Tönen und Klängen, nicht zuletzt im Kontext der Sampling-Kultur, künstlerische Aneignungspraktiken, bei denen humoristische-kritische Intentionen etwa keine oder wenigstens deutlich nachgelagerte Faktoren darstellen (vgl. für ein konkretes Beispiel, Mashup, Döhl 2016b: 199f.). Folglich bliebe man im angesprochenen Szenario für das Gros musikalischer Adaptionen – oder für Musik, für die z.B. Uploadfilter behaupten, sie seien Adaptionen – auf die einzig verbleibende Kategorie des Pastiche zurückgeworfen (Haberstumpf 2015: 449; Ohly 2017: 967). Auf diese hin wäre dann die deutsche Regelung der freien Benutzung europarechtskonform auszulegen. Was aber ist ein Pastiche im Rechtssinne?

Will man das wissen, beginnt man wie üblich mit einem Blick ins Gesetz. Dort bekommt man in diesem Fall freilich keine Hilfe. Eine Legaldefinition von Pastiche gibt es nicht. Eine deutsche Spruchpraxis, die wie bei Karikaturen und Parodien schon auf nationaler Ebene (wenigstens einigermaßen) analog zum europäischen Regelungsgehalt etabliert wäre, fehlt ebenso. Und entsprechend gibt es bislang auch keinen Begriffsdiskurs, geschweige denn ein sicheres Begriffsverständnis im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, das helfen könnte (Stieper 2015: 304f.). Die bislang oft nur wenigen Sätze zur Begriffsbestimmung schwanken z.B. schon darin, ob Pastiche eine ausschließlich imitative Praxis sei oder eine solche, in der konkrete Übernahmen möglich sind (Mullin 2009: 105f.; Bently/Sherman: 241–244; Lavik 2015: 83–85; Peukert 2014: 89; Mendis/Kretschmer 2013: 3; Haberstumpf 2015: 451; Stieper 2015: 304f.; Ohly 2017: 968; Pötzlberger 2018: 676f.). Die Sache lässt sich also nicht rasch und unkompliziert klären.

Ein Blick in die einschlägigen Urteile auf europäischer Ebene zu Art. 5 Abs. 3 k) der RL 2001/29/EG hilft bislang nicht weiter, da deren Fokus – wie jener des juristischen

Schrifttums – auf Karikaturen und Parodien liegt.⁹ Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof verweist immerhin auf die Ansicht der Kommission, wonach es sich bei einer Parodie »um die Nachahmung eines durch die Richtlinie geschützten Werkes handelt, die keine Karikatur und kein Pastiche darstellt und belustigen oder verspotten soll« (EuGH 2014: Rn 41). Doch auch diese Aussage ist zu mager, um im Umkehrschluss mittels Auflösung dieser Gleichung Klarheit zu gewinnen. Zumindest scheint für die Kommission ein Unterschied zwischen Karikatur, Parodie und Pastiche zu bestehen. Im Metall-auf-Metall-Verfahren bleibt der Generalanwalt auch unverbindlich: »Was den Begriff des Pastiche betrifft, bezeichnet dieser eine Nachahmung des Stils eines Werks oder eines Urhebers, ohne dass notwendigerweise Bestandteile dieses Werks übernommen werden« (Szpunar 2018: Fn 30). Ausgeschlossen sei lediglich die Übernahme, »die dazu dient, ein Werk in einem völlig anderen Stil zu schaffen« (ebd.) – eine künstlerisch im Übrigen sehr weitreichende Annahme des Generalanwalts.

Abgesehen davon, dass dies lediglich erste vage Annäherungen sind, ist sofort zu bedenken, dass auch diese Positionen jedenfalls keineswegs selbstverständlich sind, wenn man in die EU-Mitgliedsländer schaut. Und damit beginnen die Probleme. Das Königreich Belgien erklärte im Zusammenhang des besagten *Deckmyn*-Verfahrens z.B., dass »die Unterscheidung zwischen ›Parodie‹, ›Karikatur‹ und ›Pastiche‹ keine Rolle für die Definition der Parodie spielen dürfte, denn die drei Begriffe seien zu ähnlich, als dass man sie unterscheiden könne« (EuGH 2014: Rn 42). Ein Blick auf die französische Rechtslage lässt erahnen, warum die belgische Regierung eine solche Einschätzung abgibt. Ist die dortige Rechtslage doch der französischen stark angenähert (Vanbrabant/Strowel 2012: 140). Denn im französischen System verstehen sich Parodie, Pastiche und Karikatur allesamt als Varianten humoristisch-kritischer Aneignung, sodass für alle eine humoristisch-kritische Intention erwartet wird – und obendrein lediglich imitative Aneignungen und weitgehende transformative Verwendungen gestattet sind –, wobei die Differenzierung der Begriffe vor allem nach Künsten erfolgt, mit Pastiche als einschlägigem Begriff primär für Literatur und visuelle Künste (Sundara Rajan 2011: 72f.; Carre 2012: 408; Mendis/Kretschmer 2013: 18). Diese Rechtsauffassung zum Pastichebegriff ist deswegen wichtig zu kennen, weil die EU-Regelung in ihrer Entstehungsgeschichte an die französische in Art. L 122-5 des Code de la Propriété Intellectuelle angelehnt wurde.

Würde diese Rechtsauffassung nun zur allgemeinen Maxime des Pastichebegriffs erhoben und damit künftig durch eine entsprechende *Metall-auf-Metall*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs auch in Deutschland Geltung finden, gäbe es hierzulande überhaupt keinen Spielraum mehr für nicht humoristisch-kritische Aneignungen, ohne Genehmigung des Rechteinhabers öffentlich gemacht zu werden. »Antithematisch« meint dabei, was Richard Dyer in seiner Studie zum Pastiche »evaluative attitude towards their object of reference« (2007: 22) nennt, und in der juristischen Spruchpraxis zur Parodie regelmäßig

9 Vgl. EuGH: *InfoCuria – Rechtsprechung des Gerichtshofs*, <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de> [24.1.2018].

als sogenannter »innerer Abstand« in Gestalt einer bewusst und absichtsvoll (Förster 2014: 59) humoristisch-kritischen Kommentierung der Vorlage erscheint, d.h. von der Adaption verlangt, einen semantisch spezifisch gerichteten »eigenständigen Aussagegehalt« (Summerer 2015: 175) zu entwickeln. Dabei galt lange, dass sich dieser humoristisch-kritische Aussagegehalt gegen die Vorlage selbst richten muss. Das wurde vom Bundesgerichtshof (BGH 2016) zwar in Folge der *Deckmyn*-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH 2014) jüngst aufgegeben (Specht / Koppermann 2016: 23) – ebenso im Übrigen wie die Notwendigkeit, dass die Adaption selbst Werkqualität erreichen muss (Jongsma 2017: 665). Jetzt genügt, dass überhaupt ein humoristisch-kritischer Aussagegehalt intendiert ist (BGH 2016: Rn 35), sich der humoristisch-kritische Aussagegehalt der Adaption also auch gegen etwas Drittes richten darf und die Nutzung der Vorlage damit zum Mittel zum Zweck wird. Eine humoristisch-kritische Stoßrichtung wird jedoch so oder so verlangt (Norde-mann/Kraetzig 2016). Für die Musik ist also wenig gewonnen. Denn um genau diese Intention geht es bei einer Vielzahl der typischen Fälle, gerade auch von Sound Sampling, eben nicht,¹⁰ bei denen die Übernahme z.B. oft schlicht erfolgt, weil man spezifische klangliche Aspekte der Vorlage um ihrer selbst willen nutzen möchte – so wie im *Metall-auf-Metall*-Fall. Abgesehen davon, dass es für Sound Sampling selbst gar nicht in diesem Sinne auf die Frage der Intention ankäme. Denn Sound Sampling kann nie bloß Imitation sein. »Imitation is not the same as reproduction« (Dyer 2007: 22), Reproduktion aber zwingend beim Sound Sampling. Natürlich kann man mittels Sound Sampling wiederum etwas Drittes imitieren, einen Stil etwa. Das Gesampelte jedoch kann per definitionem allenfalls als Imitation dienen, nicht selbst aber Imitation sein. Es ist immer etwas unmittelbar Entnommenes, Über-nommenes. Pastiche als ausschließlich imitative Praxis verstanden, schlösse also Streitge-genstände wie im *Metall-auf-Metall*-Fall ebenfalls ohne Ansehung des Einzelfalls von vornherein davon aus, als freie Benutzung qualifiziert zu werden. Die Annäherung an den Begriff durch den Generalanwalt jetzt scheint aber nicht so absolut gemeint zu sein, wie das Wort »notwendigerweise« impliziert (Szpunar 2018: Fn 30).

Die französisch-belgische Lesart des Pastichebegriffs ist jedoch nicht die einzig vertre-tene. Andere Rechtsordnungen haben die Regelung des Art. 5 Abs. 3 k) der RL 2001/29/EG gleichfalls in nationales Rechts transferiert und verfolgen einen dezidiert anders akzentuierten Pastichebegriff. Es ist also nicht ausgemacht, dass die französisch-belgische Lesart zur europäischen werden wird. Großbritannien etwa zählt hierzu. Art. F97 30A des entsprechend modifizierten Copyright, Designs and Patents Act von 1988 legt heutzutage fest: »Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work.«¹¹ Eine Legaldefinition von Pastiche fehlt jedoch auch hier. Das dortige staatliche Intellectual Property Office (Pendant zum deutschen DPMA) hat al-

10 Das berühmteste Beispiel hierfür aus Sicht des Urheberrechts dürfte der US-amerikanische Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994), <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html> [24.1.2018] sein.

11 The National Archives: *Copyright, Design and Patents Act 1988*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48> [24.1.2018].

lerdings 2014 Ausführungshilfen veröffentlicht, in denen sich auch ein Satz findet, der die Auffassung der dortigen Administration zum Ausdruck bringt, was man sich unter einem Pastiche vorzustellen habe: »[...] an artist may use small fragments from a range of films to compose a larger pastiche artwork.«¹² Hiernach ist zwar nicht definiert, was ein Pastiche ist. Offenkundig wären aber jedenfalls unmittelbare Übernahmen möglich. Es handelt sich also um einen Pastichebegriff, der mehr in Richtung Collage weist und nicht auf Imitationen beschränkt ist.¹³ Doch auch hier sieht man ganz klar einen Willen am Werk, pauschal lediglich Microsampling zu privilegieren, was vielen Sampling-Kulturen wie dem Mashup (Döhl 2016b) – und daher dem Gebot »kunstspezifischer Betrachtung« nicht entspricht, allzumal wenn nun Genrespezifika berücksichtigt werden soll. Von der offen bleibenden Frage, wie viel Fremdanteil ein solches Pastiche enthalten darf/muss und in welcher Weise damit in der Adaption umgegangen sein darf/muss, damit es rechtlich als Pastiche zu qualifizieren wäre, ganz zu schweigen.

Es ist zwar wichtig, zu erkennen, dass selbst auf Ebene der EU-Mitgliedsstaaten belegbar unterschiedliche Annäherungen an den Pastichebegriff vorgenommen werden, so zurückhaltend auch immer dies bislang überhaupt erfolgt. Die bislang angebotenen Sichtweisen sind jedoch allesamt sehr eng. Verlangt man einen bloß imitativen Charakter der Aneignung, scheidet per se das Gros musikalischer Adaptionen einschließlich des hiesigen Streitfalls von Sound Sampling aus. Gestattet man der britischen Begriffsauslegung folgend Übernahmen, aber nur kleinteilige, kurze, würde das nur einen sehr kleinen Teil der Adaptionenkultur erfassen. Man hätte damit eine sehr weitreichende künstlerische Vorentscheidung getroffen, selbst, wenn man dem folgt, aber zugunsten des Sound Sampling ein Gleichlaufen aller betroffenen Rechte über § 24 Abs. 1 UrhG doch noch gestatten würde. Gleiches gilt umgekehrt aber auch, wenn man im französisch-belgischen Geist eine humoristisch-kritische Intention auch für ein Pastiche verlangen würde. In allen Varianten würde musikalische Adaption im Allgemeinen und Sound Sampling im Besonderen als kulturelle Praxis von einem solchen neuen »Recht zur erlaubnisfreien Benutzung« in Deutschland letztlich künftig nur noch eine Tür offen gelassen, um trotz Fehlens einer Lizenz Legalität zu erlangen. Nämlich mittels einer »de-minimis-Regelung« analog zu den USA oder jedenfalls einer solchen Spruchpraxis, etwa durch Anwendung der hiesigen Schöpfungshöhelehre auch auf Fälle des Sound Sampling.¹⁴ In den USA wurde in der Tat Microsampling zuletzt wiederholt als Fair Use eingestuft (ohne, dass es bislang freilich höchstrichterliche Rechtspre-

12 Intellectual Property Office: *Guidance. Exceptions to Copyright*, 2014, <https://www.gov.uk/guidance/exceptions-to-copyright> [24.1.2018].

13 Der Collagebegriff ist dabei keineswegs präziser oder zumindest ein einheitlicherer Begriffsgebrauch diagnostizierbar als im Fall des Pastichebegriffs (Großmann 2005; Czernik 2008; Voigts-Virchow 2008: 514f.; Emons 2009; McLeod / Kuenzli 2011; Banash 2013).

14 Faktisch ist die Rechtslage auf EU-Ebene schon so, da »wenn die eigenschöpferischen Züge des benutzten Werkes im neuen Werk nicht zum Ausdruck kommen [...] das Originalwerk damit nicht i.S.d. Art 2 bis 4 InfoSocRL »verwertet« [werden]« (Stieper 2015: 303). Vgl. auch Ohly 2017: 969, der dies als sachgerecht für den *Metall-auf-Metall*-Fall von Microsampling anregt.

chung dazu gäbe) (Kocatepe 2018). Und das Argument kam auch wiederholt in Kommentaren zum *Metall-auf-Metall*-Fall auf, mit seinem Zwei-Sekunden-Sample natürlich ein Musterbeispiel für eben jene ›musikalischen Kleinigkeiten‹, die bei ›de minimis‹ in den Blick genommen werden. Es bliebe also nur die Hoffnung, dass ein sich nun weiterentwickelndes Urheberrecht jedenfalls für Fälle des Microsampling darauf befindet, dass im Sinne von Ohly's eingangs skizzierten Szenario der Schutzbereich der RL 2001/29/EG noch gar nicht eröffnet sei. Und man sich die weiteren Diskussionen daher sparen kann. Allen anderen Fällen von Sound Sampling verbliebe allerdings eben gar keinen Raum für Hoffnung auf rechtliche Privilegierung mehr, egal, was mit dem gesampleten Material in der Adaption geschieht, d.h. eben gleichgültig, wie künstlerisch gut und kulturell relevant sie sind.

Das ist der aus künstlerischer Perspektive entscheidende Punkt (Döhl 2016b). Jenseits des künstlerisch doch sehr spezifischen Microsamplings und jenseits der in der Praxis vergleichsweise seltenen Fälle humoristisch-kritischen Sound Samplings verbliebe bei einem solchen Pastichebegriff als Richtschnur für die künftige Auslegung von § 24 Abs. 1 UrhG Künstlern meistens nur noch die Alternative zwischen Lizenzieren, Illegalität und Unterlassen. Ein Verweis auf die – in der Praxis eben oft nur theoretisch bestehende – Möglichkeit der Lizenzierung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings selbst bereits als inkompatibel mit dem grundrechtlich legitimierte Gebot »kunstspezifischer Betrachtung« eingestuft (BVerfG 2016: Rn 98). Für die dann faktisch für das Gros der musikalischen Adaptionenkultur verbleibende Wahl zwischen ›nicht tun‹ oder ›illegal tun‹ dürfte der Einwand jedoch erst recht gelten, da eine solche Rechtslage in ihrer Pauschalität jenseits aller Einzelfallgerechtigkeit nicht dem Gebot »kunstspezifischer Betrachtung« gerecht werden kann. Das offenbart ein Blick z.B. auf Sampling-Kulturen wie das Mashup sofort, in der sowohl Microsampling als auch humoristisch-kritische Agenda nur eine eng begrenzte Rolle spielen, aber Arbeiten von hoher Eigenständigkeit entstehen können, die zu 100% aus Material Dritter gefertigt sind und wie das *Grey Album* von Brian Burton alias DJ Danger Mouse mitunter allgemeine Anerkennung als zentrale musikalische Zeugnisse unserer Zeit gewinnen (Döhl 2016b).

Es stellt sich folglich die Frage, ob sich aus einer Auseinandersetzung mit den künstlerischen Praktiken und ihrem Diskurs ein Pastichebegriff etablieren lässt, der vielleicht besser passt?

Wie allerdings zunächst auffällt, gibt es auch in den diversen Kunstwissenschaften kaum mehr, gerade künsteübergreifende Forschung zum Pastichebegriff (Hoesterey 2001; Dyer 2007). Mehr noch findet man auch in dieser Literatur ein vergleichbar diffuses Begriffsbild vor. Der Status humoristisch-kritischer Motivation und Wirkung als hinreichende, notwendige Bedingung für ein Pastiche ist auch hier strittig (Jameson 1991: 17f.; Dyer 2007: 7, 22; Gloag 2012: 61; Austin 2013: 3f.). Ebenso, ob Pastiche zwingend eine rein imitative Praxis darstellt, die zwar auch auf konkrete Personalstile und Werke Bezug nehmen darf – als Pastiche aber eben nur imitativ, nicht integrativ, d.h. konkret aus der Vorlage übernehmend wie im Fall des Sound Sampling (Dyer 2007: 1; Sanders 2016: 5). Mal erscheint Pastiche daher der Collage näher zu stehen, bisweilen im Begriffsgebrauch gar mit

ihr synonym zu sein (Hyde 2003: 135). Mal aber einer Allusion ungleich näher zu sein wie z.B. in Kenneth Gloags Kommentaren zu George Rochbergs *Drittem Streichquartett*, einem Klassiker postmoderner Avantgardemusik:

»The five-movement quartet is based around newly composed music that intentionally sounds old. [...] However, in keeping with the pastiche nature of the music, in contrast to the specificity of intertextual relationships in the collage works, these are only suggestive, being at most allusions than direct quotations.« (Gloag 2012: 91f.)

Einem solchen Pastichebegriff geht es ersichtlich eher um ein allgemeineres Spiel mit »kulturellem Gedächtnis« (Hoesterey 2001: xi) als um jene direkten Übernahmen aus älterer Musik, die das Urheberrecht jedenfalls im Bereich der Musik regelmäßig beschäftigt. »Sprechen in einer toten Sprache« (Jameson 1991: 17) steht im Vordergrund dieses Begriffsverständnisses, wie es sehr bildhaft bei Fredric Jameson heißt, d.h. die Aneignung und Nutzung kultureller Formen und Praktiken, die nicht originär die eigenen sind, ob sie nun zu einer Epoche, einem Genre oder einem Personalstil gehören. Mal ist für Pastiche dabei der (diese herausfordernde oder gar auflösende) Umgang mit der Grenze zwischen Hoch- und Popularkultur konstitutiv, mal meint Pastiche (dann als »bloß« negatives Qualitätsurteil) das Gegenteil von Hochkultur (Hoesterey 2001: xi, 1). Auch ist strittig, ob ein Pastiche in seiner Fremdreferenzialität als solches erkennbar oder die Möglichkeit eines Erkennens vom Adaptierenden wenigstens intendiert sein muss (Dyer 2007: 9f., 22f.).

Wie kompliziert, vor allem uneinheitlich und unpräzise der Begriffsdiskurs ist, zeigt sich plastisch an zwei Listen: Ingeborg Hoesterey (2001: 10–15; vgl. auch Dyer 2007: 9, 11–16, 22f., 25–47) definiert über mehrere Seiten zahlreiche Nachbarbegriffe von A wie Adaptation und Appropriation bis T wie Travestie, die im Begriffsgebrauch mal mehr, mal wenig verschieden zum Pastiche vorkommen. Und Richard Dyer (2007: 7f.) listet mehr als ein Dutzend gängiger Begriffsbedeutungen von Pastiche samt Nachweisen für Fälle ihre jeweils aktuellen Verwendung auf. Der Pastichebegriff ruft also eine Vielzahl zwar oft verwandter, aber eben doch ästhetisch distinkter Konzepte auf (Austin 2013: 3) und lässt sich daher kunsthistorisch gar nicht verbindlich bestimmen (Fletcher 2017: 48). Dies vor allem offenbaren interdisziplinäre, an Beispielen reiche Spezialstudien zum Pastichebegriff wie jene von Hoesterey und Dyer:

»Pastiche is a widely used critical term: it is used a lot and loosely. [...] All of these usages are proper. One sees what they all mean, even though they do not all mean the same thing. [...] In both its shifting history and current multiplicitous use, the word pastiche is in practice extremely elastic« (Dyer 2007: 7–9).

Der Pastichebegriff ist also keineswegs weniger weit und damit präziser bzw. rechtsicherer als der alte deutsche Selbstständigkeitsbegriff. Anders als mit dessen ästhetischer Neutralität handelt man sich aber dafür mit dem Pastichebegriff eine Vielzahl von oftmals jahrhun-

dertealten¹⁵ Begriffstraditionen und -gebrauchsformen in der künstlerischen Praxis gestern und heute ein. Wo ist da dann aber der Gewinn einerseits für Rechtsordnung und Rechtssicherheit, andererseits aber vor allem auch für kulturelle Praktiken wie das Sound Sampling, das gezwungen wäre, zu versuchen, sich irgendwie unter den Pastichebegriff zu zwängen und dafür in ahistorischer Manier bestimmte Varianten des Begriffsverständnisses als ›richtig‹ zu reklamieren?

Letzteres wäre im Übrigen nicht nur, wie gesehen, begriffshistorisch falsch. Ein solches Vorgehen wird auch kaum standhalten, wenn man ernstlich über die Genrekategorie in die jeweilig betroffenen künstlerischen Praktiken selbst einsteigt, wie es das Bundesverfassungsgericht (2016: Rn 99) nun gefordert hat – und man auch im französischen Art. L 122-5 des Code de la Propriété Intellectuelle als Vorgabe findet (»La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre«). Dafür muss man sich gar nicht mit der Komplexität und Heterogenität des Genrebegriffs selbst auseinandersetzen (einführend Döhl 2018b). Das wird schon deutlich, wenn man sich bloß stichprobenhaft jenes Genre anschaut, in dem es im *Metall-auf-Metall*-Fall geht: Hip-Hop.

Im Hip-Hop wird Pastiche u.a. als spezifische Art einer weitgehend modifikationslosen Revision fremder Arbeiten beschrieben, eine Verfahrensweise zur Sicherung beabsichtigter und für den Hörer identifizierbarer Intertextualität, die obendrein nur in einer bestimmten Phase, bis zu den 1990er Jahren nämlich, besondere Relevanz für das Genre hatte (Schur 2009: 31f.). Andere wissenschaftliche Kommentatoren sehen Imitation und Integration fremder Texte und Musik als gleichberechtigt relevante Pasticheformen des Hip-Hop, stellen jedoch gerade das Element einer für den Hörer identifizierbaren Intertextualität als wesentliche Motivation für die Nutzung dieses künstlerischen Verfahrens und damit Voraussetzung für das Anlegen des Pastichebegriffs im Hip-Hop in Frage (Williams 2013: 7f., 177f.). Wieder andere fordern, dass bestimmte ästhetische Resultate entstehen wie »juxtaposition of disparate aesthetic systems, blank parody, fragmentation, lack of historicity, and so forth« (Schoss 2014: 65), um die Nutzung von Sound Sampling im Hip-Hop unter den Pastichebegriff subsumieren zu können. Allerdings gibt es schließlich auch auffallend viele, die Sound Sampling im Hip-Hop ohne jeden Rekurs auf den Pastichebegriff diskutieren – und damit zumindest die Frage provozieren, inwiefern diese Kategorie überhaupt dem Gegenstand angemessen ist oder nicht doch aus anderen künstlerischen Zusammenhängen stammend ihm von außen aufgedrückt wird? (Klein/Friedrich 2003; Pelleter/Lepa 2007; Katz 2012; Sewell 2013; Edwards 2015; Williams 2015). Auch für dieses Meinungsbild zum Begriffsgebrauch im Hip-Hop bin ich noch gar nicht tief eingestiegen, sondern habe erneut nur stichprobenhaft renommierte wissenschaftliche Beiträge zum Gegenstand konsultiert. Und dennoch ist das sich ergebende Bild zum Pastiche bereits derart heterogen. Man muss sich dabei klar machen, dass nicht nur dieses wissenschaftliche Meinungsbild

15 Die Begriffsgeschichte ist sehr alt. Der Begriff stammt schon aus der Renaissance und ist in Frankreich z.B. bereits Mitte des 18. Jahrhunderts als Imitation der Machart eines anderen Künstlers oder fremden Werks wissenschaftlich klassifiziert (Radisich 2014: 34). Vgl. zur weiteren älteren und späteren Begriffsgeschichte Hoesterey 2001: 1–16; Fletcher 2017: 48–62.

heterogen ist und sich noch weiter ausfächern lassen wird, je genauer man sich damit beschäftigt. Sondern, dass zum Pastichebegriff Theorie und Praxis keineswegs zwingend deckungsgleich sind (Hoesterey 2001: ix), was erwarten lässt, dass z.B. eine gründliche Ethnographie innerhalb des Genres ein noch deutlich komplexeres Bild von der Bedeutung – oder vielleicht auch Nichtbedeutung – des Pastichebegriffs für ein betroffenes Genre hervorbringen dürfte.

All dies spricht dafür, für die derzeitige Generalklausel der Selbstständigkeit politisch zu streiten, die einem einen ungleich vorentscheidungsärmeren, flexibleren, den ästhetischen Gegenständen adäquateren Interessensausgleich nahe am Einzelfall ermöglicht (Döhl 2016b). Sollte der EuGH seinem Generalanwalt folgen, wird diese Notwendigkeit zur Parteinahme aus Sicht der Musik mit ganz neuem Nachdruck auf den Tisch kommen, da ihr kaum mehr ein Bereich für freie Benutzung verbleiben wird. Denn der Pastiche-Begriff trägt für die Musik nicht. Das scheint mir vom Gesetzgeber nicht intendiert gewesen zu sein. Vielleicht motiviert ihn das, endlich aus seiner selbstgewählten Passivität hinauszutreten.

Literatur

- Austin, James (2013): *Proust, Pastiche, and the Postmodern, or Why Style Matters*. Lewisburg: Bucknell University Press.
- Banash, David (2013): *Collage Culture: Readymades, Meaning, and the Age of Consumption*. Amsterdam: Rodopi.
- Bently, Lionel / Sherman, Brad (2014): *Intellectual Property Law. Fourth Edition*. New York: Oxford University Press.
- Binas-Preisendörfer, Susanne (2004): »Echte Kopien – Sound-Sampling in der Popmusik«, in: Fehrmann, Gisela / Linz, Erika / Schumacher, Eckhard / Weingart, Brigitte (Hg.): *OriginalKopie – Praktiken des Sekundären*. Köln: DuMont, pp. 242–257.
- Boie, Johannes (2010): »Geschäftsmodell Abmahnung«, in: *Süddeutsche Zeitung*, 28.2.2010, <http://www.w.sueddeutsche.de/digital/illegale-downloads-geschaeftsmodell-abmahnung-1.8519> [24.1.2018].
- Bonz, Jochen (2006): »Sampling: Eine postmoderne Kulturtechnik«, in: Jacke, Christoph / Kimminich, Eva / Schmidt, Siegfried J. (Hg.): *Recycling von Theorien und Kulturen*. Bielefeld: transcript, pp. 333–353.
- Bundesverband Musikindustrie (2019): *Musikindustrie in Zahlen 2018*, http://www.musikindustrie.de/fileadmin/bvmi/upload/02_Markt-Bestseller/MiZ-Grafiken/2018/BVMI_ePaper_2018.pdf.
- Carre, Stéphanie (2012): »France«, in: in: Hilty, Reto M. / Nérison, Sylvie (Hg.): *Balancing Copyright – A Survey of National Approaches*. Heidelberg: Springer, pp. 387–430.
- Czernik, Ilja (2008): *Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums*. Berlin: De Gruyter.
- Dahlhaus, Carl (2002): »Was ist Musikgeschichte?«, in: Ehrmann-Herfort, Sabine / Finscher, Ludwig / Schubert, Gisela (Hg.). *Europäische Musikgeschichte*. Kassel: Bärenreiter, pp. 59–79.
- Diederichsen, Diedrich (2006): »Sampling und Montage. Modelle anderer Autorschaften in der Kulturindustrie und ihre notwendige Nähe zum Diebstahl«, in: Anne-Kathrin Reulecke (Hg.): *Fälschungen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 390–405.
- Döhl, Frédéric (2011): »...weil nicht sein kann, was nicht sein darf. Zur Entwicklung des deutschen Musikrechts im Lichte intermedialer Kreativität (Sound Sampling)«, in: Becker, Thomas (Hg.): *Ästhetische Erfahrung der Intermedialität. Zum Transfer künstlerischer Avantgarden und »illegitimer Kunst im Zeitalter von Massenkommunikation und Internet*, Bielefeld: transcript, pp. 167–198.

- Döhl, Frédéric (2013): »Urteilen über Musikwerke. Ästhetische Erfahrung und Urheberrecht im Plagiatsprozess«, in: Döhl, Frédéric / Feige, Daniel Martin / Hilgers, Thomas / McGovern, Fiona (Hg.): *Konturen des Kunstwerks. Zur Frage von Relevanz und Kontingenz*. Paderborn: Wilhelm Fink, pp. 229–248.
- Döhl, Frédéric / Wöhrer, Renate (Hg.) (2014): *Zitieren, Appropriieren, Samplen. Referenzielle Verfahren in den Gegenwartskünsten*. Bielefeld: transcript.
- Döhl, Frédéric (2015): »Gesamteindruck: Zu einem Schlüsselbegriff des Plagiatsrechts«, in: *Jahrbuch der Deutschen Gesellschaft für Musikpsychologie* 25, pp. 19–40.
- Döhl, Frédéric (2016a): »Durfte Moses Pelham zwei Sekunden Kraftwerk kopieren?«, in: *Der Tagesspiegel*, 31.5.2016, p. 23, <http://www.tagesspiegel.de/kultur/bundesverfassungsgericht-zum-sampling-durfte-moses-pelham-zwei-sekunden-kraftwerk-kopieren/13662898.html> [24.1.2018].
- Döhl, Frédéric (2016b): *Mashup in der Musik. Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht*. Bielefeld: transcript.
- Döhl, Frédéric (2017a): »The Concept of »Pastiche« in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case *Metall auf Metall*«, in: *Media in Action* 2, pp. 37–64 (auch <http://mediainaction.uni-siegen.de/>)
- Döhl, Frédéric (2017b): »Auf der Anklagebank. Sound Sampling vor dem Bundesgerichtshof (2008, 2012) und Bundesverfassungsgericht (2016)«, in: Döhl, Frédéric / Riethmüller, Albrecht (Hg.): *Musik aus zweiter Hand*, Laaber: Laaber, pp. 177–211.
- Döhl, Frédéric (2018): »Die musikwissenschaftliche Perspektive: Zum Selbstständigkeitsbegriff der freien Benutzung bei digitalen Adaption im Lichte des *Metall-auf-Metall*-Rechtsstreits«, in: Albers, Marion / Katsivelas, Ioannis (Hg.): *Recht & Netz*. Baden-Baden: Nomos, S. 269–289.
- Döhl, Frédéric (2019): »Recht«, in: Schramm, Holger (Hg.): *Handbuch Musik und Medien*, 2., neubearbeitete Auflage, Springer: Wiesbaden (im Druck).
- Dreier, Thomas / Leistner, Matthias (2014): »Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen«, in: *GRUR-Beilage* 116 (1), pp. 13–28.
- Dyer, Richard (2007): *Pastiche*. New York: Routledge.
- Edwards, Paul (2015): *The Concise Guide to Hip-Hop Music. A Fresh Look at the Art of Hip-Hop, from Old-School Beats to Freestyle Rap*. New York: St. Martin's Griffin.
- Emons, Hans (2009): *Montage – Collage – Musik*. Berlin: Frank & Timme.
- Fletcher, Michelle (2017): *Reading Revelation Pastiche. Imitating the Past*. New York: Bloomsbury.
- Förster, Achim (2014): *Urheberrecht. Eine Einführung in die rechtlichen Grundlagen kreativer Tätigkeit*. Bamberg: University of Bamberg Press.
- Genette, Gérard (1993): *Palimpseste. Die Literatur zweiter Stufe*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Gloag, Kenneth (2012): *Postmodernism in Music*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Großmann, Rolf (2005): »Collage, Montage, Sampling«, in: Segeberg, Harro / Schätzlein, Frank (Hg.): *Sound. Zur Technologie und Ästhetik des Akustischen in den Medien*. Marburg: Schüren, pp. 308–331.
- Großmann, Rolf (2005): »Collage, Montage, Sampling«, in: Segeberg, Harro / Schätzlein, Frank (Hg.): *Sound. Zur Technologie und Ästhetik des Akustischen in den Medien*. Marburg: Schüren, pp. 308–331.
- Grünberger, Michael (2015): »Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts«, in: *ZUM* 59 (4), pp. 273–290.
- Grünberger, Michael (2017): »Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2016 – Teil 1«, in: *ZUM* 61 (4), pp. 324–338.
- Gülke, Peter Gülke (2006): »Die Verjähung der Meisterwerke. Überlegungen zu einer Theorie der musikalischen Interpretation«, in: ders.: *Auftakte – Nachspiele. Studien zur musikalischen Interpretation*, Stuttgart/Kassel: Metzler/Bärenreiter, pp. 181–192.

- Haberstumpf, Helmut (2015): »Freie Benutzung im harmonisierten Urheberrecht«, in: *Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 7 (4), pp. 425–459.
- Hoesterey, Ingeborg (2001): *Pastiche. Cultural Memory in Art, Film, Literature*. Bloomington/IN: Indiana University Press.
- Hutcheon, Linda (2013): *A Theory of Adaptation*. New York: Routledge.
- Jameson, Fredric (1991): *Postmodernism, or, the Cultural Logic of Late Capitalism*. New York: Verso.
- Jongsma, Daniël (2017): »Parody after *Deckmyn* – A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and The Netherlands«, in: *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48 (6), pp. 652–682.
- Jütte, Bernd Justin / Maier, Henrike (2017): »A Human Right to Sample – Will the CJEU Dance to the BGH-Beat?«, in: *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 12 (9), pp. 784–796.
- Katz, Mark (2012): *Groove Music. The Art and Culture of the Hip-Hop DJ*. London/New York: Oxford University Press.
- Klein, Gabriele / Friedrich, Malte (2003): *Is this real? Die Kultur des HipHop*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Kirk, Ross / Hunt, Andy (1999): *Digital Sound Processing for Music and Multimedia*. Oxford: Focal Press.
- Kocatepe, Sibel (2018): »To Sample or Not To Sample: Geben Madonna und Drake bald den Ton im US-amerikanischen Copyright Law an?«, in: *GRUR Int.* 67 (1), pp. 11–19.
- Lavik, Erlend (2015): »Romantic Authorship in Copyright Law and the Uses of Aesthetics«, in: Mireille van Eechoud (Hg.): *The Work of Authorship*, <http://www.oapen.org/search?identifier=503030> [24.1.2018], pp. 45–93.
- Leistner, Matthias (2014): »Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht«, in: *GRUR* 116 (12), pp. 1145–1155.
- McLeod, Kembrew / Kuenzli, Rudolf (Hg.) (2012): *Cutting Across Media. Appropriation Art, Interventionist Collage, and Copyright Law*. Durham/NC: Duke University Press.
- Mendis, Dinuasha / Kretschmer, Martin (2013): *The Treatment of Parodies under Copyright Law in Seven Jurisdictions*. <http://eprints.bournemouth.ac.uk/21881/1/ipresearch-parody-report2-150313.pdf> [24.1.2018].
- Metzer, David (2003): *Quotation and Cultural Meaning in Twentieth-Century Music*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mullin, Joan A.: »Appropriation, Homage, and Pastiche: Using Artistic Tradition to Reconsider and Redefine Plagiarism«, in: Haviland, Carol Peterson / Mullin, Joan A. (Hg.): *Who Owns This Text? Plagiarism, Authorship, and Disciplinary Cultures*, https://digitalcommons.usu.edu/usupress_pubs/26/ [24.1.2018], pp. 105–128.
- Nordemann, Jan Bernd / Kraetzig, Viktoria (2016): »The German Bundesgerichtshof changes its concept of parody following CJEU *Deckmyn v. Vrijheidsfonds/ Vandersteen*«, in: Kluwer Copyright Blog, 3.11.2016, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/11/03/the-german-bundesgerichtshof-changes-its-concept-of-parody-following-cjeu-deckmyn-v-vrijheidsfonds-vandersteen/> [24.1.2018].
- O’Flynn, Siobhan (2013): »Epilogue«, in: Hutcheon, Linda: *A Theory of Adaptation*. New York: Routledge, pp. 179–206.
- Ohly, Ansgar (2017): »Hip Hop und die Zukunft der ›freien Benutzung‹ im EU-Urheberrecht. Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH ›Metall auf Metall III‹«, in: *GRUR* 119 (10), pp. 964–969.
- Pelleter, Malte / Lepa, Steffen (2007): »›Sampling‹ als kulturelle Praxis des HipHop«, in: Bock, Karin / Meier, Stefan / Süß, Gunter (Hg.): *HipHop Meets Academia. Globale Spuren eines lokalen Kulturphänomens*. Bielefeld: transcript, pp. 199–214.
- Peukert, Alexander (2014): »Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation«, in: *GRUR-Beilage* 116 (1), pp. 77–93.

- Pötzlberger, Florian (2018): »Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts Zu § 24 UrhG und Art. 5 III Buchst. k InfoSoc-RL im Kontext der »Metall auf Metall«-Rechtsprechung«, in: *GRUR* 120 (7), pp. 675-681.
- Radisich, Paula (2014): *Pastiche, Fashion, and Galanterie in Chardin's Genre Subjects*. Newark/NY: University of Delaware Press.
- Riethmüller, Albrecht (1988): *Ferruccio Busonis Poetik*, Mainz: Schott.
- Roads, Curtis (1996): *The Computer Music Tutorial*. Cambridge/MA: MIT Press.
- Sanders, Julie (2016): *Adaptation and Appropriation*. New York: Routledge.
- Schloss, Joseph G. (2014): *Making Beats. The Art of Sample-Based Hip-Hop*. Middletown/CN: Wesleyan University Press.
- Schur, Richard L. (2009): *Parodies of Ownership. Hip-Hop Aesthetics and Intellectual Property Law*. Ann Arbor/MI: The University of Michigan Press.
- Sewell, Amanda (2013): *A Typology of Sampling in Hip-Hop* [Diss.]. Bloomington/IN: Jacobs School of Music.
- Seufert, Wolfgang (2018): »Die verschiedenen Segmente der Musikwirtschaft«, in: Moser, Rolf / Scheuermann, Andreas / Drücke, Florian (Hg.): *Handbuch der Musikwirtschaft*, 7. Aufl., München: C.H. Beck, pp. 15–39.
- Specht, Louisa / Koppermann, Ilona (2016): »Vom Verhältnis der §§ 14 und 24 UrhG nach dem »Deckmyn«-Urteil des EuGH«, in: *ZUM* 60 (1), pp. 19–24.
- Stieper, Malte (2015): »Fan Fiction als moderne Form des Pastiche«, in: *AFJ – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 46 (4), pp. 301–305.
- Summerer, Claudia (2015): *»Illegale Fans«. Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art*. Berlin: De Gruyter.
- Sundara Rajan, Mira T. (2011): *Moral Rights. Principles, Practice and New Technology*. New York: Oxford University Press.
- Szpunar, Maciej (2018): »Schlussanträge des Generalanwalts (C-476/17)«, in: *Info-CUria. Rechtsprechung des Gerichtshofs* (12.12.2018), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208881&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=724410.com>
- Tschmuck, Peter (2012): *Creativity and Innovation in the Music Industry*. Heidelberg: Springer.
- Ungern-Sternberg, Joachim von (2015): »Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts«, in: *GRUR* 117 (6), pp. 533–539.
- Vanbrabant, Bernard / Strowel, Alain (2012): »Belgium«, in: Hilty, Reto M. / Nérissou, Sylvie (Hg.): *Balancing Copyright – A Survey of National Approaches*. Heidelberg: Springer, pp. 119–161.
- Voigts-Virchow, Eckart (2008): »Montage/Collage«, in: Ansgar Nünning (Hg.): *Metzler Lexikon Literatur- und Kulturtheorie*. Stuttgart: Metzler, pp. 514–515.
- Williams, Justin A. (2013): *Rhyming' and Stealin'. Musical Borrowing in Hip-Hop*. Ann Arbor/MI: The University of Michigan Press.
- Williams, Justin A. (Hg.) (2015): *The Cambridge Companion to Hip-Hop*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gerichtsentscheidungen (chronologisch) LG Hamburg, Urteil vom 8.10.2004, 308 O 90/99 – *Metall auf Metall*, in: *BeckRS* (2013), Nr. 07726.
- OLG Hamburg: Urteil vom 7.6.2006, 5 U 48/05 (*Metall auf Metall I*), <https://openjur.de/u/172802.html> [24.1.2018].
- BGH: Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=de95cc84c2ce749f20ccca0093c4992e&nr=46823&pos=8&anz=9> [24.1.2018].
- OLG Hamburg: Urteil vom 17.8.2011, 5 U 48/05 (*Metall auf Metall II*), <https://openjur.de/u/172802.html> [24.1.2018].

- BGH: Urteil vom 20.11.2008, I ZR 112/06 (*Metall auf Metall I*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=de95cc84c2ce749f20ccca0093c4992e&nr=46823&pos=8&anz=9> [24.1.2018].
- BGH: Urteil vom 13.12.2012, I ZR 182/11 (*Metall auf Metall II*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8d7c7a778781154a3db48d225d6a88f5&nr=64004&pos=6&anz=9> [24.1.2018].
- EuGH: Urteil vom 3.9.2014, C-201/13 (*Deckmyn/Vandersteen*), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-201/13> [24.1.2018].
- BGH: Urteil vom 16.4.2015, I ZR 225/12 (*Goldrapper*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6cc8f15114f7dc78efa65b9dfb983567&nr=72506&pos=5&anz=6> [24.1.2018].
- BGH: Urteil vom 28.7.2016, I ZR 9/15 (*Auf fett getrimmt*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a16afe65ebd17883367848f09a83fd38&nr=75832&pos=0&anz=1> [24.1.2018].
- BVerfG: Urteil vom 31.5.2016, 1 BvR 1585/13 (*Metall auf Metall*), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/05/rs20160531_1bvr158513.html;jsessionid=E2B9A1BB65BD723D88D203FCC11FE8F3.1_cid361 [24.1.2018].
- BGH: Beschluss vom 1.6.2017, I ZR 115/16 (*Metall auf Metall III*), <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c061a07212bff4ca7b0cded8d6c2daa0&nr=78870&pos=0&anz=9> [24.1.2018].

Referenz und Transformation im britischen *Copyright Law*

Westkamp (bitte vollständigen Namen eintragen!)

A. Einleitung	38	II. Markt und Lizenzberei-	
B. Offene Abwägung und System-		tschaft	51
zwänge im Copyright Law	41	III. Zwischenergebnis: General-	
I. Überblick: Interessenabwä-		klausel oder Eigentums-	
gung im <i>common law</i>	41	schutz?	54
II. Abwägungsparameter	43	IV. Ruf und Ehre: Ideelle Gegen-	
C. Externe Schranken: der Human		rechte und „fair balancing“	54
Rights Act 1998 und die <i>public</i>		1. Assoziations- und Integri-	
<i>interest defence</i>	45	tätsschutz im Copyright	55
D. Public Interest, Referenz und		2. Allgemeiner Assoziations-	
Transformation: Die Parodies-		schutz	
schranke als Generalklausel?	48	(adverse association)?	56
I. Referenznutzung und Fair-		E. Zusammenfassung	57
ness	50		

A. Einleitung

Seit langem diskutiert man die Einführung einer flexiblen *fair use*-Schranke zugunsten transformativer und/oder referentieller Nutzungen im europäischen Sekundärrecht. In die gleiche Richtung gehen Überlegungen, das Urheberrecht an Wertungen der EMRK bzw. der EU-Grundrechtecharta anzupassen.¹ Der Vorteil einer allgemeinen *fair use*-Schranke liegt auf der Hand. Sie erlaubt nicht nur eine gewisse richterliche Bewegungsfreiheit, sondern vor allem eine Rechtsfindung, die in der Lage ist, sämtliche Interessen abzubilden und zu bewerten. Dies fördert eine Rechtsprechung, die sich der Schutzratio der in Frage stehenden Rechte und Interessen vergewissern kann. Ein prominentes Beispiel ist etwa die kanadische Schranke zugunsten nutzergenerierter Inhalte, die eine entsprechende Abwägung zwischen Nutzerinteressen (es muss ein „neues“, urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen werden und die Nutzung darf keinen kommerziellen Charakter haben) und den Interessen des Rechtsinhabers ermöglicht.² Das kanadische Recht – ähnlich auch die allgemeine *fair use*-

1 Geiger/Izyumenko, Copyright on the Human Rights Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity through Freedom of Expression” (2014) 45 IIC 316.

2 Sec. 29.21 Copyright Act Kanada: [Non-commercial user-generated content] lautet: (1) It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual’s authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it if (a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes; (b) the source —

Klausel des US-amerikanischen Rechts³ – erlaubt eine solche flexible Bewertung des Einzelfalls. Europäisches Sekundärrecht hingegen erscheint im Hinblick auf Inhalt und Umfang urheberrechtlicher Schranken deutlich rigider. Die Urheberrechtsrichtlinie⁴ (im Folgenden: InfoSoc-RL) enthält bekanntlich eine Aufzählung zulässiger Nutzungen, deren Umsetzung in das Belieben der Mitgliedsstaaten gestellt ist. Ein allgemeines Prinzip der Fairness existiert nicht, vielmehr werden die Schranken als Rückausnahme verstanden, die gegenüber den Interessen der Rechtsinhaber zu rechtfertigen sind.⁵ Hinzu kommt, dass auch der Dreistufentest (Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL) weitere Einschränkungen erfordern kann. Der britische Gesetzgeber hat insofern als für Referenznutzungen relevante Schranken diejenigen zugunsten von Zitat, Parodie, Pastiche und Karikatur eingeführt.

Aus Sicht des britischen Rechts stellt die Bewertung von Referenznutzungen eine weit über die Umsetzung europäischen Sekundärrechts hinausgehende Herausforderung dar. Im Kern lässt sich das prinzipielle Problem als Konflikt zwischen einer tradierten und weiten *property*-Logik einerseits und der Notwendigkeit einer Flexibilisierung im Rahmen einer an grundrechtlichen Wertungen orientierten Abwägung beschreiben. Der *property*-Gedanke ist fest im gesamten System des britischen *common law* verankert und zeigt sich nicht nur im copyright, sondern in einer Vielzahl unterschiedlicher Schutzregimes.⁶ Mit anderen Worten: Es gibt eine Fülle von Entscheidungen, die sich zugunsten des Klägers auf eine Zuweisung

and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so; (c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and (d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.

3 US Copyright Act 1976, Sec. 107: “Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies and phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (...), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include — (1)

the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4)

the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

4 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Amtsbl. L 167, 22.6.2001, S. 10-19.

5 Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, C-5/08, 16.7.2009, EU:C:2009:465.

6 So im Rahmen der “*commercial confidentiality*”-Klage: Douglas v Hello! Ltd No 3 (= OBG v Allan) [2007] UKHL 21, paras. 275 ff.; Fraser v Evans [1969] 1 QB 349.

vermögenswerter Informationen stützen. Dieses Denken findet sich sowohl in den – unten näher dargestellten – internen Generalklauseln des copyright (d.h. im Rahmen der tradierten *substantial taking*-Lehre und im Hinblick auf den Fairnesstest) wie auch teilweise in anderen informationsbezogenen Klagearten, so vor allem in der Klage aufgrund von *breach of (commercial) confidentiality*, wonach auch heute noch wirtschaftlich wertvolle Informationen ohne weitere Abwägung geschützt werden können.⁷ Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus der Überlagerung einzelner Klagen, so z.B. im Hinblick auf unveröffentlichte Werke, die sowohl Copyrightschutz genießen als auch als vertrauliche Informationen gewertet werden. Auch die wettbewerbsrechtlich geprägte *passing off*-Klage könnte zugunsten von Prominenten einen über das copyright hinausgehenden Schutz gegen unerwünschte Assoziationen vermitteln, was insbesondere bei der Frage des *sound sampling* relevant wird.⁸ Hinzu kommen mögliche Ansprüche aufgrund von Ruf und Ehre – dem Reputationsschutz dienen dabei vor allem das urheberrechtliche Recht auf Werkintegrität sowie ergänzend das *defamation law*.

Sehr grob lässt sich freilich feststellen, dass sich der weit verstandene *property*-Gedanke – partiell und schleichend – zu verflüchtigen scheint. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war zunächst die Einführung des Human Rights Act 1998 im Jahre 2000. Der Human Rights Act 1998 stellt zwar strenggenommen keine normhierarchisch übergeordnete Regelung in einem verfassungsrechtlichen Sinn dar, steht also nicht über dem *common law*. Dennoch hatte der Act tiefgreifende Umwälzungen zur Folge. Nach Sec. 3 des Human Rights Act 1998 haben staatliche Stellen, einschließlich der Gerichte, die Grundrechte der EMRK zu berücksichtigen. Demnach sind die Kommunikationsfreiheiten gem. Art. 10 Abs. 1 EMRK mittelbar anzuwenden.

Der Human Rights Act hatte auch für das Copyright Law Folgen.⁹ Bereits 2001 erkannte die Rechtsprechung trotz systematischer Schwierigkeiten an, dass Art. 10 EMRK – als Ausdruck der *public interest defence* – grundsätzlich Geltung beansprucht. Die *public interest defence* ist grundsätzlich auf alle kommunikationsbezogene Klagearten anwendbar; es handelt sich um ein allgemeines Prinzip des *common law*.¹⁰

Im Jahre 2014 wurden sodann die Schranken reformiert – der Reform lag ursprünglich durchaus die ambitionierte Absicht zugrunde, eine allgemeine Schranke zugunsten referentieller Nutzungen einzuführen, was jedoch am Primat des europäischen Sekundärrechts scheiterte.¹¹

7 *Carty*, The Common Law and the Quest for the IP Effect (2007) IPQ 237; *Carty*, An Analysis of the Modern Action of Breach of Commercial Confidence: When is Protection Merited? (2008) IPQ 419.

8 Dazu unten. S. 9ff.

9 Dazu unten, S. 9ff.

10 *Beloff v Pressdarm* [1973] ALLER 241, 259. Vgl. weiter Davies, Copyright and the Public Interest, S. 65ff.

11 Vgl. unten, S. 12ff.

Der Beitrag kann keine umfassende Würdigung sämtlicher Fragen liefern, die durch die vielfältigen potentiellen Interessenkonflikte im Hinblick auf referentielle, transformative oder intertextuelle Nutzungen aufgeworfen werden. Ebenfalls wird nicht der Versuch unternommen, diese Phänomene begrifflich zu deuten. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt abschließend vielmehr in einer – naturgemäß höchst spekulativen – Erörterung der möglichen Evolution des copyright law als System, welches sich schrittweise von einer strikten *property*-Logik zu emanzipieren scheint. Zentral ist dabei die Frage, inwieweit sich Wertungen grundrechtlicher Art, etwa im Hinblick auf die Kunst- oder Meinungsfreiheit, in die Systematik einfügen, ob sich also unter dem Einfluss sowohl der EMRK wie der Grundrechte-Charta allgemeinere und offenere Abwägungsmodelle entwickeln können. Dabei kommt es wesentlich auf einen Abgleich zwischen dem geschriebenen copyright law und dessen traditioneller Auslegung und den Vorgaben an, die sich aus übergeordnetem Gesichtspunkten ergeben. Zu diesen zählen notwendig die Vorgaben der EMRK und des Unionsrechts; hinzu tritt jedoch auch die Frage, inwieweit die Parodieschranke (Sec. 30A CDPA 1988) – etwa im Sinne der kanadischen Schranke zugunsten nutzer-generierter Inhalte – künftig als anpassungsfähige Generalklausel gedeutet werden kann. Anders als etwa im Privatsphärenschutz – in dessen Rahmen inzwischen recht frei zwischen den Rechten aus Art. 8 und 10 EMRK abgewogen wird – ist die Berücksichtigung von Kommunikationsgrundrechten im copyright aus verschiedenen Gründen schwierig, da das – als Ausdruck des *will of parliament* grundsätzlich wörtlich auszulegende *statutory law* – interne Kollisionsregeln benötigt, über welche eine Abwägung methodisch ermöglicht wird. Der CDPA 1988 enthält hierzu zwei normative Aussagen, die für Referenznutzungen – hier verstanden als Entlehnungen, welches das Ursprungswerk verändern – relevant sind: der sog. *substantial taking*-Test (Sec. 16 (3) CDPA 1988) und das Prinzip der Fairness (*fair dealing*, Sec. 28 CDPA 1988). Im Folgenden wird, recht grobkörnig, die traditionelle Lehre skizziert, wie sie sich bis etwa zum Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 darstellt.¹²

B. Offene Abwägung und Systemzwänge im Copyright Law

I. Überblick: Interessenabwägung im *common law*

Das britische Copyright Law unterscheidet sich bekanntlich erheblich vom Urheberrecht kontinentaleuropäischer Prägung. Im Zentrum des Schutzes steht die wirtschaftliche Investitionsleistung, nicht der Urheber. Aus der Grundkonzeption, letztlich jede Leistung nach dem *“sweat of the brow”*-Prinzip zu schützen,¹³ ergeben sich naturgemäß Konsequenzen für Auslegung und Reichweite der Nutzungsfreiheit und damit auf das tradierte Verständnis der

12 D.h. bis zur *“Öffnung”* des Copyright Law zugunsten einer Berücksichtigung der public interest defence als möglicher externer und ergänzender Schranke, *id.* u., D. C. S. 6ff.

13 Die Rechtsprechung verweist inzwischen darauf, dass sich aus europäischem Recht eine höhere Originalitätsschwelle ergibt: *SAS Institute v World Programming* [2014] RPC 8.

„offenen“ Tatbestände. Dementsprechend spricht der CDPA 1988 von *defences* und meint damit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Grundsätzlich ist „Fairness“ erst dann zu erörtern, wenn eine wesentliche Übernahme festgestellt wurde. Im Hinblick auf die *fair dealing*-Schranken reicht es also nicht, dass die erlaubte Nutzung dem Zweck und Wortlaut der Schrankenvorschrift entspricht. Vielmehr kommt es zu einer allgemeinen Abwägung, deren herkömmliche Parameter aus allgemeinen Auslegungsprinzipien abgeleitet werden. In ähnlicher Weise verfährt die Rechtsprechung auch bei der Bewertung einer wesentlichen Übernahme. Insgesamt dominiert der *property*-Gedanke.

Dem CDPA 1988 liegt, jedenfalls auf den ersten Blick, ein recht rigides Programm zugrunde. Die britische Rechtsprechung hat, anders als etwa in den USA, nie eine allgemeine *fair use*-Klausel entwickelt. Die Schranken waren seit jeher auf bestimmte Zwecke zugeschnitten, und standen seit dem Copyright Act 1842 unter dem weiteren Vorbehalt, dass sich die Nutzung im Einzelfall als „fair“ zu erweisen hatte.¹⁴ Das heutige Schrankensystem beruht damit auch auf dem Umstand, dass eine offene *fair use*-Klausel dem internationalen Konventionsrecht und dem Dreistufentest (Art. 9 Abs. 2 RBÜ) widerspräche. Es zeigen sich also deutliche Unterschiede zwischen dem britischen und dem US-amerikanischen Recht, die Auswirkungen auf die Systematik haben. In den USA hat sich die Vorstellung einer flexiblen *fair use*-Klausel aus der Rechtsprechung selbst, als inhärentes Element der Verletzungsprüfung, entwickelt. Der *fair use*-Einwand wurde als Funktion des Verfassungsauftrags, wonach das *copyright law* der Entwicklung von „*science and art*“ dient, wahrgenommen. Im britischen Recht konnte sich, grob gesagt, eine solche Vorstellung nicht entwickeln. Es gibt keinen Hinweis auf eine allgemeingültige Schutzratio. Die Vorarbeiten zum CDPA 1988 zeigen nachdrücklich, dass die damalige Reform auf eine Vereinheitlichung mit den Vorgaben der RBÜ in der Pariser Fassung abzielte.¹⁵ Die Schranken sollten demnach eng gefasst werden. Es liege, so der Whitford Report von 1977,¹⁶ im öffentlichen Interesse, möglichst starke und extensive Rechte zu schaffen.¹⁷ Der CDPA 1988 behielt dementsprechend nur die bereits im Copyright Act 1956 bestehenden *fair dealing*-Schranken bei. Sie betreffen Nutzungen (u.a.) zugunsten der Medien („*reporting current events*“), zum Zwecke der Forschung und des privaten Studiums und zugunsten von „*criticism or review*“. Auf typische Konstellationen rein referentieller Nutzungen, insbesondere dort, wo keine kritische Auseinandersetzung mit dem Ursprungswerk vorliegt, sind diese Schranken ersichtlich nicht anwendbar.

14 *Nichols v Universal Pictures* 45 F 2d 119 (1930); *LB Plastics v Swish* [1979] 2 RPC 611, 629 ff.

15 Zum Hintergrund *Mendis*, *The Historical Development of Exceptions to Copyright and its Application to Copyright Law in the Twenty-First Century* (2003) EJCL 7 (5), www.eclj.org/eclj/75/art75-8.html.

16 Whitford Report on the Law on Copyright and Designs, London 1977.

17 *Davies*, *Copyright and the Public Interest*, 2. Aufl., para. 4-014, S. 42ff.

Eine präzise, systematisierende Darstellung der äußerst umfangreichen Rechtsprechung ist indes kaum möglich.¹⁸ Typischerweise verfährt die Rechtsprechung so, dass zunächst in sehr generalisierender Form gewisse Leitgedanken referiert werden – so gilt, dass es bei der Frage der wesentlichen Übernahme eher auf die Qualität als auf die Menge des übernommenen Materials ankommt,¹⁹ und dass sich „Fairness“ objektiv aus Sicht eines verständigen und redlichen Dritten beurteilt.²⁰ Im Anschluss wird dann jedoch unmittelbar auf die Fakten und Wertungen im Einzelfall eingegangen.²¹

II. Abwägungsparameter

Der *substantial taking-test* (Sec.16 (3) CDPA 1988) ist im Falle veränderter Übernahmen der erste Prüfungsschritt. Er findet Anwendung auf alle Werkarten einschließlich der Rechte an Tonträgern.²² Maßgeblich ist, ob ein wesentlicher Teil des Werks vervielfältigt wurde. Der Test ist eng mit Fragen der Originalität und damit der *idea/expression dichotomy* verwoben²³ – es muss also etwas übernommen worden sein, was den Investitionsschutzgedanken widerspiegelt. Die Rechtsprechung hat, je nach Werkart, unterschiedliche Faktoren herangezogen und etwa geprüft, ob besonders schöpferische Elemente oder nur bestimmte Themen und Ideen entnommen wurden.²⁴ Offen ist, inwieweit der „europäische“ Originalitätsbegriff Anwendung findet, der vielfach als höhere Eingangsschwelle verstanden wird.²⁵

Sowohl im Hinblick auf den *substantial part*-Test wie im Fairnesstest dominierten – jedenfalls bis zur Einführung des Human Rights Act 1998²⁶ – vor allem auch wirtschaftlich geprägte Faktoren die Abwägung. Eine wesentliche Übernahme lag etwa bereits dann vor, wenn das Ursprungswerk identifizierbar blieb,²⁷ und zwar auch dann, wenn nur einzelne Elemente übernommen wurden.²⁸ Ausschlaggebend waren etwa das Ausmaß der Übernah-

18 Vgl. Copinger/Skone James on Copyright, 17. Aufl., Ch. 7 Part 2 (B) (iii), para. 7.53.

19 University of London Press v University Tutorial Press [1916] 2 Ch. 601, 610; Ladbroke (Football) v William Hill (Football) Ltd. [1964] 1 WLR 273, 288.

20 Pro Sieben Media AG v Carlton [1999] EMLR 109 (CA).

21 *Garnett/Davies/Harbottle*, Copinger and Skone James on Copyright, 17. Aufl., Ch. 7 Part 2 (B) (iii).

22 Sec. 16 (3), 1 (1) CDPA 1998.

23 Ein einzelnes Wort kann keine geschützte Leistung darstellen, Exxon v Exxon Insurance [1982] Ch. 119.

24 Vgl. zuletzt Baigent v Random House Publishing [2007] FSR 24; Temple Island Collections v New England Teas [2012] EWPC 1.

25 In der Entscheidung Temple Island Collections v New English Teas [2012] EWPC 1 sah das Gericht keinen qualitativen Unterschied zwischen einer eigenen geistigen Schöpfung und der „sweat of the brow“-Schwelle.

26 Dazu unten, S. 9ff.

27 University of London Press v University Tutorial Press [1916] 2 Ch. 601, 610; Ladbroke (Football) v William Hill (Football) Ltd. [1964] 1 WLR 273, 288.

28 Designers Guild Ltd v Russell Williams (Textiles) Ltd [2001] ECDR 10, para. 123.

me schöpferischer Elemente,²⁹ ob das entlehnte Material neu oder besonders herausragend ist,³⁰ und wie konkret sich die Übernahme an das Ursprungswerk anlehnt.³¹ Dabei galt, dass jede im Ursprungswerk enthaltene Werkkategorie isoliert bewertet wurde, sodass schon die Übernahme weniger Elemente, etwa aus einem Film in einen Videoclip, als Verletzung zu werten war.³² Auf den Charakter des Zweitwerks selbst kam es also nicht an.³³ Bei fast jeder transformativen Nutzung, bei der das Ursprungswerk erkennbar blieb – und vor allem bei Parodien – wurde eine wesentliche Übernahme angenommen.³⁴ Insbesondere bei zusammengesetzten Werken, wie etwa Filmen, zeigen sich damit die Grenzen der richterlichen Entscheidungsfreiheit. Die Übernahme wird somit isoliert je nach betroffener Werkgattung beurteilt.³⁵ Die traditionelle Rechtsprechung ist unverkennbar schutzfreudig und knüpft greifbar an den *property*-Gedanken an.

Allerdings gab es auch Ausnahmen. Zuweilen berücksichtigte man auch wettbewerbliche Umstände. Ausschlaggebend war unter anderem, ob eine Wettbewerbssituation geschaffen wurde,³⁶ ob also eine wirtschaftliche Substitution des Ursprungswerks vorlag.³⁷ Entsprechend kommt es zugunsten des Klägers ganz wesentlich darauf an, ob das übernommene Material einen eigenen wirtschaftlichen Wert hat³⁸ – selbst die Übernahme einzelner ungeschützter Elemente aus einer Datenbank soll eine wesentliche Übernahme darstellen, wenn die wichtigsten, weil aktuellsten Daten kopiert werden – mit dem Argument, dass die Beklagte auch einen Lizenzvertrag hätte schließen können.³⁹

Kommerziell geprägte Überlegungen finden sich zudem im Rahmen der Schranken.⁴⁰ Anders als in kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystemen reicht es nicht aus, dass eine Nutzung sich im Rahmen geschriebenen Rechts als nach ihrem Zweck erlaubt darstellt. Die Nutzung muss durch den geschriebenen Zweck gedeckt sein. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Nutzung im Einzelfall als *fair dealing* zu werten ist,⁴¹ was bedeuten mag,

29 *Weatherby & Sons v Int. Horse Agency and Exchange Ltd* [1910] 2 Ch. 297.

30 *Designers Guild Ltd v Russell Williams* [2000] 1 WLR 2416; *Newspaper Licensing Agency v Marks & Spencer* [2001] UKHL 38.

31 Zum ganzen Copinger/Skone James on Copyright, 17. Aufl., Ch. 7 Part 2 (B) (iii).

32 *Williamson Music v Pearson* [1987] FSR 97; *R v Gilham* [2009] EWCA Crim 2293.

33 *Glyn v Weston Feature Film Co* [1916] 1 Ch. 261; *Joy Music Ltd v Sunday Pictorial Newspapers Ltd* [1962] 2 QB 60.

34 Dazu *Gradley/Maniatis*, “Parody: A Fatal Attraction? Part 1: The Nature of Parody and its Treatment in Copyright” (1997) EIPR 339.

35 *Bently/Sherman*, Intellectual Property Law, 4. Aufl. 2014, S. 205.

36 *Weatherby & Sons v Int. Horse Agency and Exchange Ltd* [1910] 2 Ch. 297.

37 *Nova Productions v Mazooma Games Ltd.* [2007] EWCA Civ. 219.

38 *British Horseracing Board v William Hill XXX.*

39 *British Horseracing Board v William Hill* [2001] RPC 31.

40 Dazu *Simon-Fhima*, “Fairness in Copyright Law: An Anglo-American Comparison” 34 (2017) Santa Clara High Technology Law Journal 44, 56ff.

41 *England and Wales Cricket Board Ltd. V Tixdaq Ltd.* [2016] EWHC (Ch) 575, para. 54ff.

dass aufgrund europäischen Rechts im Grundsatz das Dogma einer engen Auslegung gelten soll.⁴² Zu den Faktoren zählen (letztlich analog zum *substantial taking*-Test) Umfang und Ausmaß der Entlehnung, der Zweck der Nutzung, und eben auch die Frage, inwieweit die Nutzung kommerzielle Interessen des Rechtsinhabers beeinträchtigt.⁴³ Allgemein dient die *fair dealing*-Prüfung dem Ausgleich zwischen den Interessen des Rechtsinhabers und dem *public interest*,⁴⁴ nicht also dem Interesse des Nutzenden.⁴⁵ Ausschlaggebend ist freilich auch, inwieweit das entnommene Material modifiziert wurde, ob ein neues Werk geschaffen wurde und welche persönlichen Motive der Übernahme zugrunde lagen, ob also eine Absicht der Schädigung vorlag bzw., ob die Beklagte in Gewinnerzielungsabsicht handelte.⁴⁶

Kurzum: Die traditionelle Rechtsprechung neigte deutlich dazu, den Umfang der jeweiligen Schranke über das Merkmal der Fairness eher einzuschränken, sodass insbesondere kommerziell motivierte Übernahmen ausscheiden. Dieser „*commercial implication*“-Analyse stellt einen schillernden Begriff dar, da es hier nicht allein auf einen bezifferbaren Schaden ankommt, sondern es sich vielmehr um ein Element der Abwägung handelt, welches aufgrund der *property*-Logik des copyright law die Analyse grundlegend determiniert. Die Rechtsprechung zählt hierzu, zugunsten des Rechtsinhabers, etwa Fälle eines vermuteten wirtschaftlichen Verlusts, wobei es insofern auch darauf ankommen kann, welchen Marktwert das Ursprungswerk hat, und, ob – ein gerade für das *sound sampling* relevanter Einwand des Rechtsinhabers – ein Lizenzmarkt existiert.

C. Externe Schranken: der Human Rights Act 1998 und die *public interest defence*

Wie ausgeführt, existiert freilich eine allgemeine *public interest defence*, welche – in Folge des Human Rights Act 1998 – zumindest ansatzweise als „Einfallstor“ für grundrechtliche Wertungen dienen kann. Die Rechtsprechung hat dies unmittelbar nach Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 prinzipiell bestätigt (dazu sogleich). Die Bewertung dieser Entscheidungen zeigt jedoch, dass die *public interest defence* als „ungeschriebene“ Schranke nur sehr bedingt einem offenen Tatbestand entspricht. Andererseits verschob sich der Schwerpunkt der Prüfung – die Schranken zugunsten von *fair dealing* wurden erstmals aus-

42 So der EuGH, Rs. C-5/08, Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (2009) ECR I-6569.

43 Pro Sieben Media AG v Carlton Television [1999] EMLR 109 (CA).

44 *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, para. 14-02ff.

45 „Fair dealing“ im Sinne des CDPA 1988 ist also nicht als synonym mit dem vom EuGH verwendeten Begriff der „fair balance“ zu verstehen, s. unten, S. 13f.

46 Zuletzt England and Wales Cricket Board v Tixdaq [2016] EWHC 575 (Ch): Übernahme von acht Sekunden aus einer Sportübertragung stellt kein „fair dealing“ zum Zweck der Berichterstattung dar.

drücklich als Mechanismen bewertet, die dem Ausgleich dienen;⁴⁷ das betroffene *copyright* hat also keinen axiomatisch verstandenen Vorrang.⁴⁸ Es waren zwei Entscheidungen, die eine subtile Wende einleiteten. In *Ashdown*⁴⁹ ging es um die Veröffentlichung privater Aufzeichnungen eines Politikers, in *Hyde Park*⁵⁰ um die nicht vom Rechtsinhaber genehmigte Nutzung von Bildaufnahmen. Kernfrage in beiden Fällen war, ob und inwieweit die *public interest defence* im Rahmen des Fairnesstests zu berücksichtigen ist. Der Court of Appeal stellte in *Hyde Park* fest, dass die allgemeine *fair dealing defence* jedenfalls hypothetisch neben den geschriebenen Schranken Anwendung finden könne. Dies sei allerdings auf Fälle begrenzt, in denen die Ausübung des *copyright* aus Gründen der *public policy* zu verwehren sei, d.h. in Fällen, in denen eine *public policy* entgegensteht. In *Ashdown* erklärte das Gericht dann jedoch, dass die *public interest defence* auch an den Wertungen des Art. 10 Abs. 1 EMRK bzw. des Human Rights Act auszurichten sei, sodass erstmals Fragen zum Verhältnis von EMRK und *Copyright Law* aufgeworfen wurden.

Die Rechtsprechung in *Ashdown* hat die *public interest defence* somit als externe und vom geschriebenen Recht unabhängige Schranke gewertet.⁵¹ Der CDPA 1988 setzt sie an versteckter Stelle – in dem Teil, welcher Begriffsdefinitionen enthält – voraus.⁵² Ob die *public interest defence* im *copyright* anwendbar ist, wurde recht uneinheitlich beurteilt. Gegen eine Anwendung sprach vor allem die Bindung an internationales Konventionsrecht und die Rechtsnatur des *copyright* als *property right*,⁵³ zudem wurde auf die detaillierte Regelung der Schranken verwiesen.⁵⁴ Die Schranken waren also abschließend und der CDPA 1988 ließ, nach dieser Wertung, keine allgemeine Abwägung zu. Angenommen wurde jedoch, dass die Gerichte befugt sind, dem Kläger aufgrund von Sec. 171 (3) CDPA 1988 die Klagebefugnis abzuspriechen, wenn ersichtlich das öffentliche Interesse überwiegt.⁵⁵ Damit ist jedoch keine allgemeine Abwägung verbunden – in dem hier verstandenen Sinne bezeichnet das öffentliche Interesse nur eng begrenzte Fallgruppen, wie etwa Fälle der öffentlichen Sicherheit oder bei skandalösen und unmoralischen Werken.

Der Court of Appeal ging in *Ashdown* wesentlich weiter als in der traditionellen Lehre zur *fairness*. Das Gericht akzeptierte, dass – nach Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 – die Auslegung der *public interest defence* nach den Wertungen der EMRK zu erfolgen hätte, sodass der Interessenausgleich anhand einer Abwägung zwischen dem Eigentums-

47 *Hyde Park Residence v Yelland* [2001] Ch. 143; vgl. ebenso *Pro Sieben Media AG UK v Carlton Television Ltd* [1991] WLR 605.

48 J. Phillips, "Fair Stealing and the Teddy Bear's Picnic" (1999) Ent. LR 57.

49 *Ashdown v Telegraph Group* [2001] Ch. 685 (High Court); [2001] EWCA Civ. 1142.

50 *Hyde Park Residence v Yelland* [2001] Ch. 143 (C.A.).

51 *Ashdown v Telegraph Group* [2001] EWCA Civ. 1142.

52 Sec. 171 (3) CDPA 1988.

53 Vgl. Davies, *Copyright and the Public Interest*, 2. Aufl. London 2002, para. 4-034, S. 65.

54 *Hyde Park Residences v Yelland* [2001] Ch. 143, para. 66.

55 *Hyde Park Residences v Yelland* [2001] Ch. 143, para. 43.

schutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls und Art. 10 EMRK vorzunehmen sei. Demgegenüber war – und hier liegt der zentrale Unterschied – der High Court noch der Auffassung, dass das geschriebene *copyright* den Anforderungen an die Informationsfreiheit schon deshalb genüge, weil das *copyright* ohnehin keine Ideen schütze. Zugleich verwies der Court of Appeals auch darauf, dass es in besonderen Fällen erforderlich sei, der EMRK bzw. der *public interest defence* den Vorzug zu geben – vor allem dort, wo das öffentliche Interesse gerade darin begründet ist, das Ursprungswerk in seiner exakten und ursprünglichen Form wahrzunehmen. Hinzu kam, dass im Rahmen einer Abwägung auch die Motive des Beklagten und mithin die Frage, ob dieser mit der Absicht handelte, den Rechtsinhaber aus Sicht eines verständigen Dritten zu schädigen, Relevanz erlangten. Im Kern konnte somit über den *public interest*-Einwand auch dem Human Rights Act methodisch zum Durchbruch verholfen werden.⁵⁶ Insofern kommt dem Human Rights Act hinsichtlich der Auslegung des Fairnesseinwands eine ergänzende Funktion zu,⁵⁷ sodass die *public interest* über die EMRK einen zusätzlichen Faktor darstellt, der gegen die traditionellen Parameter, vor allem den einer kommerziellen Nutzung, ins Spiel gebracht werden kann.

Dabei ist in den genannten Fällen allerdings zu bedenken, dass der Konflikt (jedenfalls in *Ashdown*) auch dem Umstand der geringen Schutzwelle geschuldet ist und, dass der Urheber sich bei nicht veröffentlichten Werken (hier: persönlichen Aufzeichnungen eines Politikers, die er nach einem vertraulichen Treffen mit dem Premierminister angefertigt hatte), zugleich auch auf die Vertraulichkeitsklage berufen kann. Diese schützt gegen jede Preisgabe vertraulicher Informationen, sofern eine Pflicht zur Nichtoffenbarung besteht, die sich auch aus den Umständen ergeben kann. Im Kern ist damit das Vertrauen zwischen den Parteien geschützt, etwa bei Vermögensbetreuungspflichten, im Verhältnis zwischen Arzt und Patient oder bei sonstigen vertraglichen und quasivertraglichen Beziehungen, insbesondere im Rahmen von Arbeits- und Dienstverhältnissen. Die Nichtoffenbarungspflicht besteht auch dann, wenn die Vertraulichkeit der Information den Umständen nach erkennbar ist.⁵⁸ Im Rahmen der *confidentiality*-Klage ist die *public interest defence* notwendiges Tatbestandselement und erlaubt den Gerichten, da es sich bei dieser Klage um eine *equitable remedy* handelt, einen weiten Ermessensspielraum.⁵⁹ Es existieren aber nur vergleichsweise wenige Entscheidungen, in denen die *public interest defence* mit Erfolg vorgebracht wurde.⁶⁰ In diesem Sinne handelt es sich nicht um einen weitgreifenden Proportionalitätstest, da nach herkömmlicher Lesart der Klage das öffentliche Interesse insbesondere gegen das

56 Griffiths, Copyright Law after *Ashdown v Telegraph Group* – Time to Deal Fairly with the Public? (2002) IPQ 240.

57 *Ashdown v Telegraph Group* [2002] Ch. 149, para. 174.

58 Die Einzeheiten können hier nicht dargestellt werden. Vgl. näher Westkamp, Privacy & Publicity (Baden-Baden 2011), S. 170ff.

59 Die Grenze des *public interest*-Einwands im Rahmen der Vertraulichkeitsklage ist erreicht, wenn die veröffentlichten Informationen kommerziell wertvoll sind: *Boardman v Phipps* [1967] 2 AC 46.

60 Vgl. etwa *Attorney General v Guardian Newspapers no. 2* [1990] 1 AC 109.

Verhaltensunrecht des Beklagten abzuwägen ist, also ein typischer Topos des Rechts der *Equity*.

Es geht, so könnte argumentiert werden, also lediglich darum, das geschriebene *copyright* an das Recht der *equity* anzupassen. Folglich wäre die Rechtsprechung auf entsprechende Konstellationen – in denen ein eindeutiger Wertungswiderspruch zwischen *copyright* und *confidentiality* auftritt – beschränkt. Dieses Argument greift jedoch etwas zu kurz. Die Rechtsprechung hat eine solche Beschränkung nicht ausdrücklich bestätigt. Andererseits soll die Berufung auf das öffentliche Interesse auf seltene Fälle begrenzt sein.⁶¹ Der Begriff verlangt auch deutlich mehr als nur eine „interessierte“ Öffentlichkeit – es muss sich allgemein um für den öffentlichen Diskurs relevante Interessen handeln; insofern ist die hier erörterte Rechtsprechung faktisch auch auf Mediengrundrechte im Sinne von Art. 10 Abs. 1 EMRK beschränkt.

Richtig ist jedoch, dass die *Ashdown*-Entscheidung, soweit sie das Verhältnis zwischen dem Human Rights Act 1998 und dem geschriebenen Copyright Law betrifft, allein auf das *public interest* abstellt. So lässt sich fragen, inwieweit das öffentliche Interesse von den Wertungen des Human Rights 1998 beeinflusst ist, ob der Human Rights 1998 eine auch im copyright law erforderliche freie Abwägung ermöglicht, inwieweit eine solche Abwägung mit europäischem Sekundärrecht vereinbar ist und – sofern diese Fragen beantwortet sind – welche Faktoren in eine Abwägung einzustellen sind.

Die Beurteilung dieser Rechtsprechung im Zusammenhang mit referentiellen Nutzungen ist daher nicht ganz einfach. Sicher ist, dass die Wertungen des Human Rights Act 1998 und der EMRK im Rahmen des Fairnesstests zu berücksichtigen sind, d.h. jedenfalls im Hinblick auf die Auslegung der Schranken zugunsten der Medien („*reporting current events*“) bzw. *criticism or review*. Mit Blick auf referentielle Nutzungen liefern die genannten Entscheidungen aber wohl keine wesentliche Erkenntnis. Im Ergebnis stellen derartige Fallgestaltungen schon wegen der unterschiedlichen Strukturen und inhärenten Logiken der anwendbaren Klagen – *copyright* und *confidentiality* – ein Dilemma für die Gerichte dar, da sich insoweit Wertungswidersprüche ergeben können. Insofern handelt es sich um Grenzkonstellationen. Das allgemeine *property*-Dogma kann auch mit Blick auf referentielle Nutzungen methodisch nicht über den Umweg der *public interest defence* – und damit unter Berufung etwa auf die Kunstfreiheit – überwunden werden.

D. Public Interest, Referenz und Transformation: Die Parodieschranke als Generalklausel?

Den nächsten „Meilenstein“ der jüngeren Urheberrechtsgeschichte markiert die Reform des Copyright Law. Sie kulminierte, wie gesagt, im Jahre 2014 mit Einführung einer (aus Art. 5 Abs. 3 k) der InfoSoc-RL entlehnten) Schranke zugunsten von „Parodie, Karikatur und Pas-

61 *Ashdown v Telegraph Group* [2001] WLR 967, 972 (CA).

tiche“.⁶² Diese Schranke stellt damit die Kernregelung im Hinblick auf Referenznutzungen dar. Die Formulierung der Tatbestandsmerkmale folgt dabei exakt dem Text von Art. 5 (3) (k) der InfoSoc-Richtlinie, wobei ein „Missbrauch“ aufgrund des Fairnesstests auszuschließen sei.

Der Einführung gingen umfangreiche Vorarbeiten und Konsultationen voraus, vor allem aufgrund von entsprechenden Vorschlägen im Gowers Review⁶³ und im Hargreaves Report,⁶⁴ sowie einer zwischenzeitlichen Konsultation unter Federführung des Intellectual Property Office.⁶⁵ Im Rahmen dieser Konsultation wurden allerdings von interessierter Seite erhebliche Zweifel geäußert, insbesondere unter Hinweis auf eine angebliche Missbrauchsanfälligkeit einer weiten Parodieschranke und die normative Schwierigkeiten, zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Nutzungen zu unterscheiden. Insofern wurden Bedenken geäußert, dass eine weite Schranke bestehende Lizenzpraktiken beeinträchtigen könnten.⁶⁶

Diese Bedenken sind sicher nicht unbegründet. Man kann in der Tat argumentieren, dass die Merkmale der Parodie, Karikatur und Pastiche auf jedwede referentielle Nutzung Anwendung finden können. Hierfür spricht, dass es begrifflich zwischen Parodie, Karikatur und Pastiche vielfache Überschneidungen gibt. Auch die Stellungnahme der Regierung scheint diese Auffassung zu teilen, indem etwa auch satirische Nutzungen unter Sec. 30A CDPA 1988 fallen sollen. Man kann also argumentieren, dass – wie dies wohl auch vom britischen Gesetzgeber intendiert war – der Begriff Parodie als auszufüllendes Merkmal zu werten ist, welches flexibel und sozusagen in Analogie auf sonstige Phänomene der Referenznutzung angewandt werden kann. Die legislativen Stellungnahmen und die entsprechenden Vorarbeiten belegen, dass es sich bei der Parodieschranke nicht um eine enge Bereichsausnahme handeln sollte: Hinter der Einführung stehen ambitioniertere Ziele. So wurde etwa im *Gowers Review* auf soziale Realitäten verwiesen, etwa im Zusammenhang mit der (humoristischen) Nutzung von Werken in Videos und dem Bedürfnis, mehr Freiheiten in sozialen Medien zu gewährleisten; weiter wurde auch auf die Möglichkeit neuer Märkte für referentielle Nutzungen verwiesen.⁶⁷ Andererseits sollen die Interessen der Rechtsinhaber, vor allem das Interesse an einer ungehinderten Verwertung, weiter berücksichtigt wer-

62 Copyright & Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014, in Kraft getreten am 1. Oktober 2014.

63 Gowers Review of Intellectual Property (London 2006), S. 2ff.

64 Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth: an Independent Report by Professor Ian Hargreaves (UKIPO 2011), S. 15ff.

65 Taking Forward the Gowers Review of Intellectual Property: Proposed Changes to Copyright Exceptions (Intellectual Property Office 2008).

66 Modernising Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework: Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying the Law (London 2012), S. 30 ff..

67 Modernising Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework: Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying the Law (London 2012), S. 31.

den. Insofern knüpft man wiederum an den *property*-Gedanken und die traditionelle Auslegung des Fairnesstatbestands an.

Die Einführung einer Parodieschranke beruhte somit nicht auf Harmonisierungsbemühungen, sondern hatte letztlich die britische Kreativwirtschaft im Blick. Man wollte umfassenden Gebrauch von den in der Richtlinie erlaubten Schrankenbestimmungen machen.⁶⁸ Die europarechtskompatible Lösung ergab sich nur aus Zwängen des Unionsrechts; man war offenbar der Auffassung, dass eine generalklauselartige Schranke, welche die weite *public interest defence* zugunsten intertextueller bzw. referentieller Nutzungen einbezieht, am Text der Richtlinie scheitert.

Der Parodie- bzw. Pastichebegriff könnte somit, bei oberflächlicher Betrachtung, als Einfallstor zu einer freischwebenden Abwägung verstanden werden. Die der Parodiefreiheit zugedachten gesetzgeberischen Ziele entsprechen durchaus dem weiten Begriff in *Deckmyn*,⁶⁹ und offensichtlich weist diese Entscheidung hin zu einer robusten Abwägung anhand aller Aspekte und Umstände des Einzelfalls im Sinne einer weitgreifenden Interessenabwägung. Der methodische Weg zur freischwebenden Abwägung ist indes steinig. Denn nach wie vor sollen gegenläufige Interessen über den Fairnesstest geschützt werden. Damit sind vorrangig wirtschaftliche Interessen gemeint. Dies führt zu möglichen Ungereimtheiten mit Blick auf den in der *Deckmyn*-Entscheidung formulierten Interessenausgleich. Problematisch ist auch, wie weit ideelle Interessen berücksichtigt werden können und, ob der Human Rights Act 1998 erweiternd heranzuziehen ist. Im Kern geht es also um die Entscheidung, traditionellen Auslegungsprinzipien des copyright zu folgen oder eine radikale Abkehr zugunsten einer freischwebenden Abwägung zu vollziehen.

I. Referenznutzung und Fairness

Anders als nach dem Richtlinien text stehen die genannten Nutzungen unter dem Vorbehalt des *fair dealing*. Die Schranke bezieht sich, im Gegensatz zur ebenfalls neu eingeführten Zitatschranke, sowohl auf veröffentlichte wie auf unveröffentlichte Werke; eine Namensnennung des Urhebers ist nicht erforderlich. Ebenfalls wurde darauf verzichtet, die Vorschriften des CDPA 1988 zum Integrationsschutz zu ändern.⁷⁰

Insbesondere *Griffiths* hat auf mögliche Friktionen zwischen dem tradierten Fairnesstest und dem *fair balance*-Ansatz nach der *Deckmyn*-Entscheidung hingewiesen.⁷¹ Nach seiner Auffassung muss die Auslegung der Parodieschranke und der entsprechenden Fair-

68 S. Jacques, Are the new 'fair dealing' provisions an improvement on the previous UK law, and why? (2015) *JiPLP* 699.

69 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen, C-201/13, 3.9.2014.

70 Modernising Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework: Government Response to Consultation on Copyright Exceptions and Clarifying the Law (London 2012), S. 31.

71 Griffiths, Fair Dealing after *Deckmyn* – the United Kingdom's Defence for Parody, Caricature and Pastiche", in: Richardson/Ricketson, Handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment (Cheltenham 2017).

nessaspekte grundsätzlich anhand der Vorgaben der EMRK und der Grundrechte-Charta erfolgen, sodass die Prüfung durch Kriterien der Äußerungsqualität dominiert wird. Nach der Rechtsprechung des EGMR kann man noch einen Schritt weiter gehen und das Urheberrecht grundsätzlich als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme zu den Kommunikationsgrundrechten verstehen.⁷² Dies stünde radikal im Gegensatz zur tradierten Lehre, wonach die Frage der Fairness primär an den aus dem Copyright fließenden Verwertungsinteressen auszurichten sei.⁷³ Gleichfalls hat die Rechtsprechung auch festgestellt, dass der Human Rights Act 1998 im Hinblick auf die Medienfreiheiten keine erweiterte Auslegung zugunsten der Medien im Hinblick auf die Fairnessprüfung zulässt.⁷⁴

Die *Deckmyn*-Entscheidung kann zu vielfältigen und tiefgreifenden Brüchen mit der tradierten Urheberrechtsdogmatik führen. Diese Konsequenzen können hier nicht umfassend analysiert werden. Möglich erscheint indes, dass die Ausführungen des Gerichtshofs zur *fair balance*-Rückwirkungen auf alle Ebenen des *infringement test*, insbesondere auch zur Lehre im Hinblick auf die oben erörterte *substantial part*-Schwelle haben werden.⁷⁵ Denn insoweit steht der Gerichtshof auf dem Standpunkt, dass auch wesentliche Modifizierungen des Ursprungswerks ausreichen, solange das Ergebnis der Nutzung nur erkennbar anders ist – ein neues Werk ist nicht erforderlich.⁷⁶ Diese Überlegung lässt sich auf sämtliche transformative und derivative Nutzungen übertragen und bricht auch mit dem oben erörterten Dogma, dass bei der Übernahme eines zusammengesetzten Werkes, etwa eines Videos, jedes darin enthaltene Werke isoliert unter dem *substantial part*-Test zu betrachten ist.⁷⁷

II. Markt und Lizenzbereitschaft

Der wohl erheblichste Einwand gegen transformative oder referentielle Nutzungen dürfte sich freilich auf kommerzielle Aspekte stützen,⁷⁸ wie dies auch in den Vorarbeiten zu den Copyright and Related Rights Regulations 2013, wonach die Frage einer kommerziell beeinträchtigenden Nutzung den wesentlichen Gesichtspunkt in der Fairnessprüfung wie auch im Rahmen der *public interest defence*⁷⁹ darstellt, zum Ausdruck kommt. Auffällig ist, dass die Begründung mit keinem Wort den Human Rights Act 1998 erwähnt. Diese Vorstellung

72 Vgl. EGMR, *Ashby Donald v France* 36769/08, para. 39.

73 So auch in *Campbell v Acuff-Rose Music* 510 U.S. 569, 590ff.

74 *Ashdown v Telegraph Group* [2001] EWCA Civ 1142.

75 Griffiths, "Fair Dealing after *Deckmyn* – the United Kingdom's Defence for Parody, Caricature and Pastiche", in: Richardson/Ricketson, *Handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment* (Cheltenham 2017).

76 *Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen*, C-201/13, 3.9.2014, para. 20.

77 *Williamson Music v Pearson* [1987] FSR 97; *R v Gilham* [2009] EWCA Crim 2293.

78 HM Government, *Modernising Copyright: A Modern, Robust and Flexible Framework* (London 2012), S. 31.

79 *Lion Laboratories v Evans* [1985] QB 526.

knüpft ersichtlich abermals an den *property*-Gedanken an. Insbesondere soll die Nutzung dann nicht als fair gelten, wenn ein Lizenzmarkt besteht⁸⁰ – und/oder der Übernehmende wirtschaftlichen Gewinn erzielt – womit sich etwa Fragen zur Zulässigkeit des sound sampling erledigt hätten.⁸¹ Es kann, wie gesagt, argumentiert werden, dass bereits ein bestehender Lizenzmarkt ausreichen würde, um die Berufung auf Kommunikationsfreiheiten auszuschließen. Dies geht jedoch ersichtlich zu weit. Die Gesetzesbegründung orientiert sich offenbar an der traditionellen Rechtsprechung.⁸² Dass eine bloße Lizenzmöglichkeit besteht, kann als solches nicht mehr ausreichen, um Wertungen der EMRK zu verdrängen, was etwa auch durch die US-amerikanische *fair use*-Klausel gestützt wird, wonach zwischen marktbeeinträchtigenden Nutzungen und sonstigen Faktoren abzuwägen ist.⁸³ Im Ergebnis besteht aber die Gefahr, die Parodieschranke erheblich einzuschränken, indem an die traditionelle Rechtsprechung zum Fairnesstest wie auch zum *substantial taking*-Prinzip angeknüpft wird. Eine solche Entwicklung würde im Extremfall darauf hinauslaufen, referentielle Nutzungen im Rahmen des Sec. 30A CDPA 1988 nur unter erschwerten Bedingungen, etwa im Sinne der traditionell engen Auslegung des öffentlichen Interesses oder durch Anwendung des Dreistufentests zu erlauben.⁸⁴ Verschärft wird das Problem auch dadurch, dass die traditionelle Rechtsprechung sowohl zum *fair dealing* wie zum *substantial taking* naturgemäß kaum Kategorien hinsichtlich der Kommunikationsfreiheiten ausbilden konnte. Es findet sich keine Entscheidung im *copyright*, in der sich die Rechtsprechung mit der Qualität der Kommunikation auseinandergesetzt hat.

Gegen eine ausweitende Dominanz eigentumsrechtlich geprägter Topoi sprechen mehrere Gründe. Zunächst hat der Gerichtshof in *Deckmyn* den Parodiebegriff als autonom auszulegenden Rechtsbegriffs des europäischen Rechts klassifiziert. Damit ist nicht notwendig nur das Sekundärrecht gemeint; vielmehr bezieht sich der Hinweis wohl auf den gesamten Rechtsbestand des Unionsrechts und damit auch auf die EU-GRCh und nötigt damit zu einer Interessenabwägung, die vor allem die ideellen Interessen des Urhebers zu berücksichtigen hat. Dieser *fair balance*-Ansatz kann daher so verstanden werden, dass zwischen den betroffenen Interessen – auf der einen Seite Schutz des geistigen Eigentums und/oder Schutz der Persönlichkeitsrechte und auf der anderen die Kommunikationsgrundrechte – kein normhierarchisches Verhältnis besteht, das Recht auf Eigentum also nicht per se Vorrang genießt. Zu diesem Ergebnis – dass es auf eine offene Abwägung ankommt – ist die britische Rechtsprechung letztlich auch nach Einführung des Human Rights Act 1998 im

80 *Ibid.* Ebenso noch Laddie/Prescott/Vitoria, *The Modern Law of Copyright*. 3. Aufl. London 2000, para. 20-16.

81 *Ashdown v Telegraph Group* [200] Ch. 149 (CA), paras. 173ff.

82 *Hubbard v Vosper* [1972] 2 QB 84, 95.

83 *Ashdown v Telegraph Group* [2002] Ch. 149.

84 Kritisch zum *property*-Begriff Christman, *The Myth of Property: Towards an Egalitarian Theory of Ownership* (Oxford 1994), S. 193 ff.

Hinblick auf den Privatsphärenschutz und Medienfreiheiten gelangt;⁸⁵ auch die Reform des *defamation law* verfolgte das Ziel, den Rechtsschutz inhaltlich an die EMRK anzupassen und das Rechtsgebiet vor allem im Hinblick auf Internetnutzungen zu modernisieren.⁸⁶ Zugunsten einer freischwebenden Abwägung spricht auch die Rechtsprechung des EGMR, wonach urheberrechtliche Ansprüche grundsätzlich als Eingriff in die Freiheiten gem. Art 10 Abs. 1 EMRK zu werten und insofern zu rechtfertigen sind.⁸⁷ Zusammenfassend nötigt sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch des EMRK zu einer radikalen Umorientierung: Der tradierte *property*-Begriff muss, ausgehend von einer Abwägung zwischen Art. 17 Abs. 2 EU-GRCh.⁸⁸ und den Kommunikationsgrundrechten,⁸⁹ neu strukturiert und präziser gefasst werden. *Property* wird insofern über die Kommunikationsgrundrechte determiniert – dies bedeutet, dass verschiedene Kategorien gebildet werden können, zu fragen wäre dann etwa, ob eine Referenznutzung sich kritisch mit dem Ursprungswerk auseinandersetzt oder, ob es sich um *commercial communication* handelt. Insofern zwingt dieser Ansatz auch dazu, allgemeine Aussagen zugunsten der Verwertungsbefugnis des Rechteinhabers zu relativieren und genauere Kategorien der Marktbeeinträchtigung (*commercial impact*) aufzustellen. Weder die Vorstellung einer potentiellen Lizenzierbarkeit noch ein Gewinnstreben des Beklagten kann übergeordnete Belange etwa der Kunstfreiheit aushebeln. Im Ergebnis kann es nur darauf ankommen, ob die Nutzung das Ursprungswerk im (Primär-)Markt ersetzt, ob also ein direktes Wettbewerbsverhältnis vorliegt, wie es auch im Gedanken des *overborrowing* zum Ausdruck kommt – was im Falle typischer Parodien eine Ausnahme ist. Die vom EuGH vorgegebene „*fair balance*“ nötigt daher dazu, nicht nur den Fairnesstest im Hinblick auf die *property*-Logik anzupassen, sondern wird sich möglicherweise auch auf das Verständnis von *substantial taking*, *originality* und die *idea/expression dichotomy* auswirken.

85 Der Human Rights Act 1998 hat inzwischen zu einem eigenständigen Recht auf privacy geführt. Zuvor stand die Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass grundsätzlich den Medienfreiheiten Vorrang zu gewähren sei. Dazu vgl. Markesinis, Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany (1999) LQR 47; Phillipson, Breach of Confidence? Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act (2003) Mod. LR 726.

86 Defamation Act 2013; dazu Westkamp, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 27ff.

87 Ashby Donald and Others v France, no. 36769/08, § 34, 10.1.2013, § 34; Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12, 19.2.2013.

88 Dazu Geiger, Intellectual Property shall be protected!? Article 17 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Mysterious Provision with an Unclear Scope” (2009) EIPR 113.

89 Geiger/Izyumenko, Copyright on the Human Rights Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity through Freedom of Expression” (2014) 45 IIC 316.

III. Zwischenergebnis: Generalklausel oder Eigentumsschutz?

Im Rahmen der inhärenten Auslegung der Parodieschranke sind zunächst zwei Problemfelder zu unterscheiden, einerseits also die Folgen, die sich aus der *Deckmyn*-Rechtsprechung als solcher ergeben, und andererseits Grundgedanken, die aus dem tradierten Fairnessbegriff folgen können. Anders als nach dem Text der Richtlinie sind parodistische Nutzungen nicht per se gestattet, sondern müssen über den Fairnesstest konkretisiert werden – wobei hier besonders der *property*-Gedanke eine Rolle spielt. Dabei kann der Hinweis auf die *public interest defence* sowie den Human Rights Act 1998, wie oben ausgeführt, nur sehr bedingt fruchtbar gemacht werden können. Fraglich ist hier vor allem, welche tradierten Parameter weiter Geltung beanspruchen, also vor allem solche, die in der *Deckmyn*-Entscheidung nicht erörtert wurden. Hierzu zählen insbesondere die Bewertung des Beklagtenverhaltens und die Frage einer möglichen wirtschaftlichen Schädigung. Weiter setzen die *moral rights* – die auf das Recht der Anerkennung der Urheberschaft und das Recht auf Werkintegrität begrenzt sind – weitere Grenzen, die unten gesondert diskutiert werden.

Das Zusammentreffen tradierter Fairnessfaktoren mit dem *fair balance*-Ansatz der *Deckmyn*-Entscheidung führt also zu einem Dilemma: Die Parodieschranke selbst kann durchaus als weite Generalklausel in diesem Sinne verstanden werden, da entsprechende transformative Nutzungen – wie in den Vorarbeiten hervorgehoben – letztlich im öffentlichen Interesse liegen, es also naheliegt, die in den Entscheidungen in *Hyde Park* und *Ash-down* herangezogene *public interest defence* als Auslegungsaspekt, ggf. auch als externe Schranke, auch auf die in Sec. 30A CDPA 1988 genannten Nutzungen anzuwenden. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung hier vor allem auf den Human Rights Act 1998 und damit auf die Kommunikationsgrundrechte der EMRK abstellt. Das Dilemma liegt demnach darin, dass sich britischen Gerichten zwei übergeordnete Entscheidungsprogramme bieten: Einerseits eine allein auf das Copyright Law, also das geschriebene Recht begrenzte inhärente Auslegung, die sich eng an einem ontologischen Begriffsverständnis orientiert, der Rechtsprechung des Gerichtshofs und einem autonomen Verständnis des Europarechts folgt und im Ergebnis die Wertungen der EMRK ausblendet. Eine solche „europarechtskompatible“ Interpretation beschränkt den Anwendungsbereich nicht nur auf die genannten Nutzungsformen; sie verleitet vielmehr dazu, dass die Abwägung primär zwischen dem *property right*, und damit dem angeblichen Wert der Leistung, und einem eher engen Schrankenverständnis auf Grundlage europäischen Sekundärrechts stattfindet, insbesondere auch über eine Anwendung des eben für alle Schranken der Richtlinie geltenden Dreistufentests (Art. 5 Abs. 5 Info-SocRL).

IV. Ruf und Ehre: Ideelle Gegenrechte und „fair balancing“

Gegenrechte des betroffenen Rechtsinhabers können sich zunächst aufgrund der Interessenabwägung selbst, wie auch über den urheberrechtlichen Integritätsschutz und aus – grob gesprochen – Ansprüchen aufgrund von der *false association* ergeben. Der Umfang dieser

Rechte muss freilich konkretisiert werden. Dabei kommt es nicht allein auf die Wertungen des CDPA 1988 an, vielmehr kann auch hier der Human Rights Act 1998 Grundlage der Interessenabwägung sein.

Die *Deckmyn*-Entscheidung hebt hervor, dass der Parodiebegriff im Rahmen einer Abwägung durch zwei Aspekte begrenzt ist, erstens durch die legitimen Erwartungen des Urhebers im Rahmen einer Interessenabwägung (*fair balance*) und zweitens durch den Grundsatz, dass entsprechende Nutzungen nicht diskriminierend sein dürfen. Nicht entscheidend ist hingegen, ob ein neues Werk geschaffen wurde.

In den meisten Fällen transformativer Nutzungen wird es dem Rechtsinhaber eher um ideelle Abwehrrechte gehen, d.h. um die Abwehr von Nutzungen in einem bestimmten, dem Rechtsinhaber unangenehmen Zusammenhang. Im britischen Recht bieten sich für derartige Konstellationen, die regelmäßig im Grenzbereich zwischen Copyright und allgemeinem Persönlichkeitsschutz angesiedelt sind, Abwehrrechte aufgrund des *defamation law* (mit der Eingangsschwelle einer *serious harm*), aufgrund des urheberrechtlichen Integritätsschutzes (Sec. 80 (1) CDPA 1988)⁹⁰ und schließlich – ansatzweise – über eine erweiterte *passing off*-Klage.

1. Assoziations- und Integritätsschutz im Copyright

Im Hinblick auf das Integritätsrecht sind dabei zwei Fragen problematisch. Die erste lautet, ob und inwieweit eine Kausalität zwischen *treatment* und einer Beeinträchtigung von Ruf und Ehre gegeben sein muss. Die Antwort darauf ist entscheidend für die Frage, ob Sec. 80 (1) CDPA 1988 einen erweiterten Reputationsschutz gibt, ob also das Recht auf Werkintegrität Schutz gegen *adverse association* bietet. Die Anschlussfrage lautet, ob auch das subjektive Empfinden des Rechtsinhabers zu berücksichtigen ist. Ein *derogatory treatment* meint in diesem Zusammenhang jede Verwendung des Werks durch Umgestaltung,⁹¹ welche sich nachteilig auf Ruf oder Ehre des Urhebers auswirken kann.⁹²

Exemplarisch ist die Entscheidung in Sachen *Confetti Records*.⁹³ Der Kläger wandte sich hier gegen die – weitgehend unveränderte – Übernahme eigener Textzeilen in einen Rapsong, mit der Begründung, dass diese Kontextverschiebung⁹⁴ seiner Reputation abträg-

90 Sec. 80 (1) CDPA1988 definiert das Urheberpersönlichkeitsrecht als Recht “...not to have his work subjected to derogatory treatment”, und zwar gegen “any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to the said work, which would be prejudicial to his honour or reputation”.

91 Die Rechtsprechung zu Sec. 80 CDPA 1988 ist spärlich: vgl. *Morrison Leahy Ltd v Lightbond Ltd* [1993] EMLR 144; *Tidy v Trustees of the National History Museum* [1995] 39 I.P.R. 501 (Australien); *Pasterfield v Danham* [1999] FSR 168.

92 S. Teilmann, *Framing the Law: The Right of Integrity in Britain* (2005) EIPR 19, 21 ff.

93 *Confetti Records v Warner Music UK* [2003] EWHC 1274, para. 152.

94 Das Ursprungswerk wurde also nicht verändert, vielmehr wurde eine zusätzliche Tonspur (“overlay”) in Gestalt eines Rap hinzugefügt. Darin ging es um kaum verständliche Sprachcodes der Drogenhändlerszene.

lich sei. Entschieden wurde, dass auch derartige Konstellationen unter das Urheberpersönlichkeitsrecht fallen können. Der Nachteil (*prejudice*) muss sich nicht zwangsläufig, d.h. im Sinne einer nachzuweisenden Kausalität, aus dem *treatment* ergeben. Der Schwerpunkt liegt somit auf einem recht weit verstandenen Reputationsschutz, nicht auf einem engeren Manipulationsschutz der allein auf das Werk abzielt. Dementsprechend soll es auch auf das subjektive Empfinden des Urhebers ankommen, allerdings dahingehend eingeschränkt, dass verletzte Gefühle auch aus Sicht eines verständigen Dritten zu beurteilen sind. Dabei spielt es auch eine Rolle, ob die Aussage, die mit der Übernahme verbunden ist, unter die Meinungsfreiheit fällt. Insofern überschreitet der Integritätsschutz zumindest hypothetisch die Schwelle zum allgemeinen Persönlichkeitsschutz und kann auf eine Abwägung mit Art. 10 Abs. 1 EMRK hinauslaufen.

2. Allgemeiner Assoziationsschutz (adverse association)?

Auf einer anderen Ebene liegt die Frage, ob sich außerhalb der Urheberpersönlichkeitsrechte Ansprüche gegen referentielle Nutzungen ergeben können, insbesondere, ob sich der Rechtsinhaber gegen unerwünschte Assoziationen wehren kann. In der *Deckmyn*-Entscheidung wurde ausgeführt, dass das Interesse des Urhebers bzw. des Leistungsschutzberechtigten im Rahmen des Interessenausgleichs zu wahren ist, was man so verstehen kann, als dass der Interessenausgleich primär gerade diesem Zweck dient. Hier stellt sich für das britische Recht vor allem die Frage, ob zu diesen Interessen auch solche zählen, die sich nicht in den aufgezählten urheberrechtlichen Befugnissen widerspiegeln, sondern außerhalb des Copyrightsystems anerkannt sind. Relevant wird die Frage vor allem im Kontext des *sound sampling*, da im Hinblick auf Tonträgerrechte kein Rückgriff auf Urheberpersönlichkeitsrechte möglich ist, und zum anderen in Fällen, in denen keine Beeinträchtigung der Reputation oder der Ehre anzunehmen ist.

Helfen könnte – ansatzweise – die Klage aufgrund von *passing off*. Der Begriff bezieht sich im Kern auf Fälle, in denen eine Irreführung des Verkehrs durch eine *misrepresentation* ausgelöst wird, in denen also ein Gewerbetreibender eigene Waren als von Dritten stammend ausgibt und damit zu Lasten des Berechtigten einen Marktschaden verursacht. Die Klage wurde in jüngerer Zeit – als *extended passing off* – auch auf Fälle angewandt, in denen sich Prominente gegen die Nutzung ihrer Persönlichkeitsmerkmale zur Wehr setzten. Hier ist vor allem die Entscheidung in Sachen *Irvine* relevant.⁹⁵ In dieser Entscheidung wurde erstmals anerkannt, dass eine unautorisierte Nutzung von Persönlichkeitsaspekten rechtswidrig im Sinne der *passing off*-Klage ist, da insofern der Verkehr über das Bestehen einer entsprechenden Lizenz getäuscht wird. Vorausgesetzt wird dabei grundsätzlich eine bestehende Vermarktung seitens des Berechtigten. Die Entscheidung wurde *obiter dictum* auch auf den Human Rights Act 1998 bzw. Art. 8 EMRK gestützt.

⁹⁵ *Irvine v Talksport Radio* [2002] FSR 771, paras. 75 ff. Kritisch *Scanlan*, *Personality, Endorsement and Everything: The Modern Law of Passing Off and the Myth of a Personality Right* [2004] IPQ 209, 217 ff.

Eine interessante Frage in diesem Zusammenhang lautet, ob sich – wie etwa im „Metall auf Metall“-Verfahren, Betroffene nach diesen Grundsätzen auf *passing off* berufen könnten. Bei näherer Betrachtung der involvierten Interessen dürfte schnell deutlich werden, dass es den Klägern nicht um einen wirtschaftlichen Ausgleich für eine ungenehmigte Nutzung der Tonsequenz ging, sondern die Klage gerade darauf abzielt, das Ergebnis künstlerischen Schaffens⁹⁶ gegen die Übernahme durch Dritte und wahrscheinlich auch durch die Verwendung in einem anderen Genre abzusichern. Insofern liegt die Überlegung nicht ganz fern, dass die Tonaufnahme durch Kraftwerk ihrerseits unter dem Schutz der Kunstfreiheit (Art. 13 EU-Grundrechtecharta) steht⁹⁷ – insofern verstanden als negative Kunstfreiheit, deren Schutzzumfang sich im Hinblick auf die Freiheit Dritter auch aus dem Interesse an der Aufrechterhaltung eines künstlerischen Selbstverständnisses ableiten lässt. Dabei wird es sich in der Regel um Ausnahmefälle handeln, in denen man durchaus auch auf die kulturhistorische Bedeutung abstellen kann.

Die erweiterte *passing off*-Klage bietet hierzu einen Ansatz, der allerdings nicht überzeugt, weil die Klage auf wettbewerbsrechtliche Konstellationen zugeschnitten ist und ein allgemeiner Assoziationsschutz zu unerträglichen Überschneidungen führen würde, da gerade keine Lizenzbereitschaft (und damit kein Markt, auf dem ein Schaden entstehen könnte,) existiert.⁹⁸ Einen Ausweg bietet in diesen Fällen daher nur eine erweiterte Anwendung von Art. 8 EMRK im Sinne eines allgemeinen Abwehrrechts. Dafür spricht, dass *adverse association* wertungsmäßig nicht auf Fälle der Zwangskommerzialisierung begrenzt werden können – sondern, wie auch in der *Deckmyn*-Entscheidung angesprochen, ideelle Interessen zu berücksichtigen sein werden.

E. Zusammenfassung

Das britische Recht enthält sowohl aufgrund des Human Rights Act 1998 wie auch innerhalb des CDPA 1988 durchaus Mechanismen, um referentielle oder transformative Nutzungen jedenfalls im Rahmen einer Abwägung der Interessen zuzulassen. Vor allem die Schranke zugunsten von Parodie, Pastiche und Karikatur kann sich zu einer Generalklausel entwickeln, die über den Human Rights Act bzw. Art. 10 Abs. 2 EMRK einen allgemeinen Interessenausgleich, welcher sich primär an menschenrechtlichen Wertungen orientiert, ermöglicht. Dieser Ansatzpunkt – dass urheberrechtliche Ansprüche daran zu messen sind, ob

96 Der Hintergrund der Aufnahme im Jahre 1977 zeigt, dass der Aufnahme der Tonsequenz umfangreiche und ambitionierte künstlerische Vorbereitungen vorausgingen. Die Tonsequenz stammt aus seiner Aufnahme eines beschleunigten Zuges, welche später im Studio elektronisch imitiert wurde. Vgl. dazu, und zum künstlerischen Selbstverständnis von Kraftwerk, die Autobiographie von *Wolfgang Flür*, Kraftwerk: I was a Robot (2017).

97 So auch *GA Szpunar*, *Pelham GmbH v Ralf Hütter*, C-476/17, 12.12.2018, ECLI:EU:C:2018:1002, para. 89 ff.

98 Näher Westkamp, *Privacy & Publicity* (Baden-Baden 2011), S. 237.

sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind,⁹⁹ führt zu komplexen Folgeproblemen und würde über die Auslegung der Parodieschranke auch eine Ausstrahlungswirkung auf sämtliche flexible Mechanismen des *copyright* haben. Dies gilt vor allem für das traditionell extensive Verständnis des *copyright* als Prärogativ zugunsten – im Extremfall – aller vorstellbaren kommerziellen Nutzungen. Insofern wird man – auch als Folge des *fair balance*-Konzepts des EuGH auch mit der Vorstellung brechen müssen, das *copyright law* habe bereits eine legislative Letztentscheidung im Hinblick auf Kommunikationsfreiheiten getroffen.

99 Vgl. Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 (1996) *Yale Law Journal* 283, 290ff.

Ein Recht auf Referenz im U.S.-amerikanischen Copyright?

Dr. Simon Apel*

A. Einleitung – Der BGH, Metall auf Metall und Digitales Sound Sampling im U.S.-amerikanischen Copyright	60	b. Problem: Kommerzialisierung?	72
I. Fallstrick Rechtsvergleichung?	60	2. Umfang (§ 107 Nr. 3 CA)	72
II. Gang der Untersuchung	63	3. Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt für oder den Wert des benutzten Werkes (§ 107 Nr. 4 CA)	73
B. Rechtliche Grundlagen zum Copyright	63	III. Zwischenergebnis	75
I. Grundlagen zum U.S.-Copyright	63	D. Sound Sampling in der Rechtsprechung zum U.S.-Copyright ..	75
II. Die Regelungen des CA mit besonderer Relevanz für die referenzielle Nutzung von Werken sowie die de minimis-Doktrin	65	I. Ausgangspunkt: „Business as usual“	75
1. Regelungsübersicht	65	II. „Singer of strange Songs“: Bridgeport Music v. Dimension Films (2005)	77
2. De minimis-Doktrin	67	1. Das Urteil	77
C. Referenzielle Werknutzung im U.S.-Copyright	68	2. Rezeption des Urteils in Literatur und Rechtsprechung	78
I. Ausgangspunkt: Keine Sonderregelungen für referenzielle Werknutzung im CA	68	III. „(You gotta) fight for your right (to party!)– VMG v. Madonna und ein klares Nein zur „bright line rule“	79
II. „Fair Use“ und referenzielle Werknutzung	69	E. Fazit – „Warum kanns nicht perfekt sein?“	81
1. Zweck und Charakter (§ 107 Nr. 1 CA)	70		
a. Produktive und transformative Nutzung	70		

* Der Verf. ist Rechtsanwalt bei SZA Schilling, Zutt & Anschutz in Mannheim und Lehrbeauftragter an der Universität Mannheim.

A. Einleitung – Der BGH, *Metall auf Metall* und Digitales Sound Sampling im U.S.-amerikanischen Copyright

I. Fallstrick Rechtsvergleichung?

Es dürfte unstrittig sein, dass der Umgang mit dem *Metall auf Metall*-Fall nicht zu den Glanzstücken in der Geschichte des BGH gehört. Da bereits zum Zeitpunkt des ersten *Metall auf Metall*-Revisionsurteils von 2008¹ digitales Sound Sampling kein neues Thema mehr war,² fand der BGH schon damals eine Anzahl von gut vertretbaren Lösungsvorschlägen für die mit dieser Technik verbundenen urheberrechtlichen Fragen vor.³ Die Instanzgerichte hatten ohne viel Federlesens für einen strikten Teileschutz beim Tonträgerherstellerrecht entschieden,⁴ grund- oder europarechtliche Fragen waren seinerzeit in diesem Kontext noch nicht sehr präsent.⁵ Statt sich aber stringent an einer dieser gut vertretbaren Lösungen zu orientieren, schuf der BGH einen merkwürdigen Hybriden: In einem ersten Schritt erstreckte das Gericht den Schutz des Tonträgerherstellerrechts aus § 85 UrhG (nach hiesiger Auffassung⁶ zutreffend)⁷ auf kleinste Partikel. Diesen schränkte der BGH aber sogleich dadurch ein, dass er eine (gewagte und ohne Diskussion der hierdurch aufgeworfenen Probleme ausgeführte) Aufnahme des § 24 UrhG in den Schrankenatalog des UrhG und eine analoge Anwendung dieser auf Urheberrechte und das nur für sie relevante Bearbeitungsrecht in § 23 UrhG zugeschnittenen Regelung auf das Tonträgerherstellerrecht vollzog – nur

1 BGH ZUM 2009, 219 – Metall auf Metall.

2 So bereits meine Feststellung in *Apel*, ZGE/IPJ 2 (2010), 331; s. auch *Tyra*, ZUM 2001, 49.

3 Exemplarisch genannt seien die Dissertationen von *Häuser*, Sound und Sampling, 2002; *Münker*, Urheberrechtliche Zustimmungserfordernisse beim Digital Sampling, 1995; *Weßling*, Der zivilrechtliche Schutz gegen digitales Soundsampling, 1995; zu den Wurzeln der Debatte über das Thema im deutschen Urheberrecht auch *Hoeren*, in: FS Hertin, 2000, S. 113 f. Eine prägnante Übersicht zu den seinerzeit vertretenen Lösungsansätzen findet sich etwa bei *Vogel*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 85 UrhG Rn. 43.

4 LG Hamburg, Urt. v. 8.10.2004 – 308 O 90/99, BeckRS 2013 [sic!], 7726; OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 3.

5 Zum Europarecht und zu den Grundrechten (Kunstfreiheit) findet sich im ersten *Metall auf Metall*-Urteil kein Wort, vgl. BGH ZUM 2009, 219 – Metall auf Metall. Ganz knapp zu den Grundrechten in diesem Kontext aber *Lindhorst*, GRUR 2009, 403, 407. *Pötzlbergers* Verdikt (Kreatives Remixing, 2018, 233 f.), dass die „zahlreichen europarechtlichen Implikationen des Falles“ bereits im ersten *Metall auf Metall*-Urteil hätten berücksichtigt werden müssen, erscheint auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich der ganze Fall auch ohne Vorlage hätte lösen lassen (*Apel*, K&R 2017, 563 f.; *ders.*, ZGE/IPJ 10 [2018], 162, 164 f.), überzogen; zu den Grundrechten explizit auf die *heutige* Sichtweise abstellend und daher zurückhaltender *Schulze*, in: FS Walter, 2018, S. 505, 509.

6 Der Gegenstand dieses Beitrags und der zur Verfügung stehende Raum machen es unmöglich, die vielfachen Äußerungen zu den in *Metall auf Metall* umstrittenen Rechtsfragen hier auch nur annähernd nachzuzeichnen und wiederzugeben; insoweit sei hier exemplarisch auf die konzentrierte und aktuelle überblicksweise Darstellung bei *Benz*, Der Teileschutz im Urheberrecht, 2018, S. 165 ff. verwiesen.

7 *Apel*, ZGE/IPJ 2 (2010), 331, 342 ff., dazu sogleich.

um dann eine (nur in sich nicht völlig unplausible)⁸ Gegen Ausnahme schlicht zu erfinden: Eine Berufung auf § 24 UrhG scheidet aus, wenn der das Sample Verwendende in der Lage gewesen wäre, das Sample selbst einzuspielen. Zur näheren Aufklärung musste an das OLG Hamburg zurückverwiesen werden und das Unheil nahm seinen Lauf.

Im Ausgangspunkt richtig war freilich die Annahme des BGH, dass das Tonträgerherstellerrecht des § 85 UrhG *de lege lata* auch kleinste Teile einer Tonaufnahme schützt.⁹ Da die Tonaufnahme als Leistungsergebnis aus allen ihren Einzeltönen besteht, ist ihr Schutz mangels entgegenstehender Regelung durch den Gesetzgeber grundsätzlich holistisch. Da der eigentliche Ton gerade gemeinfrei bleibt, besteht auch aus diesem Gesichtspunkt kein grundsätzliches Bedürfnis, ihn wie im Urheberrecht modular (also beschränkt auf ihrerseits selbstständig urheberrechtlich schutzfähige Teile) auszugestalten.¹⁰ Da der Schutzgegenstand des Tonträgerherstellerrechts nicht harmonisiert ist, hätte es auch keiner Vorlage an den EuGH¹¹ bedurft¹² – aber nun werden wir immerhin erfahren, was dieser davon hält, was aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus nützlich sein könnte.¹³ Zur Bekräftigung dieser richtigen Einsicht zum Teileschutz zitierte der BGH in *Metall auf Metall* auch das Urteil eines U.S.-Gerichts:

„Ein Eingriff in das durch § 85 Absatz 1 Satz 1 UrhG geschützte ausschließliche Recht des Tonträgerherstellers ist bereits dann gegeben, wenn einem Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen werden ([...] vgl. weiter United States Court of Appeals for the Sixth Circuit – Bridgeport Music, Inc., et al. v. Dimension Films, et al., 383 F. 3d 390 [6th Cir. 2004] zum Recht der Vereinigten Staaten).“¹⁴

Rechtsvergleichende Argumente sind immer sensibel. Aufgrund der oft fehlenden grundlegenden Kenntnis der in Bezug genommenen Rechtsordnung besteht ein hohes Risi-

8 *Apel*, ZUM 2013, 487, 489.

9 Dieser Punkt war im Urteil durch zahlreiche Zitate aus der deutschen Literatur unterfüttert, auf die hier wegen des Meinungsbildes verwiesen sei, BGH ZUM 2009, 219 Rn. 11 – Metall auf Metall.

10 Vgl. *Apel*, K&R 2017, 563, 564 m.w.N.; zur Differenzierung zwischen den im Ausgangspunkt holistischen Leistungsschutzrechten und dem im Ausgangspunkt modularen Urheberrecht s. auch *ders.*, in: FS Vogel, 2017, S. 205, 212 (zu § 72 UrhG); i.E. krit. hierzu *Ohly*, GRUR 2017, 964, 966.

11 Dort anhängig als Rechtssache C-476/17. – Bei Fertigstellung dieses Manuskripts lag noch keine Entscheidung vor. Der *Generalanwalt* hat jedoch in seinen Schlussanträgen (BeckRS 2018, 33735) die Diskussion zu dem Ergebnis der Instanzgerichte (s. oben Fn. 4) zurückgeführt und in offener Opposition zum BVerfG (Rn. 86 ff., 89 ff.) angeregt, dem EU-Recht zu entnehmen, dass Tonträger-Samples auch kleinster Auszüge aus einem Tonträger ohne Lizenz und ohne Abwägung mit den Grundrechten des Verwenders des Samples unzulässig sind; es wäre überraschend, wenn der EuGH diese *de lege lata* zwar weiter überzeugende, aber angesichts der Position des BVerfG politisch problematische Position ("Solange"-Fall?) ebenfalls einnehmen würde, vgl. *Apel*, MMR 2019, 97, 99; *Plötzberger*, ZUM 2019, 250, 253; nicht problematisiert von *Brtko*, GRURPrax 2019, 18.

12 *Apel*, K&R 2017, 563 f.

13 *Apel*, ZGE/IPJ 10 (2018), 162, 201 m. Fn. 261.

14 BGH ZUM 2009, 219 Rn. 11 – Metall auf Metall.

ko, dass man dortige Begriffe falsch versteht – oder Ausnahmen für die Regel hält.¹⁵ Nicht umsonst ist auch der BGH zurückhaltend mit der Rechtsvergleichung und sieht sie wohl jedenfalls (noch) nicht als „fünfte Auslegungsregel“¹⁶ an.¹⁷ Denn das vom BGH zur Stütze der eigenen Position herangezogene *Bridgeport*-Urteil mit seinem programmatischen Satz „*Get a license or do not sample*“ löste in den USA eine heftige Kontroverse aus und stellt dort bis heute eine – nach den allgemeinen Grundsätzen kaum haltbare, ungewöhnlich einhellig und teilweise scharf kritisierte¹⁸ – Mindermeinung dar,¹⁹ die in ihrer Wirkung im Wesentlichen auf den 6. Bezirk beschränkt geblieben ist.²⁰ Diese Kontroverse dauert bis heute an und hat in jüngerer Zeit auch zu einer abweichenden Entscheidung²¹ eines anderen Bundesgerichts in *VMG v. Madonna*²² geführt,²³ sodass es in den USA nun für wahrscheinlich gehalten wird, dass die Sampling-Frage zeitnah den Supreme Court beschäftigen wird.²⁴

Auf diese bemerkenswerte Verbindung zwischen den Diskussionen in Deutschland und den USA um das Sound Sampling wird am Ende dieses Beitrags zurückzukommen sein. Zuvor soll jedoch dargelegt werden, wie die rechtliche Behandlung von fremdreferenziellem Werkschaffen²⁵ im Allgemeinen und dem Sound Sampling im Besonderen im U.S.-Copyright ausgestaltet ist. Fremdreferenzielles Werkschaffen wird hierbei verstanden als

15 Vgl. allgemein nur *Kisch*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 202 ff., 227 f.

16 Grundlegend *Häberle*, JZ 1989, 913.

17 S. hierzu nur BGHZ 80, 153, 156; zur Diskussion um die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Rechtsanwendung s. nur *Kisch* (Fn. 15), § 2 Rn. 53 ff.; *K.-F. Röhl/H.-C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, § 79.VII. sowie – bezogen auf den BGH – *Kötz*, in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, S. 825. Dieses Schicksal teilt die Rechtsvergleichung mit einer weiteren jüngeren Auslegungsmethode, der aus den USA stammenden Lehre von der ökonomischen Analyse des Rechts, zu deren Stand beim BGH jüngst *Raesche-Kessler*, in: FS Büscher, 2018, S. 659.

18 S. nur die zahlreichen Nachweise bei *Apel*, Der ausübende Musiker im Recht Deutschlands und der USA, 2011, S. 313 ff. sowie unten Ziff. B.II.2.

19 S. auch *Kocatepe*, GRURInt 2018, 11, 13 f.

20 Nur angedeutet bei *Papastefanou*, WRP 2019, 171 Rn. 38 f.

21 Zu diesem „Split“ mittlerweile eingehend etwa *Abuhoff*, 83 Brook. L. Rev. 405, 414 ff. (2017); *Burns*, 10 Drexel L. Rev. 445 (2018); *Love*, 22 UCLA J. L. & Tech 1 (2018); *Mispagel*, 62 St. Louis U. L.J. 461 (2018).

22 Nachfolgend auch kurz als *Madonna*-Urteil bezeichnet.

23 Court of Appeals for the 9th Circuit, GRURInt 2016, 943 = 824 F.3d 871 – *VMG v. Madonna*; nachfolgend wird stets die U.S.-Fundstelle zitiert.

24 Für diese Einschätzung danke ich Professor *Tracy Reilly*, University of Dayton; vgl. entsprechend auch *Abuhoff*, 83 Brook. L. Rev. 405, 428 ff. (2017); *Burns*, 10 Drexel L. Rev. 445, 495 (2018); *Mispagel*, 62 St. Louis U. L.J. 461, 483 f. (2018).

25 Die Selbstreferenz ist, soweit die betroffenen Nutzungsrechte nicht ausschließlich einem Dritten eingeräumt wurden, urheberrechtlich irrelevant, unter dem Gesichtspunkt des sog. „Selbstplagiats“ eingehend *Apel/John*, UFITA 2012/III, 665, 673. – im Folgenden wird gleichwohl auch verkürzend von „referenzieller Nutzung“ gesprochen.

Schöpfungsprozess, bei dem unter (erkennbarer) Bezugnahme auf etwas Vorbestehendes etwas (in irgendeiner Weise) Neues geschaffen wird.²⁶

II. Gang der Untersuchung

Nachfolgend werden daher zunächst kurz die rechtlichen Grundlagen des Copyright dargelegt, soweit sie für die rechtliche Bewertung referentieller Nutzungen mit einem Schwerpunkt auf Sampling von unmittelbarer Bedeutung sind (B). Im Anschluss daran wird die Behandlung von Referenzen im U.S.-Copyright skizziert²⁷ (C), um dies im Nachklang an der rechtlichen Behandlung des Sound Samplings im Case Law zu exemplifizieren; hierbei wird ein Schwerpunkt auf die Urteile in *Bridgeport* und *Madonna* mit ihren unterschiedlichen Schwerpunkten gelegt (D). Ein Fazit beschließt die Abhandlung, in dem unter anderem spekuliert wird, wie ein U.S.-Gericht „Metall auf Metall“ entscheiden würde (E).

B. Rechtliche Grundlagen zum Copyright²⁸

I. Grundlagen zum U.S.-Copyright

Grundlage des U.S.-Copyright ist die sog. „Copyright Clause“ in Art. 1 § 8 cl. 8 der U.S.-Verfassung.²⁹ Dieser Bestimmung zufolge hat der Kongress das Recht,

„to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors [...] the exclusive Right to their respective Writings [...]“

Der Kongress kann also – wörtlich verstanden – zur Förderung der genannten und auf die Steigerung des Gemeinwohls abzielenden Zwecke den Autoren zeitlich begrenzte Rechte an ihren Schriften einräumen. Diese zweckgebundene Einräumung von Rechten an Immaterialgütern bringt ein utilitaristisches Verständnis des Copyrights zum Ausdruck (Anreizfunktion zur Förderung der Motivation, Werke zu schaffen).³⁰ Die Klausel und das diese umsetzende Gesetz, der „Copyright Act“ (17 U.S.C.),³¹ sind freilich nicht auf Schriften

26 Vgl. *Klass*, in: FS Schulze, 2017, S. 147, 148 mit Beispielen zu verschiedenen Techniken des referenziellen Schaffens.

27 Aufgrund der vielfältigen Aspekte dieses Problems kann freilich keine erschöpfende Behandlung erfolgen.

28 Dieser Abschnitt wurzelt in *meinen* Ausführungen in: Sattler/Hennemann, Immaterialgüterrechte und Digitalisierung, 2017, S. 237, 244 ff.

29 Deren Bedeutung für das Patentrecht bleibt hier außer Betracht.

30 *Leaffer*, Understanding Copyright Law, 6th ed. 2014, § 1.08 [A] (S. 21 f.); *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 9; mit dem Fokus auf Kanada auch *Kocatepe*, in: Hennemann/Sattler (Fn. 28), S. 257, 259 ff.

31 Nachfolgend „CA“; es handelt sich um das Gesetz von 1976, zuletzt geändert durch den „Music Modernization Act“ (Oktober 2018; hierzu instruktiv *Bernsteiner*, MR-Int 2018, 113; *Hieber*, ZUM 2019, 161) und den „Marrakesh Treaty Implementation Act“ (Oktober 2018). Text des und Materialien zum CA finden sich unter www.copyright.gov.

als Schutzobjekt und Autoren im jeweils herkömmlichen Sinne als Schutzsubjekt beschränkt: Beide Begriffe werden weit verstanden, sodass unter „author“ jede Person fällt,³² die durch eine eigene Leistung etwas zumindest in geringem Umfang Originelles³³ schafft³⁴ – also ohne *lediglich* zu kopieren.³⁵ „Writing“ erfasst letztlich jede körperliche Festlegung eines Werkes,³⁶ wobei die Frage, wie dauerhaft diese sein muss, umstritten ist.³⁷ Nicht geschützt sind jedenfalls bloße Darbietungen, auch wenn 1994 in § 1101 CA³⁸ eine kontroverse und der Umsetzung des TRIPS geschuldete Bestimmung zum Schutz vor der unkonsentierten Aufzeichnung von Live-Darbietungen aufgenommen wurde.³⁹

Aus deutscher Sicht bemerkenswert ist, dass der CA lediglich eine Kategorie von Schutzgegenstand kennt:⁴⁰ das Werk („work“, § 102 CA). Ähnlich wie § 2 Abs. 2 UrhG nennt der CA hierzu eine Reihe von nicht abschließenden Werkkategorien (§ 102 lit. a CA), darunter „literary works“ (Nr. 1), „musical works“ (Nr. 2), „motion pictures and other audiovisual works“ (Nr. 6) und „sound recordings“ (Nr. 7) – also Tonaufnahmen,⁴¹ wobei letzteres Recht auch dem Interpreten zustehen kann.⁴² Diese kategoriale Besonderheit gegenüber dem deutschen Urheberrecht folgt gleichwohl daraus, dass alle Schutzgegenstände des Copyright aus U.S.-Perspektive dieselbe Rechtfertigung haben, nämlich – vereinfacht gesagt – die Belohnung des Schaffenden⁴³ durch Schaffung von ökonomischen Anreizen in Form bestimmter Ausschließlichkeitsrechte am Ergebnis. Aufgrund der fehlenden persön-

32 Wegen der Maßgeblichkeit der getätigten Investitionen für die Zuschreibung des Copyrights kann dies auch eine juristische Person oder eine sonst vom Schöpfer des jeweiligen Werkes verschiedene Person sein, s. §§ 101 („work made for hire“), 201 lit. b CA.

33 U.S. Supreme Court, 111 S. Ct. 1282, 1287 – *Feist v. Rural Telephone* (1991).

34 U.S. Supreme Court, 111 U.S. 53, 57 f. – *Burrow-Gilles v. Sarony* (1884); *Leaffer* (Fn. 30), § 2.06 (S. 59 ff.). – Somit kann etwa auch der ausübende Künstler im Sinne der §§ 73 ff. UrhG „author“ im Sinne des U.S.-Copyright sein, s. hierzu bereits *Homburg/Speiser*, *Legal Rights of Performing Artists*, 1934, S. 141 ff.; dies war freilich lange unklar und umstritten. zur Entwicklung s. *Apel*, *ZGE/IPJ* 4 (2012), 1, 12 f., 20 f., 26 ff. m.w.N.

35 Anschaulich *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 8. Aufl. 2017, § 1 Rn. 27, § 9 Rn. 191.

36 *Abrams*, *The Law of Copyright*, Stand: 2018 [Westlaw], § 1:7; *Halpern/Johnson*, *Harmonising Copyright Law and Dealing With Dissonance: A Framework for Convergence of U.S. and EU Law*, S. 73 ff, jeweils m.w.N.

37 S. nur die Nachweise bei *Leaffer* (Fn. 30), § 2.03 [A] (S. 51 f.), 8.04 [A] (S. 307 f.). – Dieses Problem kann hier nicht vertieft werden.

38 Strafrechtlich abgesichert durch 18 U.S.C. § 2319A.

39 Näher hierzu *Apel* (Fn. 18), S. 247 ff.

40 Also keine Leistungsschutzrechte im Sinne von „neighbouring rights“, *Apel* (Fn. 18), S. 251; *Knies*, *Die Rechte der Tonträgerhersteller in internationaler und rechtsvergleichender Sicht*, 1999, S. 243.

41 Hiervon abzugrenzen ist der diese enthaltene Datenträger, der in § 101 CA als „phonorecord“ (Tonträger) definiert wird.

42 *Apel* (Fn. 18), S. 242 ff. (dort S. 244 f. auch zum Streit, ob „sound recordings“ „works made for hire“ sein können); *Knies* (Fn. 40), S. 243; a.A. zu Unrecht *Seyfert*, *MIR* 2007, Dok. 030 Rn. 9.

43 S. oben Fn. 32.

lichkeitsrechtlichen Konnotation⁴⁴ ist es im U.S.-Urheberrecht daher entbehrlich, wie im deutschen Urheberrecht nach Urheber- und Leistungsschutzrechten zu unterscheiden.⁴⁵ Da aber auch die Leistungsschutzrechte des deutschen Urheberrechts überwiegend aus ökonomischen Gründen gewährt werden,⁴⁶ sind sie mit dem U.S.-amerikanischen Copyright durchaus vergleichbar.⁴⁷ Das an den jeweiligen Werken bestehende Copyright ist ein frei übertragbares Bündel an wirtschaftlichen Rechten.⁴⁸ Der Schutzzumfang, den der CA den einzelnen Werkkategorien gewährt, ist jedoch nicht zwangsläufig identisch: Insbesondere Tonaufnahmen („sound recordings“)⁴⁹ genießen zB. gegenüber Schriftwerken nur einen begrenzten Schutz.⁵⁰

II. Die Regelungen des CA mit besonderer Relevanz für die referenzielle Nutzung von Werken sowie die *de minimis*-Doktrin

1. Regelungübersicht

Die referenzielle Nutzung eines Werkes – insbesondere beim Sampling – betrifft vor allem das Vervielfältigungsrecht, § 106 (1) CA und das Bearbeitungsrecht („adaptation right“, § 106 (2) CA:

„Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;“

Beide Rechte sind vorbehaltlich der weiteren Regelungen des CA absolut ausgestaltet.

44 Einzige Ausnahme ist der aus völkerrechtlichen Gründen eingefügte § 106A CA betreffend Werke der bildenden Kunst, der hier nicht weiter interessiert.

45 Vgl. *Schack* (Fn. 35), § 1 Rn. 27.

46 Zum (*de lege lata* wenig überzeugenden) „Hybriden“ Lichtbildschutz (§ 72 UrhG) eingehend *Apel*, in: FS Vogel, 2017, S. 205.

47 Wichtigste Ausnahme: §§ 73 ff. UrhG; der Schutz der ausübenden Künstler gehört eigentlich nicht zu den Leistungsschutzrechten, sondern steht aufgrund seines persönlichkeitsrechtlichen Einschlags dem Urheberrecht näher, was leider im UrhG nicht hinreichend deutlich wird, s. *Apel* (Fn. 18), S. 398; gleichsinnig *Grünberger*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 30), Vor §§ 73 ff. UrhG Rn. 73.

48 S. nur *Halpern/Johnson* (Fn. 36), S. 25 ff.; *Reber*, Die Beteiligung von Urhebern und ausübenden Künstlern an der Verwertung von Filmwerken in Deutschland und den USA, S. 210; *Schack* (Fn. 35), § 1 Rn. 25 ff.

49 Legal definiert in § 101 CA.

50 Vgl. nur *Knies* (Fn. 40), S. 247 ff.

Das Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht⁵¹ an „sound recordings“ ist begrenzt, § 114 lit. b CA.⁵²

„The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (1) of section 106 is limited to the right to duplicate the sound recording in the form of phonorecords or copies that directly or indirectly recapture the actual sounds fixed in the recording. The exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (2) of section 106 is limited to the right to *prepare a derivative work in which the actual sounds fixed in the sound recording are rearranged, remixed, or otherwise altered in sequence or quality*. The exclusive rights of the owner of copyright in a sound recording under clauses (1) and (2) of section 106 do not extend to the making or duplication of another sound recording that consists *entirely* of an independent fixation of other sounds, even though such sounds imitate or simulate those in the copyrighted sound recording.“

Diese Bestimmung stellt einerseits klar, dass die unabhängige Festlegung von Tönen durch einen anderen als den Copyright-Inhaber nicht gegen das Copyright am „sound recording“ verstößt.⁵³ Es ist strittig, ob diese Fassung bedeutet, dass *jede* Übernahme aus einer Sequenz aus einem Sound Recording (Vervielfältigung) bzw. *jedwede* Veränderung eines „sound recordings“ (Bearbeitung) das Copyright des Rechteinhabers an dem betroffenen „sound recording“ verletzt, wie dies beim Sound Sampling oft der Fall ist.⁵⁴ Die besseren Gründe sprechen dafür, dies zu verneinen, insbesondere da der Gesetzgeber das Copyright an „sound recordings“ nicht weiter, sondern enger ausgestalten wollte, als bei anderen Werkarten.⁵⁵ Hierauf wird bei der Diskussion des *Bridgeport*-Urteils zurückzukommen sein.⁵⁶ Hinsichtlich des auch in Deutschland besonders umstrittenen Teileschutzes bei Tonaufnahmen (und künstlerischen Darbietungen) ist festzuhalten, dass das Copyright generell nur Teile von Werken schützt, wenn diese selbst hinreichend originell iSd. § 102 lit. a CA sind, um als „work“ unter dem CA geschützt zu sein.⁵⁷

Anders als das Urheberrecht europäischer bzw. deutscher Prägung weist der CA nicht nur einen Schranken katalog auf – in der Tat enthält das Gesetz in den §§ 108–122 zahlreiche Schrankenregelungen⁵⁸ –, sondern enthält vor allem auch die berühmte „Fair Use“⁵⁹-

51 Die weiteren Einschränkungen für „sound recordings“ in § 114 CA bleiben hier außer Betracht.

52 Hervorhebungen nur hier.

53 *Leaffer* (Fn. 30), § 8.09 [A] (S. 320).

54 *Leaffer* (Fn. 30), § 8.09 [B] (S. 321).

55 *Apel* (Fn. 18), S. 317 ff. m.w.N.

56 S. unten Ziff. B.II.2.

57 *Apel* (Fn. 18), S. 306 f.; *Häuser* (Fn. 3), S. 189.

58 Knapp und krit. zu diesen *Förster*, Fair Use, 2008, S. 20 f.; *Kleinmenke*, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?, 2013, S. 126 f. – diese speziellen Regelungen bleiben für die hiesige Untersuchung als irrelevant außer Betracht.

59 „Fair Use“ wird nachfolgend stets groß geschrieben, da der Begriff wohl zwischenzeitlich im Sinne eines Lehnworts auch in Deutschland zur Bezeichnung einer Schrankengeneralklausel verwendet wird.

Generalklausel in § 107 CA.⁶⁰ Diese ist für die Rechtfertigung von referenziellen Nutzungen von besonderer Bedeutung. Hierauf wird zurückzukommen sein.⁶¹ Unter der „Fair Use“-Schranke sind, vereinfacht ausgedrückt, auf einer Billigkeitsabwägung der in der Norm genannten Faktoren beruhende erlaubnisfreie⁶² Nutzungen von Werken möglich.⁶³ § 107 CA lautet:

„Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.“

2. *De minimis*-Doktrin

Noch *bevor* die „Fair Use“-Schranke zu prüfen ist,⁶⁴ spielt in Referenzfällen (insbesondere im Bereich des Sound Sampling) eine weitere wichtige Einschränkung des Copyright eine Rolle, die nicht im CA positiviert ist: die sog. *de minimis*-Doktrin⁶⁵ („*de minimis non curat lex*“).⁶⁶ Verkürzt gesprochen, sind nach dieser Doktrin minimale Eingriffe in ein Recht, die nicht eine definierte Mindestintensität aufweisen, nicht als Rechtsverstoß zu ahnden.⁶⁸

60 Grundlegend in der deutschen Literatur zu dieser Regelung Förster (Fn. 58, dort auch S. 21 ff. zu der nicht völlig eindeutigen Frage, ob es sich bei „Fair Use“ um eine Schrankenregelung oder eine Begrenzung des Schutzbereichs des Copyright handelt); Kleinemenke (Fn. 58), jeweils *passim*.

61 S. unten Ziff. C.II.

62 Bezogen auf eine Gestattung durch den jeweiligen Rechteinhaber.

63 S.a. Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F.3d 792, 805 – Bridgeport Music v. Dimension Films (2005); Pote, 88 N.C. L. Rev. 639, 669 (2010).

64 Diese greift nur ein, wenn tatbestandlich ein Eingriff in das Copyright vorliegen würde, s. Leaffer (Fn. 30), § 10.05 (S. 507).

65 Oder: *de minimis*-Grundsatz.

66 „Das Recht befasst sich nicht mit Kleinigkeiten“, vgl. Brodin, 6 Minn. J.L. Sci. & Tech. 825, 843 f. (2005).

67 In Deutschland ist der Rechtsspruch bekannt, aber kein allgemeines Rechtsprinzip, Buß, NJW 1998, 337, 343; Olzen/Kerfack, JR 1991, 133.

68 S. nur Inesi, 21 Berk. Tech. L. Rev. 945, 960 ff. (2006); Mueller, 81 Ind. L. J. 435, 453 ff. (2006).

Im Copyright bedeutet dies:⁶⁹ Wenn ein neu geschaffenes Werk Teile eines älteren Werkes enthält, ohne diesem hierdurch in erheblicher Weise zu ähneln („substantially similar“), weil der in das neue Werk übernommene Teil des älteren Werkes weder ein qualitativ relevanter Teil des älteren Werkes ist oder nicht den markantesten Teil des älteren Werkes ausmacht, ist die Vervielfältigungshandlung *de minimis* und (selbst bei identischer Übernahme) keine Verletzung des an dem älteren Werk bestehenden Copyright. Ob eine erhebliche Ähnlichkeit vorliegt, wird in Sampling-Fällen in der Regel durch einen sog. „lay hearer test“ geprüft.⁷⁰

C. Referenzielle Werknutzung im U.S.-Copyright

I. Ausgangspunkt: Keine Sonderregelungen für referenzielle Werknutzung im CA

Im hiesigen Kontext ist zunächst festzuhalten, dass das U.S.-Copyright, anders als das deutsche Recht, keine expliziten Sonderregelungen für die Erlaubnis der referenziellen Verwendung von vorbestehenden Werken kennt.⁷¹ Im deutschen Recht finden sich solche speziellen Regelungen zumindest im Zitatrecht des § 51 UrhG,⁷² aber auch in den Schranken zu Gunsten der Berichterstattung in §§ 48–50 UrhG. Zudem steht – zumindest derzeit noch⁷³ – die spezielle Bestimmung der freien Benutzung in § 24 UrhG, die zumindest von einigen Stimmen nicht nur auf Werke, sondern auch auf Leistungen für anwendbar gehalten wird, für die Freistellung von referenziellen Werknutzungen zumindest im Ansatz zur Verfügung – wenn auch nicht im Weg einer Schrankenbestimmung,⁷⁴ sondern als Begrenzung des Schutzbereichs.⁷⁵ Dass die amerikanische „Fair Use“-Bestimmung sich konzeptionell und

69 *Apel*, ZGE/IPJ 2 (2010), 331, 336, unter Bezugnahme v.a. auf *Cromer*, 36 N.M. L. Rev. 261, 271 (2006).

70 *Salagean*, Sampling im deutschen, schweizerischen und U.S.-amerikanischen Urheberrecht, 2008, S. 259 ff. m.w.N.

71 *Papastefanou*, WRP 2019, 171 Rn. 38.

72 Ein Zitat kann freilich gleichwohl „Fair Use“ sein, s. nur die Hinweise bei *Lee*, 59 B.C. L. Rev. 1873, 1886 f. (2018) und die hier sogleich folgenden Ausführungen.

73 Abhängig von der Antwort des EuGH auf die Vorlagefragen des BGH in Metall auf Metall III, vgl. BGH GRUR 2017, 895 – Metall auf Metall III; *Apel*, K&R 2017, 563; zumindest der *Generalanwalt* hält § 24 UrhG im Wesentlichen für unionsrechtswidrig, s. BeckRS 2018, 33735 Rn. 50 ff., 89; krit. hierzu *Apel*, MMR 2019, 97, 98.

74 So aber z.B. etwa neben BGH ZUM 2009, 219 Rn. 21 – Metall auf Metall auch *Haberstumpf*, Handbuch Urheberrecht, 2. Aufl. 2000, Rn. 316, 324; von *Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 386, 388 und jüngst noch *Steenek*, in: FS Büscher (Fn. 17), S. 233, 242 m. Fn. 68 (krit. hierzu *Apel*, UFITA 2018, 300, 308).

75 S. z.B. jetzt BGH GRUR 2017, 895 Rn. 22 – Metall auf Metall III (außer bei Parodien); *Benz* (Fn. 6), S. 380; *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht, 1997, S. 25; *Krusemarck*, Die abhängige Schöpfung im Recht des geistigen Eigentums, 2013, S. 199 f.; diffe-

inhaltlich vielfältig von der deutschen „freien Benutzung“ unterscheidet (insbesondere ist „Fair Use“ als *Schrankengeneralklausel* im Anwendungsbereich deutlich weiter als die deutsche *Schutzbereichsbestimmung*), und daher nicht mit dieser gleichzusetzen ist, soll hier ohne Vertiefung im Detail allein zur Meidung von Missverständnissen kurz erwähnt werden.⁷⁶

Folglich ist im U.S.-amerikanischen Copyright die „Fair Use“-Generalklausel die entscheidende Bestimmung für referenzielle Nutzungen von vorbestehenden Werken, zumindest dann, wenn das verwendete Werk nicht ohnehin gemeinfrei ist, die Nutzung nicht als *de minimis* erlaubnisfrei ist⁷⁷ oder die – ohne Weiteres mögliche – Gestattung durch den Rechteinhaber (Lizenz) vorliegt. Dies wird auch durch die Einleitung („preamble“) der „Fair Use“-Bestimmung deutlich gemacht: Demnach ist „Fair Use“ nicht auf die Vervielfältigungen von Werken beschränkt („including“), sondern kann offenbar auch die bearbeitende Verarbeitung („productive use“) oder die umwandelnde Verarbeitung („transformative use“)⁷⁸ erfassen.⁷⁹ Zudem sind im „Vorspann“ der „Fair Use“-Bestimmung klassische Tätigkeiten genannt, die eine referenzielle Werknutzung letztlich erfordern und deren Zweck letztlich die Verwendung fremder Werke als „Fair Use“ rechtfertigen können, insbesondere: „criticism, comment, [...] scholarship, or research.“⁸⁰ So ist dann auch unstrittig, dass z.B. das Recht, zum Zwecke des Zitats Werke zu vervielfältigen, unter die „Fair Use“-Bestimmung fallen können.⁸¹ Alles andere wäre wohl auch nicht mehr mit dem ersten Verfassungszusatz – „free speech“ – zu vereinbaren.⁸²

II. „Fair Use“ und referenzielle Werknutzung

Entscheidend für die Frage, ob eine Werknutzung im Einzelfall⁸³ „Fair Use“ ist oder nicht, ist eine Gesamtabwägung, bei der neben dem Zweck der Werkverwendung („purpose“) auch deren Relation zum und ihre Auswirkungen auf das Ausgangswerk berücksichtigt

renzierend *Schulze*, in: FS Walter (Fn. 5), S. 504, 50 6 f.; weitere Nachweise für beide Auffassungen bei *Apel* (Fn. 18), S. 296 ff.

76 Prägnant hierzu *Conley/Braegelmann*, 56 J. Copyright Soc’y USA 1017, 1018 (2009); im Rahmen einer englischen Übersetzung des ersten *Metall auf Metall*-Urteils des BGH; *Förster* (Fn. 58), S. 35 f. Die deutsche „freie Benutzung“ sollte daher ggf. nicht als „Fair Use“, sondern wörtlich als „free use“ in das Englische übersetzt werden.

77 S. oben Ziff. B.II.2.

78 Dazu näher sogleich Ziff. C.II.1.a.

79 *Leaffer* (Fn. 30), § 10.05 [B] (S. 498 ff.) m.w.N.

80 Vgl. auch *Maier*, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, S. 67.

81 Näher hierzu und zu dem vorstehenden Satz *Förster* (Fn. 58), S. 97.

82 Zu diesem nicht immer völlig spannungsfreien Verhältnis zwischen Copyright und „free speech“ s. nur *Leaffer* (Fn. 30), § 10.15 [A] (S. 528 f.).

83 *Maier* (Fn. 80), S. 69 m.w.N.

werden müssen.⁸⁴ Im Folgenden konzentriert sich die Darstellung auf die für die referenzielle Nutzung besonders entscheidenden Kriterien der „Fair Use“-Abwägung, namentlich Zweck und Charakter (§ 107 Nr. 1 CA), Umfang (§ 107 Nr. 3 CA), und die Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt für das benutzte Werk oder den Wert des benutzten Werkes (§ 107 Nr. 4 CA). Die Natur des verwendeten Werkes (§ 107 Nr. 2 CA) – kreative Werke sollen hier einen höheren Schutz genießen, als faktenbezogene Werke⁸⁵ – bleibt vorliegend außer Betracht, da die referenzielle Nutzung eines Werkes im hiesigen Sinne wohl regelmäßig die kreative Nutzung eines künstlerischen Werkes betreffen wird, sodass diesem Kriterium nur geringe Bedeutung zukommen würde.

1. Zweck und Charakter (§ 107 Nr. 1 CA)

a. Produktive und transformative Nutzung

Im Zentrum steht hierbei zunächst die Frage nach dem Zweck einer Werkverwendung. Da der Sinn des Copyright letztlich die Ermutigung zur Schaffung neuer Werke ist, leuchtet es ein, dass die Verwendung eines vorbestehenden Werkes zur Schaffung eines neuen Werkes grundsätzlich ein gebilligter Zweck unter der „Fair Use“-Bestimmung ist,⁸⁶ so verstanden, stipuliert § 107 CA tatsächlich ein „Recht auf Referenz“ im U.S.-Copyright. Unproblematisch können daher Nutzungen unter die „Fair Use“-Schranke fallen, bei denen ein vorbestehendes Werk in veränderter Form in ein neues Werk aufgenommen wird („productive use“).⁸⁷

Ähnlich wie im deutschen Recht in Zusammenhang mit § 24 UrhG⁸⁸ stellt sich im U.S.-Copyright die Frage, ob auch die unveränderte Verwendung von Werken (bzw. Werkteilen, die noch dem Copyright unterfallen) einen „Fair Use“ konstituieren kann. Dies wird unter dem Gesichtspunkt des sog. „transformative use“ bejaht: Hiernach kann eine unter „Fair Use“ zulässige Nutzung eines vorbestehenden Werkes auch darin bestehen, dass dessen Inhalt – und sei es durch die Nutzungsweise⁸⁹ selbst⁹⁰ – in seiner Ausdrucksform, Bedeutung oder Aussage⁹¹ verändert wird, selbst wenn das Werk selbst unverändert übernommen wird. Kernanwendungsfall hierfür ist die Parodie, bei der es oftmals Voraussetzung ist, dass das

84 Vgl. auch *Papastefanou*, WRP 2019, 171 Rn. 42 ff.

85 Vgl. *Leafffer* (Fn. 30), § 10.08 (S. 505 f.).

86 *Leafffer* (Fn. 30), § 10.05 [B] (S. 498).

87 *Leafffer* (Fn. 30), § 10.05 [B] (S. 498); *Maier* (Fn. 80), S. 68 m.w.N.

88 S. hierzu nur *Klass*, in: FS Schwarz, 2017, S. 79, 92 ff. m.w.N. sowie (zur Parodie) *Götz von Olenhusen*, in: FS Walter (Fn. 5), S. 488.

89 Vgl. die Entscheidung des Court of Appeals for the 2nd Circuit 714 F.3d 694, 706 (2013) – *Cariou v. Prince* zur „appropriation art“ von *Richard Prince*; *Lee*, 59 B.C. L. Rev. 1873, 1883 (2018).

90 *Kleinmenke*, ZGE/IPJ 5 (2013), 102, 110 f.

91 Prägnant *Lee*, 59 B.C. L. Rev. 1873, 1879 (2018); näher dazu sogleich.

parodierte Werk (nahezu) unverändert übernommen wird.⁹² Der U.S. Supreme Court hat in der Entscheidung *Campbell v. Acuff-Rose* – die eine Parodie auf den Song „Oh, Pretty Woman“ von Roy Orbison betraf⁹³ – entschieden, dass auch eine (lediglich) die Aussage des übernommenen Werkes verändernde Nutzung „Fair Use“ sein kann.⁹⁴ Das Gericht bezeichnete eine solche Nutzung dort im Anschluss⁹⁵ an *Pierre Leval*⁹⁶ als „transformative use“:

„The central purpose of this investigation is to see [...] whether the new work [...] adds something new, [...] altering the first with new expression, meaning or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is ‚transformative‘“.⁹⁷

Es genügt also im Extremfall wohl auch, wenn die Art der Nutzung dem alten Werk einen neuen Gehalt gibt, selbst wenn dieses (teilweise) unverändert bleibt.⁹⁸ Die Rechtsprechung in den USA geht mit dem Kriterium des „transformative use“ aus deutscher Sicht mitunter recht großzügig um. So haben amerikanische Gerichte die auch im deutschen Recht bekannte „Thumbnail“-Nutzung⁹⁹ bei Suchmaschinen unter dem Gesichtspunkt der Transformativität gelöst.¹⁰⁰ Durch die Verwendung der betroffenen Bilder als Ergänzung des Suchhinweises würden diese von ihrem ursprünglichen Zweck in transformativer Weise abweichend genutzt, sodass ein „Fair Use“ unter dem Gesichtspunkt der transformativen Nutzung bejaht wurde.¹⁰¹ Auch die Vervielfältigung von Studienarbeiten zum Zwecke der Plagiatsüberprüfung wurde als transformativ eingestuft.¹⁰² Gleiches gilt für das Scannen ganzer Bücher zur Ermöglichung von Recherchen in der Bibliothek¹⁰³ sowie für die Auf-

92 *Maier* (Fn. 80), S. 69.

93 Eingehend hierzu etwa *Babiskin*, 8 Harv. J. L. & Tech., 193 (1994).

94 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 578 ff. – *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994); s. hierzu knapp auch *McDonagh*, IIC 2012, 401, 423 f.

95 *Leval*, 103 Harv. L. Rev., 1105, 1111 (1990).

96 *Leval*, seit 1993 Richter am Court of Appeals for the 2nd Circuit, hat auch selbst in Entscheidungen die Lehre von der Zulässigkeit des „transformative use“ vorangetrieben, s. nur unten Fn. 104.

97 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 579 – *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994).

98 *Maier* (Fn. 80), S. 68 f.

99 Jüngst BGH GRUR 2018, 178 – Vorschaubilder III m. Anm. *Ohly*; im Überblick zur Behandlung dieser Thematik im deutschen Recht s. nur *Specht*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl 2018, § 97 Rn. 46.

100 Court of Appeals of the 9th Circuit, 2007 DJDAR 6903, 6909 – *Perfekt 10 v. Amazon et al.*, zit. nach *Förster* (Fn. 58), S. 46 f; *Patry*, On Copyright, Stand: 2018 [Westlaw], § 10:142.

101 S. u.a. Court of Appeals for the 9th Circuit, 336 F.3d 811 – *Kelly v. Arriba Soft*; *Kleinemenke*, ZGE/IPJ 5 (2013), 102, 110 f.; *Ohly*, GRUR 2018, 187.

102 Court of Appeals for the 4th Circuit, 562 F.3d 630 – *Vanderhye v. iParadigms* (2009); *Patry* (Fn. 100), § 10:142.

103 Court of Appeals for the 2nd Circuit, 755 F.3d 87 – *Authors Guild v. HathiTrust* (2014); *Patry* (Fn. 100), § 10:143; sehr ausführlich hierzu *Abrams* (Fn. 26), § 15:125.50.

nahme in die Google-Buchsuche.¹⁰⁴ Nicht mehr transformativ sind hingegen Nutzungen, die lediglich den Unterhaltungswert der Vorlage ausnutzen.¹⁰⁵ Ungeachtet dessen ist nicht zu verkennen, dass die Abgrenzung des als „fair“ erlaubten „transformative use“ zur ggf. unberechtigten Bearbeitung („adaptation“) schwierig ist.¹⁰⁶

b. Problem: Kommerzialität?

Zu bedenken ist weiter, dass es gegen einen „Fair Use“ sprechen kann, wenn die Nutzung zu kommerziellen Zwecken erfolgt (§ 107 Nr. 1 CA a.E.) – was bei referenziellen Nutzungen gerade im Bereich der Musik oder des Films häufig der Fall sein dürfte.¹⁰⁷ Ein „Knock Out“ für die kommerzielle referenzielle Nutzung von Werken ist dies freilich nicht zwangsläufig.¹⁰⁸ Auch wenn der U.S. Supreme Court die Auffassung vertreten hat, dass bei jeder kommerziellen Verwertung eines vorbestehenden Werkes ohne Gestattung durch den Rechteinhaber die (widerlegliche) Vermutung bestehe, dass diese „unfair“ sei,¹⁰⁹ ist die Praxis differenzierter: In einer weiteren Entscheidung, in der es um (zu kommerziellen Zwecken erfolgtes) Sound Sampling ging, stellte der Supreme Court fest, dass die Frage der Kommerzialität der Verwendung eines Werkes nur einer von mehreren Faktoren bei der „Fair Use“-Abwägung sei und nicht zwingend gegen „Fair Use“ spreche.¹¹⁰ Entsprechend handhaben die Gerichte das Kriterium heute.¹¹¹

2. Umfang (§ 107 Nr. 3 CA)

Ein weiteres Kriterium bei der Bestimmung, ob eine Referenz „Fair Use“ ist oder nicht, ist der Umfang, in dem das ursprüngliche Werk herangezogen wird. Grundsätzlich muss sich derjenige, der sich auf „Fair Use“ berufen möchte, auf die Übernahme derjenigen Teile aus dem älteren Werk beschränken, die für die Erreichung seiner (billigen) Zwecke erforderlich ist. Dieser erforderliche Umfang ist insbesondere bei Fällen der Parodie im Einzelfall

104 Court of Appeals for the 2nd Circuit, 804 F.3d 202 – Authors Guild v. Google (2015); ein entscheidender Punkt für „Fair Use“ war hier, dass *Google* bei der Buchsuche zwar das ganze Buch scannt, um die Suche zu ermöglichen, aber diese Kopie nicht im Ganzen der Öffentlichkeit zugänglich macht, vgl. *Patry* (Fn. 100), § 10:143.

105 Court of Appeals for the 9th Circuit, 349 F. 3d 622, 629 – Elvis Presley Enterprises v. Passport Video; *Maier* (Fn. 80), S. 73.

106 *Lee*, 59 B.C. L. Rev. 1873, 1881 ff. (2018).

107 Eingehend hierzu und zum Folgenden *Förster* (Fn. 58), S. 48 ff. m.w.N.

108 S. nur *Maier* (Fn. 80), S. 80.

109 U.S. Supreme Court, 464 U.S. 417, 451 – Sony v. Universal (1984); 471 U.S. 539, 562 – Harper & Row v. Nation Enterprises (1985).

110 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 584 – Campbell v. Acuff-Rose Music (1994).

111 Zahlreiche Nachweise bei *Förster* (Fn. 58), S. 50 f.; *Maier* (Fn. 80), S. 80.

schwierig zu bestimmen. Daher findet hier eher eine Negativabgrenzung statt.¹¹² *Leaffer* verweist zusätzlich darauf, dass (annähernd) wörtliche Übernahmen wohl kaum je erforderlich und daher wohl auch kaum „Fair Use“ sein könnten.¹¹³ Zwingend erscheint dies freilich nicht, da – wie wir aus Beispielen aus der deutschen Rechtsprechung wissen – auch die (nahezu) identische Übernahme eines Werkes eine gänzlich andere Wirkung als das ursprüngliche Werk erzielen kann, wenn diese (etwa parodistisch) einen neuen Kontext für das übernommene Werk herstellt.¹¹⁴ Da auch eine solche Wirkung grundsätzlich einen „transformative use“ im Sinne des „Fair Use“ begründen kann,¹¹⁵ dürften solche Fälle nicht zwangsläufig an dem Kriterium des Umfangs der Übernahme scheitern. Zu fragen wäre auch in diesen Fällen, ob die Wirkung der Parodie ebenso mit einem „Weniger“ an Übernahme hätte erreicht werden können – was je nach Art des übernommenen Werkes durchaus ausgeschlossen sein kann.

3. Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt für oder den Wert des benutzten Werkes (§ 107 Nr. 4 CA)

Besonders interessant ist aus deutscher Perspektive das letzte in § 107 CA ausdrücklich genannte Kriterium, welches im Rahmen der „Fair Use“-Prüfung zu berücksichtigen ist: Die Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt für das benutzte Werk oder auf dessen Wert (§ 107 Nr. 4 CA). Nicht erst mit dem Urteil des BVerfG in „Metall auf Metall“¹¹⁶ hat dieser Gedanke auch in die deutsche Diskussion um die „freie Benutzung“ von vorbestehenden Werken bzw. Leistungsergebnissen in neuen Werken Eingang gefunden. Danach soll ein bloß geringer negativer ökonomischer Effekt auf den Rechteinhaber des vorbestehenden Werkes bzw. Leistungsergebnisses wegen der Kunstfreiheit des Übernehmenden ggf. für eine Zumutbarkeit der „freien Benutzung“ sprechen.¹¹⁷ *Markus Häuser* etwa hat diesen Gedanken bereits 2002 für die Bestimmung der Zulässigkeit des „Sound Samplings“

112 Vgl. U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 588 – *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994): „The parody must be able to ‚conjure up‘ at least enough of the original to make the object of its critical wit recognized.“; etwas weiter wohl Court of Appeals for the 11th Circuit, 268 F. 3d 1257, 1273 – *Sun Trust Bank v. Houghton Mifflin* (2001); hierzu auch *Leaffer* (Fn. 30), § 10.14 [C] (S. 524 f.).

113 *Leaffer* (Fn. 30), § 10.14 [C] (S. 525).

114 S. nur BGH GRUR 2008, 693 Rn. 29 ff. – *TV Total*; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 3. Aufl. 2015, § 24 UrhG Rn. 8; *Klass*, in: FS Schulze (Fn. 26), S. 147, 152 geht davon aus, dass bei modernen fremdreferenziellen Kulturtechniken „[v]ielfach [...] ‚nur‘ eine Kontextveränderung“ stattfindet.

115 S. oben Ziff. C.II.1.a.

116 BVerfG GRUR 2016, 690 – *Sampling*.

117 Zu Recht krit. hierzu *Ladeur*, ZGE/IPJ 8 (2016), 447, *passim*; differenzierend *Papastefanou*, WRP 2019, 171 Rn. 20 ff.; dem BVerfG zustimmend aus dezidiert verfassungsrechtlicher Perspektive hingegen *Di Fabio*, *Urheberrecht und Kunstfreiheit*, 2018, S. 45 ff.; *Goldhammer*, JZ 2016, 904.

herangezogen – wenn auch eher im Sinne einer Argumentation *de minimis* auf Ebene des Tatbestands des § 85 UrhG.¹¹⁸ Ferner haben zumindest zwei hamburgische Urteile zur Behandlung des Sound Samplings den Gedanken schon vor geraumer Zeit in das deutsche Recht eingeführt.¹¹⁹

Im Kriterienkatalog des § 107 CA für „Fair Use“ nimmt die Nr. 4 einen bedeutenden Rang ein.¹²⁰

Gleichwohl sind die potenziellen (!) Auswirkungen der in Rede stehenden Benutzung auf die gegenwärtigen und potenziellen (!) Märkte für das betroffene Werk schwierig zu bestimmen.¹²¹ Generell lässt sich sagen, dass komplementäre Nutzungen, welche die Nutzung des ursprünglichen Werkes nicht ersetzen, wegen fehlender negativer ökonomischer Effekte eher „Fair Use“ sein werden als substituierende Nutzungen.¹²² Ein gewisser Indikator für einen negativen ökonomischen Effekt ist es demgegenüber, wenn für die vorgenommene Nutzung ein Lizenzmarkt existiert, den der das betroffene Werk Nutzende umgangen hat.¹²³ Genau dieses Argument ist freilich in der deutschen Diskussion zuletzt – wenn auch in seiner Pauschalität zu Unrecht¹²⁴ – unter Rechtfertigungsdruck geraten.¹²⁵

118 Häuser (Fn. 3), S. 113.

119 OLG Hamburg NJW-RR 1992, 746, 748; GRURInt 1992, 390, 391; hierauf besonders hinweisend Lecheler, Ad Legendum 1/2018, 23 sowie jüngst auch Benz (Fn. 6), S. 389.

120 Leaffer (Fn. 30), § 10.10 (S. 508): „The case law frequently states that this factor is the single most important element of fair use“.

121 Kritisch hierzu unter dem deutschen Recht Apel, in: Hennemann/Sattler (Fn. 28), S. 237, 242 zur Verwendung von Samples von und in Stücken aus demselben Genre.

122 Leaffer (Fn. 30), § 10.10 (S. 508 f.) unter Verweis u.a. auf Court of Appeals for the 9th Circuit, 336 F. 3d 311 – Kelly v. Arriba Soft (2003).

123 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 593 – Campbell v. Acuff-Rose Music (1994); Abrams (Fn. 26), § 15:88; Leaffer (Fn. 30), § 10.10 (S. 509) unter Verweis u.a. auf Court of Appeals for the 6th Circuit, 491 F. 3d 574 – Zomba Enters v. Panorama Records (2007); vgl. auch Wegmann, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung des § 24 UrhG und die verwandten Schutzrechte, 2013, S. 241 ff.

124 Ladeur, ZGE/IPJ 8 (2016), 447; Apel, in: Hennemann/Sattler (Fn. 28), S. 237, 242.

125 Vgl. nur Benz (Fn. 6), S. 406 ff.; Ohly, Urheberrecht in der digitalen Welt. Gutachten F zum 70. deutschen Juristentag, 2014, S. F 41. – Benz' a.a.O. S. 407 f. geäußerte Annahme, dass es zirkulär wäre, eine ökonomische Auswirkung auf den Inhaber des Rechts an der gesampleten Aufnahme schon dann anzunehmen, wenn diesem eine Lizenzgebühr entginge, ist jedoch nicht überzeugend: Sie verkennt, dass zumindest nach dem im deutschen UrhG verkörperten Schutzsystem bei § 85 UrhG tatsächlich selbst kleinste Teile einer Tonaufnahme dem Hersteller der Tonaufnahme aktiv zugewiesen sind (holistischer Ansatz, s. oben Text zu und in Fn. 9 f.; entsprechend zu § 85 UrhG auch schon Apel, ZGE/IPJ 3 [2010], 331, 343 f.). Dies mag der EuGH eines Tages vielleicht anders sehen, aber derzeit ist diese Lösung unter dem UrhG widerspruchsfrei und plausibel.

III. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen für einen souveränen Umgang mit referenziellen Werknutzungen sind unter dem U.S.-Copyright günstig: Konzeptionell ist das Copyright als utilitaristisch motivierte Rechtsgewährung mit ausdrücklicher entsprechender Grundlage unmittelbar in der U.S.-Verfassung darauf ausgerichtet, die Schaffung neuer Werke zu fördern – auch, wenn diese alte Werke aufgreifen. Zudem spielen Urheber-Persönlichkeitsrechte letztlich keine Rolle. Insoweit kann man der „Fair Use“-Schranke wohl ein „Recht auf Referenz“ im hier verstandenen Sinne entnehmen.

Über das konkrete Ausmaß dieses Rechts ist damit freilich noch nichts gesagt. Da das Copyright ein rein ökonomisch geprägtes Recht ist, ist Kern der Prüfung letztlich oftmals, ob negative ökonomische Konsequenzen durch die referenzielle Werknutzung für den Rechteinhaber zumutbar sind. Die „Fair Use“-Schrankengeneralklausel bietet hierfür einen flexiblen und anpassungsfähigen Rahmen. Die Kehrseite ist freilich evident: Trotz Fallgruppenbildung stößt man bei den einzelnen „Fair Use“-Kriterien auf ein hohes Maß an Unsicherheit. Die Frage, ob eine bestimmte Nutzung „Fair Use“ ist oder nicht, ist im Vorhinein – so der Eindruck aus deutscher Perspektive – oftmals nicht zuverlässig einschätzbar. Dies ist zwar im deutschen Recht unter § 24 UrhG – der, wie gesagt, eine nicht unmittelbar mit „Fair Use“ vergleichbare Vorschrift ist¹²⁶ – nicht anders.¹²⁷ Jedoch ist die Rechtsunsicherheit für die (kreativen) Werknutzer, die Referenzen in ihr neues Werk einbeziehen wollen, auch in den USA wohl ein großes Problem.

D. Sound Sampling in der Rechtsprechung zum U.S.-Copyright

Die vorstehend erarbeiteten Grundsätze sollen nun anhand der rechtlichen Behandlung des Sound Samplings durch U.S.-Gerichte kurz exemplifiziert werden. Anspruch auf Vollständigkeit wird hierbei nicht erhoben.¹²⁸

I. Ausgangspunkt: „*Business as usual*“¹²⁹

Die in den USA mit Copyright-Verletzungsfällen befassten Gerichte haben zunächst schlicht die allgemeinen Kriterien des Copyright für die Bewertung referenzieller Werknutzungen angewendet und das Sound Sampling mal für unzulässig, mal für zulässig gehalten.

Beispielsweise wurde in einem Verfahren aus dem Jahr 1991 durch einen District Court die unkonsentiierte Benutzung einer kurzen Vokalsequenz (drei Worte) und der dazugehörigen Melodie aus einer Tonaufnahme als Copyrightverletzung an der betroffenen musikalischen

126 S. oben Text zu und in Fn. 76.

127 Vgl. nur *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 30), § 24 UrhG Rn. 15 ff.

128 Eingehend allgemein zu „Fair Use“ in der Musik *Lee*, 59 B.C. L. Rev. 1873 (2018).

129 Vgl. den Titel des Debut-Albums von *Men at Work*, Columbia Records (1981).

schen Komposition eingeordnet, wobei eine Einordnung dieser Nutzung als *de minimis* (und somit schon im Ansatzpunkt nicht rechtsverletzend) abgelehnt wurde; „Fair Use“ und eine damit einhergehende Rechtfertigung des Eingriffs wurde nicht erörtert und das Gericht stellte programmatisch an den Eingang der Entscheidung den geradezu biblischen Leitsatz: „Thou shalt not steal.“¹³⁰ Im Jahre 1993 stellte sich ein anderer District Court ebenfalls auf den Standpunkt, dass die Entnahme eines kurzen Elements einer Komposition im Wege des Sampling eine Copyright-Verletzung darstellen kann, und zwar wenn dieses Element selbst hinreichend originell für einen Copyright-Schutz ist und die Übernahme keinen unbedeutenden Teil der Ursprungskomposition betrifft.¹³¹ Dies entspricht der normalen Anwendung der *de minimis*-Doktrin.

Es gab aber auch Fälle, in denen die Gerichte unkonsentiertes „Sound Sampling“ für zulässig erachteten, und zwar bereits unter der *de minimis*-Doktrin: In einem entschiedenen Fall ging es um eine Sequenz aus drei Noten Gesang des Originals vor einem Flötenklang, die nicht genügte, um das neue Werk als „substantially similar“ zum Ursprungswerk des Samples einzuordnen.¹³² In der bereits erwähnten Entscheidung *Campbell v. Acuff-Rose Music* war ein kommerzieller Sampling-Fall zudem als „Fair Use“ – wegen Parodie – eingestuft worden.¹³³

Die U.S.-Gerichte spielten in der Gesamtschau gegenüber dem Kulturphänomen des Sound Sampling also die Flexibilität des Copyright-Systems aus und behandelten dieses – wenn auch mit divergierenden Ergebnissen im Einzelfall – nach den allgemeinen Grundsätzen.¹³⁴

130 District Court for the Southern District of New York, 780 F. Supp. 182 – *Grand Upright Music v. Warner Bros* (1991) (zum wörtlichen Zitat S. 183); hierzu *Niemann/Mackert*, EIPR 2013, 356, 357.

131 District Court of New Jersey, 827 F. Supp. 282 – *Jarvis v. A&M Records* (1993).

132 Court of Appeals for the 9th Circuit, 349 F. 591 – *Newton v. Diamond* (2003); hier stand nur das Copyright an der Ursprungskomposition in Frage, da die Beklagte hinsichtlich des „sound recording“-Copyright ein Nutzungsrecht hatte.

133 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 578 ff. – *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994).

134 U.S. Supreme Court, 510 U.S. 569, 592. – *Campbell v. Acuff-Rose Music* (1994) weist zu Parodien freilich darauf hin, dass es hier wohl keinen Lizenzmarkt gibt, der durch die Parodie gestört werden könne, da kaum jemand eine Lizenz zur Parodie des eigenen Werkes erteilen würde – zwingend erscheint dies freilich, bedenkt man etwa den immensen Erfolg mancher Filmparodie, nicht.

II. „Singer of strange Songs“:¹³⁵ *Bridgeport Music v. Dimension Films* (2005)

1. Das Urteil

So hätte es weitergehen können, wenn nicht 2005 der Court of Appeals for the 6th Circuit in einem Sampling Fall die *de minimis*-Doktrin als für das Sampling von „sound recordings“ unanwendbar erklärt hätte.¹³⁶ In Rede stand – insoweit *Metall auf Metall* nicht unähnlich¹³⁷ – die Übernahme einer zweisekündigen Tonsequenz aus einer älteren Tonaufnahme als Loop in eine Neuaufnahme.¹³⁸ Der Court of Appeals for the 6th Circuit erblickte hierin eine Copyright-Verletzung.

Das Gericht stellte sich auf den (seinerzeit überraschenden) Standpunkt, dass die allgemein anerkannte *de minimis*-Doktrin für Fälle des Sound Sampling – und nur für diese! – nicht anwendbar sei.¹³⁹ Für diese Position berief es sich primär auf den Wortlaut von § 114 lit. b CA,¹⁴⁰ der hier unter Ziff. A.II.1 wiedergegeben ist. Nach dessen Wortlaut würde das Vervielfältigungsrecht an „sound recordings“ ausdrücklich nur von solchen neuen „sound recordings“ nicht berührt, die *vollständig* („entirely“) aus neu eingespielten Tönen bestünden.¹⁴¹ Zudem sei jeder Auszug aus einer Tonaufnahme schon aufgrund der Fixierung in dieser hinreichend originell für einen eigenständigen Copyright-Schutz und verkörpere einen wirtschaftlichen Wert, da der Samplende sich durch die Übernahme das eigene Einspielen erspare.¹⁴² Folglich, so das Gericht, gleiche das Sound Sampling mehr einer „physischen“ als einer „immateriellen“ Wegnahme.¹⁴³ Weiter bestünde auch kein Bedürfnis für die Anwendung der *de minimis*-Doktrin auf Sound Sampling, da es nach dem CA gerade jedermann freistehe, die gewünschten Töne selbst nachzuspielen – denn diese seien unter dem CA gemeinfrei.¹⁴⁴

135 Entliehen vom gleichnamigen Stück von *1349* von dem Album „*Beyond the Apocalypse*“, Spinefarm Records (2004).

136 410 F. 3d 792, 798 – *Bridgeport Music v. Dimension Films*. Hierzu *Apel* (Fn. 18), S. 311 ff.; *Salagean* (Fn. 70), S. 264 f.

137 Vgl. nur *Reilly*, 13 Minn. J. L. Sci. & Tech. 153, 155 f. (2012); *Wagner*, MMR 2016, 513, 515.

138 *Schulze*, in: FS Walter (Fn. 5), S. 504, 514 f. weist mit Recht darauf hin, dass die Verwendung auch einer kurzen Sequenz als Sample in einem Loop ggf. die künstlerische Eigenständigkeit des jüngeren Stückes reduziert, da der Loop ggf. längere Passagen bzw. – wie in *Metall auf Metall* – das gesamte jüngere Stück durchziehen kann.

139 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 798 – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

140 S. o. B.II.

141 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 800 f. – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

142 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 801 f. – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

143 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 802 – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

144 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 801 – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

Schließlich betont das Gericht, dass selbstverständlich auch in Sampling-Fällen die „Fair Use“-Schranke des § 107 CA anwendbar bleibe¹⁴⁵ – wobei, was das Gericht aber nicht ausspricht, das Argument, dass jedermann die betroffenen Themen selbst einspielen kann, den Spielraum für diese verengen dürfte. Die Position des Gerichts fasste dieses in einer inzwischen berühmt gewordenen und programmatischen „bright line rule“ zusammen: „Get a license or do not sample“.¹⁴⁶

2. Rezeption des Urteils in Literatur und Rechtsprechung

Das Urteil wurde in der U.S.-Literatur überwiegend¹⁴⁷ sehr kritisch aufgenommen.¹⁴⁸ Vor allem wurde kritisiert, dass das Urteil für das Sound Sampling eine Ausnahme von der Anwendung der *de minimis*-Doktrin macht, ohne dass dies durch den Wortlaut des § 114 lit. b CA, der ausschließlich das Ziel habe, das Copyright an Tonaufnahmen gegenüber anderen Werkarten zu beschränken und nicht, sie auszudehnen, gerechtfertigt sei.¹⁴⁹ Außerdem störe das Urteil den verfassungsrechtlichen Zweck des Copyright, nämlich die Förderung der Kreativität im Interesse der Allgemeinheit.¹⁵⁰ Die vom Gericht genannten Alternativen würden hieran nichts ändern: Die grundsätzliche Nachspielbarkeit der gesampleten Sequenz sei kein Argument, da die Originalaufnahme gerade nicht nachspielbar sei.¹⁵¹ Der Hinweis auf die Möglichkeit eines Lizenzerwerbs gehe oft ins Leere, da entsprechende Lizenzen oftmals verweigert würden.¹⁵²

Auch die sonstige Rechtsprechung hat *Bridgeport* kritisch aufgenommen. So lehnte ein New Yorker Gericht die Anwendung des Urteils in einem Sound Sampling-Fall explizit mit dem Argument ab, dass die Lesart des *Bridgeport*-Gerichts von § 114 lit. b CA nicht überzeuge und die *de minimis*-Doktrin auch auf Tonaufnahmen anwendbar sei,¹⁵³ ebenso ver-

145 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 805 – *Bridgeport Music v. Dimension Films*.

146 Court of Appeals for the 6th Circuit, 410 F. 3d 792, 801 f. – *Bridgeport Music v. Dimension Films*, zu den wörtlichen Zitaten.

147 Grundlegend anders allerdings *Reilly*, 31 Col. J. L. & Arts, 355 (2008), die die Legitimität des Sound Samplings als Technik insgesamt in Zweifel zieht.

148 *Apel* (Fn. 18), S. 313 ff.; *Döhl*, Mashup in der Musik, 2016, S. 176 f. Fn. 2, jeweils m.w.N. – Exemplarisch *Patry* (Fn. 100), 9:209: „One of the most wrong-headed copyright opinions in 300 years of case law“; *Leaffer* (Fn. 30), § 8.09 [B] (S. 322): „*Bridgeport* is a departure from sound copyright law and policy“ (Hervorhebung im Original). Kritisch jüngst auch wieder z.B. *Abuhoff*, 83 Brook. L. Rev. 405, 425 ff. (2017); *Love*, 22 UCLA J. L. & Tech 1, 6 ff. (2018).

149 S. nur *Anonym*, 118 Harv. L. Rev. 1355, 1359 f. (2005); *Schietinger*, 55 DePaul L. Rev. 209, 230 ff. (2005).

150 *Schietinger*, 55 DePaul L. Rev. 209, 233 f. (2005).

151 *Anonym*, 118 Harv. L. Rev. 1355, 1362 (2005); *Schietinger*, 55 DePaul L. Rev. 209, 236 (2005).

152 *Osterberg*, 53 J. Copyright Soc’y USA 619, 640 (2006).

153 New York Supreme Court, 89 U.S.P.Q.2d 1593, 1596 f. – *EMI Records v. Premise Media* (2008).

fuhr ein Gericht aus Florida.¹⁵⁴ Zahlreiche weitere Gerichte haben sich diese Position zu Eigen gemacht, sodass letztlich nur die Gerichte, die durch die *Bridgeport*-Entscheidung direkt gebunden sind, sich ihr angeschlossen haben.¹⁵⁵

III. „(You gotta) fight for your right (to party!)“¹⁵⁶ – *VMG v. Madonna* und ein klares Nein zur „bright line rule“

Die geschilderte Ablehnung von *Bridgeport* in Rechtsprechung und Literatur hat 2016 auch zu einer ablehnenden Entscheidung eines anderen Court of Appeals geführt.¹⁵⁷ Hierdurch wurde ein „Split“ zwischen dem 6. und dem 9. Bezirk herbeigeführt, was eine Befassung des U.S. Supreme Court mit der Frage der Zulässigkeit des Sound Samplings wahrscheinlich gemacht hat.¹⁵⁸

Die Entscheidung behandelt die unkonsentiierte Verwendung eines 0,23 Sekunden (!) langen Samples aus einer Tonaufnahme des Stückes „Ooh I Love It (Love Break)“¹⁵⁹ in dem Madonna-Stück „Vogue“.¹⁶⁰ Das Gericht knüpfte bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verwendung des Samples an¹⁶¹ seine Entscheidung in *Newton v. Diamond*¹⁶² an und brachte auch hier die *de minimis*-Doktrin zur Anwendung. Das Gericht entschied, dass die Verwendung des Samples – welches für den Durchschnittshörer von „Vogue“ nicht als aus der älteren Tonaufnahme stammend zu erkennen war – nach diesem Maßstab keine Copyright-Verletzung darstellt.¹⁶³ Dabei weist das Gericht ausdrücklich und energisch auch

154 District Court of Florida (S. D.), 687 F. Supp.2d 1325 – *Saregama India v. Mosley* (2009); *Apel*, MIR 2010, Dok. 048 Rn. 15 ff.

155 S. die Nachweise bei Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 886 – *VMG v. Madonna* (2016).

156 Entliehen vom gleichnamigen Stück der *Beastie Boys* von dem Album „*Licensed to Ill*“, Def Jam/Columbia (1986). – Das Covermotiv dieses Albums wurde übrigens 2018 von *Eminem* in abgewandelter, aber referenzieller Form für dessen Album „*Kamikaze*“, Aftermath/Interscope/Shady Records (2018), verwendet; über Copyright-Streitigkeiten hierzu ist bislang allerdings nichts bekannt.

157 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 886 – *VMG v. Madonna* (2016) hierzu knapp *Schonhofen*, GRURPrax 2016, 277, 279, und eingehend *Kocatepe*, GRURInt 2018, 11.

158 S. oben Fn. 21, 24.

159 Einer Single des *Salsoul Orchestra*, Salsoul Records (1983).

160 „Vogue“ findet sich ursprünglich auf *Madonnas* Soundtrack-Album „*I'm breathless*“, Sire/Warner Bros. (1990).

161 Da das in Rede stehende *Madonna*-Stück seinerseits bereits 25 Jahre alt ist, stellt sich die Frage, warum hier kein Verjährungseinwand eingegriffen hat; hierzu knapp *Goldman*, <https://blog.ericgoldman.org/archives/2016/06/de-minimis-music-sampling-isnt-infringement-salsoul-v-madonna.htm> unter Verweis auf U.S. Supreme Court, 572 U.S. 12-1315 (2014) – *Petrella v. Metro-Goldwyn-Mayer*, wonach es für den Beklagten in Copyright-Fällen zumindest schwierig ist, sich gegen Schadensersatzansprüche mit dem Verjährungs- bzw. Verwirkungseinwand zu verteidigen.

162 S. o. Text zu und in Fn. 132.

163 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 874 – *VMG v. Madonna* (2016).

die *Bridgeport*-Entscheidung und ihre „*bright line rule*“ zurück. Der Wortlaut des CA gebe nichts dafür her, dass die *de minimis*-Doktrin auf Tonaufnahmen nicht anwendbar sei. Insbesondere sei § 114 lit. b CA ausschließlich als Begrenzung des Copyright an „sound recordings“ gegenüber anderen Werkarten zu lesen; Zweck der Bestimmung sei lediglich gewesen, deutlich zu machen, dass kein Copyright an einer Tonaufnahme verletzt werde, wenn überhaupt keine Kopie, sondern ein unabhängiges Nachspielen stattfindet.¹⁶⁴ Dass der Gesetzgeber selbstverständlich davon ausgegangen sei, dass die *de minimis*-Doktrin auch auf „sound recordings“ anwendbar sei, folge im Übrigen auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zu § 114 lit. b CA:

„[...] infringement takes place whenever all *or any substantial portion* of the actual sounds [from a copyrighted sound recording] are reproduced in phonorecords [...]“¹⁶⁵

Das Argument in *Bridgeport*, dass das Copyright an einem „sound recording“ sich nicht auf jüngere Tonaufnahmen erstreckt, die vollständig aus neu eingespielten Tönen bestehen, was im Umkehrschluss bedeute, dass es alle Fälle erfasse, in denen die jüngere Tonaufnahme nicht vollständig aus neu eingespielten Tönen bestehe, sei unlogisch: Eine solche Zwangsläufigkeit existiere nicht.¹⁶⁶

Wie umstritten die Frage ist, zeigt jedoch die abweichende Meinung des Richters *Silverman* in *Madonna*.¹⁶⁷ Dieser verteidigt *Bridgeport* mit deutlichen Worten gegen die Mehrheitsmeinung, im Wesentlichen mit dem Argument, dass die identische Übernahme eines „sound recordings“ nicht schutzwürdig und Sampling letztlich eine Form des Diebstahls sei.¹⁶⁸

Ungeachtet dessen ist *Madonna* zu begrüßen.¹⁶⁹ Das Urteil stellt das Copyright an „sound recordings“ wieder vom „Kopf auf die Füße“. Der Copyright Act gibt tatsächlich nichts dafür her, dass eine Privilegierung (!) von „sound recordings“ gegenüber anderen Werkarten rechtfertigen würde.¹⁷⁰ Da letztere der *de minimis*-Doktrin unterliegen, muss dies auch für erstere gelten. Die *de minimis*-Doktrin bietet in Zusammenspiel mit der ggf. nachgeschalteten „Fair Use“-Schranke für das U.S.-Copyright das Potenzial, das Sound

164 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 881 ff., 883ff – VMG v. Madonna (2016).

165 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 883 f. – VMG v. Madonna (2016) mit Zitat aus HR Rep. No. 94–1476, 61 (1976); Hervorhebung im Original.

166 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 884 – VMG v. Madonna (2016). Näher zu den Gründen des Gerichts *Apel*, in: Sattler/Hennemann (Fn. 28), 237, 250 ff.

167 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 888 ff. – VMG v. Madonna (2016); hierzu etwa (krit.) *Burns*, 10 Drexel L. Rev. 445, 474, 483 ff. (2018).

168 Court of Appeals for the 9th Circuit, 824 F.3d 871, 886, 890 – VMG v. Madonna (2016): „fuzzy approach“; vgl. hierzu auch *Reilly*, Col. J. L. & Arts 31 (2008), 355.

169 S. knapp *Duhanic*, GRURInt 2016, 1007, 1016; *Landau*, Lindsey on Entertainment, Publ. & Arts, Bd. 4, 3. Aufl. Stand: 2017, § 8:2, 9:9 [Westlaw]; eingehend *Burns*, 10 Drexel L. Rev. 445 (2018); *Love*, 22 UCLA J. L. & Tech 1 (2018); *Mispagel*, 62 St. Louis U. L.J. 461, 474 ff. (2018).

170 *Mispagel*, 62 St. Louis U. L.J. 461, 476 ff. (2018).

Sampling abhängig vom Einzelfall angemessen zu behandeln.¹⁷¹ Die hiermit einhergehende Rechtsunsicherheit ist dem Copyright und dem Konzept einer Schrankengeneralklausel in gewisser Weise immanent¹⁷² und daher hinzunehmen. Demgegenüber ist das einzige bleibende Argument für die „bright line rule“ in *Bridgeport* die mit ihr verbundene Rechtssicherheit.

E. Fazit – „Warum kanns nicht perfekt sein?“¹⁷³

Nach alledem zeigt sich, dass das U.S.-Copyright hinsichtlich der zufriedenstellenden Behandlung von Sound Sampling-Fällen (und sonstigen referenziellen Werknutzungen) aufgrund der rein ökonomischen Anlage, der utilitaristischen Rechtslage und der fehlenden urheberpersönlichkeitsrechtlichen Unterfütterung flexibler aufgestellt sein dürfte als das deutsche (und europäische) Urheberrecht und dass es über die „Fair Use“-Schranke in § 107 CA grundsätzlich auch ein „Recht auf Referenz“ bereithält.

Gleichwohl zeigt *Bridgeport*, dass – offenbar auch aufgrund gewisser moralischer Vorbehalte gegen die Technik des Samplings sowie der unglücklich formulierten gesetzlichen Bestimmung in § 114 CA – auch das U.S.-Recht ein großes Konfliktpotenzial in Fällen des Sound Sampling birgt. Ausgerechnet diesen nach U.S.-Recht letztlich (vorbehaltlich einer gegenteiligen Bewertung der involvierten Fragen durch den U.S. Supreme Court) falsch entschiedenen Fall musste der BGH sich aussuchen, um seiner ersten *Metall auf Metall*-Entscheidung einen internationalen Anstrich zu verpassen. Auch wenn es zunächst nur um den Schutz kleinster Schnipsel von Tonaufnahmen ging, die der BGH (insoweit *de lege lata* zu Recht) für § 85 UrhG annahm, verkannte der BGH offenbar, dass gerade dieser Punkt von *Bridgeport* gegen die absolut herrschende Meinung in den USA entschieden wurde. Möglicherweise hat dies dazu beigetragen, dass der BGH, anstatt direkt durch die im Wege der Auslegung jedenfalls plausible Einschränkung des Schutzbereichs des § 85 UrhG einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Tonträgerhersteller und der samplenden Künstler herbeizuführen, diesen Ausgleich über die ungerechtfertigte Anwendung des § 24 UrhG herbeiführen wollte und sich so in einer Reihe von nicht überzeugenden Konstruktionen verstrickte.

171 Entsprechend jüngst – ohne auf *Bridgeport* eingehen zu müssen, da *de minimis* nicht in Rede stand – District Court of New York, No. 1:2014 CV 02703 – Estate of James Oscar Smith v. Cash Money Records, Inc. (2017), der mustergültig die Verwendung eines Samples durch den Rapper Drake an der „Fair Use“-Schranke maß; hierzu *Kocatepe*, GRURInt 2018, 11.

172 *Kleinemenke*, ZGE/IPJ 5 (2013), 103, 113 f. weist freilich mit Nachdruck darauf hin, dass die gegenüber dem Schranken katalog des europäischen bzw. deutschen Urheberrechts größere Rechtsunsicherheit bei der „Fair Use“-Schranke durch entsprechendes Fallrecht relativiert würde, wie in den USA zu beobachten sei.

173 Diese Frage stellen *Die Ärzte* auf dem Stück „Perfekt“ vom Album „Jazz ist anders“, Hot Action Records (2007).

Ob freilich U.S.-Gerichte *Metall auf Metall* unter dem Copyright anders entschieden hätten, als es der BGH in den ersten beiden *Metall auf Metall*-Entscheidungen getan hat, erscheint durchaus zweifelhaft: Es liegt zumindest nahe, dass das im streitgegenständlichen Stück als Loop – also durchgehend wiederholte – zweisekündige Sample aus „*Metall auf Metall*“ dazu führt, dass Ausgangsstück und streitgegenständliches Stück einander „substantially similar“ sind, sodass eine Berufung auf *de minimis* ohnehin ausscheiden würde. Ob diese Nutzung dann als „Fair Use“ eingestuft werden würde, ist angesichts der zwiespältigen Ergebnisse, die U.S.-Gerichte bei der Anwendung der „Fair Use“-Schranke auf Sound Sampling-Fälle erzielt haben, ebenfalls nicht zwingend. Offenkundig ist also auch die „Fair Use“-Schranke kein „Allheilmittel“ zur Behandlung referenzieller Nutzungen von vorbestehenden Werken.

Für das deutsche bzw. europäische Recht bleibt zu wünschen, dass die Normsetzer endlich Kraft und Willen finden, eine (ggf. vergütungspflichtige) und in die europäische Schrankensystematik eingebundene Schranke für die kreative Nutzung von vorbestehenden *Leistungen und Werken* zu definieren, die die Interessen aller Beteiligten zu einem sinnvollen Ausgleich bringt und idealerweise auch die urheberpersönlichkeitsrechtliche bzw. interpretenpersönlichkeitsrechtliche Problematik gleich mit behandelt (etwa Freizeichnung durch einen Hinweis, dass der Rechteinhaber das Sampling nicht autorisiert hat).¹⁷⁴ Dies könnte durchaus einen nochmaligen Gewinn an Rechtssicherheit sowohl gegenüber der U.S.-amerikanischen „Fair Use“-Schranke als auch gegenüber der freien Benutzung nach § 24 UrhG (mit all ihren Schwierigkeiten im leistungsschutzrechtlichen Kontext) bringen.

174 Vgl. auch *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969; zurückhaltender *Schulze*, in: FS Walter (Fn. 5), S. 504, 518; eingehend *Pötzlberger* (Fn. 5), S. 371 ff. m.w.N.

Die kanadische UGC-Schranke als Modell für ein Recht auf Referenz

*Ass. iur. Sibel Kocatepe, LL.M. (Köln/Istanbul)*¹

I. Postmoderne Referenzkunst im digitalen Zeitalter	83	2. Das Verwertungsrecht für kommerziell agierende Intermediäre	90
II. Urheberrechtliche Problematik	85	3. Privilegierung referenzieller Schaffenspraktiken	91
III. Die kanadische UGC-Schranke im Lichte der Referenzkultur ..	87	4. Bewertung	92
1. Das Recht zur nicht-kommerziellen Verwertung des Nutzers	88	IV. Ausblick	94

Kreatives Werkschaffen wie Sampling, Fanfiction, Appropriation Art, Mash-ups oder Memes zeichnen sich alle durch ein prägendes stilistisches Element aus: die Referenz. Als künstlerische Bewegung der Postmoderne schaffen Künstler neue Werke auf Grundlage bereits bestehender – nicht selten urheberrechtlich geschützter – Werke Dritter und bedienen sich dabei vielfach auch neuer Technologien, die ihnen die Vervielfältigung und Bearbeitung des Originalwerks sowie die Verbreitung des neuen Werks vereinfachen. Doch diese Art kreativen Werkschaffens bewegt sich angesichts mangelnder Schrankenregelungen in einer Vielzahl von Rechtsordnungen in einem rechtlichen Graubereich. Dass in der Folge auf der einen Seite Originalurheber einen verstärkten Schutz ihres Urheberrechts und auf der anderen Seite die Künstler eine ihr referenzielles Werkschaffen erlaubende Schrankenregelung fordern, verwundert daher nicht.

Einen vorzugswürdigen Ansatz zur Lösung dieses Interessenkonflikts hat der kanadische Gesetzgeber mit Einführung einer Schranke für nicht-kommerzielle nutzergenerierte Inhalte in Sec. 29.21 Copyright Act of Canada unternommen. Welche Nutzungsformen diese Schrankenregelung genau umfasst, wie sie im Kontext referenziellen Werkschaffens zu bewerten ist und warum sie gar als Modell für ein Recht auf Referenz bezeichnet werden kann, wird in diesem Beitrag näher erläutert.

I. Postmoderne Referenzkunst im digitalen Zeitalter

Referenzen setzen, bedeutet, auf ein anderes Werk Bezug zu nehmen, es in einen anderen Kontext zu setzen oder es schlicht wiederzuverwenden und dabei zugleich etwas Neues zu

¹ Die Verfasserin ist Doktorandin im Sonderforschungsbereich 1187 "Medien der Kooperation", Teilprojekt "Medienpraktiken und Urheberrecht – Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz" der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Universität Siegen.

schaffen.² Da die Kunst dabei primär in der Verwendung eines bestehenden Werkes liegt, wird die Legitimation dieser Form kreativen Werkschaffens von Teilen der Gesellschaft in Frage gestellt oder gar als minderwertig degradiert.³ Doch diese Ansicht verkennt letztlich das Wesen der Kunst einerseits und die Rolle der Referenzkunst in der westlichen Kultur.⁴ Denn Referenzkunst hat ihren verdienten Platz in der Kunstwissenschaft: Diese noch recht junge Kunstform wird der Stilrichtung der sogenannten *Postmoderne* zugeordnet, die sich ihrerseits als „*Gegenbewegung zu der zunehmend als steril und totalitär empfundenen Moderne*“ sieht und dadurch gekennzeichnet ist, dass sie deren Innovationsstreben der Moderne durch die Proklamation des Zitats als künstlerisches Mittel eine Absage erteilt.⁵ Der Referenzkünstler möchte dabei kein Plagiat schaffen, sondern durch die Neupräsentation des Originals ein eigenständiges Kunstwerk erzeugen⁶ und damit einen Kommunikationsbeitrag leisten.⁷ Art und Umfang der Auseinandersetzung mit dem Original sind dabei sowohl zwischen den verschiedenen Kunstformen, als auch innerhalb der einzelnen Kunstformen mehr als heterogen. Dies zeigt auch ein Blick auf Referenzkunstformen wie beispielsweise Sampling,⁸ Remix,⁹ Mash-up,¹⁰ Appropriation Art,¹¹ Memes oder Fanfiction.¹²

Diese Kunstformen sind zwar nicht erst mit der Digitalisierung entstanden, haben mit dieser jedoch eine exponentielle Steigerung erfahren. Denn die Nutzungsmöglichkeiten so-

2 *Klass*, FS Schulze, 2017, S. 147, 148; *Claussen*, in: Djordjevic/Dobusch, *Generation Remix*, 2014, S. 79, 81; *Peifer*, FS Wandtke, 2013, S. 99, 101.

3 Vgl. *Hutcheon*, in: Hutcheon/O’Flynn, *A Theory of Adaptation*, 2013, S. 1, 2; *Klass*, FS Schulze, 2017, S. 147, 153.

4 So auch *Dreier*, GRUR 2011, S. 1059, 1059; *Klass*, FS Schulze, 2015, S. 147, 148; *Podszun*, ZUM 2016, S. 606, 607.

5 *S. Gern*, in: Hatje Cantz Verlag, *Kunstlexikon*, 2003, abrufbar unter <http://www.hatjecantz.de/post/moderne-5051-0.html> (zuletzt abgerufen am 24.4.2019). Für einen Überblick über die Kreativität in der Postmoderne s. auch *Peifer*, FS Wandtke, 2013, S. 99, 100 f.

6 Vgl. *Rebbelmund*, *Appropriation Art*, 1999, S. 11 ff.; *Peifer*, FS Wandtke, 2013, S. 99, 100.

7 *Peifer*, FS Wandtke, 2013, S. 99, 100; vgl. *Rebbelmund*, *Appropriation Art*, 1999, S. 18.

8 Die Rechtsprechung definiert Sampling als “*the actual physical copying of sounds from an existing recording for use in a new recording, even if accomplished with slight modifications such as changes to pitch or tempo.*”, *VMG Salsoul, LLC. v. Madonna Louise Ciccone*, 824 F.3d 871, 875 (2016); vgl. auch *Newton v. Diamond*, 388 F.3d 1189, 1192 (2004). S. auch *Wagner*, MMR 2016, S. 513; *Spieß*, ZUM 1991, S. 524; *Döhl*, *Mashup in der Musik*, 2016, S. 13.

9 Für eine Erläuterung des Begriffs Remix s. *Summerer*, *Illegale Fans*, 2015, S. 32 f.

10 Für eine Erläuterung des Begriffs Mash-up s. *Summerer*, *Illegale Fans*, 2015, S. 33 f.; *Gelke*, *Mashups im Urheberrecht*, 2013, S. 14; *Wilke*, in: *Mundhenke/Arenas/Wilke*, *Mashups*, 2015, S. 11, 13.

11 Für eine Auseinandersetzung mit der Appropriation Art s. *Raue*, FS Pfennig, 2011, S. 199, 202; *Peifer*, FS Wandtke, 2013, S. 99, 112; *Schack*, FS Nordemann, 2004, S. 107, 113; *Huttenlauch*, *Appropriation Art*, 2010, S. 22; *Rebbelmund*, *Appropriation Art*, 1999, S. 11 f.; *Greenberg*, *Cardozo Art & Ent. L. J.* 11: 1, 15 (1992); *Sherman*, *Appropriating the Postmodern*, 1995, S. 31, 54.

12 Für eine detaillierte Darstellung dieses Medienphänomens siehe auch *Reißmann/Klass/Hoffmann*, *POP: Kultur und Kritik*, 1/2017, S. 154 ff.; *Reißmann/Stock/Kaiser/Isenberg/Nieland*, *Media and Communication*, 2017, 5(3), S. 15 ff.

wie die Nutzungsbedürfnisse auf der einen Seite und die Kunst- und Kulturlandschaft auf der anderen Seite haben sich enorm verändert: Technologien zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke führten zu einer qualitativen und quantitativen Steigerung der Werknutzungen, da es dem Nutzer nunmehr sehr einfach möglich ist, Inhalte zu speichern, sie ohne Qualitätsverlust zu vervielfältigen und über das Internet weltweit einer breiten Masse zugänglich zu machen.¹³ Verschärft hat sich diese Problematik darüber hinaus in Anbetracht der zunehmenden Internationalisierung und der Grenzenlosigkeit des Internets, wodurch zugleich auch kollisionsrechtliche Probleme entstanden sind.

Mit dieser schier uferlosen Nutzungs- und Verbreitungsmöglichkeit geht letztlich in einer Vielzahl der Fälle auch eine massenhafte Missachtung des Urheberrechts einher – insbesondere auch über die nationalen Grenzen hinaus.¹⁴ Die Konsequenz ist eine global zu beobachtende Legitimationskrise des Urheberrechts.¹⁵

II. Urheberrechtliche Problematik

Referenzielle Formen der künstlerischen Auseinandersetzung mit bestehenden Werken spielen eine bedeutende Rolle in der westlichen Kultur¹⁶ und stellen nun auch das Urheberrecht vor neue Herausforderungen. Dies gilt nicht nur für das noch aus dem 19. Jahrhundert stammende deutsche Urheberrechtsgesetz, vielmehr handelt es sich um ein global zu beobachtendes Phänomen: tradierte Begriffe des Urheberrechts¹⁷ prallen auf die dynamische Kunst- und Kulturlandschaft des 21. Jahrhunderts¹⁸ und führen zu urheberrechtlichen Konflikten.¹⁹

Für diese Konflikte bedarf es einer Lösung – nicht zuletzt auch deshalb, weil referenzielle Kunstformen keinesfalls Randbereiche kreativen Werkschaffens bilden, sondern sich zu Massenphänomenen entwickelt haben, die zwingend einer rechtlichen Reflexion bedürfen. Auch, wenn referenzielle Kunstwerke in ihrer praktischen Ausgestaltung sehr unterschiedlich sind, haben sie doch mit Blick auf das Urheberrecht eines gemeinsam: die Kollision von Interessen. Während auf der einen Seite die Künstler sich des bestehenden kulturellen

13 *Roßnagel/Jandt/Schnabel*, MMR 2010, S. 8; *Zwengel*, Kulturflatrates, 2012, S. 26.

14 *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Einl. Rn. 23 f.; *Spindler*, in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 227, 227.

15 Vgl. für das deutsche Recht *Metzger*, ZUM 2018, S. 233, 241. Eingehend zur Legitimationskrise des Urheberrechts s. *Zwengel*, Kulturflatrates, 2012, S. 25 ff.

16 So auch *Dreier*; GRUR 2011, S. 1059, 1059; *Podszun*, ZUM 2016, S. 606, 607; *Klass*, FS Schulze, 2015, S. 147, 148.

17 *Fierdag*, Aleatorik in der Kunst und das Urheberrecht, 2004, S. 54; *Podszun*, ZUM 2016, S. 606, 607 f.; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, S. 881, 883.

18 So auch *Podszun*, ZUM 2016, S. 606, 607 f.; *Dreier*; GRUR 2011, S. 1059; *Klass*, FS Schulze, 2017, S. 147, 154.

19 Beispiele für urheberrechtliche Konflikte über postmoderne Referenzkunst enthält *Kocatepe*, in: *Hennemann/Sattler*, Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 257 ff.

Guts bedienen und dieses ohne finanzielle Risiken oder künstlerische Einschränkungen für die Schaffung ihrer eigenen Werke nutzen möchten,²⁰ wollen die Originalurheber ihr geistiges Eigentum möglichst umfassend vor der Ausbeutung schützen und auch abhängige Werknutzungen kontrollieren.²¹ Diese Interessenkollision ist letztlich eine Grundrechtskollision, die auch über die Grenzen des deutschen Urheberrechts hinaus primär zwischen der Kunstfreiheit und der Eigentumsfreiheit auftritt.²²

Maßstäbe zu etablieren, anhand derer eine angemessene Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke durch die Öffentlichkeit erfolgen kann, ist eine Aufgabe, der sich die Gesetzgeber auch international durch privatrechtliche Regelungen des Urheberrechts und deren verfassungsmäßige Auslegung stellen.²³ Oberstes Ziel ist dabei die Schaffung einer Balance zwischen den widerstreitenden Interessen im Einzelfall und die Überwindung der Legitimationskrise des Urheberrechts im Allgemeinen. Dieser Herausforderung hat sich der kanadische Gesetzgeber im Jahre 2012 im Rahmen des *Copyright Modernization Acts*²⁴ mit der Einführung einer Schranke für nicht-kommerzielle, nutzergenerierte Inhalte in Sec. 29.21 *Copyright Act of Canada* („CAC“) gestellt und damit als erste Rechtsordnung²⁵ einen vielfach zuvor schon geforderten,²⁶ wichtigen Schritt zur Unterstützung der Referenzkunst getan.²⁷

20 BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 86 – Metall auf Metall.

21 Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2013, Rn. 10.

22 Vgl. dazu im deutschen Verfassungsrecht BVerfG NJW 1971, 1645 – Mephisto; NJW 1985, 261 – Anachronistischer Zug; NJW 1988, 325 – Herrnburger Bericht; NJW 1990, 1982 – Bundesflagge; NJW 2006, 596 – Künstlervertrag; NJW 2008, 39 – Esra; GRUR 1972, 481, 483 – Schulbuchprivileg; GRUR 1989, 193 – Vollzuganstalten; GRUR 2012, 53 – Le-Corbusier-Möbel; GRUR 2014, 169 Rn. 87 – Übersetzerhonorare; *Kempfen*, in: BeckOK, Art. 5 GG Rn. 168 ff.; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 GG Rn. 315.

23 Für das deutsche Urheberrecht vgl. BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 70 – Metall auf Metall; GRUR 2012, 53 – Le-Corbusier-Möbel; GRUR 2014, 196 – Übersetzerhonorare.

24 Copyright Modernization Act, SC 2012, c 20, erhielt die königliche Zustimmung am 29.6.2012 und trat am 7.11.2012 in Kraft; abrufbar unter http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2012_20/FullText.html (zuletzt abgerufen am 24.4.2019). Für eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten Reformen s. *Geist*, in: Okediji, Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions, 2017, S. 192 ff.

25 *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 23:3 (2017); *Hebb*, 26 I.P.J. 237 (2014).

26 *Chik*, 11 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. i 242, 257 ff. (2011-2012); *Harper*, 39 Hofstra L. Rev. 405 (2010-2011); *Lessig*, Remix, 2008, S. 254 ff.

27 Für eine detaillierte Darstellung der UGC-Schranke im Kontext des kanadischen Urheberrechts s. *Kocatepe*, GRUR 2017, 400 ff.

III. Die kanadische UGC-Schranke im Lichte der Referenzkultur

Die kanadische Schranke für nutzergenerierte Inhalte, allgemein auch als „YouTube“-Schranke bezeichnet,²⁸ kann Referenzkunst unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen immer dann privilegieren, wenn Künstler unautorisiert auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk Bezug nehmen,²⁹ dessen Verwertung grundsätzlich exklusiv dem Urheber des Originalwerks³⁰ vorbehalten ist.³¹ Der Gesetzgeber hat dazu folgende Normierung unter dem Titel „Non-commercial User-generated Content“ gewählt:

“**29.21 (1)** It is not an infringement of copyright for an individual to use an existing work or other subject-matter or copy of one, which has been published or otherwise made available to the public, in the creation of a new work or other subject-matter in which copyright subsists and for the individual — or, with the individual’s authorization, a member of their household — to use the new work or other subject-matter or to authorize an intermediary to disseminate it, if

- (a) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter is done solely for non-commercial purposes;
- (b) the source — and, if given in the source, the name of the author, performer, maker or broadcaster — of the existing work or other subject-matter or copy of it are mentioned, if it is reasonable in the circumstances to do so;
- (c) the individual had reasonable grounds to believe that the existing work or other subject-matter or copy of it, as the case may be, was not infringing copyright; and
- (d) the use of, or the authorization to disseminate, the new work or other subject-matter does not have a substantial adverse effect, financial or otherwise, on the exploitation or potential exploitation of the existing work or other subject-matter — or copy

28 vgl. House of Commons Debates, 41st Parl, 1st Sess, No. 51 (22.11.2011), 1714 (Elizabeth May); Scassa, University of Ottawa Press, 431 (2013); Schabas/ Fischer/ DiMatteo, MLRC Bulletin (2013) Issue 2, abrufbar unter <http://www.medialaw.org/component/k2/item/1820> (zuletzt abgerufen am 24.4.2019); Katz, 12 Can. J. L. & Tech. 73, 97 (2014).

29 Sec. 5 (1) CAC normiert die Voraussetzungen für einen Schutz durch das Urheberrecht. Danach ist es Grundvoraussetzung für den Schutz eines Werkes, dass es (1) in die Werkkategorien der Literatur, Dramatik, Musik und der Kunst eingeordnet werden kann, (2) das Merkmal der Originalität trägt und (3) der Urheber zum Zeitpunkt der Schöpfung kanadischer Staatsbürger war oder einen regulären Sitz in einem Vertragsstaat hatte. Für eine Darstellung des enumerativen Werkkatalogs s. Goudreau, Intellectual Property Law, 2014, Rn. 22 f.; für eine vertiefte Erläuterung des Originalitätserfordernisses s. Drassinower, 1 UOLTJ 105 (2003–2004); Sookman, Computer, Internet and Electronic Commerce Law, Chapter 3, 3.1 (1989).

30 Dies umfasst im Fall der Referenzkunst insbesondere das Recht zur Schaffung derivativer Werke, das der Gesetzgeber ebenfalls dem Originalurheber zugewiesen hat, s. *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.* (2002), 2 S.C.R. 336, 372; *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 4:5; *O’Heany*, 12 Asper Rev. Int’l Bus. & Trade L. 75, 78 (2012).

31 Zur geschichtlichen Entwicklung dieser Schrankenregelung vgl. auch *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 23:3 (2017).

of it — or on an existing or potential market for it, including that the new work or other subject-matter is not a substitute for the existing one.

(2) The following definitions apply in subsection (1).

intermediary means a person or entity who regularly provides space or means for works or other subject-matter to be enjoyed by the public. (*intermédiaire*)

use means to do anything that by this Act the owner of the copyright has the sole right to do, other than the right to authorize anything. (*utiliser*)”

Im Folgenden wird nun ein Überblick über die Voraussetzungen der Schrankenregelung gegeben, bevor diese sodann im Anwendungsbereich referenzieller Kunstformen bewertet wird.

1. Das Recht zur nicht-kommerziellen Verwertung des Nutzers

Der persönliche Anwendungsbereich der Privilegierung nutzergenerierter Inhalte umfasst in ihrem persönlichen Anwendungsbereich Individuen als Nutzer,³² womit im Fokus der Regelung nur natürliche Einzelpersonen, nicht hingegen Mehrpersonenverhältnisse oder juristische Personen stehen.³³ Der sachliche Anwendungsbereich der Schrankenregelung beinhaltet die Herstellung eines nutzergenerierten Inhalts. Mangels Legaldefinition dieses Begriffs ist davon auszugehen, dass dies nach dem allgemein verbreiteten Verständnis all jene Materialien einschließt, die von Computernutzern auf Grundlage eines oder mehrerer bereits bestehender sowie zuvor veröffentlichter oder öffentlich verbreiteter urheberrechtlich geschützter Werke erstellt und ins Internet hochgeladen wurden.³⁴

Eine Privilegierung nutzergenerierter Inhalte ist unter der kanadischen Schrankenregelung jedoch nur dann möglich, wenn deren Nutzung zu nicht-kommerziellen Zwecken erfolgt.³⁵ Welche Nutzungs- und Verbreitungsformen der kanadische Gesetzgeber damit konkret zu umfassen beabsichtigt, ist angesichts der gerade im Internet fließenden Grenzen zwischen Kommerzialität und Nicht-Kommerzialität unklar und bedarf daher dringend der

32 Sec. 29.21 (1) CAC.

33 *Scassa*, in: Geist, *The Copyright Pentology*, 2013, S. 431, 436; *Chapdelaine*, 26 I.P.J. 1, 10. Um an dieser Stelle Rechtssicherheit zu schaffen, schlägt beispielsweise *Yu*, 32 Am. U. Int'l L. Rev. 283, 317 (2016-2017), die Formulierung „an individual Internet user“ vor.

34 *Glickman/Fingerhut*, 30 Ent. & Sports Law. 1, 3 (2012-2014); *Hetcher*, 10 Vand. J. Ent. & Tech. L. 863, 870 f. (2007-2008); *Savage*, 4 Mich. Bus. & Entrepreneurial L. Rev. 261, 263 f. (2014-2015); *Sundell*, 12 Minn. J.L. Sci. & Tech. 335, 337 (2011); *Gervais*, 11 Vand. J. Ent. & Tech. L. 841, 842 (2009); *Scassa*, in: Geist, *The Copyright Pentology*, 2013, S. 431, 432; *Turnbull*, 26 I.P.J. 217, 220 (2014); *White*, 13 Chi. J. Int'l L. 685 (2012-2013); *Hutchinson*, *Digital Copyright Law*, 2016, S. 159. Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Begriff des nutzergenerierten Inhalts s. *Bauer*, *User Generated Content*, 2011, S. 7 ff.

35 Sec. 29.21 (1) (a) CAC.

Konkretisierung durch die Rechtsprechung.³⁶ Dabei wäre es wünschenswert, wenn die Auslegung dahingehend erfolgen würde, dass auch mittelbare Erwerbszwecke von einer Privilegierung ausgeschlossen werden. Dann müsste allerdings in einem nächsten Schritt aus Rechtssicherheits- und Transparenzgründen geklärt werden, wie weit der Kreis des mittelbaren Erwerbszwecks letztlich zu fassen ist und wie gerade das Hochladen nutzergenerierter Inhalte auf kommerziellen Plattformen in diesem Zusammenhang zu bewerten ist. Denn gerade die Frage der Kommerzialität und deren Grenzen sind ein Aspekt, der sowohl bei Nutzern als auch bei Urhebern mit enormer Unsicherheit verbunden ist.³⁷

Neben der Nicht-Kommerzialität des Inhalts ist weiterhin dessen eigene Werkqualität³⁸ von enormer Bedeutung. Diese ist immer dann zu bejahen, wenn der vom Nutzer geschaffene neue Inhalt Originalität aufweist.³⁹ Dieser muss mithin insbesondere über eine bloße Kopie eines anderen Werkes hinausgehend eine Idee unter dem Einsatz von Geschick und Urteilsvermögen umsetzen.⁴⁰ In der Konsequenz bedeutet dies, dass nutzergenerierte Inhalte eine Bearbeitung des Originalwerks darstellen müssen⁴¹ und im Ergebnis umso eher dem Schutz des Urheberrechts unterliegen je mehr sie sich vom Originalwerk distanzieren.

Eine Privilegierung des Nutzers ist weiterhin nur dann möglich, wenn dieser berechtigter Weise davon ausgehen kann, dass das von ihm verwendete Werk keine Urheberrechte verletzt.⁴² Damit sollen insbesondere die Verwertungen von bestehenden Bild-, Film- oder Musikmaterialien ausgeschlossen werden, bei denen sich der Nutzer beispielsweise über Tauschbörsen den Zugang zum Original illegal verschafft hat.⁴³ Auf diese Weise möchte

36 Nachdem zunächst die Hoffnung bestand, ein kanadisches Gericht würde sich erstmals in dem Verfahren *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau* (2017) BCCA 395 zum Merkmal der Kommerzialität äußern müssen, wurde diese Klage jüngst zurückgenommen, s. die kanadische Berichterstattung, abrufbar auf <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/vancouver-aquarium-documentary-lawsuit-1.456820> (zuletzt abgerufen am 24.4.2019).

37 Creative Commons, Defining “Noncommercial”, A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”, 2009, S. 11 f., abrufbar unter https://mirrors.creativecommons.org/defining-noncommercial/Defining_Noncommercial_fullreport.pdf (zuletzt abgerufen am 24.4.2019).

38 Sec. 29.21 (1) CAC.

39 Neben der Originalität verlangt der kanadische Gesetzgeber für die Annahme eines urheberrechtlichen Schutzes zudem eine Einordnung des Werkes in den abschließenden Werkkatalog des Sec. 5 (1) CAC, s. dazu *Goudreau*, Intellectual Property Law, Rn. 22 ff. (2014). Daneben enthält Sec. 5 (1) CAC auch Voraussetzungen bezüglich der Staatsbürgerschaft des Urhebers sowie des Ortes der ersten Veröffentlichung, vgl. auch *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 4:1 (2017); *De Montigny v. Cousineau* (1950) S.C.R. 297, 306.

40 *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2004) 1 S.C.R. 339, 351; *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 346 (1991); *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information Inc.* (1997), 76 C.P.R. (3d) 296; *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.* (1964) 1 All E.R. 465, 478: “The production may be in any mode or form of expression”; *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 7:6 (2017).

41 *Gervais*, in: Geist, From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright”, 2010, S. 447, 465.

42 Sec. 29.21 (1) (c) CAC.

43 *Katz*, 12 Can. J. L. & Tech. 73, 100 (2014).

der kanadische Gesetzgeber die ökonomischen Interessen des Originalurhebers schützen. Er hatte im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses jedoch zugleich auch dessen persönlichkeitsrechtlichen Interessen im Blick und normierte daher als weitere Voraussetzung die Pflicht des Nutzers, die Quelle des Ursprungswerkes zu nennen, sofern dies den Umständen entsprechend zumutbar ist.⁴⁴

Daneben spielen aber auch weitere urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte, wie der Werkintegritätsschutz des Originalurhebers, bei der Beurteilung der Privilegierungsfähigkeit einer Werknutzung eine wichtige Rolle. Denn die Schrankenregelung sieht als weitere Voraussetzung das Fehlen einer wesentlichen Beeinträchtigung des Originalwerks vor.⁴⁵ Dies umfasst neben urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekten auch jegliche andere Einflüsse finanzieller oder anderer Art, die sich negativ auf die bestehende oder potentielle Verwertung des Originalwerks auswirken könnten, sofern die Schwelle der Wesentlichkeit erreicht wird. Ein solcher Fall läge beispielsweise dann vor, wenn der nutzergenerierte Inhalt als Substitut für das Original fungieren würde. Dabei ist jedoch schon fraglich, in welchen Fällen dies tatsächlich angenommen werden könnte.⁴⁶ Um dies im konkreten Einzelfall beurteilen zu können, müsste die Rechtsprechung zunächst die unbestimmten Rechtsbegriffe *wesentlich*, *nachteilig*, *Effekt*, *potentielle Verwertung* oder *potentielle Märkte* präzisieren.⁴⁷ Dabei ist jedoch zu erwarten, dass sich die kanadische Rechtsprechung an der bisherigen kanadischen und auch US-amerikanischen Rechtsprechungspraxis orientieren wird, da diese ähnliche Formulierungen in den nationalen Urheberrechtsschranken bereits in ständiger Rechtsprechung ausgelegt haben.⁴⁸

2. Das Verwertungsrecht für kommerziell agierende Intermediäre

Werden nach den zuvor genannten Voraussetzungen privilegierte nutzergenerierte Inhalte erstellt, so räumt der kanadische Gesetzgeber dem Nutzer ein weiteres Recht ein: Er darf Intermediären auch ohne die Zustimmung des Originalurhebers das Recht einräumen, seinen nutzergenerierten Inhalt zu verbreiten.⁴⁹ Wer in diesem Sinne als Intermediär zu verstehen ist, ist der Legaldefinition des Sec. 29.21 (2) CAC zu entnehmen: Danach wird jene Personen oder Einrichtung erfasst, die Werken regelmäßig Raum oder Mittel zur Verfügung stellen, damit diese der Öffentlichkeit zugänglich sind. Mit dieser Normierung und dem

44 Sec. 29.21 (1) (b) CAC.

45 Sec. 29.21 (1) (d) CAC.

46 Speziell für den Fall der Parodie belegt eine empirische Studie, dass parodistische Werke nicht dasselbe Publikum wie das Originalwerk bedienen würden und sogar einen positiven Effekt auf das Originalwerk hätten, weshalb der Parodie ein Substitutscharakter gerade nicht nachgewiesen werden könne, s. *Erickson/Kretschmer/Mendis*, Copyright and the Economic Effects of Parody, 2013, S. 10 ff.

47 *McKeown*, Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Design, 23:3 (2017).

48 Siehe dazu weiterführend *Kocatepe*, GRUR Int. 2017, S. 400, 406.

49 Sec. 29.21 (1) CAC.

weiten Intermediärsbegriff hatte der kanadische Gesetzgeber die Praxis der nutzergenerierten Inhalte im Blick, die im Kern letztlich nicht nur die Schaffung neuer Werke beinhaltet, sondern auch deren digitale Verbreitung auf Plattformen im Internet beinhaltet. Auch, wenn die Schrankenregelung ausschließlich nicht-kommerzielle Inhalte privilegiert, ist die Voraussetzung der fehlenden kommerziellen Absicht daher kein Kriterium, das auch auf den Intermediär Anwendung findet – im Gegenteil.⁵⁰ Auf diese Weise hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Vielzahl nutzergenerierter Inhalte auf kommerziellen Plattformen wie *YouTube* veröffentlicht werden, da diese ihre Inhalte in der Regel gerade einem besonders breiten und weltweiten Publikum zur Verfügung stellen wollen und daher bewusst die internationalen kommerziell agierenden Plattformen wählen. Nicht bedacht wurde in diesem Zusammenhang jedoch die Normierung einer Vergütungspflicht zu Gunsten der Originalurheber, welche kommerziell handelnden Intermediären auferlegt werden sollte. Dies wäre mit Blick auf eine Interessenbalance jedoch nötig.⁵¹

3. Privilegierung referenzieller Schaffenspraktiken

Die Darstellung des Anwendungsbereichs der Schrankenregelung hat bereits gezeigt, dass diese eine weite Bandbreite kreativen Werkschaffens – auch im digitalen Kontext – umfasst und damit einer Vielzahl von Kreativschaffenden zugutekommt. Dazu gehören im Ergebnis auch eine Vielzahl von Referenzkünstlern, die die erläuterten Voraussetzungen erfüllen. Eine Pauschalierung für einzelne Referenzkunstformen ist dabei zwar nicht möglich, jedoch lässt sich wohl festhalten, dass die breite Masse der nicht-kommerziellen Fanfiction-Werke, der Samplings, Mash-ups und Remixes von dieser Schrankenregelung profitiert. Umfasst wird damit insbesondere Werkschaffen im Amateur-Bereich. Keine Lösung bietet die Schrankenregelung jedoch für professionelles Sampling und kommerzielle Appropriation Art. Letztere fallen häufig auch bereits deshalb aus dem Anwendungsbereich der Norm heraus, weil sie als analog erstellte Kunstwerke schon nicht unter den Begriff des nutzergenerierten Inhalts gefasst werden können.⁵²

Der Kreis privilegierungsfähiger Referenzwerke wird dann weiter verengt, wenn diese Werke zudem noch das Erfordernis der eigenen urheberrechtlichen Schutzfähigkeit erfüllen müssen. Während dies für eine Vielzahl von Sampling- und Fanfiction-Werken kein Hindernis darstellt,⁵³ ist dies beispielsweise im Fall der Appropriation Art kritisch zu sehen, da prägendes Merkmal dieser Kunstform die bloße Vervielfältigung des Originals ist. Zudem

50 *Hayes/Jacobs*, 33 *The Lawyers Weekly*, No. 28 (2013).

51 Siehe dazu eingehend *Kocatepe*, GRUR Int. 2017, S. 400, 407.

52 Ein Gegenbeispiel ist die Künstlerplattform www.showyourart.net (zuletzt abgerufen am 24.4.2019), die von ca. 5.800 Künstlern genutzt wird und mehr als 62.000 Werke ausstellt.

53 Auch wenn sie durch die Übernahme wesentlicher Elemente des Ursprungswerkes gekennzeichnet sind, weisen sie in der Regel durch die neue Ausrichtung der Elemente einen Ausdruck von Geschick und Urteil und demnach von Originalität auf, s. auch *Katz*, 12 *Can. J. L. & Tech.* 73, 98 f. (2014).

verzichten Appropriation Art-Künstler auch regelmäßig auf die Urhebernennung, weshalb sie auch insofern keine Privilegierung nach der kanadischen Schrankenregelung erfahren können. Eine differenzierte Betrachtung im konkreten Einzelfall ist weiterhin dann erforderlich, wenn Referenzkunstwerke dahingehend untersucht werden müssen, ob von ihnen Nachteile für das Originalwerk ausgehen. Hier wird zumindest für den Fall der nicht-kommerziellen Fanfiction-Werke vielfach argumentiert, dass diese sich typischerweise nicht auf demselben Markt wie das Originalwerk bewegen und daher mangels einer direkten Konkurrenzsituation in der Regel auch keinen negativen Einfluss auf das Original haben.⁵⁴ Dass manche Originalurheber der Fanwerke dies durchaus anders sehen und nur wenig bis hin zu gar kein Verständnis für Fanfiction haben, liegt nahe.⁵⁵ Aber auch im Fall anderer Referenzkunstwerke muss die Frage gestellt werden, inwieweit Referenzkunstwerken tatsächlich ein Substitutscharakter zukommen kann. Denn gerade bei Fanfiction, Remixen oder Mash-ups wird man in einer Vielzahl der Fälle wohl von einem nachgeordneten Konsum ausgehen können,⁵⁶ der unter Umständen sogar einen positiven Effekt auf das Originalwerk haben kann. Anders kann dies hingegen bei der Appropriation Art gesehen werden, wenn die Künstler das Original in weiten Teilen – teils sogar gänzlich – übernehmen und damit durchaus dieselbe Zielgruppe ansprechen wie das Original.

Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass Referenzkunstformen dem Grunde nach innerhalb der gesetzlichen Anforderungen des kanadischen Gesetzgebers privilegierungsfähig sind, auch wenn die Privilegierungsfähigkeit innerhalb der einzelnen Kunstformen variiert und gerade im Fall der Appropriation Art in weiten Teilen nicht gegeben ist. Von besonderer Bedeutung ist aber auch, dass die Schrankenregelung und auch künftigen neuen Medienphänomenen gerecht werden kann, ohne die Interessen des Originalurhebers aus dem Blick zu verlieren.

4. Bewertung

Auch, wenn die Schrankenregelung insbesondere angesichts einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe noch mit Rechtsunsicherheit verbunden ist und auch mit Blick auf eine fehlende Vergütungspflicht für Intermediäre bereits jetzt Reformbedarf erkennen lässt,⁵⁷ han-

54 *Kalinowski*, 20 *Wm. & Mary J. Women & L.* 655, 678 (2013-2014); *Peaslee*, 43 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 199, 212 (2014-2015).

55 Dazu gehört beispielsweise die Autorin *Anne Rice*: "I do not allow fan fiction. The characters are copyrighted. It upsets me terribly to even think about fan fiction with my characters. I advise my readers to write your own original stories with your own characters. It is absolutely essential that you respect my wishes.", abrufbar unter <http://annerice.com/ReaderInteraction-MessagesToFans.html> (zuletzt abgerufen am 24.4.2019).

56 Für den Fall der Fanfiction wird dies auch vertreten von *Tushnet*, 17 *Loy. L.A. Ent. L.J.* 651, 672 (1996-1997); *Agnetti*, 45 *Sw. L. Rev.* 115, 130 (2015-2016); *Becker*, 14 *Conn. Pub. Int. L.J.* 133, 135 (2014-2015); *Chua*, 14 *eLaw J.* 215, 227 (2007); *Mariani*, 8 *Akron Intell. Prop. J.* 117, 163f. (2015).

57 Siehe dazu eingehend *Kocatepe*, *GRUR Int.* 2017, S. 400, 407.

delt es sich im Ergebnis doch um eine Schrankenregelung, die grundsätzlich auch für das deutsche bzw. europäische Recht näher in Betracht gezogen werden sollte.⁵⁸ Schließlich ist dem kanadischen Gesetzgeber ist eine in weiten Teilen sehr durchdachte Schrankenregelung gelungen, die nicht-kommerzielle referenzielle Schaffenspraktiken privilegiert, ohne die ökonomischen und persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Originalurhebers unberücksichtigt zu lassen. Auf diese Weise gelingt ihm letztlich auch eine angemessene Interessenbalance – nicht nur im Hinblick auf aktuelle, sondern aber mit Blick auf neue Medienphänomene. Denn die konkrete Formulierung der Schrankenregelung ermöglicht auch eine Anwendung im Kontext einer sich ständig verändernden Kunst- und Kulturlandschaft. Aus diesem Grund kann die kanadische UGC-Schranke durchaus als Modell für ein Recht auf Referenz bezeichnet werden, das die erforderliche Balance der Interessen der Akteure erzielt, die Meinungsfreiheit garantiert und eine adäquate gesetzliche Basis für die wachsende Kreativität von Nutzern schafft.⁵⁹

Auch wenn die Schrankenregelung mit Blick auf Referenzkunstformen als wichtiger Schritt in die richtige Richtung zu werten ist, bleibt nicht unbeachtet, dass die Schrankenregelung stets nur den nicht-kommerziellen Bereich künstlerischen Werkschaffens umfasst und damit kommerziell ausgerichtete Teile der Referenzkunst von einer Privilegierung ausschließt. Dies ist zwar aus Perspektive der Referenzkünstler sicherlich nicht erfreulich, jedoch angesichts der notwendigen Interessenbalance zwingend erforderlich. Denn, ebenso wie die Originalurheber die Verwertung ihrer Werke innerhalb der gesetzlichen Grenzen hinnehmen müssen, müssen die Referenzkünstler akzeptieren, dass der Gesetzgeber auch ihrem – unautorisierten und vergütungsfreien – kreativen Schaffen Grenzen setzen muss. Dies gilt auch dann, wenn eine Reform der derzeitigen urheberrechtlichen Regelungen nötig ist, weil die Interessen der Künstler und Nutzer innerhalb einer dynamischen Kunst- und Kulturlandschaft nicht hinreichend berücksichtigt werden. Schließlich darf das Ergebnis einer Reform nicht schlicht in der Umkehrung der Machtverhältnisse bestehen. Dies zeigt auch ein über die national gewährleisteten Grundrechte der Eigentumsfreiheit und der Kunstfreiheit hinausgehender Blick auf den völkerrechtlich wie unionsrechtlich verankerten Drei-Stufen-Test, der noch einmal betont, worauf es bei der Formulierung von Schrankenregelungen ankommt: Balance. Demnach muss Künstlern kreatives Werkschaffen auf Grundlage bestehender Werke erlaubt sein, aber nicht alles, was technisch möglich ist und künstlerisch wertvoll sein mag, muss auch urheberrechtlich erlaubt sein. Ein grenzenloser Anspruch auf unautorisierte und vergütungsfreie Nutzung fremden geistigen Eigentums ist letztlich mit den Grundfesten des Urheberrechts nicht vereinbar. Vielmehr müssen kommer-

58 Eine Schranke für nutzergenerierte Inhalte in Europa befürworten auch *Hugenholtz/Senfileben*, Fair Use in Europe, 2011, S. 30; *Hugenholtz*, Communications of the ACM (2013) Vol. 56 No. 5, S. 26, 28.

59 *Ficsor*, Why Hong Kong's Copyright (Amendment) Bill 2014 is right to reject a general exception for UGC 2015, abrufbar unter http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=67 (zuletzt abgerufen am 24.4.2019), sieht das als den einzigen Vorteil der Übernahme der kanadischen Regelung an.

ziell agierende Künstler auf die Möglichkeit der Lizenzierung zurückgreifen oder schlicht „die Grenzen und Beschränkungen, die das Leben der schöpferischen Freiheit setzt“ hinnehmen, wenn Rechte und Grundfreiheiten Dritter, wie das Recht am geistigen Eigentum, betroffen sind.⁶⁰

IV. Ausblick

So vorzugswürdig das kanadische Modell eines Recht auf Referenz auch ist, darf nicht verkannt werden, dass dessen Umsetzung in das deutsche bzw. europäische Recht mit Blick auf die unionsrechtlichen Anforderungen nicht ganz unproblematisch wäre. Denn während die Vereinbarkeit der kanadischen Schrankenregelung mit dem unionsrechtlich in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-Richtlinie verankerten Drei-Stufen-Test im Zweifel durch die Normierung einer gesetzlichen Vergütungspflicht für Intermediäre unproblematisch gewährleistet werden könnte, steht die Regelung vor der derzeit unüberwindbaren Hürde des abgeschlossenen Schrankenkatalogs des Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie.⁶¹ Dieser europäische Katalog ist der Grund dafür, dass nationale Gesetzgeber der europäischen Mitgliedstaaten den autonomen nationalen Schrankenkatalog nicht beliebig an die neuen Anforderungen der Digitalisierung und die damit einhergehenden urheberrechtlichen Probleme im Bereich referenzieller Schaffenspraktiken anpassen können. Aktuell kann referenzielles Werkschaffen im Unionsrecht allenfalls über die Pastiche-Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie privilegiert werden. Inwieweit dies im konkreten Einzelfall jedoch tatsächlich angenommen werden kann, ist angesichts eines sehr umstrittenen Pastichebegriffs mehr als fraglich.⁶² Zwingend erforderlich ist daher ein Aktivwerden des europäischen Gesetzgebers. Schließlich macht die derzeitige Ausgestaltung der InfoSoc-Richtlinie einen gerechten Interessenausgleich gerade im Bereich neuer Medienphänomene in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmöglich und hemmt Innovationen.⁶³ Zwar bestand in der jüngsten Vergangenheit kurzzeitig die Hoffnung, dass eine Schranke für nutzergenerierte Inhalte in der europäischen Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt aufgenommen wird;⁶⁴ dieser Vorschlag fand jedoch im Ergebnis keine Zustimmung.⁶⁵ Aber auch, wenn damit die

60 So auch der Generalanwalt beim EuGH *Szpunar*, Schlussanträge v. 12.12.2018, Rs. C 476/17, Rn. 94 – Metall auf Metall.

61 S. Erwägungsgrund 32 zur InfoSoc-Richtlinie.

62 Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Pastiche-Begriff in der deutschen Literatur s. *Pötzelberger*, GRUR 2018, 675 ff.; *Döhl*, Media in Action, 02/2017, 37, 48 ff.; *Stieper*, AfP 2015, 301 ff. m.w.N.

63 *Bauer*, User Generated Content, 2011, S. 419.

64 Bericht vom 29.6.2018 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD), Änderungsantrag 55.

65 Abänderungen des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD).

hohe praktische Relevanz der Referenzkultur als Massenphänomen weiterhin unberücksichtigt geblieben ist, darf nicht übersehen werden, dass – wie *Hilty* zu Recht anmerkt – die InfoSoc-Richtlinie in ihrer derzeitigen Fassung wohl „kaum die letzte Antwort auf die laufende technologische und gesellschaftliche Entwicklung gewesen sein“⁶⁶ kann. Erst, wenn der Unionsgesetzgeber diesen wichtigen und richtigen Schritt gegangen ist, kann der nationale Gesetzgeber ein Recht auf Referenz nach kanadischem Vorbild etablieren.

⁶⁶ *Hilty*, GRUR 2005, S. 819, 828.

Kreative Referenzkultur und Urheberrecht in Frankreich

*Dr. habil. (Univ. Paris) Agnès Lucas-Schloetter**

1. Der urheberrechtliche Rahmen des derivativen Werkschaffens	96	2.1 Die fehlende Berücksichtigung der Grundrechte durch den Zivilrichter	99
1.1 Die urheberrechtliche Beurteilung des derivativen Werkschaffens	96	2.2 Die zunehmende Berücksichtigung der Kunstfreiheit in urheberrechtlichen Streitigkeiten	99
1.2 Die möglichen urheberrechtlichen Schranken	97		
2. Urheberrecht versus Kunstfreiheit	99		

Neue Formen kreativen Schaffens wie Fanfiction, Sampling, Remix oder Appropriation Art stellen eine Herausforderung für das Urheberrecht dar. Auch französische Gerichte sind zunehmend mit dem Phänomen der sog. kreativen Referenzkultur konfrontiert und bemühen sich, eine angemessene Lösung zu finden. Dabei muss festgestellt werden, dass der aktuelle urheberrechtliche Rechtsrahmen nicht die neuen Formen des derivativen Werkschaffens zu rechtfertigen vermag (1.). Es stellt sich daher die Frage, welche neuen Wege beschritten werden können, um den Konflikt zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit zu lösen (2.).

1. Der urheberrechtliche Rahmen des derivativen Werkschaffens

Wie bei den herkömmlichen Formen des derivativen Werkschaffens muss in Bezug auf neuere nachschaffende Kreativitätsformen geprüft werden, ob eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung vorliegt (1.1) und, wenn ja, ob eine urheberrechtliche Schranke möglicherweise eingreift (1.2).

1.1 Die urheberrechtliche Beurteilung des derivativen Werkschaffens

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Interessenkonflikt zwischen dem Original- und dem nachschaffenden Urheber nur dann eine urheberrechtliche Frage aufwirft, wenn das entlehnte Werk bzw. der Werkteil selbst schutzfähig ist. Teilweise sind bei neueren Formen kreativen Schaffens wie etwa bei Sampling die übernommenen Elemente allerdings quantitativ zu kurz oder, unabhängig von ihrer Länge, qualitativ nicht individuell genug, um eine Urheberrechtsverletzung darzustellen. Die Größe des entlehnten Teils spielt dagegen in Be-

* Die Verf. ist Akademische Oberrätin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

zug auf das verwandte Schutzrecht des Tonträgerherstellers, das beim Sampling auch tangiert ist, keine Rolle. Das Thema wurde jedoch vor den französischen Gerichten bisher nicht angesprochen.

Ähnlich wie § 3 dUrhG sieht das französische Urheberrechtsgesetz die Schutzfähigkeit der Bearbeitung vor.¹ Im Gegensatz zu § 23 dUrhG kennt das französische Recht allerdings kein speziell normiertes Bearbeitungsrecht. Beide weit gefassten Verwertungsrechte der Vervielfältigung (*droit de reproduction*) und der öffentlichen Wiedergabe (*droit de représentation*) umfassen jedoch jede Nutzung in abgewandelter Form. Die Übernahme eines vorbestehenden Werkes in abgeänderter Fassung stellt somit eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung dar, sofern der verwendete Werkteil erkennbar ist.

Für die Lösung des Interessenkonflikts zwischen dem Original- und dem nachschaffenden Urheber spielt es keine Rolle, ob das abgeleitete Werk urheberrechtlichen Schutz genießt. Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit des nachschaffenden Werks schließt die Verletzung der Rechte des Originalurhebers nicht aus. Entscheidend ist allein, ob jede Ausdrucksform der Referenzkultur im konkreten Fall eine selbständige oder abhängige Leistung darstellt. In diesem Zusammenhang ist der vom vermeintlichen Verletzer verfolgte Zweck grundsätzlich irrelevant. Die Übernahme geschützten Materials ist auch dann urheberrechtsverletzend, wenn dadurch ein neues Kunstwerk geschaffen wird. Das französische Recht berücksichtigt nicht den künstlerischen Ansatz, der den Verletzer inspiriert hat. Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung nehmen französische Gerichte keine kunstspezifische Betrachtungsweise vor.

1.2 Die möglichen urheberrechtlichen Schranken

Als urheberrechtliche Privilegierungsmöglichkeiten für kreative Werknutzungen kommen in erster Linie das Zitat und die Parodie in Frage. Die Schranke des Zitats wird im französischen Urheberrecht allerdings restriktiv verstanden. Der eng gefasste gesetzliche Wortlaut² schränkt das zulässige Zitat in zweierlei Hinsicht ein. Was den Umfang des entlehnten Werkteils betrifft, so sind nur „kurze“ Zitate erlaubt, wobei die Kürze in Bezug auf das aufgenommene und das aufnehmende Werk bestimmt wird. Hinsichtlich des Zitatzwecks setzt das Eingreifen der Schranke voraus, dass das aufnehmende Werk einen „kritischen, pädagogischen, wissenschaftlichen oder informativen Charakter“ aufweist. Eine gestalterische Auseinandersetzung nicht kritischer Natur reicht demnach nicht aus, so dass ein Zitat zum

1 S. Art. L. 112-3 des französischen Code de la propriété intellectuelle (CPI), wonach Urheber von Übersetzungen, Bearbeitungen, Umwandlungen oder Arrangements von Geisteswerken unbeschadet der Rechte des Urhebers des Originalwerkes urheberrechtlichen Schutz genießen. S. auch Art. L. 113-2 al. 2 CPI über das *oeuvre composite*, das als das neue Werk definiert wird, in das ein bereits bestehendes Werk ohne Mitwirkung des Urhebers aufgenommen wird, und Art. L. 113-4 CPI, wonach das *oeuvre composite* Eigentum des Urhebers ist, der es geschaffen hat, vorbehaltlich der Rechte des Urhebers des vorbestehenden Werkes.

2 Art. L. 122-5-3° a) CPI.

reinen künstlerischen Zweck von der Schranke nicht gedeckt ist. Der eng gefasste gesetzliche Wortlaut ist darüber hinaus von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt. Französische Gerichte schließen etwa die Anführung ganzer Werke der bildenden Künste vom Anwendungsbereich des Zitats aus.³ Bildzitate sind somit in Frankreich unzulässig.

Im Gegensatz zum deutschen Recht enthält das französische Urheberrechtsgesetz eine ausdrückliche Schranke zum Zweck „der Parodie, des Pastiche oder der Karikatur“,⁴ wobei der Begriff der Parodie in der Praxis als Oberbegriff verwendet wird.⁵ Die Anwendung der Schranke setzt das Vorliegen zweier Tatbestandsmerkmale voraus, die weit gefasst sind. Zum einen muss ein subjektives Element vorhanden sein, das in einer humorvollen Absicht liegt. Das parodierte Werk selbst muss jedoch nicht unbedingt Ziel der Verspottung bzw. der Kritik sein. Zum anderen wird ein objektives Element gefordert, das in der Entlehnung charakteristischer Merkmale des parodierten Werkes besteht. Die französische Rechtsprechung betont, dass keine Verwechslungsgefahr zwischen dem parodierten Werk und der Parodie vorliegen darf. Die Anforderung stimmt mit derjenigen des EuGH überein, wonach die Parodie an ein bestehendes Werk erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufweisen muss.⁶ Dagegen sieht das französische Recht keine vom EuGH geforderte zusätzliche Interessenabwägung vor.

Ebenso wenig wie für das Vorliegen einer Bearbeitung nehmen französische Gerichte für die Beurteilung der Schranke eine kunstspezifische Betrachtung vor.⁷ Die bekannte Entscheidung der Cour de cassation aus dem Jahr 2008 im Fall *Paradis* ist typisch für die bisherige Rechtsprechung. Geklagt hatte der zeitgenössische Künstler *Gautel*, dessen Werke meist aus ungewöhnlichen Inschriften an öffentlichen Orten bestehen. Das in Frage stehende Werk bestand aus der Inschrift *Paradis* in goldenen Buchstaben über der Toilettentür der Abteilung für Alkoholiker einer ehemaligen psychiatrischen Klinik. Die Fotografin Bettina Rheims hatte das Werk Gautels in ihre eigene Arbeit aufgenommen, die sodann ausgestellt, verkauft und in einem Buch abgebildet wurde. Die gegen den Herausgeber und Galerist gerichtete Klage wurde vom französischen Richter ohne jegliche Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit der Fotografin angenommen.⁸

3 *Lucas/ Lucas-Schloetter/ Bernault*, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5. Aufl. 2017, Rdnr. 461.

4 Art. L. 122-5-4° CPI.

5 *Lucas/ Lucas-Schloetter/ Bernault* (Fn. 3), Rdnr. 480.

6 EuGH, GRUR 2014, 972 – *Deckmyn*.

7 Vgl. dagegen BVerfG, GRUR 2016, 690 – *Metall auf Metall*.

8 Cass. civ. 13.11.2008, *Jakob Gautel / Bettina Rheims*, n°06-19021.

2. Urheberrecht versus Kunstfreiheit

2.1 Die fehlende Berücksichtigung der Grundrechte durch den Zivilrichter

Die Doktrin der Drittwirkung der Grundrechte deutschen Ursprungs ist dem französischen Recht lange fremd geblieben. Dies erklärt sich unter anderem damit, dass die französische Verfassung keinen dem deutschen Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtskatalog enthält und lediglich auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 verweist, die ihrerseits nur vage Freiheiten aufzählt. Diese Freiheiten, deren Inhalt durch einfache Gesetze bestimmt und ausgestaltet wird, wenden sich ausschließlich an die Beziehung Staat-Bürger.

Ein weiterer Grund liegt darin, dass es in Frankreich keine Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. kein dem deutschen Bundesverfassungsgericht vergleichbares Gericht gibt. Die Aufgaben des *Conseil constitutionnel* sind auf eine Normenkontrolle gegen gesetzliche Regelungen beschränkt. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer gerichtlichen Entscheidung bleibt ihm verwehrt, wie auch der französische Bürger nicht befugt ist, Verfassungsbeschwerden zu erheben. In Frankreich wird vom *Conseil constitutionnel* anders als vom Bundesverfassungsgericht in Deutschland daher nicht geprüft, ob Zivilgerichte bei der Anwendung des bürgerlichen Rechts die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht ausreichend berücksichtigen.

Insbesondere im Hinblick auf das Eigentum ist auch darauf hinzuweisen, dass das französische Recht keine Interessenabwägung im Fall der Verletzung eines absoluten Rechts vorsieht. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Sozialbindung des Eigentums in Frankreich nicht anerkannt ist und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung daher nicht vorgenommen wird. Dies gilt sowohl für das Sacheigentum wie auch für das geistige Eigentum. Eine Berücksichtigung konkurrierender Interessen findet ausschließlich durch den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Schranken statt.

2.2 Die zunehmende Berücksichtigung der Kunstfreiheit in urheberrechtlichen Streitigkeiten

Die traditionelle Zurückhaltung der französischen Gerichte in Bezug auf eine mögliche privatrechtliche Wirkung der Grundrechte schließt jedoch nicht jede Interessenabwägung aus. In urheberrechtlichen Streitigkeiten findet eine solche Interessenabwägung in besonderem Maße bei vermeintlichen Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzungen statt. Bei der Prüfung einer möglichen Missachtung der Werksintegrität berücksichtigt die französische Rechtsprechung zunehmend die Kunstfreiheit des Werknutzers, die in Frankreich Schaffensfreiheit (*liberté de création*) genannt wird.⁹ Zwei wichtige Entscheidungen der Cour de cassation veranschaulichen diese Entwicklung. Die erste betrifft eine Art Fanfiction bzw. stellt das

⁹ S. in diesem Zusammenhang das Gesetz v. 7.7.2016 über die Schaffensfreiheit, die Architektur und das Kulturerbe, dessen Art. 1 proklamiert: „Künstlerisches Schaffen ist frei“.

französische Pendant zum Fall *Laras Tochter*¹⁰ dar. Hier ging es um eine Fortsetzung des 1862 erschienen Romans Victor Hugos *Die Elenden*, der im Gegensatz zu Pasternaks *Dr. Schiwago* schon längst gemeinfrei ist. Der Urenkel des berühmten Schriftstellers, Pierre Hugo, hatte seine Klage deshalb nur auf das Urheberpersönlichkeitsrecht gestützt, das in Frankreich ewig andauert. Das höchste französische Gericht wies jedoch die Klage mit der Begründung ab, die Schaffungsfreiheit verbiete es, dass sich der Urheber oder seine Erben nach Ablauf der Verwertungsrechte der Fortsetzung des Werkes widersetzen.¹¹

Der zweite Fall betrifft die Inszenierung der Oper *Dialogue des carmélites* des russischen Bühnenregisseurs Dmitri Tcherniakov, die seit 2010 an der Bayerischen Staatsoper aufgeführt wird. Gegen die Inszenierung hatten die Erben des Komponisten Francis Poulenc und des Librettisten Georges Bernanos mit dem Argument geklagt, die Schlusszene verfälsche das Werk in seinem ursprünglichen Geiste. Das Pariser Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben und ein landesweites Ausstrahlungsverbot der Videoaufzeichnung des Stücks verhängt. In einem viel beachteten Urteil hat jedoch die Cour de cassation unter Hinweis auf Artikel 10 EMRK das Urteil aufgehoben. Das Berufungsgericht habe nicht geprüft, inwieweit die Abwägung der Kunstfreiheit des Bühnenregisseurs mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht der Librettisten und Komponisten die ausgesprochene Untersagungsverfügung rechtfertige.¹²

Über die Berücksichtigung der Kunstfreiheit im Rahmen einer Interessenabwägung bei einer Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts hinaus stellt sich die Frage, ob neue Formen des derivativen Werkschaffens durch einen unmittelbaren Rückgriff auf die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden können. Wie oben erwähnt, widerspräche eine solche Lösung der traditionellen französischen Auffassung, wonach Grundrechte weder mittelbar noch unmittelbar in privatrechtlichen Streitigkeiten Anwendung finden und die Einschränkung des Eigentums zugunsten konkurrierender Interessen nur Aufgabe des Gesetzgebers sei. Daher ist die Entscheidung der Cour de cassation aus dem Jahr 2015 im Fall *Malka / Klasen* besonders hervorzuheben, da sie etablierte Lösungen erschüttert.

Peter Klasen ist ein in Frankreich lebender deutscher zeitgenössischer Künstler. Er gehört der Kunstbewegung der *figuration narrative* an, die darauf abzielt, die Konsumgesellschaft zu kritisieren und der Kunst damit eine politische Dimension zu verleihen. Im vorliegenden Fall hatte er Bilder des französischen Fotografen Alix Malka aus einer Modezeitschrift entnommen, sie überarbeitet und in seine Werke integriert. Er bestritt jedoch die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der entnommenen Bilder und berief sich auf die Schranken des Zitats und der Parodie, sowie auf die von Art. 10 EMRK geschützte Meinungsäußerungsfreiheit, die die Kunstfreiheit mit umfasst. Das Pariser Berufungsgericht lehnte die Schranke des Zitats wegen des großen Umfangs des entnommenen Werkteils und diejenige der Parodie wegen fehlender humoristischer Absicht ab, und erteilte der geltend gemachten

10 BGH, GRUR 1999, 984 – *Laras Tochter*.

11 Cass. civ. 30.1.2007, *Plon / Pierre Hugo*, n°04-15543.

12 Cass. civ. 22.6.2017, *Bernanos et al. / Tcherniakov, Land de Bavière et al.*, n°15-28467.

Verletzung der Kunstfreiheit eine Absage. Die Entscheidung wurde jedoch vom obersten französischen Gericht mit der Begründung aufgehoben, die Instanzrichter hätten sich damit zufriedengegeben, die gesetzlichen Schranken zu prüfen, ohne die erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen.¹³ Das Urteil, das einen unmittelbaren Rückgriff auf die Kunstfreiheit außerhalb des Anwendungsbereichs urheberrechtlicher Schranken somit ermöglichte, wurde im französischen Schrifttum als Revolution gefeiert bzw. gerügt.

Die Revolution war allerdings von kurzer Dauer. Instanzrichter scheinen Widerstand leisten zu wollen. So hielt etwa das Berufungsgericht von Versailles im Fall *Klasen* schließlich die Übernahme des geschützten Materials für rechtswidrig, da der Künstler nicht nachgewiesen habe, dass die Nutzung der fremden Bildwerke für die Ausübung der geltend gemachten Kunstfreiheit erforderlich war.¹⁴ Eine solche Erforderlichkeitsprüfung nahm auch das Landgericht Paris kürzlich in zwei Verfahren vor, die beide gegen den US-amerikanischen Appropriation-Künstler Jeff Koons eingeleitet wurden.



Links : Jean-François Bauret, *Enfants*, 1970; Rechts : Jeff Koons, *Naked*, 1988, www.jeffkoons.com/artwork/banality/naked

Jean-François Bauret ist ein französischer Fotograf, der vor allem für seine Aktfotos ohne erotischen Charakter bekannt ist. Sein Werk *Enfants* ist ein Foto aus dem Jahr 1970, das zwei nackte Kinder zeigt, die sich an der Hand halten. Im Jahr 1988 schuf Jeff Koons im Rahmen seiner Serie *Banality* eine Skulptur namens *Naked*, die ebenfalls zwei nackte Kinder in ähnlicher Haltung zeigt, wobei der Junge dem Mädchen einen Blumenstrauß reicht. Die Witwe des französischen Fotografen verklagte Koons wegen Urheberrechtsverletzung am Werk ihres Ehemanns. Der Fall ist besonders interessant, da die Pariser Instanzrichter erstmals die *Klasen*-Rechtsprechung anwenden und eine konkrete Interessenabwägung vornehmen. Dabei werfen sie Koons vor, nicht erklärt zu haben, warum er die Kinder aus dem Portrait *Enfants* auswählte und die Fotografie von ihrer Bedeutung ablenken musste, um

¹³ Cass. civ. 15.5.2015, *Malka / Klasen*, n°13-27391.

¹⁴ CA Versailles 16.3.2018, Dalloz IP/IT 2018, 300.

seine Botschaft der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass sich Koons dadurch eine kreative Arbeit erspart habe und die Annahme einer Verletzung des Urheberrechts Baurets daher keinen unverhältnismäßigen Eingriff in seine Kunstfreiheit darstelle.¹⁵



Links: Franck Davidovici, *Fait d'Hiver*, 1985; Rechts: Jeff Koons, *Fait d'Hiver*, 1988, www.jeff-koons.com/artwork/banality/fait-dhiver

Einige Monate später musste sich das gleiche Gericht mit einem ähnlich gelagerten Fall beschäftigen, der ebenfalls ein Werk von Jeff Koons aus der gleichen Serie *Banality* betraf. Geklagt hatte der Urheber einer Werbekampagne der französischen Kleidermarke NAF-NAF für die Herbst-Winter Kollektion 1985. Zu sehen war auf der Werbefotografie eine im Schnee liegende junge Frau, deren Kopf sich ein Schwein nähert, das wie ein Bernhardiner-Hund ein Fässchen um den Hals trägt. Oben links war der Titel „Fait D’Hiver“, unten rechts der Werbeslogan „NAF-NAF, le grand méchant look“ zu lesen. Beide Ausdrücke sind Wortspiele. „Le grand méchant look“ weist auf den großen bösen Wolf (le grand méchant loup) des Märchens hin, während NAF-NAF in Frankreich der Name eines der drei Schweinchen aus dem gleichen Märchen ist. „Fait d’Hiver“ bedeutet wörtlich übersetzt Winter-Ereignis, klingt aber wie „fait divers“, das auf die Rubrik „Vermischtes“ in Tageszeitungen hinweist. Bei Koons gleichnamiger Porzellanskulptur aus dem Jahr 1988 ist die dargestellte Szene ganz ähnlich. Anders als in der Werbung sind aber unter einem Netz-Oberteil die nackten Brüste der Frau zu sehen und es wurden zwei Pinguine hinzugefügt.

Wie im vorherigen Fall lehnen die Pariser Richter wegen mangelnder Bekanntheit des angeblich parodierten Fotos die Parodie ab. Die Skulptur Koons könne die vom EuGH gestellte Bedingung¹⁶ nicht erfüllen, an das bestehende Werk zu erinnern. Der US-amerikanische Appropriation-Künstler könne sich auch nicht auf die durch Art. 10 EMRK geschützte Freiheit der Meinungsäußerung berufen. Er habe sich dafür entschieden, die gesamte Komposition der Werbung zu übernehmen, ohne auf das Originalfoto zu verweisen. Er könne

¹⁵ TGI Paris 9.3.2017, Dalloz IP/IT 2017, 277.

¹⁶ EuGH – *Deckmyn* (Fn. 6).

nicht behaupten, eine Debatte von allgemeinem Interesse oder gar eine Debatte über die Kunst anzuregen, die seine Aneignung des geschützten Werkes rechtfertigen würde.¹⁷

Die beiden letztgenannten Urteile sind noch nicht rechtskräftig. Die Debatte über die urheberrechtliche Zulässigkeit neuen Formen kreativen Schaffens wie Fanfiction, Sampling, Remix oder Appropriation Art ist noch lange nicht beendet.

¹⁷ TGI Paris 8.11.2018, *Davidovici c/ Koons et al.*, RLDI 2019/5347.

Ein Recht auf Referenz im spanischen Urheberrecht?

Prof. Dr. Concepción Saiz García*¹

I. Einleitung	104	1.2 Das Zitatrecht im Musik-	
II. Gibt es eine „freie Benutzung“		bereich	112
nach spanischem Recht?	105	1.3 Rechtsprechung	112
III. Vollständige oder teilweise		2. Die Parodie	113
Benutzung vorbestehender		2.1 Gesetzliche Regelung	
Werke im Rahmen von Schran-		der Parodie	113
kenregelungen	108	2.2 Rechtsprechung	115
1. Das Zitatrecht	109		
1.1 Gesetzliche Regelung			
des Zitats	109		

I. Einleitung

In den folgenden Abschnitten werden die Regelungsansätze des spanischen Urheberrechts für referenzielle Schaffenspraktiken in allgemeiner Form dargestellt. Vor dem Hintergrund des oft kommentierten Falles *“Metall auf Metall”* wird auch kurz der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Referenzkunst des Samplings nachgegangen.

Viele der getroffenen Feststellungen werden dem deutschen Leser nichts Überraschendes oder Neues offenbaren. Spanien hat den gleichen technologischen und sozialen Hintergrund wie Deutschland und ist ebenfalls in das europäische Urheberrechtssystem eingebunden. Zudem ist auch in Spanien eine progressive Zunahme der Bedeutung abhängiger Nachschöpfungen (oder „recycled-er“ Werke) in der Referenzkultur zu verzeichnen.

Es lohnt es sich aber, auch wenn dieser Beitrag auf diese Weise gleich mit einem *“Spoiler”* beginnen sollte, drei Gesichtspunkte vorab zu betonen:

Erstens: Das spanische UrhG sieht keine Schranke vor, welche die Aufnahme von Teilen fremder geschützter Werke in ein eigenes Werk für kommerzielle Zwecke ohne die Einwilligung des Rechtsinhabers erlaubt.

Zweitens: Unsere Zitatausnahme (bzw. Schranke) privilegiert nur Lehr- und Forschungszwecke.

* Die Verf. ist Professorin für Zivilrecht an der Universität Valencia-SP. LL.M. München. Koordinatorin der R&D-Gruppe für geistiges Eigentum an der Universität Valencia (GI+dPI). E-Mail-Adresse: Concepcion.Saiz@uv.es.

¹ Dieser Aufsatz wurde im Rahmen des Forschungsprojektes DER2015-70285-R (MINECO/FEDER) *“Verträge und Urheberrechtslizenzen”* des an den Herausforderungen der Gesellschaft orientierten Staatlichen Programms für Forschung, Entwicklung und Innovation des Ministeriums für Wirtschaft und Wettbewerbsfähigkeit erstellt.

Drittens: Es gibt sehr wenig bzw. fast keine Rechtsprechung im Musikbereich, die sich mit der Frage auseinandersetzt, wann ein minimaler/geringer Ausschnitt eines Musikwerkes geschützt ist. *De lege ferenda* geht man von einer Schutzfähigkeit ab einer Mindestlänge von 6 bis 8 Takten aus.

II. Gibt es eine „freie Benutzung“ nach spanischem Recht?

Die Entwicklung kreativer Software ermöglicht sowohl dem gewerblichen Anwender wie auch dem Verbraucher die schnelle Schöpfung eigener Werke der Literatur, Kunst und Wissenschaft unter Rückgriff auf vorhandene Werke. Diese werden mit Hilfe der Software bearbeitet — verkürzt, erweitert, umgewandelt — und oft mit anderen vorbestehenden oder neuen Werken kombiniert. Das digitale Zeitalter ist daher sehr stark von abhängigen Nachschöpfungen geprägt. Einige der abhängigen Nachschöpfungen werden originell und schutzfähig sein, weil ihre Urheber eine persönliche geistige Auswahl, Ordnung und Zusammensetzung der Elemente geleistet haben; andere jedoch nicht, weil bspw. nicht der Mensch, sondern die Software das Ergebnis geschaffen hat.

Es stellt sich daher die Frage, ob solche Ergebnisse nach dem spanischen UrhG (im Folgenden: TRLPI)² rechtmäßig sind oder die Einwilligung der Urheber vorbestehender Werke erfordern. Art. 9 TRLPI gibt als allgemeine Regel vor, dass der Urheber jedes neuen Werkes, welcher ein bereits bestehendes Werk ohne Mitwirkung des Original-Urhebers einbezieht, die Rechte des letzteren respektieren und seine Zustimmung einholen muss. Diese Regelung gilt auch für Bearbeitungen (abgeleitete Werke, Art. 11 TRLPI). Anders als nach deutschem Recht (§ 23 UrhG) ist die bloße Herstellung einer Bearbeitung nicht freigestellt. Jedoch kann zumindest im Anwendungsbereich der in Art. 31 Abs. 2 TRLPI geregelten Schranke für die Privatkopie bei der Anfertigung einer Bearbeitung zu privaten Zwecken auf die Genehmigung des Urhebers verzichtet werden.

Auch findet man im spanischen TRLPI keine Regelung der freien Benutzung wie in § 24 UrhG. Es ist vielmehr die Originalität, die kennzeichnet, was in einem geschützten Werk frei benutzt werden darf und was nicht.³ So ist die Übernahme der Idee, die einem geschützten Werk zugrunde liegt, urheberrechtlich zulässig, soweit sie auf eine andere Weise Ausdruck findet. In die gleiche Kategorie fallen Anregungen, d.h. solche Bearbeitungen vorbestehender Werke, die im neuen Werk nicht mehr erkennbar sind. Wo im Einzelfall die Grenzlinie zwischen Anregung und Bearbeitung zu ziehen ist, ist freilich schwer zu beant-

2 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, «BOE» núm. 97, de 22/04/1996, ELI <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/1996/04/12/1/con>.

3 Im Ergebnis dürfte dies zu gleichen oder zumindest ähnlichen Ergebnissen wie die Abgrenzung zwischen Bearbeitung und freier Benutzung führen, wie sie der BGH insbesondere in den Urteilen v. 29. April 1999 –„Laras Tochter“ (GRUR 1999, 984), vom 11. März 1993 –„Alcolix“ (GRUR 1994, 206) und vom 17. Juli 2014 –„Pippi-Langstrumpf-Kostüm“ (GRUR 2014, 258) getroffen hat.

worten. Zum Beispiel erkennt die spanische Doktrin als Fall der Anregung auch Nachschöpfungen an, die die Kunstform des originalen Werkes erheblich ändern (z.B. ein Werk der bildenden Künste oder ein literarisches Werk in ein Ballett übersetzen).⁴ Die Rechtsprechung ist insoweit aber nicht ganz einheitlich.⁵

Beinhaltet die Nutzung des vorbestehenden Werkes andererseits Elemente des vorbestehenden Werkes, die originell sind, braucht der Urheber der Nachschöpfung entweder die Zustimmung des Rechtsinhabers oder aber die Privilegierung durch eine gesetzliche Schranke, die ihm eine solche Benutzung gestattet. Relevant ist hier, dass die Originalität als Schutzvoraussetzung von einem Teil der spanischen Doktrin⁶ sowie den Gerichten abweichend von der Rechtsprechung des EuGH in einem objektiven Sinne verstanden wird:⁷ Das Werk muss nicht nur die Frucht des intellektuellen bzw. schöpferischen Schaffens des Urhebers sein, sondern sich auch von anderen vorhandenen Werken unterscheiden. Folglich gibt es nach unserer Rechtsprechung keinen Raum für die Doppelschöpfung.

Wer einen geschützten Werkteil benutzen möchte, muss also entweder auf die Zustimmung des Rechtsinhabers verweisen können, oder die Benutzung wird durch eine der in Art. 31 ff. TRLPI vorgesehenen Beschränkungen zugelassen. Scheiden beide Wege aus, darf man erstens nur *nicht schutzfähige Werkteile* des geschützten Werkes frei benutzen

4 Der absolute Mangel jeder formellen Ähnlichkeit der Kunstform macht die Bezeichnung des zweiten Werkes als Bearbeitung unmöglich. Sind sich die Kunstformen ähnlich, ist die Nachschöpfung als Bearbeitung anzusehen. Das wäre z.B. der Fall, wenn aus einem literarischen Werk ein Drehbuch für ein Filmwerk oder ein Theaterstück entsteht; s. BERCOVITZ, R., „Art. 11 TRLPI“, in *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Hrsg.) Bercovitz, 3. Aufl., Tecnos, Madrid, 2007. *op.cit.*, S. 192; MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. (2013), *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia; SAIZ GARCÍA, C. (2016), «Creatividad 3.0», RDyNT, Nr. 42, S. 111.

5 In der erstinstanzlichen Entscheidung des Gerichts (n° 13) Sevilla v. 26. September 2003 (AC 2003/1454), wurde die Unabhängigkeit bzw. die „freie Benutzung“ einer Tanzführung, die an einen vorbestehenden Roman anknüpft, festgestellt. Die Entscheidung des Berufungsgerichts (AP Sevilla v. 30/6/2004 [AC 2004/1146]) hat aber die erste Instanz mit dem Argument aufgehoben, es handle sich doch um eine unerlaubte Bearbeitung, denn die Aufführung habe das gleiche Thema und übernehme die beschriebene Atmosphäre und Landschaft des Romans. Die Fakten sind mit den in dem vom BGH entschiedenen Fall von 29. April 1999 –„Laras Tochter“, (GRUR 1999, 984) zu vergleichen. Die Tatsache, dass die Tanzführung ursprünglich den gleichen Titel wie der Roman hatte und dies erst nach Klageerhebung geändert wurde, hat das Gericht als starkes Indiz für eine Bearbeitung gewertet (RG 4°).

6 BERCOVITZ, R. (2007), «Art. 10 LPI», in *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz (Hrsg.), 3. Aufl., Tecnos, Madrid, S. 155.

7 Unter anderem Entscheidungen v. Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26. April 2017, [RJ2017,1736] Architektonisches Werk; STS (1ª) 5. April 2011 (RJ 2011/3146) Schriftliches Werk; ebenso die vorangegangenen erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen (Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona v. 2. Mai 2004 y de la SAP Barcelona, de 22. Dezember 2008)–; Audiencia Provincial (im Folgenden AP) La Coruña v. 31. Juli 2010 (JUR 2010/335504); AP Madrid v. 11. Januar 2007 (AC 2007/1047); AP Islas Baleares v. 30. Juli 2010 (AC 2010/1442); AP Valencia v. 10. Januar 2011 (AC 2011/918); AP Castellón v. 5. Juli 2012 (AC 2012/1837); AP Madrid v. 12. November 2012 (AC 2013/126); AP Barcelona v. 1. Dezember 2016 (AC 2016/1935).

(das ist überall so) und zweitens, vorbestehende Werke nur als Anregung benutzen, sodass das originale Werk in der Nachschöpfung nicht mehr erkennbar ist.

Findet die Benutzung des vorhandenen Werkes mit Zustimmung des Urhebers statt, dann muss diese wie nach deutschem Urheberrecht auch alle vorgenommenen Verwertungshandlungen umfassen, die zur Verwertung der Nachschöpfung nötig sind (Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe). Ist die Nachschöpfung eine Bearbeitung im Sinne von Art. 11 TRLPI, muss der Verwerter auch das Bearbeitungsrecht erwerben.

Letzteres wird der Fall bei allen Werken sein, die in den Anwendungsbereich des Art. 11 TRLPI fallen. Dieser lautet:

„Unbeschadet des Urheberrechts am bearbeiteten Werk werden wie selbständige Werke geschützt: 1) Übersetzungen und Adaptionen; 2) Revisionen, Aktualisierungen und Anmerkungen; 3) Kompendien, Zusammenfassungen und Auszüge; 4) Musikarrangements;⁸ 5) Alle anderen Bearbeitungen eines literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werkes.“

Dieser Katalog ist offen, wie uns nicht nur Ziff. 5) zeigt, sondern auch Art. 21 TRLPI, der die Neuordnung einer Datenbank ausdrücklich als Bearbeitung bezeichnet. Das neue Werk muss allerdings zwei weiteren Bedingungen genügen: Es muss zum einen das Urheberpersönlichkeitsrecht des Ersturhebers wahren (und damit auch das Entstellungsverbot des Art. 14 TRLPI beachten). Zum anderen muss es Originalität bzw. eigenpersönliche Prägung besitzen.⁹ Das schließt solche Änderungen vom Anwendungsbereich des Art. 11 TRLPI aus, die aus dem bloßen Ablauf eines Computerprogrammes resultieren, ohne dass es irgendeiner relevanten schöpferischen Kontrolle des Anwenders bedarf.¹⁰ Dies wäre etwa der

- 8 Darunter fallen alle Variationen eines Musikwerkes, z.B. Arrangements für andere Instrumente, die kompositorische Fähigkeiten voraussetzen und originell sind.
- 9 Bei Werken der Musik hat eine Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts Nr. 35 von Madrid v. 7. September 1998 den Schutz eines „Arrangements“ von in der public domain befindlichen gregorianischen Gesängen abgelehnt. Das Gericht folgte den Argumenten der Beklagten und stellte in den Vordergrund, dass die gregorianischen Gesänge als freie Musikwerke eine große Fülle an rhythmischen und melodischen Elementen aufwiesen, die aber nicht hinreichend feststünden und den ausübenden Künstlern einen großen Spielraum bei der Interpretation beließen. Ein Arrangement, das bei urheberrechtlich freien Werken diesen Spielraum nutze, verdiene keinen Schutz als „originelle oder neue“ Bearbeitung. Im gleichen Sinne urteilte die AP Barcelona v. 21. Juni 1998 (AC/2011/1998) und v. 5. März 2004 (AC 2004/479).
- 10 In Ansehung des Grades an Eigenständigkeit kann man drei Kategorien generativer Maschinen unterscheiden: Die sogenannten „ordinary tools“, die 100% von Benutzer schöpferisch kontrolliert werden, „fully generative machines“, in denen kein schöpferischer Beitrag des Benutzers gefunden werden kann, weil die Maschinen völlig eigenständig produzieren und letztendlich die „partially generative machines“, also Maschinen, die schöpferische Beiträge des Benutzers und der Designer des Tools im Werk zusammenbringen; s. GINSBURG, Jane C. und BUDIARDJO, Luke Ali, Authors and Machines (August 5, 2018). Columbia Public Law Research Paper No. 14-597; Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, No. 2, 2019. Abrufbar bei SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3233885> oder <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3233885>.

Fall bei der Umwandlung eines zweidimensionalen Werkes in ein dreidimensionales Werk mittels einer 3D-Drucker-Software.¹¹

Insofern erfordern alle anderen Änderungen eines Werkes, die nicht zu einem neuen, schutzfähigen Werk führen, verwertungsrechtlich nur den Erwerb des Vervielfältigungsrechts (und – je nach anschließender Verwertung der Nachschöpfung – des Verbreitungsrechts und/oder des Wiedergaberechts).

III. Vollständige oder teilweise Benutzung vorbestehender Werke im Rahmen von Schrankenregelungen

Findet die Benutzung des entlehnten Werkes im Rahmen einer gesetzlichen Schranke statt, sind bei der Verwertung alle gesetzlichen Voraussetzungen der entsprechenden Schranke zu beachten.

Sämtliche Schranken des spanischen Urheberrechts sind in den Art. 31 bis 40bis TRLPI niedergelegt,¹² welche auch für benachbarte Schutzrechte gelten, da Art. 132 TRLPI in deren Ansehung auf die Schranken in Titel II, Kapitel 2 des Gesetzes verweist. Ähnlich wie in Deutschland¹³ legt unsere herrschende Meinung¹⁴ die urheberrechtlichen Schrankenrege-

- 11 SAIZ GARCÍA, C. (2017), «La tecnología de impresión 3D frente al actual sistema de protección de las obras de ingenio», Pe.I. Nr. 56., S. 8 ff.
- 12 CASAS VALLÉS, R. (2007), «Art. 40 bis LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.* S. 692 ff; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2016), «¿Puede crearse un nuevo límite en la Ley de Propiedad Intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?», in *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Dyckinson, Madrid, 2016, S. 262.
- 13 MELICHAR/STIEPER, «§§ 44a ff. UrhG», in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, (5. Aufl.), S. 1142. SPINDLER, «§ 51 UrhG», S. 1217, macht aber im Zusammenhang mit dem Zitatrecht darauf aufmerksam, dass das Urheberrecht im Lichte des Art. 5 GG auszulegen sei. Konkret für § 51 UrhG bedeute dies, dass gewisse Lücken des Zitatrechts ausgefüllt werden könnten. Zugleich sei jedoch auch der Grundrechtsschutz des Urhebers zu bedenken. Die Grundlinien des Zitatrechts dürfen durch eine extensive Auslegung nicht überschritten werden. Der Grundrechtskonflikt sei also durch sorgsame Güter- und Werteabwägung zu lösen.
- 14 RIBERO HERNANDEZ, F. (2007), «Sección Dos» in *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, op.cit.*, S. 14; ROGEL VIDE, C. (2009), «Los límites del derecho de autor y sus confines», in *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Nr. 3, Reus, Madrid, S. 97 ff.; LUCAS, A. & CÁMARA ÁGUILA, P. (2009), «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos o por qué hay que evitar la imprecisión», Pe. I. Nr. 33, S. 23; VICENTE DOMINGO, E. (2016), «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», in *La propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, (Hrsg.) De Román Pérez, Comares, Granada, S. 149; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2016), S. 262; LÓPEZ MAZA, S. (2016), «La posibilidad de utilización directa por el juez de la regla de los tres pasos», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual... op. cit.*, S. 321.

lungen eng aus, wobei aktuell eine Tendenz zu einer flexibleren Auslegung anhand des in Art. 40bis TRLPI enthaltenen Drei-Stufen-Testes erkennbar ist.¹⁵

Zu den hier relevanten Beschränkungen zählen das Zitatrecht (Art. 32. Abs. 1 TRLPI) und die Parodie (Art. 39 TRLPI), wobei andere Schrankenregelungen unter bestimmten Umständen ebenfalls zur Anwendung gelangen können, so z.B. die Vervielfältigung für den eigenen Gebrauch (Art. 31. Abs. 2 TRLPI), die Informationsfreiheit (Art. 34 und 35 TRLPI), die Veranschaulichung im Unterricht oder für Zwecke der Forschung (Art. 32. Abs. 2–5 TRLPI), die Nutzung bei religiösen oder offiziellen, von einer Behörde durchgeführten Veranstaltungen (Art. 38 TRLPI) usw.

Mit Blick auf das Thema des Beitrages sollen jedoch im Folgenden nur die ersten zwei Schranken, d.h. das Zitatrecht und die Parodie, erörtert werden. In beiden Fällen handelt es sich um unentgeltliche Schranken.

1. Das Zitatrecht

1.1 Gesetzliche Regelung des Zitats

Art. 32. Abs. 1 TRLPI legt den rechtlichen Rahmen für das Zitat fest:

„Erlaubt ist die Aufnahme von Teilen eines fremden schriftlichen, klanglichen oder audiovisuellen Werkes und von einzelnen Werken der bildenden Kunst oder von photographischen figurativen Werken in ein eigenes Werk, wenn das Werk der Öffentlichkeit bereits zugänglich gemacht wurde und die Einbeziehung zum Zwecke des Zitats, der Analyse, der Rezension oder der Kritik erfolgt. Eine solche Verwendung ist nur erlaubt für Lehr- oder Forschungszwecke in einem Umfang, der durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist, und bei Angabe der Quelle und des Namens des Urhebers des benutzten Werkes“.

Anders als § 51 UrhG nennt der Wortlaut des Art. 32 Abs. 1 TRLPI keine bestimmten Verwertungsrechte, die bei der Aufnahme des Werkteils betroffen sein können. Aus dem Umstand, dass das Zitat nach spanischem Recht nur zum Zweck der Lehre oder der Forschung rechtmäßig ist, leitet die herrschende Lehre ab, dass alle Nutzungsmöglichkeiten – Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe – gestattet sind, solange die Handlung

15 Zur Auslegung des Drei-Stufen-Tests zugunsten der allgemeinen Interessen zustimmend v. GEIGER, Ch.; GERVAIS, D.; SENFTLEBEN, M. (2013), "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law." PIJIP Research Paper no. 2013-04, in Spanien XALABARDER, R. (2005), «La reforma del art. 32 del TRLPI, una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil», IDP (Juni 2015) Nr. 20, S. 134; FAJARDO FERNÁNDEZ, (2013), «Defensa y depuración del límite de uso docente», Pe.I. Nr. 45, S. 13 ff. CASTELLÓ PASTOR, J.J. (2016), *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi, Zizur Menor und, wie später kommentiert wird, die Entscheidung des Tribunal Supremo v. 3. April 2012 (ECLI: ES:TS:2012:3942).

auf Lehre oder Forschung ausgerichtet ist.¹⁶ Entsprechendes soll für Bearbeitungen bzw. Übersetzungen gelten.¹⁷

Das Zitat darf nur Fragmente fremder Werke zum Inhalt haben. Nur ausnahmsweise darf man ein ganzes Bild oder eine ganze Fotografie ins eigene Werk einfügen.¹⁸ Ungeachtet dessen dürfen nach herrschender Meinung aber auch andere kleine bzw. kurze Werke (z.B. ein Gedicht) als Ganzes zitiert werden.¹⁹ Das Gesetz sieht keine Regel für die Größe der Fragmente vor, deren Aufnahme zum Zweck des Zitats erlaubt ist. Es enthält aber das Gebot der umfangmäßigen Begrenzung auf den jeweiligen Zitatzweck,²⁰ der im spanischen Recht stets in der Lehre und Forschung liegen muss. Faktoren wie die Werkgattung und die Wesentlichkeit des entlehnten Teiles für das vorbestehende Werk sind dabei miteinander abzuwägen.²¹ Letztendlich liefert der Drei-Stufen-Test das entscheidende Kriterium.²² Die spanischen Gerichte wenden diese Regel jedoch großzügig an.²³

Zitiertes und zitierendes Werk müssen keiner gemeinsamen Werkgattung angehören.²⁴ Die herrschende Meinung geht aber davon aus, dass das Zitat in ein selbständiges Werk ein-

- 16 XALABARDER PLANTADA, R. (2009), *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel*, OMPI SC-CR/19/8, S. 117-118, Abrufbar bei https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_8.pdf; SAIZ GARCÍA, C. (2017), «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, hrg. Palao, G. & Palau, F., Tirant lo Blanch, Valencia, S. 528.
- 17 XALABARDER PLANTADA, R. (2009), 117-118; SAIZ GARCÍA, C. (2017), S. 528.
- 18 Entscheidung in zweiter Instanz der AP Barcelona v. 31. Oktober 2002 (JUR 2002/54771) und genauso die Entscheidung v. AP Madrid, v. 23. Dezember 2003 (JUR 2004/90140) zugunsten des Zitats bei der Einfügung eines einzelnen, in der Öffentlichkeit bereits zugänglich gemachten Bildes.
- 19 LLEDÓ YAGÜEZ, F. (1989), «Arts. 31 y 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, hrg. Bercovitz, (1. Aufl.), Tecnos, Madrid, S. 516; PÉREZ de ONTIVEROS VAQUERO, C. (2007), «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...*, (2. Aufl.), *op. cit.*, S. 587. Dies ist auch die Linie der Schlussanträge des Generalanwalts Maciej SZPUNAR, v. 10. Januar 2019 (1) § 45 in der Rechtssache C-516/17 „Spiegel Online“, (ECLI:EU:C:2019:16).
- 20 Entscheidung AP v. 25. März 2004, „Obwohl Art. 32 nicht verlangt, dass das Zitat kurz sein muss, bedeutet dies nicht, dass das Zitatrecht keine Grenze kennt; im Gegenteil, Zitate müssen unter Berücksichtigung der Art des Werks und des wesentlichen oder unwesentlichen Charakters des Fragments in Bezug auf das Werk extrahiert werden“.
- 21 Entscheidungen AP Madrid, v. 25. Mai 2004 (AC 2004/1809); AP Valencia v. 21. Januar 2009 (AC/2009/838).
- 22 Dies ist auch die Linie der Schlussanträge des Generalanwalts Maciej SZPUNAR, v. 12. Dezember 2018 (1) § 45 in der Rechtssache C 476/17 „Metall auf Metall“, § 58.
- 23 In der Entscheidung AP Valencia v. 21. November 1999 wurde eine 4-seitige Reproduktion von 7 Seiten des Urhebers des Originalwerks als rechtmäßig angesehen, da im Text die Nachnamen der drei Originalautoren ausdrücklich genannt wurden und die Benutzung im Rahmen der Lehre stattgefunden hat. In der gleichen Weise hat die AP Girona v. 23. Juni 2009 (AC/2009/1729) die Auffassung vertreten, dass trotz der offensichtlichen Übereinstimmungen zwischen zwei Werken (mehrere Teile einer Dissertation und ihre Struktur) kein „Plagiat“ vorliege, weil die Übernahme durch das Zitatrecht und die Zugehörigkeit der angewendeten Terminologie zum Bereich des Tourismus gerechtfertigt war.
- 24 PÉREZ de ONTIVEROS VAQUERO, C. (2007), S. 588.

gefügt werden muss.²⁵ Damit blieben alle Zitate in einem urheberrechtlich schutzunfähigen Werk im Sinne von Art. 10 TRLPI außerhalb des Anwendungsbereichs der Schranke. Nach der EuGH-Entscheidung „*Painer*“²⁶ sind die Anforderungen an das zitierende Werk jedoch anders auszulegen, denn nach Ansicht des Gerichtshofs ist es mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 sowie Art. 5 Abs. 5 unerheblich, dass der ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand zitierende Presseartikel kein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk ist. Daher ist die Tatsache, dass das zitierende Werk nicht urheberrechtlich geschützt ist, kein Hindernis für ein legitimes Zitat.

Das abgebildete Werk muss ferner der Öffentlichkeit bereits zugänglich gemacht worden sein. Auf die Rechtmäßigkeit dieser Zugänglichmachung kommt es nach Art. 32 TRLPI nicht an. Das liest die Doktrin aber vernünftigerweise in die Regelung hinein.²⁷

Die Abbildung des vorbestehenden Werkes muss als Zitat, Kritik, Analyse oder Rezension gekennzeichnet werden. Insofern muss eine innere Beziehung zwischen beiden Werken die Benutzung des zitierten Werkes rechtfertigen. Diese innere Beziehung muss im Rahmen der Lehre oder der Forschung geknüpft werden, was den Anwendungsbereich von Art. 32 Abs. 1 TRLPI sehr stark beschränkt. Art. 10 Abs. 1 RBÜ und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG sind in diesem Punkt flexibler. Kulturelle, pädagogische und sogar informative Zwecke wurden gelegentlich in die Lehr- und Forschungszwecke einbezogen, in keinem Fall wurden dagegen kommerzielle Zwecke oder Unterhaltungsinteressen als in den Anwendungsbereich des Art. 32 TRLPI fallend angesehen.²⁸ Das bedeutet, dass das Zitatrecht in Spanien bspw. keinen Raum für *User Generated Content* lässt. Darüber hinaus sind auch Memes oder *Reaction GIFs* für Bilder, Fanfics für Literatur, Lip Dubs für Musik usw. allenfalls nach anderen Schrankenbestimmungen zustimmungsfrei. Nicht zuletzt werden auch Zitate im Rahmen einer Widmung, Glückskeks-Sprüche usw. von der Schrankenregelung privilegiert. Ein Teil der Lehre ist daher der Ansicht, dass die Regelung in diesem Punkt flexibler ausgelegt werden sollte.²⁹

Darüber hinaus schreibt Art. 32. Abs. 1 TRLPI ebenfalls vor, dass bei der Verwendung des zitierenden Werkes der Name des Urhebers und die Quelle anzugeben sind. Ist das unmöglich, hält das Gesetz keine Regelung bereit.

25 BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2018), «Tema 3: Los derechos de explotación», in *Manual de Propiedad intelectual*, (Hrsg.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, (8. Aufl.) S. 94.

26 EuGH C 145/10, v. 1. Dezember 2011 (ECLI:EU:C:2011:798).

27 Entscheidung AP Madrid v. 21. Dezember 2012, zum Zitat aus einer nicht veröffentlichten Doktorarbeit und dem Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung.

28 Entscheidung v. AP Barcelona v. 3. Mai 2010 (AC 2010/1025) RG 10° III.

29 RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. & BONDÍA ROMÁN, F. (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, S. 172.

1.2 Das Zitatrecht im Musikbereich

Das Zitat eines Musikwerks innerhalb eines anderen Musikwerks wird in der Regel nicht Lehr- und Forschungszweck dienen, wie es das spanische Zitatrecht voraussetzt. Ein zulässiges Musikzitat außerhalb des Musikunterrichts bzw. einer Forschung, die sich mit dem musikalischen Werk befasst, ist nach spanischem Recht daher unmöglich.

Nicht zuletzt aus diesem Grund gibt es in Spanien auch nur wenige Gerichtsentscheidungen, die sich mit dem Musikzitat befassen. Danach führt die teilweise Wiedergabe von Musikwerken in der Regel zu einem Plagiat.³⁰ Allerdings gibt es auch kaum Rechtsprechung zu Musikplagiaten. Ein möglicher Grund dafür könnte ein Schlichtungsverfahren sein, das die SGAE für ihre Mitglieder mit zwingendem Charakter in Art. 98 ihrer Satzung vorsieht.³¹ Wird ein Mitglied der Verwertungsgesellschaft von einem anderen „plagiiert“, darf es beim technischen Dienst der SGAE ein musiktechnisches Gutachten beantragen. Dieser Dienst wird sodann beide Werke und alle ihre einzelnen Elemente (nicht nur den Takt, sondern auch den Rhythmus, die Melodie, usw.) vergleichen und beurteilen. Nach Vorlage des Gutachtens werden beide Parteien zu einer Schlichtung einberufen. Einigen sie sich hier, was normalerweise der Fall ist, kommt es nicht zu einem Gerichtsverfahren.

Das TRLPI kennt den Begriff des Plagiats im Übrigen nicht. Die Rechtsprechung verwendet ihn sowohl für die identische Kopie wie auch für die verdeckte Variante, „d.h. diejenige, die ohne die Tricks und Kleider, die sie verdecken, ihre völlige Ähnlichkeit mit dem Originalwerk offenbart und einen Zustand der Aneignung und Ausbeutung der kreativen Arbeit und der intellektuellen Leistung anderer Menschen erzeugt“.³² Ein Plagiat liegt demnach vor, wenn ein vorbestehendes Originalwerk wissentlich kopiert wird. Umgekehrt ist kein Plagiat anzunehmen, wenn es sich trotz einiger auf unwesentliche Teile beschränkter Übereinstimmungen um zwei verschiedene Werke handelt.

1.3 Rechtsprechung

Vor ungefähr 10 Jahren hat die Band „The Sugar Hill Gang“ aus den Vereinigten Staaten gegen die Urheber des spanischen Musikwerkes „Aserejé“ wegen der Benutzung ihres Themas „Rapper’s Delight“ von 1979 Klage erhoben. In diesem Fall ging es nicht um „sam-

30 Entscheidung der AP Barcelona v. 21. Juni 2011(AC/2011/1998); Nr. 3 der Entscheidungsgründe verwendet den Begriff des Plagiats.

31 Art. 98°- Vorheriges Schlichtungsverfahren. "Die Mitglieder und die Verwertungsgesellschaft werden sich vor der gerichtlichen Befassung bei Streitigkeiten, die entweder unter den Mitgliedern als solchen oder zwischen einem oder mehreren Mitgliedern und der Gesellschaft auftreten können, einem Schlichtungsverfahren unterziehen. Der Schlichtungsakt wird vor der Abteilung Mediation der Stellungnahme- und Konfliktkommission durchgeführt, der für jede der Streitparteien ein Kommissionsmitglied angehören wird."

32 Entscheidungen des Tribunal Supremo v. 27. Dezember 2012 (ECLI: ES:TS:2012:8998); 22. Januar 2013 (ECLI:ES:APB:2013:5910); SAP Barcelona v. 1. Dezember 2016 (ECLI:ES:APB:2016:9287).

pling“, sondern um die Übernahme fremder Elemente, nämlich der Laute und der Rhythmik einiger bekannter Rap-Verse, in eine musikalische Komposition, die das Gericht als „minimales Zitat bzw. Anspielung (Evocation)“ auf das vorbestehende Werk bezeichnet hat.³³

Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass eine unbefugte Umwandlung ihrer Arbeit und eine Verletzung der Rechte der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Kommunikation stattgefunden hat, und dass, falls das abgeleitete Werk als Parodie betrachtet werden sollte, ein Vergütungsanspruch festgestellt wird. Die Beklagte wendete ein, es handle sich um ein völlig anderes Originalwerk. Die erstinstanzliche Entscheidung beginnt mit der Prüfung der Originalität des vorbestehenden Werkes im objektiven Sinne, um anschließend festzustellen, dass es für den Werkcharakter des abgeleiteten Werkes ausreiche, wenn dessen Schöpfer meine, es sei originell (Originalität im subjektiven Sinne). Die neuen Beiträge des abgeleiteten Werkes seien so einzigartig und substantiell, dass es sich um ein originäres Werk handle, auch, wenn es zufällige Elemente bereits existierender Werke beinhalte. Das sei es, was den Fall auszeichne, denn beide Werke unterschieden sich in Komposition und Rhythmus signifikant. Das Einzige, was der Beklagte aus dem vorbestehenden Werk übernommen habe, seien Teile der Lautmalerei durch Umsetzung einiger angelsächsischer Klänge ins Spanische, um durch die Ersetzung und Anpassung von Lauten eine ähnliche, aber nicht identische Klangfülle zu erreichen. Die darin liegende teilweise Verwendung der knappen verseigten lautmalerischen Komposition des Werkes der Klägerin und ihre Rezipitation in einem Werk der Beklagten mit ähnlichem Rhythmus, die ausdrücklich ein Zitat oder eine minimale Anlehnung an „RapperZs“ beinhalte, sei ein „fair use“ des vorbestehenden Werkes.³⁴ Folglich wurde die Klage abgewiesen.

Gegen dieses erstinstanzliche Urteil wurde keine Berufung eingelegt. Die Entscheidung überzeugt dogmatisch jedoch nicht und darf keinesfalls als herrschende Meinung bezeichnet werden. Denn die Argumentation mit einer „*de minimis*-Nutzung“ und einer *fair use*-Doktrin ist der spanischen Rechtsordnung fremd. Mit der Schranke des Zitatrechts ließ sich die Nutzung jedenfalls nicht rechtfertigen, da diese nur Lehre und Forschungszwecke privilegiert. Das gilt auch für Samplings, die ebenfalls einer Erlaubnis des Rechtsinhabers bedürfen, soweit sie nicht dem Geltungsbereich einer anderen Schrankenregelung unterfallen.

2. Die Parodie

2.1 Gesetzliche Regelung der Parodie

Art. 39 TRLPI sieht zugunsten von Parodien folgende unentgeltliche Schranke vor:

„Die Parodie eines der Öffentlichkeit bereits zugänglich gemachten Werkes wird nicht als Bearbeitung angesehen, die die Zustimmung des Urhebers benötigt, sofern zwischen beiden keine Verwechslungsgefahr besteht und weder das vorbestehende Werk noch dessen Urheber verletzt werden“.

33 Entscheidung v. Juzgado de lo Mercantil de Madrid v. 13. Januar 2010 (AC/2019/325).

34 Es ist das zweite Mal, dass ein Gericht eine Aneignung ausdrücklich als „fair use“ bezeichnet.

Da das Gesetz keine Definition der Parodie vorsieht, haben die spanische Rechtsprechung und Literatur³⁵ die Begriffserläuterung der Königlichen Sprachakademie übernommen: Parodie ist danach die „spöttische Nachahmung“ eines vorbestehenden Werkes.³⁶ Eine parodistische Nutzung vorbestehender Werke bedarf im Lichte des Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 20 der spanischen Verfassung) weder einer Genehmigung noch einer Vergütung des Rechteinhabers. Die Schranke setzt aber die vollständige Erfüllung der beiden in Art. 39 TRLPI genannten Bedingungen voraus: Erstens darf keine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Werken bestehen und zweitens darf keine Beeinträchtigung des parodierten Werkes oder seiner Urheber erfolgen.

Parodie im Sinne von Art. 39 TRLPI kann zudem nur ein Werk sein, das einem vorbestehenden, der Öffentlichkeit bereits bekannt gemachten und bekannten Werk entstammt (anders Karikatur und Satire).³⁷ Andernfalls wird weder der gewünschte humoristische Effekt erreicht noch kann die Parodie von dem bereits existierenden Werk unterschieden werden.³⁸ Diese letzte Anforderung sieht das Gesetz ausdrücklich vor. Um Verwechslungen zu vermeiden, wird es daher häufig erforderlich sein, dass der Urheber der Parodie im Titel zum Ausdruck bringt, dass sein Beitrag ein anderes Werk parodiert.³⁹

Die Parodie muss nach bislang herrschender Meinung darüber hinaus gegenüber dem ursprünglichen, bearbeiteten Werk auch ein selbständiges Werk darstellen.⁴⁰ Ob es sich dabei um ein originäres Werk oder eine Bearbeitung, also ein derivatives oder abgeleitetes Werk handelt, wird in der spanischen Lehre uneinheitlich beantwortet.⁴¹ Zu beachten ist zudem, dass sich die Schranke nur auf die Tatsache bezieht, dass die Autorisierung des Rechteinhabers des parodierten Werkes nicht erforderlich ist. Das Gesetz sagt aber nichts über die Vergütung des Rechteinhabers für die Verwertung der Parodie aus. Eine solche würde nur erfolgen, wenn die Parodie als ein Werk zu betrachten ist, das von einem bereits existie-

35 DÍAZ ALABART, S. (2007), S. 648.

36 SAP Madrid v. 2. Februar 2000, (ECLI:ES:APM:2000:1358) entnimmt den spezifischen Begriff der Parodie für die Musik dem Wörterbuch der Königlichen Sprachakademie (Aufl. 1984): „spöttische Nachahmung eines ernstes Musikwerkes oder Anwendung eines spöttischen Textes auf eine ernste Melodie“.

37 DÍAZ ALABART, S. (2007), S. 651.

38 Über die Notwendigkeit, dass nur sehr bekannte Werke parodiert werden dürfen, Entscheidung AP Barcelona v. 10. Oktober 2003 (AC/2003/1895), RG 2; AP Barcelona v. 24. April 2004, (JUR 2014/14049) RG 3.

39 PERDICES HUERTOS, A. (1999), «La muerte juega al Gym Rummy (la parodia en el Derecho de autor y de marcas)», Pe.i, Nr. 3, Sept-Dez 1999, S. 29.

40 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014), «La parodia», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil Nr. 7/2014 (Tribuna) BIB 2014/3675, S. 2; CÁMARA ÁGUILA, P. (2016), «El concepto de parodia en Derecho Comunitario», Estudios sobre la *Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, Dykinson, Madrid, S. 118.

41 PÉREZ DE CASTRO, N. (2001), Las obras audiovisuales, Reus, Madrid, S. 139-140; AYLLON SANTIAGO, H. (2014), «El derecho de transformación», Reus, Madrid, S. 290 ff, unter ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes.

renden abgeleitet ist, und nicht, wie einige Autoren meinen, als ein absolut originelles Werk und unabhängig vom parodierten Werk anzusehen ist.

Im ersten Fall würde es keinen Vergütungsanspruch des Rechtsinhabers der parodierten Arbeit geben, wie es im zweiten Fall sein sollte. Dies dürfte dem Drei-Stufen-Test nicht standhalten. Am Werkerfordernis kann ungeachtet dessen nicht länger festgehalten werden. Nachdem die „Parodie“ heute ein eigenständiger Begriff des Unionsrechts ist (Art. 5 Abs. 3 lit. k Richtlinie 2001/29/EG),⁴² sollten unsere Gerichte die spanische Regelung im Sinne der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache C-201/13, „*Deckmyn v. Vandersteen*“ auslegen.⁴³

2.2 Rechtsprechung

Die spanische Rechtsprechung zur Parodie im Musikbereich ist genauso „umfangreich“ und „rechtschaffend“ wie beim Zitatrecht. Erwähnenswert ist jedoch ein von der AP Madrid verkündetes zweitinstanzliches Urteil vom 2. Februar 2000.⁴⁴ In diesem Fall haben die Erben des Urhebers eines Musikwerkes gegen den Fernsehsender „Antena 3“ wegen der Nutzung der Musik zur Untermalung eines ganz anderen, spöttischen Textes im Fernsehpro-

42 CÁMARA ÁGUILA, P. (2016), S. 110-111. So auch der BGH in GRUR 2016, 1157 – „auf fett getrimmt“. BERCOVITZ, R. (2014) S. 2, meint allerdings, die EuGH-Entscheidung widerspreche der Drei-Stufen-Regel und weist außerdem darauf hin, dass sie nicht mit einer geringeren nationalen Schranke inkompatibel sein soll.

43 „Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ist dahin auszulegen, dass der in dieser Bestimmung enthaltene Begriff „Parodie“ ein eigenständiger Begriff des Unionsrechts ist; dass die wesentlichen Merkmale der Parodie darin bestehen, zum einen an ein bestehendes Werk zu erinnern, gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung darzustellen. Der Begriff „Parodie“ im Sinne dieser Bestimmung hängt nicht von den Voraussetzungen ab, dass die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, dass sie vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt. Des Weiteren muss bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich zwischen zum einen den Interessen und Rechten der in den Art. 2 und 3 der Richtlinie genannten Personen auf der einen und der freien Meinungsäußerung des Nutzers eines geschützten Werkes, der sich auf die Ausnahme für Parodien im Sinne dieses Art. 5 Abs. 3 Buchst. k beruft, auf der anderen Seite gewahrt werden. Es ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Ausgangsverfahrens zu beurteilen, ob bei der Anwendung der Ausnahme für Parodien im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k der Richtlinie 2001/29 – sofern die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zeichnung die genannten wesentlichen Merkmale der Parodie aufweist – dieser angemessene Ausgleich gewahrt wird“.

44 ECLI:ES:APM:2000:1358.

gramm „La Parodia Nacional“ geklagt. Das Gericht war wie schon die erste Instanz⁴⁵ der Auffassung, dass die Schranke des Art. 39 TRLPI eine solche Nutzung der Musik legitimiere.

Soweit die Kläger eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechtes geltend machten, meinte das Gericht überraschenderweise, die Frage der Verletzung sei unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, ob Kläger der Urheber selbst oder nur sein Erbe sei. Im letzteren Fall gehe es bei der Verteidigung des Rechts eher um den Schutz des kulturellen Erbes als um den Schutz patrimonialer Interessen. Abgesehen davon sei es aber jedenfalls Gegenstand der Fernsehsendung, einen Song mit einem anderen Text zu interpretieren. Darin liege eine sporadische, zufällig und episodisch unternommene Handlung ohne kommerzielle Absichten, die darüber hinaus keine Verletzung des Verwertungsrechts begründe.

Schließlich ist es geboten, wenn auch nur kurz, Artikel 40bis TRLPI zu erwähnen, der die Drei-Stufen-Regel für das spanische Schranken-System umsetzt, und den Bezug zum Urteil des spanischen Obersten Gerichtshofs in der Rechtssache "*Megakini vs. Google*" herzustellen.⁴⁶ Diese Entscheidung liegt auf der erwähnten Linie einer Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen. Sie betrifft einen Fall der automatischen Vervielfältigung einer Sportwetten-Management-Website im Cache-Speicher und auf der Suchmaschinen-Seite "Google Search". Der Sachverhalt ist ansatzweise mit jenem vergleichbar, der der Entscheidung des BGH vom 29. April 2010 „*Vorschaubilder – Google Thumbnails*“ zugrunde lag.⁴⁷ Allerdings forderte der Kläger nicht etwa, die Zwischenspeicherung und Anzeige der von ihm geschaffenen Seiteninhalte ohne seine Zustimmung zu unterlassen. Vielmehr war sein Antrag auf die Schließung der Suchmaschine und die Zahlung einer Entschädigung für den ihm entstandenen „moralischen Schaden“ gerichtet.

Die Instanzgerichte hatten die Klage als rechtsmissbräuchlich abgewiesen. Der spanische Tribunal Supremo bestätigte die Abweisung. Er hat festgestellt, die Regelung des Art. 40bis TRLPI sei eine spezialgesetzliche Ausprägung der *ius usus inoqui*-Doktrin und der in Art. 7 des spanischen Código Civil verankerten Grundsätze von Treu und Glauben. Diese Grundsätze blieben gleichwohl neben den Schrankenbestimmungen und ihrer Auslegung mittels des Drei-Stufen-Tests anwendbar (hier: neben der Schranke für vorübergehende Vervielfältigungen nach Art. 31 Abs. 1 TRLPI). Die Anwendung allgemeiner Regelungen ermögliche es „dem Gericht, den spezifischen Anspruch des klagenden Urhebers zu analysieren, um festzustellen, ob die Vervielfältigung tatsächlich einen Schaden an seinen "legitimen" Interessen verursachen kann, unabhängig davon, ob es sich um einen entfernten oder indirekten Schaden handelt und ob sie der "normalen" Verwertung des Werkes widerspricht oder im Gegenteil dieselben Interessen und dieselbe "normale" Verwertung“ begünstigt.⁴⁸ Das Begehren, eine Suchmaschine zu schließen, die den Kläger dadurch begünstigt.

45 Gericht Nr. 1 Alcobendas v. 10. Februar 1998.

46 Entscheidung von Tribunal Supremo v. 3. April 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3942).

47 Az. I ZR 69/08, Link: <http://tlmd.in/u/1047>.

48 Fünfter Entscheidungsgrund. Nr. 5.

tige, dass sie der Allgemeinheit den Zugang zu seiner Webseite und die Kenntnisnahme ihres Inhalts erleichtere, sei rechtsmissbräuchlich.⁴⁹ Ob die beanstandeten Handlungen von Google für sich genommen von der Schranke des Art. 31 Abs. 1 TRLPI gedeckt waren, ließ das Gericht ausdrücklich dahingestellt.⁵⁰

Das Urteil wurde von der Lehre stark kritisiert⁵¹ und bisher nicht in einer zweiten Entscheidung bestätigt. Es eröffnet Gerichten aber immerhin die Möglichkeit, trotz des Ausnahmecharakters der urheberrechtlichen Schrankenregelungen und des Gebots ihrer restriktiven Auslegung in Ansehung von Handlungen, die bei objektiver Betrachtung weder den Rechtsinhaber beeinträchtigen noch allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufen, auf die Doktrin des *ius usus iocui* zurückzugreifen. Davon ausgehend kann zusammenfassend bestätigt werden, dass einzelne Nutzungshandlungen nach spanischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter bestimmten Umständen auch dann für nicht rechtsverletzend erachtet werden können, wenn sie den Schrankenregelungen nicht unterfallen, aber die Benutzung keinen kommerziellen Charakter hat und weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt noch die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers verletzt.

Literatur

- AYLLON SANTIAGO, H. (2014), «El derecho de transformación», Reus, Madrid.
- BERCOVITZ, R. (2007), «Art. 10 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Berco-vitz (Hrsg), 3. Aufl., Tecnos, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014), La parodia, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Nr. 7/2014 (Tribuna) BIB 2014/3675.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (2018), «Tema 3: Los derechos de explotación», en *Manual de Propiedad intelectual*, hgr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, (8. Aufl.).
- CÁMARA ÁGUILA, P. (2016), «El concepto de parodia en Derecho Comunitario», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, Dykinson, Madrid.
- CARBAJO CASCÓN, F. (2013), «Flexibilización del derecho de autor mediante límites externos a la normativa específica. El caso Megakini v. Google», ADI Nr. XXXIII, s. 543-547.

49 Fünfter Entscheidungsgrund Nr. 6 „Die Forderung, dass die Suchmaschine von Google geschlossen werden sollte oder der Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung für eine Tätigkeit verpflichtet sein soll, die dem Kläger zugutekommt, indem sie den Zugang zu seiner Website generell erleichtert und die Kenntnisnahme von ihren Inhalten erleichtert, ist nach § 7 Abs. 2 Código Civil als Missbrauch oder unsoziale Ausübung des Urheberrechts zu betrachten, weil unter dem Schutz der restriktiven Auslegung von urheberrechtlichen Schranken die Absicht einer Schädigung von Google verfolgt wird, ohne irgendeinen eigenen Vorteil ziehen zu können, der nicht in Ruhm, Bekanntheit oder der geforderten Entschädigung selbst liegen kann“.

50 Fünfter Entscheidungsgrund Nr. 8.

51 RAMOS, A. (2012), «Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo ¿qué abre la vía a nuevos límites y principios?», <http://www.interiuris.com/blog/reflexiones-sobre-la-sentencia-del-tribunal-supremo-que-abre-la-via-a-nuevos-limites-y-principios/>; CARBAJO CASCÓN, F. (2013), «Flexibilización del derecho de autor mediante límites externos a la normativa específica. El caso Megakini v. Google», ADI Nr. XXXIII, S. 543-547; MARISCAL GARRIDO FALLA, P. (2016), «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Estudios sobre propiedad intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid, S. 433.

- CASAS VALLÉS, R. (2007), «Art. 40 bis LPI», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz (Hrsg), (3. Aufl.), Tecnos, Madrid.
- CASTELLÓ PASTOR, J.J. (2016), *Motores de búsqueda y derechos de autor: infracción y responsabilidad*, Aranzadi, Zizur Menor.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, (2013) Defensa y depuración del límite de uso docente, Pe.I, Nr. 45.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2016), «¿Puede crearse un nuevo límite en la Ley de Propiedad Intelectual española para dar cobertura a los contenidos generados por los usuarios?», en *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Dyckinson, Madrid, 2016.
- GEIGER, Ch., GERVAIS, D. & SENFTLEBEN, M. (2013), "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law", PIJIP Research Paper no. 2013-04
- GINSBURG, J. C. and BUDIARDJO, L., Authors and Machines (August 5, 2018). Columbia Public Law Research Paper No. 14-597; Berkeley Technology Law Journal, Vol. 34, No. 2, 2019. Available:
- SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3233885> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3233885>
- LLEDÓ YAGÜEZ, F. (1989), «Arts. 31 y 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, hrg. Bercovitz, (1. Aufl.), Tecnos, Madrid.
- LÓPEZ MAZA, S. (2016), «La posibilidad de utilización directa por el juez de la regla de los tres pasos», *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual: últimas reformas y materiales pendientes*, Dykinson, Madrid.
- LUCAS, A. & CÁMARA ÁGUILA, P. (2009), «Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos o por qué hay que evitar la imprecisión», Pe. I. Nr. 33.
- MARISCAL GARRIDO-FALLA, P. (2013), *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARISCAL GARRIDO FALLA, P. (2016), «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Estudios sobre propiedad intelectual: Últimas reformas y materias pendientes*, Dykinson, Madrid.
- PERDICES HUERTOS, A. (1999), «La muerte juega al Gym Rummy (la parodia en el Derecho de autor y de marcas)», Pe.i, Nr. 3, Sept-Dez 1999.
- PÉREZ DE CASTRO, N. (2001), *Las obras audiovisuales*, Reus, Madrid.
- RAMOS, A. (2012), «Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo ¿qué abre la vía a nuevos límites y principios?», <http://www.interiuris.com/blog/reflexiones-sobre-la-sentencia-del-tribunal-supremo-que-abre-la-via-a-nuevos-limites-y-principios/>.
- RIBERO HERNANDEZ, F. (2007), «Sección Dos», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. Bercovitz (Hrsg), (3. Aufl.), Tecnos, Madrid.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. & BONDÍA ROMÁN, F. (1997), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid.
- ROGEL VIDE, C. (2009), «Los límites del derecho de autor y sus confines», en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Nr. 3, Reus, Madrid
- SAIZ GARCÍA, C. (2016), «Creatividad 3.0», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías* Nr. 42.
- SAIZ GARCÍA, C. (2017), «La tecnología de impresión 3D frente al actual sistema de protección de las obras de ingenio», Pe.I, Nr. 56.
- SAIZ GARCÍA, C. (2017), «Art. 32», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Hrsg.) Palau, G. & Palau, F., Tirant lo Blanch, Valencia.
- VICENTE DOMINGO, E., «Los límites del derecho de cita y de ilustración con fines educativos o de investigación científica», en *La propiedad intelectual en las universidades públicas: titularidad, gestión y transferencia*, (Hrsg.) De ROMÁN PÉREZ, Comares, Granada, 2016

XALABARDER PLANTADA, R. (2009), *Study on Copyright Limitations and Exceptions for Educational Activities in North America, Europe, Caucasus, Central Asia and Israel*, OMPI SCCR/19/8, s. 117-118, verfügbar unter https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_8.pdf.

XALABARDER, R., La reforma del art. 32 del TRLPI, una reforma explosiva, injustificada y doblemente inútil, IDP (Juni 2015) Nr. 20, S. 134.

Referenzielles Schaffen im Lichte der Regulierung des polnischen Urheberrechtsgesetzes

Kamila Kempfert, LL.M. (Dresden/Krakau)¹

I. Einführung in die Problematik: Die kreative Referenzkultur	121		
II. Charakteristika des polnischen Urheberrechtsgesetzes vom 4.2.1994	126		
1. Ausrichtung	126		
2. Das materielle Urheberrecht	128		
a) Gegenstand des Urheberrechts: das Werk	128		
b) Träger des Urheberrechts	129		
c) Inhalt des Rechts	130		
aa) Die Urheberpersönlichkeitsrechte	130		
bb) Die Verwertungsrechte	131		
cc) Das Verhältnis der Rechte zueinander	131		
III. Die Qualifikation der Werke mit fremdreferenziellem Charakter	132		
1. Einschränkung des urheberrechtlichen Monopols im Überblick	132		
2. Ideen	133		
3. Referenzielle Werkarten	135		
a) Das eigenständige Werk, Art. 2 Abs. 4 URG	136		
b) Das nicht eigenständige Werk	138		
(1) Das abhängige Werk	139		
(2) Das Werk mit Entlehnungen	140		
		a) Das Urheberpersönlichkeitsrecht und nicht eigenständige Werke	141
		b) Zusammenfassung:	142
		IV. Schranken des Urheberrechts: Die erlaubte Nutzung	142
		1. Die erlaubte öffentliche Nutzung nach Art. 24-35 URG und die Urheberrechtsnovelle	144
		a) Das Zitatrecht nach Art. 29 URG	146
		aa) Selbständigkeit des neuen Werkes	146
		bb) Die Berücksichtigung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belangen im Rahmen des Zitats	148
		cc) Die Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte als Zitatzweck im Rahmen von Art. 29 URG – ein Rudiment oder Hoffnung?	149
		(1) Genretypische Aspekte und das Zitatrecht	151
		(2) Lösungsansatz	153
		(3) Was heißt das in der Praxis?	154
		a) Parodie, Pastiche, Karikatur im Rahmen von Art. 29 1 URG	156

¹ Die Verf. ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Siegen, die Publikation wurde im Rahmen des des DFG finanzierten SFB 1187 „Medien der Kooperation“ im Teilprojekts B07 – Medienpraktiken und Urheberrecht. Soziale und juristische Rahmenbedingungen kooperativen und derivativen Werkschaffens im Netz erstellt.

aa) Charakteristik der Parodie, Pastiche und Karikatur i.S.v. Art 291 URG	157	dd) Engt die erlaubte öffentliche Nutzung in Art. 291 URG das Urheberpersönlichkeitsrecht ein?	161
bb) Genretypische Aspekte in der Parodieschranke Art. 291 URG	159	V. Fazit	164
cc) Das Verhältnis der „genretypischen Aspekte“ in Art. 29 URG und Art. 291 URG	159		

Abstract:

Die Erschaffung von referenziellen Werken hat in den vergangenen Jahren eine enorme Steigerung erfahren. Gleichzeitig ist aufgrund der Koexistenz verschiedener Rechtsordnungen eine unterschiedliche Bewertung und Handhabung dieser Phänomene wahrnehmbar. Der Beitrag widmet sich vor diesem Hintergrund den Antworten des polnischen Gesetzgebers auf die veränderten Praktiken und Bedürfnisse der kreativen Referenzkultur und untersucht, ob das polnische Recht ein Recht auf Referenz gewährt.

I. Einführung in die Problematik: Die kreative Referenzkultur

Die im Geiste der Postmoderne entwickelten Praktiken der Wiederverwertung von Werken sind über die Kunstszene hinausgegangen und sind zum festen Bestandteil unseres Alltages geworden. Das Erschaffen von Neuem, indem auf Altes Bezug genommen wird, ist ein wichtiges Fundament des Kulturverständnisses² und eine geschickte Art und Weise, den schöpferischen Kreislauf in Form von rearrangiertem Rohmaterial aufrechtzuerhalten.³ In digitalen Räumen gewannen referenzielle Medienpraktiken wie Sampling, Mashup, Remix, Collage, Parodie, Memes oder Fanfiction sowie die Ausstellung derivativer Werke wie Fan Art oder Appropriation Art schnell an Interesse und sie erfreuen sich mittlerweile großer Beliebtheit.⁴ Die kreative Referenzkultur,⁵ die mit vorbestehendem Material in einem spezi-

2 von Gehlen, Mashup. Lob der Kopie, 2. Aufl. 2012, S. 19.

3 Vgl. Senftleben, Der kulturelle Imperativ des Urheberrechts, in: Weller/Kemle/Dreier/Lynen (Hrsg.), Kunst im Markt – Kunst im Recht, 2010, S. 75.

4 Hierzu: Summerer, Illegale Fans, 2015; Maier, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018; Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018.

5 von Gehlen, Mashup. Lob der Kopie, 2. Aufl. 2012, S. 19, beschrieben als „Technik der Bezugnahme, des Zitats und der Adaption“; vgl. Klass, Die Referenz als Teil der Kunstform: popkulturelle Praktiken und das Urheberrecht, in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 147; Hoffmann/Klass, Editorial: The Reference as Part of the Art Form. A Turning Point in Copyright Law?, MiA, 2017, Nr. 2 S. 32.

fischen künstlerischen Transformationsprozess⁶ spielt, bedient sich hierbei der Rekontextualisierung, Rearrangierung, Inkorporierung sowie Interpretation des Vorhandenen.⁷ In diesen Schaffensprozessen bleibt das ursprüngliche Werk oftmals erkennbar.⁸ Dies ist auch gewollt, denn spielerischer Umgang, Dialog, Hommage und Bezugnahme wären ohne eine wiedererkennbare Quelle und somit ohne Referenzpunkt, misslungen. Referenzielle Praktiken stellen neue Formen des kreativen Werkschaffens dar, welche die juristische Dogmatik und das Verständnis des Urheberrechts vor eine neue Herausforderung stellen, indem sie jahrelang etablierte Grundsätze des Urheberrechts ins Wanken bringen.⁹ Referenzielle Werke, die zumeist auf eine fluide und heterogene Art und Weise¹⁰ auf andere Werke rekurrieren, müssen oft gegen den Vorwurf der Illegalität verteidigt werden,¹¹ weshalb sich ihre Schöpfer nicht selten bewusst althergebrachten urheberrechtlichen Gedankengebäuden widersetzen. Zu den umkämpften Konzepten gehören vor allem das der Originalität, des Werkcharakters, der Neuheit und der Autorschaft.¹² Insbesondere bringt die postmoderne

6 *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 148.

7 *Hoesterey*, Pastiche, Cultural Memory in Art, Film, Literature, 2001, S. 10 ff.; *Pötzberger*, GRUR 2018, 674, 680.

8 Vgl. *Schröder*, Konzeptueller Umgang mit präexistenter Musik, in: Döhl/Wöhler (Hrsg.), 2014, S. 187; *Summerer*, Illegale Fans, 2015, S. 26; *Reißmann/Klass/Hoffmann*, POP Kultur und Kritik, 2017, Heft 10, S. 157.

9 Herausgefordert werden vor allem tradierte Konzepte des Urheberrechts wie das Erfordernis oder auch die Definition der Originalität sowie der Mythos der romantischen Autorschaft; hierzu: *Klass*, in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 148; *Podszun*, ZUM 2016, 607; *Klass*, ZUM 2016, 803.

10 Hierzu: *Kreutzer*, Den gordischen Knoten durchschlagen – Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Copy. Right. Now! Plädoyers für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Bd. 4, 2010, S. 45-55.

11 *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 148; *Bleicher*, The manifestation of mash-up categories, in: Koch (Hrsg.), Digitalisation. Theories and Concepts for Empirical Cultural Research, 2017, S. 132; *Podszun*, ZUM 2016, 607; *Klass*, ZUM 2016, 803.

12 Hierzu: *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607; *Podszun*, Wandlungen des Schutzgegenstands in: Dreier/Hilty (Hrsg.): FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 361, 370; *Klass*, ZUM 2016, 801, 801; *Klass*, in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 148, 153; *McGovern*, Referenz und Appropriation in der künstlerischen Ausstellungspraxis, in: Döhl/Wöhler (Hrsg.): Zitieren, Appropriieren, Sampeln, 2014, S. 113, 116; *Großmann*, Reproduktionsmusik und Remix-Culture, in: Saxer (Hrsg.): Mind the Gap!, 2011, 116, 120; *Großmann*, Collage, Montage, Sampling, in: Segelberg/Schätzlein (Hrsg.): Sound. Zur Technologie des Akustischen in den Medien, 2005, 308; *Großmann*, Reproduktionsmusik und Remix-Culture, in: Saxer (Hrsg.): Mind the Gap!, 2011, 116; *Döhl*, The Concept of „Pastiche“ in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case Metall auf Metall, MiA, 2017, Nr. 2, S. 37; *Hutcheon*, A Theory of Adaptation, 2013; *Peifer*, Festhalten am idealistischen Schöpferbegriff, in: Dreier/Hilty (Hrsg.): FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 351; *Woodmansee/Jaszi*, Introduction in: Woodmansee/Jaszi (Hrsg.), The Construction of Authorship, 1994, S. 9; *Woodmansee*, On the Author Effect: Recovering Collectivity, in: Woodmansee/Jaszi (Hrsg.), 1997, S. 279, 292; *Jaszi*, The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the Author, 1984, 425; *Lemley*, The Romantic Authorship and the Rhetoric of Property, 1997, 75 Texas L. Rev. 873.

Prämisse „alles gab es schon mal“¹³ die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit Vorbestehendem mit sich. Auf der einen Seite wird die Referenz von deren Benutzern als geboten angesehen, um einen Kontrapunkt zu allen redundanten Praktiken zu setzen. Zugleich soll durch das Mittel der Dekonstruktion der Mythos der Originalität gebrochen werden.¹⁴

Dass sich eine Kultur, die sich absichtlich dem etablierten Rechtsempfinden sowie gesetzgeberischen Werteentscheidungen widersetzt, auf dünnem Eis bewegt, muss hier nicht extra erwähnt werden.¹⁵ Zur Rechtfertigung des eigenen Verhaltens wird vorgebracht, dass sich die kreative Referenzkultur in vielen Fällen der nicht-kommerziellen Nutzung verschrieben hat,¹⁶ die zudem oftmals abhängig von Hosting-Diensten in halb-öffentlichen Bereichen stattfindet.¹⁷ Aufgrund des nicht-monetären Charakters beruht die Akzeptanz des Referierens einzig und alleine auf dem guten Willen des Rechteinhabers und ist in vielen Fällen eine Frage des Images. Der Konflikt ist jedoch bei einer kommerziellen Verwertung unvermeidbar, vor allem, wenn die Rechteinhaber die von den Kreativen genutzten Verwertungskanäle oder Nutzungsarten in eigener Sache nutzen wollen.¹⁸

13 Ikonen der Prämisse: Warhols' "Campbell's Soup – Tomato"; Duchamps' Fountain; Princes' "Yes Rasta" und "Rastafarian smoking a joint"; hierzu: Court of Appeals for the 2nd Circuit, 714 F. 3d 694 (2013) = GRUR Int. 2013, 1172 ff. – *Cariou v. Prince*.; Southern District Court of New York, Case No. 15-CV-10160 (2017) – *Graham v. Prince*.

14 Douglas Crimp: „Those processes of quotation, excerption, framing, and staging that constitute the strategies of the work I have been discussing necessitate uncovering strata of representation. Needless to say, we are not in search of sources or origins, but structures of signification: underneath each picture there is always another picture.“; *Crimp*, Pictures, in: Wallis (Hrsg.): Art After Modernism. Rethinking Representation, 1984, S. 175, 186.

15 Zur Legitimationskrise des Urheberrechts: *Klass*, Das Urheberrecht unter Druck, in: Eumann/Gerlach/Röbner/Stadelmaier (Hrsg.), Medien, Netz und Öffentlichkeit, 2013, S. 195, 196; *Metzger*, GRUR Int. 2006, S. 171, 172; *Hansen*, Warum Urheberrecht? 2009, S. 74.

16 Siehe auch *Klass* in: FS Gernot Schulze, 2017, S. 149.

17 Im Kontext der Selbstbestimmung der Fans in halböffentlichen Räumen: *Reißmann/Hoffmann*, M&K, 66 Jahrgang, 04/2018; S. 466, 467.

18 Vor allem im Fall von Fanfiction verbinden die Autoren deren Publicity- und Imagefragen stark mit der Haltung gegenüber der Fangemeinde. Die Ansichten sind sehr gespalten: Während *Anna Rice* sich unmissverständlich gegen das kreative Tätigwerden der Fans äußert, möchte *George R. R. Martin* nicht, dass seine Charaktere von den Fans misshandelt werden, hierzu: <http://flavorwire.com/281936/abusing-the-people-of-westeros-famous-authors-on-fan-fiction> (letzter Abruf: 26. 3. 2019). *Andrzej Sapkowski* freut sich über Fangeschichten über den Witcher, in: *Grzybczyk*, Twórczosc internautów w świetle regulacji prawa autorskiego na przykładzie fanfiction, 2015, S. 37-38; *J.K. Rowling* fühlt sich bspw. von den Fangeschichten geschmeichelt, hierzu: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/3753001.stm> (letzter Abruf: 26.3.2019), jedoch endet die Schmeichelei wo neue Verwertungswege sich öffnen, hierzu: United States District Court for the Southern District of New York, 575 F. Supp. 2d 513 (S.D.N.Y. 2008) – *Warner Bros. Entertainment, Inc. and J.K. Rowling v. RDR Book*; hierbei klagte die Autorin gegen die kommerzielle Nutzung eines von ihrem Fan Vander Ark betriebenen Lexikons über die Zauberwelt von Harry Potter. Das besagte Lexikon wurde zuvor im Internet unentgeltlich zur Verfügung gestellt, selbst J.K. Rowling hat es zum Schreiben ihrer Romane genutzt.

Diese Veränderungen, die das Herabsinken der technologischen Schwelle mit sich brachte, haben zur Folge, dass dem Urheberrecht in seiner aktuellen Form vorgeworfen wird, den Besonderheiten des modernen Schaffens nicht gerecht zu werden.¹⁹ Vor allem wird das Rechtsinstitut oft als kreativitätshemmend empfunden.²⁰ Für Unzufriedenheit mit künftigen Regelungen sorgte auch die EU-Urheberrechtsreform, die öffentlich stark kritisiert wurde.²¹ Vor allem wecken die befürchteten wie auch stark kritisierten Upload-Filter Ärgernis unter Kreativen und Nutzern.²² Es bedarf noch einer gewissen Zeit für die nationale Umsetzung der frisch verabschiedeten Reform. Ihre endgültige Einflussnahme auf die Referenzkultur ist deshalb in diesem Stadium der Debatte noch nicht absehbar. Gewiss ist allerdings, dass die in Verbindung damit stehende, sinkende Akzeptanz des Urheberrechts erneut die Frage nach dem richtigen Maß an Schutz und Freiheit aufwirft. Nicht zuletzt soll und muss das Recht den veränderten Schaffensrealitäten standhalten können.

Die Grenze zwischen der freien Auseinandersetzung und der erlaubnispflichtigen Bearbeitung von fremden Materialien ist fließend und nur im Wege des Einzelfalls zu ermitteln.²³ Auch die enigmatischen Schranken des Urheberrechts können nicht immer im Voraus eine rechtssichere Einschätzung der in Frage stehenden Nutzung ermöglichen. Dies hat zur Folge, dass in vielerlei Fällen Künstler davon absehen, Referenzen zu nutzen bzw. ästhetische Entscheidungen anhand der tatsächlich möglichen Rechtklärung treffen.

Da referenzielle Werke im digitalen Umfeld ihren „natürlichen Lebensraum“ gefunden haben und stark an die technische Entwicklung der letzten Jahre gebunden sind, sprengen die im Netz 2.0 zirkulierenden Werke nicht zuletzt auch die nationalen Grenzen und

Bei musikalischem Remix ist die Sachlage noch komplizierter: Bspw. prozessiert *Moses Pelham*, der in der Community für eine starke Abmahnungspolitik bekannt ist, seit fast 20 Jahren für die freie Benutzung von Musikfetzen aus fremden Tonträgeraufnahmen für seine Rearrangierungen und ist zu einer Ikone des Samplings geworden, hierzu: <https://raptastisch.net/2017/07/25/gestaendis-ich-habe-mehr-mit-abmahnungen-verdient-als-mit-musik/> (letzter Abruf: 26.3.201). Hierbei ist unverkennbar, dass der Standpunkt in dieser Thematik stark davon beeinflusst ist, ob man sich gerade selbst in der Schöpfungs- oder Verwertungsphase befindet.

19 Vgl. *Klass*, Das Urheberrecht unter Druck, in: Eumann/Gerlach/Rößner/Stadelmaier (Hrsg.), *Medien, Netz und Öffentlichkeit*, 2013, S. 195, 196.

20 Vgl. *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479.

21 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt COM (2016) 0593 final – 2016/0280 (COD), am 26.3.2019 billigte das EU-Parlament die Reform des digitalen Urheberrechtsschutzes: <http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190321IPR32110/parlament-billigt-reform-des-digitalen-urheberrechtsschutzes> (letzter Abruf: 26.3.2019); repräsentative Beispiele für die Debatte: *SaveYourInternet*: <https://saveyourinternet.eu/> (letzter Abruf: 26.3.2019) und der Initiative *Urheberrecht*: https://urheber.info/aktuelles/2019-02-26_initiative-urheberrecht-ein-guter-tag-fuer-europa (letzter Abruf: 26.3.2019).

22 Hierzu: *Suwelack*; MMR 2018, 582; *Kastl*, GRUR 2016, 671; *Hofmann*, GRUR 2018, 21; *Drexler*, ZUM 2017, 529.

23 Vgl. *Schulze* in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *UrhG*, 6. Aufl. 2018, § 24 Rn. 1.

Rechtssysteme.²⁴ Insofern unterstreichen das Territorialitätsprinzip und die Koexistenz unterschiedlich ausgerichteter innerstaatlicher Regelungen die Notwendigkeit eines einheitlichen europäischen Schrankensystems, das den referenziellen Praktiken einen homogenen Status innerhalb der Europäischen Union bietet. Aus diesem Grund muss die Diskussion um ein modernes Urheberrecht – gemessen an den aktuellen Phänomenen der Netzkultur – zuerst europäisch geführt werden, damit sodann ein globaler Diskurs vorgenommen werden kann.²⁵ Um diesen Herausforderungen gerecht zu werden, muss in einem ersten Schritt ein Blick in die nachbarstaatlichen Rechtsordnungen geworfen werden, damit die Frage beantwortet werden kann, wie andere EU-Mitgliedstaaten mit dem Phänomen des derivativen, nutzergenerierten Werkschaffens umgehen. Erst dann kann die grundsätzliche Frage gestellt werden, ob es überhaupt ein Recht auf Referenz geben sollte und wie eine mögliche Reform des Urheberrechts aussehen könnte. Hinzu kommt, dass der kontroverse Rechtsstreit zwischen *Moses Pelham* und *Kraftwerk*, der zwanzig Jahre lang für neue Rechtsprechung in Sachen Sampling vor deutschen Instanzen sorgte,²⁶ nun dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt wurde.²⁷ Diese referenzielle Praktik wird also zum Teil eine europarechtliche Lösung erfahren.²⁸

In diesem Beitrag soll die Problemstellung aus der Perspektive des polnischen Rechts beleuchtet werden. Es wird geprüft, an welchen Stellen das rechtliche Monopol des Rechteinhabers begrenzt wird, vor allem aber, inwiefern die Schrankenregelungen der polnischen Urheberrechtsdoktrin den neuen Herausforderungen der Netzkultur standhalten können und, ob Hoffnungen für die digitale Vielfalt zu erblicken sind. Besonders soll hierbei die

24 *Dreier* in: *Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz*, 6. Aufl. (2018), Einl., Rn. 22; hierzu ausführlich: *Maier*; *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, S. 99 ff.

25 Dass eine globale Lösung erschwert sein könnte, merkt man bereits an der Tatsache, dass sich im Urheberrecht zwei große Rechtstraditionen gegenüberstehen, namentlich das kontinentaleuropäische *Droit d'auteur*-System und das anglo-amerikanische Copyright; vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), *UrhG*, 6. Aufl. (2018), Einl., Rn. 22.; *Ellins*, *Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft*, 1997; *Baldin*, *The copyright wars – three centuries of transatlantic battle*, 2014; *Strowel*, *Droit d'auteur et copyright*, Brüssel 1993; *Leistner/Hansen*, *GRUR* 2008, 479.

26 Der Instanzenzug: LG Hamburg, Urt. v. 8.10.2004 – 308 O 90/99; OLG Hamburg, Urt. v. 7.6.2006 – 5 U 48/05 = ZUM 2006, 758; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06 = ZUM 2009, 219; OLG Hamburg, Urt. v. 17. 17.08. 2011 – 5 U 48/05 = ZUM 2011, 748; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – ZR 182/11 = ZUM 2013, 484; BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 – I BvR 1185/13 = ZUM 2016, 626; BGH, Urt. v. 1.06.2017, I ZR 115/16 = ZUM 2017, 760.

Hierzu: BGH, ZUM 2013, 484; BGH, ZUM 2009, 219; OLG Hamburg, ZUM 2006, 758.

27 EuGH – C-476/17 – *Metall auf Metall*, nach Vorlage des: BGH *GRUR* 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

28 Das Verfahren betrifft das Leistungsschutzrecht und nicht das Urheberrecht an sich, konkret geht es um das Tonträgerherstellerrecht nach § 85 UrhG und den Schutz seiner kleinsten Teile („Tonfetzen“), s. BGH *GRUR* 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

2015 durchgeführte „kleine Reform des Urheberrechts“²⁹ berücksichtigt werden, die Änderungen im Rahmen des Zitatrechts mit sich brachte.

II. Charakteristika des polnischen Urheberrechtsgesetzes vom 4.2.1994

1. Ausrichtung

Das polnische Urheberrechtsgesetz stammt aus dem Jahr 1994³⁰ und ist ein Ergebnis der rechtspolitischen Entwicklungen in Mittel- und Osteuropa,³¹ die zunehmend westeuropäische und internationale Züge bekamen.³² Das Urheberrecht in Polen hat eine lange Tradition und orientiert sich stark an den kontinentaleuropäischen Rechtsgedanken³³ des *droit d'auteur*-Systems, das auf die wirtschaftlichen und persönlichen Interessen des Urhebers ausgerichtet ist.³⁴ Die Rechtsanschauung folgt inhaltlich dem dualistischen Modell und verleiht zwei autonome Rechte: Verwertungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte.³⁵

29 Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, GBl. Nr.: Dz.U. 2015 Nr. 1639.

30 Gesetz über das Urheberrecht vom 4.2.1994, GBl. Nr.: Dz.U. 1994 nr 24 Pos. 83.

31 Vgl. bulgarisches UrhG vom 16.6.1993; rumänisches UrhG vom 14.3. 1996, russisches UrhG vom 9.7.1993; slowenisches UrhG vom 30.3.1995.

32 *Diez*, in: Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 19.

33 Bereits im Jahr 1926 erfreute sich das Urheberrechtsgesetz eines fortschrittlichen Rufes: Gesetz über das Urheberrecht vom 29.3.1926, GBl. Nr.: Dz.U. 1926 Pos. 286; *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 62; Im Jahre 1952 bekam das Land ein sozialistisches Gesetz: Gesetz über das Urheberrecht vom 10.7.1952, GBl. Nr.: Dz.U. 1952 Pos. 234; mit späteren Änderungen GBl. Nr.: Dz.U. 1975 Pos. 184 und Dz.U. 1989 Pos. 192; hierzu: *Dobosz*, GRUR Int. 1984, S. 745 ff., *Drabienko*, S. 1 ff.; *Grzybowski/Kopff*, *Studia Cywilistyczne*, Bd. XVI (1970), S. 209 ff.; *Kopff*, *Studia Cywilistyczne* 1965, S. 333 ff.; *Czychowski*, in: in Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 62;

Dem Gesetz wurde vorgeworfen die Urheberinteressen zu wenig zu berücksichtigen, da im Rechtsverkehr aufgrund der sozialistischen Ausrichtung des Landes der Staat der einzige Vertragspartner des Urhebers sein konnte; hierzu: *Kopff*, GRUR Int. 1989, S. 822; In der neusten Fassung zielt das polnische Urheberrechtsgesetz neben einer Neustrukturierung und Erholung von der sozialistischen Ausrichtung des Gesetzes darauf ab, die westlichen Vereinbarungen des Polen-USA-Vertrages (Washingtoner Vertrag zwischen der Republik Polen und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Handels- und Wirtschaftsbeziehungen vom 21.3.1990) und des EG-Assoziierungsabkommens (Europäische Vereinbarung zur Begründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Polen vom 16.12.1991, Abl. EG. 1992 Nr. L 114, S. 1 vom 30.4.1992) umzusetzen: *Czychowski*, in: in Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 63.

34 *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 19.

35 *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 20. wie auch in Frankreich, Spanien und Italien.

In seinen Grundzügen ist das Urheberrechtsgesetz durch folgende Werteentscheidungen des Gesetzgebers geprägt: Dem Schutz unterliegen Werke i.S.v. Art. 1 Abs. 1 URG sowie verwandte Schutzrechte.³⁶ Des Weiteren entstehen Urheberpersönlichkeitsrechte immer und ausschließlich in der Person des Urhebers und sind weder übertragbar noch verzichtbar. Zudem unterliegen sie keiner Schutzfrist. Gewährt wird mithin ein ewiges Urheberpersönlichkeitsrecht nach französischem Vorbild.³⁷ Die Verwertungsrechte entstehen in der Regel zugunsten des Urhebers und die verwandten Schutzrechte zugunsten des Produzenten.³⁸ Die Schutzfristen unterscheiden sich je nach Art des geschützten Gutes: Für Werke besteht die Schutzfrist von 70 Jahren *post mortem auctoris*, bei verwandten Schutzrechten beträgt die Schutzfrist 25 bis 50 Jahre ab der Entstehung oder dem Inverkehrbringen. Die exklusiven Verwertungsrechte garantieren keine uneingeschränkte Ausschließlichkeit der Benutzung des Werkes und unterliegen somit gewissen Einschränkungen.³⁹

Seit 2015 laufen die Arbeiten zur „kleinen“ Novellierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, deren hauptsächlicher Zweck in der Implementierung der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft liegt.⁴⁰ Diese kleine Reform ist von großer Bedeutung für die erlaubte Benutzung im Allgemeinen sowie auch speziell für referenzielle Praktiken, welche durch die Erweiterung des Zitatrechts und die Implementierung der Parodieausnahme aus Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL 2001/29/EG⁴¹ einen Weg ins Gesetz gefunden haben.

36 Um den Schutz des Gesetzes zu genießen, genügt es, das Werk zu kommunizieren, es werden keine weiteren Formalitäten verlangt.

37 Im Rahmen von verwandten Schutzrechten wird ein Urheberpersönlichkeitsrecht nur für den ausübenden Künstler gewährleistet.

38 Die Ausnahme ist hier der ausübende Künstler: vgl. *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 21; der Umfang des Schutzes der Verwertungsrechte ist unterschiedlich: Den breitesten Schutzzumfang gewährt das Werk, denn es beinhaltet jegliche Formen dessen Benutzung (da diese an dessen kreativen und individuellen Elementen gemessen sind), im Fall von verwandten Schutzrechten bezieht sich der Schutzzumfang lediglich auf die Verwertungsarten; vgl. *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 21.

39 Auf der einen Seite liegt dies daran, dass die Ideen sowie Informationen, die in einem Werk enthalten sind, nicht dem Schutz des Urheberrechts zugänglich sind und auf der anderen Seite daran, dass Limitationen zum Wohle der Allgemeinheit in Form der persönlichen und öffentlichen erlaubten Benutzung eingeführt wurden, die in Ausnahmen eine Benutzung ohne Einwilligung des Rechteinhabers gewähren; *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 38.

40 Vgl. <https://wiadomosci.onet.pl/swiat/reforma-prawa-autorskiego-w-planach-prac-ke-na-2015-rok/e7mkw> (letzter Abruf 28.3.2019).

41 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, im Folgenden InfoSoc-RL 2001/29/EG genannt.

2. Das materielle Urheberrecht

a) Gegenstand des Urheberrechts: das Werk

Das polnische Gesetz definiert in Art. 1 Abs. 1 URG das Werk als „jede in irgendeiner Form gestaltete Äußerung schöpferischer Tätigkeit individuellen Charakters, unabhängig von Wert, Bestimmung und Ausdrucksweise“. Das Werk ist der zentrale Begriff des Urheberrechts und seine Existenz spielt eine doppelte Rolle: Zum einen wird durch die Erfüllung der Hürde des Werkbegriffs der Gegenstand des Urheberrechtsschutzes zugänglich und zum anderen entscheidet die Voraussetzung über den Umfang des Schutzes.⁴² Die polnische Definition des Werkes beruht auf einer liberalen Auslegung des Werkbegriffs. Darin werden die Bestandteile der Schöpfung als gestalterische Tätigkeit der äußeren Form, die Individualität besitzen, reflektiert.⁴³ Hier lautet die Prämisse, anders als im deutschen Recht, nicht „persönliche geistige Schöpfung“, sondern „Kreativität und Individualität“.⁴⁴ Die Individualität des Werkes ist in dem Sinne zu verstehen, dass dieses Merkmal an die Person, den Schöpfer, anknüpft und eine Brücke zwischen ihm und einem immateriellen Konstrukt schafft.⁴⁵

Im Gegensatz zu der deutschen Statuierung des Werkbegriffs fordert das polnische Gesetz keine „geistige“ Schöpfung, somit wird der Schutzbereich für Zufallswerke eröffnet.⁴⁶ Das darauffolgende Merkmal, das eine „gestaltete Äußerung“ erfordert, knüpft an das deutsche Wahrnehmbarkeitskriterium an, was bereits in der Umschreibung als „in irgendeiner Form“ zum Ausdruck kommt. Insofern kommt es einzig und allein auf die Wahrnehmbarkeit des Werkes durch Dritte an und es bedarf keiner dauerhaften Fixierung.⁴⁷ Ebenso wie in der deutschen Urheberrechtsdoktrin wird in Polen die kleine Münze in einer Reihe von

42 Barta/Markiewicz, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 38; kurz gefasst bedeutet dies, dass das Werk nur insoweit geschützt wird und nur in diesen Eigenschaften, soweit es die Voraussetzungen des Werkbegriffes erfüllt; hierzu: Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, S. 2 Rn. 2.

43 Vgl. Czychowski, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 65; vgl. Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 3.

44 Barta/Markiewicz, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 31.

45 So: Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, S. 2 Rn. 3.

46 Laut Czychowski kann man das Erfordernis der Geistigkeit aus dem Individualitätsmerkmal herauslesen. Dies ist allerdings nicht zwingend, da der individuelle Charakter eines Werkes lediglich eine Beziehung zum Schöpfer impliziert, dies sagt nicht zwingend etwas darüber aus, ob der Urheber geistig tätig geworden ist oder nicht: Czychowski, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 65.

47 Hierbei steht das Merkmal einer Auslegung nicht entgegen, die Gestaltung als eine geistige Tätigkeit zu verstehen und damit die bislang fehlende geistige Komponente zu kompensieren. Denn selbst wenn der Wortlaut an sich in eine handwerkliche Richtung weist, ist die Voraussetzung einer jeden Gestaltung die Vornahme geistiger Arbeit: vgl. Czychowski, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 65 f.

Urteilen anerkannt.⁴⁸ In der Rechtsprechung wurde der Schutz der kleinen Münze für Kalender, Bahn-Fahrpläne, Kataloge, Kochbücher und Formulare bejaht.⁴⁹

Die beispielhafte und nicht abschließende Aufzählung der Werkarten in Art. 1 Abs. 2 URG umfasst die üblichen Werkarten mit dem Unterschied zum deutschen Recht, dass zusätzlich explizit Industriedesign und Bühnenwerke im Katalog genannt werden. Zu den geschützten Werkarten zählen ebenso multimediale Werke, Datenbanken sowie Sammlungen, Anthologien und Auswahlen, solange die hierfür benötigte Entscheidung, Anordnung bzw. Aufstellung einen kreativen Charakter aufweist.⁵⁰ In diesem Kontext sind insbesondere Wörterbücher zu nennen. Sąd Najwyższy⁵¹ in Polen hat in seinem Urteil vom 15.11.2002⁵² beschlossen, dass ein Netz aus Stichwörtern sowie die Art und Weise diese zu definieren oder die Komposition von Lexemen eine Ausprägung von kreativer Tätigkeit der Autoren des Wörterbuches im Sinne von Art. 1 URG aufzeigen.⁵³ In Art. 4 URG werden Werke genannt, die ausdrücklich kein Gegenstand des Urheberrechtsschutzes sind.⁵⁴

b) Träger des Urheberrechts

Inhaber des Urheberrechts ist nach Art. 8 Abs. 1 URG der Urheber des Werkes und somit gilt in Polen das Schöpferprinzip.⁵⁵ Das Recht entsteht *ex lege* in der Person des Urhebers durch die Schöpfung des Werkes und ist die Konsequenz eines Realaktes der in der Vornah-

48 Die erste Entscheidung hierzu stammt bereits aus dem Jahr 1932: SN, Urt. v. 8.11.1932, II K 1092/32, OSN Urz. Karny 1933, nr. 1, poz. 7. Mehr zur kleinen Münze im polnischen Recht: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 6; *Tischler*, in: *System PrHandl.*, Band 3, 2015, s. 483.

49 Vgl. *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 43; Kritik an der Theorie der kleinen Münze wurde kurz von *Barta* mit den Worten zusammengefasst: „Wenn der Werkschutz ein Privileg ist, das der Staat an den Urheber vergibt, so sollte der Urheber für dieses Privileg mit mehr als nur mit der kleinen Münze bezahlen. Seine Leistung sollte relevant sein und dazu führen, dass das Werk sich aus dem bestehenden Kulturbestand hervorhebt, sodass man nicht nach der Originalität des Werkes suchen muss“; hierzu: *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 7.

50 *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 32.

51 Der oberste Gerichtshof in Polen, im Folgenden SN genannt.

52 SN, Urt. v. 15.11.2002, II CKN 1289/00, OSN 2004, Nr. 3, poz. 44.

53 „Siatka hasel, sposób definiowania hasel oraz kompozycji hasel trudnych (leksemów) stanowią przejaw twórczej działalności autorów słownika języka Polskiego, w zrozumieniu art. 1 pr. Aut.“

54 Hierzu zählen normative Akten und behördliche Projekte (Nr. 1), amtliche Dokumente, Materialien, Zeichen und Symbole (Nr. 2), die publizierten patentrechtlichen Beschreibungen (Nr. 3) und einfache Informationen der Presse (Nr. 4); vgl. Art. 4 URG.

55 Das Arbeitnehmerurheberrecht ist wie in jedem kontinentaleuropäisch geprägten Rechtssystem durch eine Kollision der Grundsätze des Arbeitsrechts und des Schöpferprinzips gezeichnet. Die Kollision wird aufgelöst, indem angenommen wird, dass die Verwertungsrechte ursprünglich bei dem Urheber entstehen (Ausnahme hiervon bilden die Vorschriften über Computerprogramme Art. 74 Abs. 3 URG und Sammelwerke Art. 11 URG) und der Arbeitgeber laut Art. 12 URG, wenn keine gegensätzlichen Absprachen vorliegen, diese in dem Moment der Annahme des Werkes er-

me einer psychologischen Tätigkeit besteht.⁵⁶ Der Status des Urhebers bzw. Miturhebers⁵⁷ ist eine faktische Frage. Somit kann der Urheber immer nur eine natürliche – und niemals eine juristische – Person sein. Diese Regelung steht auch nicht zur Disposition der Parteien.⁵⁸

c) Inhalt des Rechts

Das Urheberrecht als absolutes Recht soll die geistigen und materiellen Interessen des Schöpfers in Bezug auf sein Werk schützen und unterteilt die Rechte des Schöpfers in Urheberpersönlichkeitsrechte und in Verwertungsrechte.⁵⁹

aa) Die Urheberpersönlichkeitsrechte

Die Urheberpersönlichkeitsrechte umfassen die nicht abschließend formulierten Rechte auf Anerkennung der Urheberschaft, Urheberbenennung, Unversehrtheit des Werkes im Sinne des Substanzschutzes sowie das Recht auf die erste öffentliche Zugänglichmachung und die Aufsicht über die Werknutzung, Art. 16 Nr. 1-4 URG.⁶⁰ Das Recht auf Unversehrtheit des

wirbt und das nur in dem Rahmen, den der Arbeitsvertrag vorsieht; vgl. *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 91.

56 *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 84.

57 In Art. 9 URG ist die Miturheberschaft an Werken geregelt. Diese bestimmt die Vermutung, dass die Anteile am Werk gleich groß sind. Diese Vermutung kann durch Feststellung der Beiträge an der schöpferischen Arbeit durch das Gericht widerlegt werden, hierbei handelt es sich um eine Feststellungsklage. Der Begründung der Miturheberschaft sind drei Konditionen vorangestellt: (1) Die abgrenzbaren Anteile der Miturheber müssen kreativen und individuellen Charakter besitzen, (2) alle Anteile sollen zusammen ein Werk bilden und (3) notwendig ist die Zusammenarbeit der Miturheber, die mindestens auf der Absicht, gemeinsam ein Werk zu schaffen, basieren sollte. Die Urheberpersönlichkeitsrechte stehen jedem Miturheber persönlich zu; vgl. *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 68.

58 *Barta/Makiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 84; Das Gesetz weicht allerdings von dieser Regel an einzelnen Stellen ab: Bspw. steht nach Art. 11 URG das Vermögensrecht an einem Sammelwerk dem Produzenten oder dem Verleger zu, das Gleiche gilt ebenfalls für audiovisuelle Werke nach Art. 70 Abs. 1 URG. Eine Vermutung zugunsten des Urhebers bzw. der als Produzent oder Verleger kenntlich gemachten Person enthält das Gesetz in Art. 8 Abs. 2 URG und Art. 15 URG. Im Falle einer fehlenden Kenntlichmachung greift für den Urheber Art. 8 Abs. 3 URG ein, welcher bestimmt, dass der Produzent bzw. Verleger und bei deren Fehlen die zuständige Organisation zur kollektiven Wahrnehmung den Urheber in der Ausübung seiner Rechte vertritt, solange seine Urheberschaft nicht offengelegt wurde; *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 67; herzu auch: *Kopff*, GRUR Int. 1989, S. 823.

59 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 15, Rn. 1.

60 Vgl. *Badowski*, GRUR Int. 1994, S. 466; *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten, Teil I, S. 70.

Werkes gewährleistet nicht nur die formale Unberührtheit, sondern beinhaltet außerdem auch das im polnischen Recht relativ neue Recht auf redliche Benutzung des Basiswerkes. Art. 52 Abs. 3 URG räumt als weiteres Urheberpersönlichkeitsrecht das Recht auf Zugang zum Werkexemplar ein. Art. 56 URG definiert das Rückrufrecht. Art. 49 Abs. 2 URG besagt, dass der Inhaber ausschließlicher Verwertungsrechte am Werk keine Änderungen an diesem vornehmen darf.⁶¹ Die Ausnahme zu dieser Regel betrifft nur offensichtlich notwendige Änderungen, denen der Urheber nach Treu und Glauben nicht widersprechen kann. Diese Fälle werden in der Praxis meist auf architektonische Werke bezogen, bei denen das Nutzerinteresse die ideellen Interessen des Rechteinhabers überwiegt.

bb) Die Verwertungsrechte

Die dem Urheber gewährten und auf andere Personen im Wege des Rechtsgeschäfts übertragbaren Urhebervermögensrechte sind in der polnischen Gesetzesfassung in Art. 17-22 URG statuiert. Nach den darin geregelten Befugnissen stehen dem Urheber die ausschließliche Nutzung und Verfügung auf allen Verwertungsgebieten sowie ein Vergütungsanspruch zu. Die aufgezählten Befugnisse umfassen die Aufzeichnung, die Vervielfältigung mittels einer bestimmten Technik, das Inverkehrbringen, die Speicherung im Computer und die öffentliche Aufführung oder öffentliche Wiedergabe.⁶² Daneben kennt das Gesetz das Recht auf Ausstellung, Fortführung, Vermietung, Verpachtung, Sendung mit und ohne Draht, durch terrestrische Stationen, die Sendung mit Hilfe von Satelliten sowie die gleichzeitige und vollständige Sendung eines durch Rundfunk oder Fernsehorganisationen gesendeten Werkes.

cc) Das Verhältnis der Rechte zueinander

Abhängig davon, in welchem Verhältnis die Interessen des Urhebers zueinander stehen, unterscheidet man zwei Modelle zur Bestimmung der Inhalte der Rechte und deren Verkehrsfähigkeit: das monistische⁶³ und das dualistische Modell.⁶⁴ Das polnische Urheberrecht hat

61 *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 71.

62 Vgl. *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 71.

63 Die monistische Theorie sieht das Urheberrecht als eine Einheit von vermögensrechtlichen und urheberpersönlichen Befugnissen und ist charakteristisch für das kontinentaleuropäische Rechtsverständnis. Nach der „Baumtheorie“ von Eugen Ulmer ist das Urheberrecht als Stamm des Baumes zu sehen, aus dem als Äste untrennbar vermögensrechtliche und urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse erwachsen. Die Konsequenz der monistischen Rechtsanschauung ist die Unübertragbarkeit des Urheberrechts als Ganzes.

64 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 15, Rn. 1.

sich- anders als das deutsche – für die dualistische Theorie entschieden.⁶⁵ Diese Rechtsvorstellung besagt, dass Vermögensrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte zu trennen sind. Im Kern besteht das Urheberrecht aus den materiellen Befugnissen, die *inter vivos* übertragbar und zeitlich begrenzt sind, und den Urheberpersönlichkeitsrechten, die weder übertragbar noch zeitlich begrenzt werden können.⁶⁶ Obwohl in der Praxis beide Ausrichtungen angeglichen werden, besteht der größte Unterschied in der gänzlichen Unübertragbarkeit des Urheberrechts aufgrund seiner persönlichkeitsrechtlichen Komponente in der monistischen Theorie und der darauffolgenden Konsequenz, dass die vermögensrechtlichen „Zweige“ nur konstitutiv übertragbar sind.⁶⁷ Auf der einen Seite wird die Übertragbarkeit der Vermögensrechte statuiert und auf der anderen Seite steht die Unveräußerlichkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte, Art. 41 und 16 URG.⁶⁸ Die unbegrenzte Dauer des Urheberpersönlichkeitsrechts kann in der Abwägung mit den Interessen der Allgemeinheit vor allem im Schrankenatalog zu Problemen führen. Das Band zwischen dem Urheber und seinem Werk wird durch Art. 16 URG geschützt. Somit steht die Rechtsanschauung dem französischen *droit d’auteur* sehr nahe.

III. Die Qualifikation der Werke mit fremdreferenziellem Charakter

1. Einschränkung des urheberrechtlichen Monopols im Überblick

Der Urheber genießt kein uneingeschränktes Monopol an seinen Werken, denn seine Eigentümerstellung wird an vier Stellen zum Wohle der Allgemeinheit beschränkt. Als erstes ist die Besonderheit des Immaterialgüterrechts zu nennen. Diese liegt in der zeitlichen Begrenzung des Ausschließlichkeitsrechts. Vor allem im Urheberrecht ist die Gemeinfreiheit ein wichtiges Ausgleichsinstrument: Soweit das Werk 70 Jahren *post mortem auctoris* frei wird, endet damit auch das urheberrechtliche Monopol. Hierbei ist zu beachten, dass anders als in Deutschland die Urheberpersönlichkeitsrechte in Polen ewig gewährt werden. Diese zeitliche Beschränkung ist jedoch keine geeignete Kompromisslösung für referenzielle Schaffensformen, da für diese der Dialog mit aktuellen kulturell relevanten Inhalten wichtig ist. Des Weiteren sind auch Einschränkungen der Schutzbereichsbestimmung zulässig. Grundsätzlich sind Ideen frei: Man kann auf diese zurückgreifen, solange man ihnen eine persönliche Prägung und Form verleiht. Doch kann dieser Grundsatz die Debatte um refe-

65 *Czychowski*, in: Wandtke (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 70.

66 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 15, Rn. 2.

67 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 15, Rn. 2.

68 Laut *Czychowski* bringt die Übertragbarkeit der Vermögensrechte im dualistischen Sinne eine Weiche für das Urhebervertragsrecht und die Verkehrsfähigkeit des Rechts mit sich; vgl. *Czychowski*, in: *Wandtke* (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 70.

renzielle Werke nicht vorantreiben, da diese von der Erkennbarkeit und Hommage leben.⁶⁹ Innerhalb der Schutzbereichsbestimmung wird des Weiteren auch zwischen selbständigen und nicht selbständigen Werken unterschieden. Wenn man ein selbständiges Werk schafft, bedarf die Nutzung keiner Autorisierung durch den Rechteinhaber.⁷⁰ Diese Form der Beschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeit wird im Weiteren näher betrachtet.⁷¹ Zuletzt bleiben die Schranken des Urheberrechts als Möglichkeit der Berücksichtigung der Interessen der Öffentlichkeit. In diesem Rahmen erfährt das urheberrechtliche Monopol eine Einschränkung durch das Zitatrecht im Fall einer erlaubten öffentlichen Nutzung.

2. Ideen

Das polnische Urheberrechtsgesetz definiert nicht nur, was ein Werk ist, es enthält auch Aussagen darüber, welche Werkarten dem Schutz nicht gerecht werden. Denn nicht dem Urheberrechtsschutz zugänglich – wie in Art. 1 Abs. 2 URG statuiert ist – sind Entdeckungen, Ideen, Methoden, Prozeduren und die Manier. Diese bleiben immer gemeinfrei. Grund hierfür ist zum einen das Wohl der Allgemeinheit und zum anderen, eine möglichst große Freiheit für die kulturelle Entwicklung zu gewähren, die nur unter freiem Fluss von Ideen zu gewährleisten ist. Ideen und Methoden können somit niemals Objekt eines Monopols sein.⁷² Dies bedeutet, dass im polnischen Recht die konkrete Äußerungsform, nicht jedoch die dahinterstehende Idee geschützt wird.⁷³ Dieses Konzept geht auf Hegels philosophi-

69 Hierzu auch: *Klass*, ZUM 2016, 801; *Stieper*, AfP 2015, 301.

70 Grund hierfür ist die Distanzierung von der urheberrechtlich geschützten Form. Dazu gehören auch laut Art. 2 Abs. 4 URG inspirierte Werke.

71 Siehe unter Punkt 3.

72 *Barta*, in: Barta (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 7.

73 Kompliziert wird die Betrachtung im Bereich der Literatur, wenn man festhalten möchte, dass das Thema der Fabel nicht dem Schutz zugänglich ist. So kommt man um die Frage nach der Grenze zwischen dem nicht geschützten Thema einer Fabel und der geschützten Fabel eines Werkes nicht herum. Noch komplizierter wird die Sachlage, wie *Markiewicz* anführte, wenn man berücksichtigt, dass sich die Fabel eines Werkes – bspw. bei einer Shortstory – auf eine Idee beziehen kann, ohne dass eine klare Grenze zwischen den beiden Polen gezogen werden kann. Er schreibt, dass die Frage, ob die Fabel eines Werkes in einer nicht zulässigen Weise bearbeitet wird – d.h. das neue, entlehnte Werk einen nicht selbständigen Charakter aufzeigen kann – unter zwei Aspekten diskutiert werden sollte: Zuerst sollte geklärt werden, ob bei dem gleichen Thema der beiden literarischen Werke die Form der Fabel übernommen wurde. Hier geht es vor allem um die Ähnlichkeiten der narrativen Reihenfolge, ähnliche Anbindung der narrativen Segmente, zeitliche Reihenfolge, die Verbundenheit der Abhängigkeit, Ähnlichkeit oder Kontrast, die assoziative Bindung. Zweitens sollte die Schwelle der Genauigkeit der Entlehnung an der Fabel verglichen werden. Von den Ausführungen lässt sich eine einfache Forderung an den Urheber bestimmen, der an dem Schutz seiner Fabel interessiert ist: die Fabel sollte in relevantem Umfang ausgebaut sein, d.h. einen bestimmmbaren Kern besitzen; hierzu: *Markiewicz*, *Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, 1984, S. 66.

ches Gedankengut zurück.⁷⁴ Somit sind beispielsweise auch die literarische Idee eines Werkes sowie dessen Thema⁷⁵ nicht dem Schutz zugänglich. Der polnische SN hat in seinem Urteil von 31.12.1974⁷⁶ festgestellt, dass nicht das Thema, sondern dessen Individualisierung dem Urheberrechtsschutz zugänglich ist.⁷⁷ Das bedeutet auch, dass sich beispielsweise Themen, Handlungen oder Ideen für eine fiktive Figur in der Literatur wiederholen können und sollen, vor allem wenn die Charakteristika einer fiktiven Figur auf historischen Überlieferungen basieren. Die Grenze ist hier allerdings dort zu ziehen, wo das Thema oder die Idee eine eigenständige greifbare Form finden, die dem Werkschutz zugänglich ist.⁷⁸ Somit sind Themen, wie der Kampf zwischen Gut und Böse, die Selbstfindung des Helden oder Verwechslungsspiele Teil des Gemeingutes und es wird immer verschiedene Ausprägungen bzw. Interpretationen dieser Motive geben.⁷⁹ Die größere Schwierigkeit bereitet die Unterscheidung zwischen geschützten und nicht geschützten Elementen. Somit kann es oft zu Situationen kommen, in denen das Thema der Handlung nicht geschützt wird, die Handlung an sich hingegen geschützt ist.⁸⁰

74 Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821/1972), § 2; in Lebenssachverhalten gesprochen betrifft dies einfache Informationen, Spielregeln, wissenschaftliche Entdeckungen und mathematische Methoden vgl. *Barta/Markiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 48.

75 Hierzu genauer: *Markiewicz*, Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim, 1984, S. 61 ff.

76 SN, Ur. v. 31.12.1974, I CR 659/74 – nicht publiziert.

77 Hier vor allem die literarische Figur, die Konzeption des Hauptprotagonisten und anderer Figuren, deren Schicksale, bestimmte Situationen, deren Beschreibungen etc.; vgl. *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 3, Rn. 36.

78 Im Fall einer fiktiven Figur subsumieren *Barta* und *Markiewicz*, dass die persönliche geistige Schöpfung nach dem Verständnis im polnischen Urheberrecht an dem Merkmal der individuellen Schöpfung scheitert, wenn man die fiktive Figur von ihrem persönlichen Gut wie Name, die Figur determinierende Fabel und allgemeine Charakteristik trennt. Vor allem werden die Voraussetzungen nicht von stereotypischen oder skizzenhaft dargestellten Figuren erfüllt. Wenn es aber zu der Übernahme der Elemente kommt, die die Charakteristik im Einzelnen prägen, sowie die gleichen Methoden des „Charakteraufbaus“ genutzt worden sind, kann das Merkmal der individuellen Schöpfung realisiert werden. Im Lichte der Rechtsprechung ist allerdings zu sagen, dass dieser Status zu einfach im Falle einer skizzenhaft gehaltenen fiktiven Figur einer Radiosendung zugesprochen wurde, die auf der Zusammenfügung vielerlei Stereotypen beruhte: homosexueller, „Volksphilosoph“ und Versager, der auf der Radioantenne Kabarettexpte vorgeführt hat, die durch seinem Schöpfer improvisiert wurden; hierzu: SN, Ur. v. 3.10.2007, II CSK 207/07, Palestra, z. 9, Poz. 261.; *Barta/Martiewicz*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 59.

79 OLG München, ZUM 1999, 149 – *Das doppelte Lottchen*, LG Hamburg, ZUM 2003, 403 – *Die Päpstin*.

80 *Markiewicz*, Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim, Rozprawy Habilitacyjne Uniwersytetu Jagiellońskiego 1984, nr. 81, S. 73; *Machala*, Dozwolony użytek prywatny w polskim prawie autorskim, Warszawa 2003, S. 56, *Grzybczyk*, Twórczość internautów w świetle regulacji prawa autorskiego na przykładzie Fanfiction, Warschau, 2015, S. 190.

3. Referenzielle Werkarten

In der urheberrechtlichen Doktrin werden Werke in eigenständige Werke (utwór samoistny) und nicht eigenständige Werke (utwór niesamoistny) unterteilt.⁸¹ Im Falle von eigenständigen Werken ist die Quelle der Inspiration der Schöpfer selbst und damit entstammt das Werk seiner Phantasie, seinem geistigen Innenleben und gesammelten Erfahrungen. Bei nicht eigenständigen Werken verhält es sich anders – hier dient ein externer, fremder Stimulus als Quelle des geistigen Anstoßes. Aber auch eigenständige Werke können in einem gewissen Grad Bezüge zu anderen Werken aufweisen. Somit stellt zumeist ein anderes Werk die Grundlage des darauf aufbauenden neuen Werkes dar.⁸² Die Differenzierung zwischen den beiden Werkarten ist im Falle der Rechtsausübung im Rechtverkehr von Bedeutung, denn für die Veröffentlichung eines nicht eigenständigen Werkes ist die Einwilligung des Urhebers des Ursprungswerkes notwendig.⁸³ Fehlt diese, so können Verwertungsrechte sowie Urheberpersönlichkeitsrechte verletzt sein.⁸⁴ Die Kategorie der *nicht eigenständigen Werke* ist derzeit höchst problematisch, nicht zuletzt aufgrund der niedrigen technologischen Schwelle der Copy/Paste-Handlungen. Auch wird das Gesetz der technischen Entwicklung und der dahinterstehenden Praktiken, die in den letzten Jahren in großem Umfang die Zugänglichkeit des Bearbeitens, Mixens und Verbreitens veränderten, nicht gerecht. Es scheint, dass sich die Legitimation des Urheberrechts sowie die gesellschaftlichen Erwartungen, die an die Rolle des Autors geknüpft sind, derzeit in einer Krise befinden.⁸⁵ Aus dem Blickwinkel der Benutzung der Ergebnisse fremden künstlerischen Schaffens ist die Unterscheidung zwischen eigenständigen und nicht eigenständigen Werken mithin von großer Bedeutung, denn diese entscheidet über die rechtliche Zulässigkeit und eine mögliche Ahndung des Verhaltens. Problematisch und umkämpft sind diese Qualifikation und deren Verständnis sowohl in der Wissenschaft als auch in der Gesellschaft, da die referenzielle

81 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 21.

82 Grzybczyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, S 42, Rn. 1.

83 Die Rechteentstehung ist hiervon nicht betroffen, da wie besprochen das Recht in der Person des Schöpfers entsteht.

84 Begründet wird dies mit der Unantastbarkeit des geistigen Bandes, das den Urheber und sein Werk verbindet, in dem der Ursprung des Urheberrechtsschutzes vermutet wird. Jeder nicht vom Urheber autorisierte Eingriff in das Werk, sei es im Falle von literarischen Werken die Übernahme der darin enthaltenen Figuren, oder die Fortsetzung der Schicksale der Protagonisten, die Einsetzung der eigenen Handlungswege in „fremde“ Welten, dessen Fragmentierung, das Zusammenfügen, Mixen usw., wird als eine Verletzung dieses Bandes betrachtet und stellt eine Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte des Originalurhebers dar; sobald das Werk kommerziell bzw. gegen Vergütung in den Verkehr gebracht wird, sind ebenfalls die Verwertungsrechte des Urhebers verletzt. Grzybczyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, S 43, Rn. 2.

85 Siehe Fn. 15.

Praxis mittlerweile den gängigen Kulturpraktiken zugeschrieben wird und deren Ausübung zunehmend der Forderung nach dem Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit untersteht.⁸⁶

a) *Das eigenständige Werk, Art. 2 Abs. 4 URG*

Da die klassischen eigenständigen Werke, die keinerlei Bezüge zu Vorbestehendem aufweisen, bereits im Rahmen des Werkbegriffes angeführt worden sind, liegt hier der Schwerpunkt auf deren Unterkategorie: dem *inspirierten Werk* (utwór inspirowany) im Sinne des Art. 2 Abs. 4 URG.⁸⁷ Die Definition sowie Differenzierung dieser Unterkategorie zur Typologie der nicht eigenständigen Werkarten fällt schwer, da es sich hierbei um Werke handelt, die unter dem Einfluss eines anderen Werkes entstehen. Gleichzeitig ist das Verhältnis zwischen dem Mutterwerk und dem Folgewerk so weit neutral, dass man nicht von der Übernahme fremder prägender Elemente sprechen kann.⁸⁸ Die Allgemeingültigkeit dieser Beschreibung indiziert bereits, dass man sich bei dieser Qualifikation zumeist auf dünnem Eis befindet, was eine hohe Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Die Rechtsprechung versucht dieser Unsicherheit entgegenzuwirken.

Der SN stellte in einer Entscheidung fest, dass für eine sinnvolle Differenzierung zwischen einem inspirierten und einem abhängigen Werk, alleine die transformativen Elemente eines inspirierten Werkes ausschlaggebend sind, denn diese bestimmen den Charakter des inspirierten Werkes.⁸⁹ Somit ist der Blick auf die eigenen, individuellen Elemente zu richten und nicht auf die Übereinstimmungen.⁹⁰ Im Fall eines inspirierten Werkes wird nur das Motiv des fremden Werkes übernommen und es entsteht ein neues, selbständiges Werk.⁹¹ In einem anderen Urteil entschied der SN, dass die alleinige Nutzung einer fremden Idee oder sogar eines Namens aus einem fremden Werk bei einem neuen originellen Inhalt des neu entstandenen Werkes keine Bearbeitung des fremden Werkes darstellt, sondern ein neues

86 EuGH – C-476/17 – *Metall auf Metall*, nach Vorlage des: BGH GRUR 2017, 895 – *Metall auf Metall III*; BVerfG, GRUR 2016, 690 – *Metall auf Metall*.

87 Barta, in: Barta (Hrsg.), *Pravo autorskie, System prava prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 1, Rn. 22; Doliski, *Utwór inspirowany w prawie autorskim*, ZNUJ 2011, Nr. 114, S. 5 ff.

88 Grzybczyk, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 43, Rn. 4; Barta, in: Barta (Hrsg.), *Pravo autorskie, System prava prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 5, Rn. 55.; hier erkennt man weitgehende Parallelen zu der Handhabung des § 24 UrhG in deutschem Recht.

89 SN, Urt. v. 23.6.1972, I CR 104/72 – nicht publiziert; SN, Urt. v. 10.7.2014, I CSK 539/13, Legalis. Nr. 1160540.

90 Hierzu: *Traple*, *Komentarz do art. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Art. 2 (LEX).

91 SN, Urt. v. 23.6.1972, I CR 104/72 – nicht publiziert; diese Betrachtung zeigt einen deutlichen Perspektivenwechsel im Vergleich zu der deutschen Formel der Differenzierung der §§ 23, 24 UrhG, der zufolge nicht die Unterschiede, sondern die Übereinstimmungen der Werke für die Qualifikation der Werknutzung von Bedeutung sind: vgl. *Schack*, *Urheberrecht*, 2013, S. 141.

selbständiges Werk.⁹² Eine Konkretisierung des Urteils erfolgte im Rahmen des Literaturstreits. Hierbei stellte die herrschende Meinung fest, dass die Elemente des fremden Werkes in dem neu entstandenen erkennbar, aber nicht dominierend sein müssen, damit die Selbständigkeit des Folgewerkes begründet werden kann.⁹³ Strenger betrachtet diesen Aspekt die durch *Grzybczyk* repräsentierte Mindermeinung, die den Unterschied zwischen einem inspirierten Werk und einem nicht selbständigen Werk daran festmacht, dass keine Elemente des Ursprungswerkes entnommen werden. Hierbei solle es nicht von Bedeutung sein, ob diese dominant oder zweitrangig sind. Untermauert wird diese Aussage mit dem Argument der Rechtssicherheit, denn die übernommenen Elemente können selbst nicht schöpferisch, oder allgegenwärtig sein und somit nicht schutzfähig und übertragbar. Dies entbehrt der von der herrschenden Meinung geforderten zusätzlichen Qualifikation der übernommenen Elemente als dominant oder zweitrangig.⁹⁴ Eine andere Betrachtung würde dazu führen, dass die Abgrenzungsproblematik noch verschwommener wäre, ganz zu schweigen von der Rechtsunsicherheit, die durch die zusätzliche Bestimmung von dominanten und zweitrangigen Elementen, neben der Differenzierung zwischen schöpferischen und nicht-schöpferischen hinzutreten würde.⁹⁵ Die für die freie Benutzung von Werkteilen restriktive Mindermeinung bietet an dieser Stelle mehr Rechtssicherheit. Eine Hilfestellung bietet in der Rechtsdoktrin die zusätzliche Voraussetzung, dass beide Werke – das inspirierende und inspirierte Werk – unterschiedlichen Gattungen angehören müssen. Beispielsweise wäre hier an ein Bild zu denken, das unter dem Einfluss eines gehörten Liedes entsteht.⁹⁶ Schwieriger fällt die Einschätzung bei Werken aus, die Zitate aus anderen Werken übernehmen. Diese werden als Werke mit Entlehnungen behandelt, die zu den nicht eigenständigen Werken zählen.⁹⁷ Diese benötigen nicht die Einwilligung des Rechteinhabers für das Inverkehrbringen, solange alle Voraussetzungen des Zitates kumulativ vorliegen. Einige dieser Werke – wie beispielsweise die Collage – unterliegen allerdings den genrespezifischen Aspekten („*prawa gatunku twórczości*“) und können deshalb als inspirierte Werke qualifiziert wer-

92 SN, Urt. v. 15.9.1995, I ACr 620/95 – nicht publiziert.

93 *Ferenc-Szydelko*, in: Ferenc-Szydelko (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 2016, Art. 1, S. 73; hierzu kritisch: *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 43, Rn. 4.

94 *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 43, Rn. 4.

95 *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 43, Rn. 4.

96 Größere Bedeutung hat diese Hilfestellung bei unterschiedlichen Gattungen, bspw. bei Musik die Pastiche, bei Werken der Literatur die Parodie und bei bildender Kunst die Karikatur: hierzu: *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 44, Rn. 5.

97 *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S. 44, Rn. 5.

den. Doch ist diese besondere Behandlung nicht unproblematisch und trifft auf großen Widerstand.⁹⁸

In einer älteren Entscheidung aus dem Jahre 1971 statuierte der SN diesbezüglich, dass ein inspiriertes Werk nur dann kein abhängiges Werk darstellt, wenn es die „Eigenschaften selbständiger Schöpfung“ („cechy samodzielnej twórczości“) in dem Sinne aufzeigt, dass es auf Augenhöhe mit dem Ursprungswerk steht.⁹⁹ Die Originalität des inspirierten Werkes schließt die Nutzung eines inspirierenden Themas oder Motivs nicht aus. Die Auseinandersetzung mit diesem Thema muss allerdings eine individuelle Handhabung des Urhebers aufzeigen, die selbst bei einer thematischen Verwandtschaft möglich ist.¹⁰⁰ Bei Fehlen einer solchen Handhabung entbehrt das inspirierte Werk der Eigenschaft der Originalität. Dies kann zur Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte und Verwertungsrechte des Originalurhebers führen.¹⁰¹ Die Rechtsunsicherheit aufgrund der Unterscheidung zwischen schöpferischen und somit geschützten Elementen und freien, nicht schöpferischen Motiven, sowie die damit in Verbindung stehende Schwierigkeit in der Qualifikation von referenziellen Werken sind an dieser Stelle immanent.¹⁰² Somit müssten die referenziellen Handlungen zusätzlich durch eine Schranke gedeckt sein, damit im Rechtsverkehr eine redliche und verlässliche Einschätzung des rechtlichen Status der eigenen Handlung geboten werden kann.

b) *Das nicht eigenständige Werk*

Die zweite Kategorie bilden die *nicht eigenständigen Werke*. Darunter versteht man Werke, die Inhalte oder die Form anderer Werke übernehmen. Die Übernahmen müssen dabei einen schöpferischen Charakter aufweisen.¹⁰³ Die Gesamtheit trägt die Handschrift des bearbeitenden Urhebers, deshalb kann die Übernahme nicht alleine auf dem mechanischen Kopieren basieren.¹⁰⁴ In der polnischen Urheberrechtsdoktrin unterscheidet man zwischen *abhängigen Werken* („dzieła zależne“) und *Werken mit Entlehnungen* („dzieła z zapożyczeniami“). Kurzgefasst bauen abhängige Werke auf einer *Transformation* auf, während Werke mit Entlehnungen eine *Inkorporation* darstellen. Diese Auseinanderhaltung ist grundlegend

98 Diese Problematik der genrespezifischen Aspekte wird im Rahmen des Zitates besprochen; hierzu: Grzybzyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, S 44, Rn. 5.

99 SN, Urt. v. 2.4.1971, I CR 23/71 – nicht publiziert.

100 Hierzu: Markiewicz, Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim, 1984, S. 61 ff.

101 SN, Urt. v. 2.4.1971, I CR 23/71 – nicht publiziert.

102 Grzybzyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, S 43, Rn. 4.

103 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 5, Rn. 56.

104 Grzybzyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, S 44, Rn. 7; hierin ist die Unterscheidung zur reinen Vervielfältigung zu sehen.

in der polnischen Fassung des Gesetzes.¹⁰⁵ Hierbei gilt, wie im deutschen Recht, dass die bloße Erstellung einer Bearbeitung einwilligungsfrei erfolgt und der Herstellungsfreiheit unterliegt, während die Veröffentlichung der Einwilligung bedarf, wenn die Übernahme nicht durch eine gesetzliche Lizenz oder Schranke gerechtfertigt ist.¹⁰⁶

(1) Das abhängige Werk

Ein *abhängiges Werk* – oder einfacher gesagt, eine *Bearbeitung* („*opracowanie*“) – ist ein Werk, das den künstlerischen Einsatz des Autors der Bearbeitung enthält. Gleichmaßen werden im relevanten Umfang kreative Elemente eines fremden Werkes (des „Mutterwerkes“) übernommen. Dieses Werk erfüllt alle Kriterien eines Werkes und zusätzlich – wie in Art. 2 URG beschrieben ist – stellt es die Bearbeitung eines fremden Werkes dar.¹⁰⁷ Art. 2 Abs. 1 URG definiert, was eine abhängige Bearbeitung ist und stellt diese unter den Schutz des Gesetzes.

Die Norm verlangt zwar nicht ausdrücklich, dass die Bearbeitung selbst Werkcharakter haben muss, statuiert aber in Art. 2 Abs. 2 URG eine Einschränkung: Soweit das Werk nicht gemeinfrei ist, gestattet das abgeleitete Recht nur mit Einwilligung des Rechteinhabers, dass man über die abhängige Schöpfung verfügt. Damit ist es konzeptuell wie ein nicht selbständiges Werk zu behandeln, das Parallelen zu Werken mit Anlehnungen wie auch einen abhängigen Charakter aufweist.¹⁰⁸ Klassische Beispiele hierfür sind Übersetzungen, Adaptionen oder Überführungen in eine andere Werkart, sowie literarische Fortsetzungs-

105 Typologische Trennung von abhängigen Werken und Werken mit Entlehnungen findet man bei: *Traple*, in: Barta, Markiewicz (Hrsg.), *Prawo Autorskie i Prawa Pokrewne*, 2011, S. 48; *Barta/Markiewicz*, *Prawo Autorskie*, S. 85; hierbei handelt es sich um eine Unterscheidung, die dogmatischer und nicht praktischer Natur ist, denn rein faktisch handelt es sich in beiden Fällen um abhängige Werke, deren Veröffentlichung der Einwilligung des Rechteinhabers bedarf.

106 Hierbei handelt es sich um ein abgeleitetes Recht, zum Charakter des Rechts: SN, Urt. v. 31.1.1997 r., I ACR 1039/96, kommentiert von *Stanislawska-Kloc/Matlak*, *Prawo autorskie. Orzecznictwo*, 2010, S. 76.

107 *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 67.

108 Das abhängige Recht beruht auf der Auffassung, dass dem Originalurheber das Recht zusteht das Werk auszuwerten und nicht nur über seine ursprüngliche Form zu entscheiden, d.h. die Form, die der Urheber dem Werk selbst gegeben hat, sondern auch über die Form von dessen Bearbeitungen, die durch Dritte verrichtet werden zu bestimmen; hierzu: *Barta*, in: Barta (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 5, Rn. 67.

werke¹⁰⁹ und Werke mit Zitaten.¹¹⁰ Das Wesen einer Bearbeitung ist die Transformation sowie die Übernahme der schöpferischen Elemente aus einem anderem Werk, mit der Annahme, dass auch der eigene künstlerische Beitrag des bearbeitenden Künstlers eigenständige schöpferische Elemente enthält.¹¹¹ Das Recht an der Bearbeitung entsteht ursprünglich mit der Festsetzung des Werkes in der Person des Urhebers. Die Rechte an dem abhängigen Werk wirken *erga omnes* auch gegenüber dem Autor des Ursprungswerkes und unterscheiden sich in ihrem Inhalt grundsätzlich nicht vom Recht des Urhebers des selbständigen Werkes. Dieses enthält sowohl Verwertungsrechte wie auch Urheberpersönlichkeitsrechte. Die Verfügung sowie Nutzung von abhängigen Werken bedarf innerhalb der Schutzfrist der Einwilligung des Urhebers des Ursprungswerkes nach Art. 2 Abs. 2 URG.¹¹²

(2) Das Werk mit Entlehnungen

Wenn die Übernahmen aus dem Ausgangswerk keinen relevanten Charakter haben, handelt es sich um ein Werk mit Entlehnungen. Diese Art von Werken entstehen zumeist im Wege der Inkorporation oder Rekontextualisierung, während abhängige Werke in Folge einer

109 Oft sind wir auch mit den Fortführungen von Werken Dritter konfrontiert. Anreize hierfür bieten die Popularität des Ausgangswerkes und die damit in Zusammenhang stehende mögliche Aussicht auf Erfolg, oder Interesse des Publikums an der Fortführung, die Faszination und emotionaler Stellenwert des Werkes, oder Bereinigung des Kanons zusammen mit der Verfolgung von Strängen, denen in dem Ausgangswerk nicht genügend Aufmerksamkeit gegeben worden ist. In der Literatur vertritt *Kopff* die Meinung, dass die Fortführung ein abhängiges Werk darstellt. Er argumentiert damit, dass man um das Werk fortführen zu können, die psychologische Silhouette sowie die Entwicklung der Handlung des Ursprungswerkes implizieren muss. Letztendlich ist die Qualifikation von den faktischen Umständen abhängig: wenn der Urheber die Charaktere anderer übernimmt, Situationen, Hintergründe, Handlungssplinter, so ist das Folgewerk als abhängig zu bewerten. Wenn die Protagonisten vor einen anderen Hintergrund gestellt, andere Handlungen entwickelt, die Figuren psychologisch umgewandelt werden, kann das Werk als inspiriertes Werk und somit selbständig angesehen werden; hierzu: *Kopff*, *Granice swobodnego użytkowania dzieł*, S. 47 ff.; *Markiewicz*, *Dzieło literackie i jego twórca w polskim prawie autorskim*, Krakau 1984, S. 78; *Rittermann*, S. 18.

110 *Barta/Martiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 33; hierzu ausführlicher: *Markiewicz*, *Dzieło literackie i jego twórca w prawie autorskim*, *Rozprawy habilitacyjne Uniwersytetu Jagiellońskiego* 1984, S. 32 ff. *Markiewicz* spricht sich wie auch die herrschende Meinung für so eine Annahme aus und argumentiert unter anderem damit, dass im Rahmen der erlaubten öffentlichen Nutzung dieses Problem nicht einmal an das Tageslicht kommt; *Markiewicz*, *Dzieło literackie i jego twórca w prawie autorskim*, *Rozprawy habilitacyjne Uniwersytetu Jagiellońskiego* 1984, S. 37.

111 Man kann hier verschiedene Schwellen der Abhängigkeit von dem Ausgangswerk unterscheiden: eine unmittelbare und mittelbare Abhängigkeit. Von einer *unmittelbaren Abhängigkeit* ist die Rede bei gegenseitiger Beziehung der Werke, die bei einer Übersetzung des Werkes anzunehmen ist. Eine *mittelbare Abhängigkeit* ist hingegen zwischen einem Roman und dessen Verfilmung anzunehmen, weil zwischen der Realisierung noch ein „Brückenwerk“ entstehen musste. In diesem Fall ist das „vermittelnde“ Werk das Drehbuch: vgl. *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 68.

112 *Barta/Markiewicz*, *Urheberrecht*, 3. Aufl., 2013, S. 68 f.

Transformation, d.h. der Wiedergabe eines ganzen oder eines Teils des fremden Werkes entstehen. Für die Abgrenzung des abhängigen Werkes vom Werk mit Entlehnungen sollte man auf den typologischen Charakter der Differenzierung achten. Hierbei sollte man nicht nur den qualitativen Aspekt im Auge behalten, sondern auch auf die Bedeutung des genutzten Werkes in der Gesamtheit des neuen Werkes blicken. Wenn die Entlehnungen dominierend bzw. gleich mit dem Rest des Werkes oder aus einem anderen Grund bedeutend sind, dann ist das neu entstandene Werk als abhängige Schöpfung zu bewerten.¹¹³ Für die Abgrenzung des abhängigen Werkes von einem Werk mit Entlehnungen wird der Aspekt relevant, dass durch die Inkorporation das neu entstandene Werk einen Vorteil erlangt, während das Risiko besteht, dass das Vorlagewerk einen Nachteil erleidet. Hier geht es vor allem um die Platzierung des Werkes in einem Umfeld, in dem das Werk dem Spott ausgeliefert oder diskreditiert werden könnte.¹¹⁴ Man erkennt, dass hierbei die Urheberpersönlichkeitsrechte in die Erwägung einzubeziehen sind. In diesem Kontext sollte man hinzufügen, dass die Qualifikation zwischen einem abhängigem Werk und einem Werk mit Entlehnungen von theoretischer Bedeutung ist, während dieser in der Praxis kein großer Stellenwert zukommt, weil in der Regel für die Bewertung der Urheberrechtsverletzung der Status des nicht selbständigen Werkes ausreichend ist.¹¹⁵ Für die Nutzung der Werke beider Kategorien muss die Einwilligung des Rechteinhabers eingeholt werden, sofern die Schutzfrist nicht abgelaufen ist und die Nutzung den Rahmen der erlaubten Nutzung verlässt.¹¹⁶

a) Das Urheberpersönlichkeitsrecht und nicht eigenständige Werke

Was die Beurteilung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Komponenten bei referenziellen Werken angeht, sind diese im Falle der Bearbeitung einfacher zu beurteilen, da, wie bereits festgehalten wurde, bei einer Bearbeitung ein neues Recht entsteht, und dem neuen Urheber insofern ebenfalls Urheberpersönlichkeitsrechte zustehen.¹¹⁷ Dies sind insbesondere: das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, das Namensnennungsrecht, das Recht der anonymen Veröffentlichung, das Erstveröffentlichungsrecht und der Integritätsschutz. Der Urheber der Bearbeitung muss jedoch im Rahmen seines Schaffens stets die Urheberpersönlichkeitsrechte des Originalurhebers beachten. Art. 2 Abs. 5 URG sieht ausdrücklich vor, dass auf den Exemplaren der Bearbeitung der Urheber und der Werktitel des Originals zu nennen sind. Somit würde das Verschweigen des Charakters der Bearbeitung zur Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte des Originalurhebers führen.¹¹⁸ Da jede Adaptation und

113 Barta/Markiewicz, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 70.

114 SA, Urt. V. 27.10.2011r., VI Aca 461/11, LEX Nr. 1102077.

115 Barta/Markiewicz, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 70.

116 Barta/Markiewicz, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, S. 70.

117 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 5, Rn. 74.

118 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 4. Aufl., 2017, § 5, Rn. 74;.

Bearbeitung in die Integrität des Ursprungswerkes eingreift, können nur Eingriffe in das Ausgangswerk gebilligt werden, die im Rahmen der Bearbeitung notwendig und durch den Charakter der Bearbeitung gerechtfertigt sind.¹¹⁹

b) Zusammenfassung:

Die im Netz geteilten referenziellen Werke werden in den meisten Fällen als nicht eigenständige Werke qualifiziert und deren Verbreitung erfordert die Einwilligung des Rechteinhabers.¹²⁰ Da es sich hierbei um Werke handelt, die in virtuellen Räumen leben und zirkulieren, sind diese nicht mehr durch die Herstellungsfreiheit privilegiert, weil die öffentliche Zugänglichmachung zu bejahen ist. Die Notwendigkeit der Einwilligung wird deutlich. Vor allem ist die Qualifikation im Wege der Bestimmung der übernommenen Elemente als schöpferisch oder allgegenwärtig sehr verschwommen und im Rechtsverkehr problematisch.¹²¹ Nur in wenigen Fällen wird man fremdreferenzielle Werke als inspirierte Werke einordnen, wenn diese genrespezifischen Aspekten („prawa gatunku twórczości“) unterliegen. Diese Möglichkeit der kunstspezifischen Katharsis trifft auf großen Widerstand von Seiten der Rechtsanwender, während sie von den künstlerischen Kreisen stark begrüßt wird.¹²² Referenzielle Praktiken müssen im Zweifel immer durch eine Schranke gedeckt sein, um sich in einem rechtssicheren Rahmen zu bewegen.

IV. Schranken des Urheberrechts: Die erlaubte Nutzung

In Polen ist die *erlaubte Nutzung* (użytek dozwolony) in private und öffentliche Nutzung unterteilt. Eine Generalklausel zur Bearbeitung fremder Werke ist hingegen nicht zu finden, diese kann gebilligt werden, wenn eine Einzelschranke für den konkreten Fall greift.

Bei der erlaubten Nutzung handelt es sich um einen geschlossenen Schrankenkatalog, der im Vergleich zur deutschen freien Benutzung oder dem amerikanischen Fair Use eine

119 Somit sind am sichersten Änderungen, gegen die der Originalurheber keine Einwände haben könnte.

120 Hierzu ausführlich: *Markiewicz*, Dzieło literackie i jego twórca w prawie autorskim, Rozprawy habilitacyjne Uniwersytetu Jagiellońskiego 1984, nr. 81; *Wojnicka*, Autorskie prawa zależne, 1990; *Wojciechowska*, Granice swobody interpretacji w twórczości zależnej, ZNUJ 1984, Nr. 36, S. 43-55; *Traple*, Dzieło zależne jako przedmiot prawa autorskiego, 1979, *Serda*, Adaptacje dzieła literackiego a naruszenie autorskich praw dóbr osobistych jego twórcy, ZNUJ 1974, Nr. 1, S. 337-350.

121 *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., Warszawa, 2017, S 43, Rn. 4.

122 Diese Problematik der genrespezifischen Aspekte wird im Rahmen des Zitates besprochen; hierzu: *Grzybczyk*, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., Warszawa, 2017, S 44, Rn. 5.

weitreichende Rechtssicherheit gewährleistet, aber weniger Elastizität bietet.¹²³ Die für das polnische Recht charakteristische Zweiteilung wird an dieser Stelle in der Literatur sehr nüchtern betrachtet, indem man die erlaubte private Nutzung¹²⁴ anhand einer realistischen Abwägung bewertet, dass diese ohnehin nicht zu vermeiden und insofern auch nicht kontrollierbar wäre, während die Schranken über die erlaubte öffentliche Nutzung Ausdruck einer angemesseneren Bildungs- und Kulturpolitik sind.¹²⁵ Für referenzielle Praktiken bietet die erlaubte öffentliche Nutzung größere Aussicht auf Erfolg, da die erlaubte private Nutzung aufgrund der personell-quantitativen Begrenzungen unattraktiv ist und die Frage der Kommerzialität nicht abschließend beantworten kann.¹²⁶

123 Hierbei ist es wichtig festzuhalten, dass in der polnischen Rechtsdoktrin der Begriff der erlaubten Nutzung für den gesamten Schrankenkatalog steht, hierzu: *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, system prawa prywatnego*, Band. 13, 2017, § 33, S. 5; während der geschlossene Schrankenkatalog als kasuistische Formulierung beschrieben wird, diese hat Einfluss auf die Auslegung der Schranken. Nur die ausdrücklich im Text genannten Formen der erlaubten Nutzung können zur Einschränkung des urheberrechtlichen Monopols führen und gelten als Ausnahmen. Somit ist eine enge Auslegung geboten; vgl. *Machala*, *Dozwolony użytek*, S. 388, 421; so auch *Stieper*, *Rechtfertigung der Schranken des Urheberrechts*, S. 100-152, *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, system prawa prywatnego*, Band. 13, 2017, § 33, S. 6.

124 Art. 23 Abs. 1 URG besagt, „ohne Einwilligung des Urhebers eines bereits veröffentlichten Werks darf man im Rahmen des persönlichen Gebrauchs ein Werk vergütungsfrei nutzen“; Hinter der Institution der erlaubten persönlichen Nutzung steht auf der einen Seite ein historisches Desinteresse des polnischen Gesetzgebers an der privaten Nutzung von Werken und auf der anderen Seite die Überzeugung, dass es sinnentfremdet wäre ein Gesetz zu statuieren, dessen Einhaltung nicht zu kontrollieren wäre; hierzu: *Barta/Markiewicz*, *Prawo autorskie*, 2013, S. 157; *Konopczyńska*, *Granice dozwolonego użytku*, S. 4; Vgl. *Czychowski*, in: in *Wandtke* (Hrsg.), *Urheberrecht in Mittel- und Osteuropa: Handbuch mit Einführungen und Rechtstexten*, Teil I, S. 75.

125 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, system prawa prywatnego*, Band. 13, 2017, § 33, S. 25.

126 Art. 23 Abs. 2 URG konkretisiert die Art der Nutzung dahingehend, dass „der Umfang der persönlichen Nutzung die Verwendung einzelner Kopien von Werken durch einen Kreis von Personen umfasst, die in einer persönlichen Beziehung stehen, insbesondere Verwandtschaft, Affinität oder einer gesellschaftlichen Beziehung.“; Die erlaubte Nutzung verfolgt den Zweck für den Nutzer die eigenen Bedürfnisse zu stillen und das Werk kennenzulernen und erlaubt es nicht, es mit weiteren Personen zu teilen als mit den in Art. 23 URG ausdrücklich genannten Personenkreisen. Werke, die im Sinne einer Remix-Kultur im Netz verbreitet und wiedergegeben werden, unterliegen dieser Ausnahme aus quantitativen Gründen nicht. Um bspw. Fanfiction-Werke durch erlaubte Nutzung i.S.v. Art. 23 URG zu erfassen, müsste die Ausnahme weiter verstanden werden. Die Fassung besagt ebenfalls, dass Personen, die in freundschaftlichen Beziehungen zueinander stehen, auf ein ganzes Fandom bzw. alle Nutzer einer Internetdomäne oder eine nicht abgrenzbare Gruppe Fans erweitert werden. Dass diese Lösung mehr Probleme als Klarheit schafft, erfuhr die polnische Doktrin bereits mit der Formulierung „freundschaftliche Beziehung“ (*stosunek towarzyski*). Dass dieser unbestimmte Rechtsbegriff nicht allgemein zu definieren ist, zeigt sich bereits in der *a casu ad casum* Handhabung des Kriteriums, das nicht zu Rechtssicherheit im Fall der erlaubten Nutzung verhilft. Selbst die bestimmbare Gruppe von Teilnehmern eines Fandoms hilft weder in deren Spezifizierung noch Quantität weiter; vgl. *Sokolowska*, *Dozwolony użytek prywatny utworów – głos w dyskusji na temat zmian paradadygmatu*, ZNUJ 2013, Nr. 3, S. 20; vgl. hierzu: *Grzybczyk*, *Twórczość internautów w świetle regulacji prawa autorskiego na przykładzie Fanfiction*, 2015, S. 198; Für die Frage der Kommerzialität erwies sich die Entscheidung des

1. Die erlaubte öffentliche Nutzung nach Art. 24-35 URG und die Urheberrechtsnovelle

Während die erlaubte private Nutzung die privaten Bedürfnisse der Nutzer befriedigen soll und der Unterhaltung, dem Lernen und der Entwicklung von Interessen dient, ist die erlaubte öffentliche Nutzung im Geiste des Allgemeinwohles entstanden und soll der konstitutionell gewährleisteten Meinungsfreiheit dienen.¹²⁷ In diesem Fall hat sich der Gesetzgeber für ein kasuistisches Modell entschieden, sodass im Gesetz die konkreten Formen der erlaubten Nutzung der Werke genannt sind.¹²⁸ Mit der 2015 in Polen durchgeführten Novellierung des Urheberrechtsgesetzes vom 11.9.2015¹²⁹ hat der Gesetzgeber die erlaubte öffentliche Benutzung im Rahmen des Zitatrechts in Art. 29-29² URG neu justiert, die eine Einschränkung des urheberrechtlichen Monopolrechts für die Nutzung fremder Werke im Rahmen der Kommunikationsfreiheit darstellt.¹³⁰ Die Anpassung des Zitatrechts hat Synergien mit sich gebracht, die auf eine Erweiterung des Zitatzwecks des Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL 2001/29/EG im polnischen Urheberrechtsgesetz zurückzuführen sind. Die Novelle sah eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Zitates vor. Zuvor war das Recht auf Zitat in einer singulären Vorschrift wiederzufinden: dem alten Art. 29 URG.¹³¹ Heute haben wir es mit einer Trias¹³² zu tun, indem das Zitatrecht in Art. 29 URG neuer Fassung vorliegt, die Ausnahme für Parodie, Pastiche und Karikatur in Art. 29¹ URG in das Gesetz aufgenommen worden ist und Art. 29² URG die beiläufige Einbeziehung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen ebenfalls im Wege der Zitatausnahme regelt.¹³³ Der Anlass für die Novelle ist laut Gesetzesbegründung zum einen darin zu sehen, dass es in der Gesetzes-

EuGH in der Sache *ACI Adam/Thuiskopie* als fundamental für das Verständnis der erlaubten persönlichen Nutzung nach § 23 URG in Polen. Bis dato war es nach dem polnischen Rechtsverständnis nicht unrechtmäßig Dateien aus illegalen Quellen für den Eigengebrauch herunterzuladen. Laut *Targosz* bleibt vorerst offen, ob diese Dissonanz zwischen dem polnischen und europäischen Recht im Wege der Auslegung des § 23 URG bereinigt werden soll, oder ob eine Änderung des Artikels in Aussicht steht: vgl. EuGH, GRUR 2014, 546 – *ACI Adam/Thuiskopie*; *Targosz*, PWI 2014, Nr. 6, S. 1 f.

127 Auf internationaler Ebene finden wir den Vorläufer in Art. 3 Abs. 3 der Berner Übereinkunft.

128 Wie bspw. die Wiedergabe eines Radiosenders an öffentlichen Plätzen nach Art. 24 Abs. 2 URG; Zitat Art. 29 URG oder öffentliche Vorführung Art. 31 URG.

129 Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, GBl. Nr.: Dz.U. 2015 poz. 1639.

130 *Ślęzak*, in: *Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 1; so auch: *Traple*, in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), *Komentarz*, 2011, s. 267; *Maciąg*, *Prawa autorskie a użytek szkolny*, S. 89.

131 Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych, GBl.Nr.: Dz.U. 2015 Nr. 1639.

132 Beschreibung *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *prawo autorskie, system prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 110, S. 56.

133 Die im Geiste der Reformierung des Urheberrechtsgesetzes hinzugefügte Regelung des Zitates in Art. 29² URG stellt die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. i der InfoSoc-RL 2002/29/EG dar, die bis dato dem polnischen Urheberrechtsgesetz nicht bekannt war, obwohl sein Fehlen unerwünschte

fassung vor 2015 im Art. 29 URG einige Einschränkungen gab, die in Art. 5 Abs. 3 lit. d und k InfoSoc-RL 2001/29/EG nicht zu finden waren, die also die durch die Richtlinie statuierte erlaubte Nutzung einengten, indem Art. 29 URG nur die Möglichkeit des Zitates von kleinen Teilen eines Werkes oder kleinen Werken im Ganzen vorsah.¹³⁴ Hinzu kommt, dass es in der Gesetzesfassung über die erlaubte Nutzung keine Vorschrift gab, die die Parodie direkt regelte, obwohl diese Ausnahme für die parodistische Nutzung in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL 2001/29/EG vorgegeben ist und im Wege der Auslegung unter das Zitatrecht subsumiert worden ist.¹³⁵

Folgen für die Praxis der Rechtsanwendung hat: Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18; Diese regelt die beiläufige Einbeziehung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands in anderes Material. Dass soll nicht bedeuten, dass der Urheber des neu erstandenen Werkes keine Absicht haben musste irgendein Werk zu präsentieren, ausschlaggebend ist die Tatsache, dass das eingebundene Werk keinerlei Bedeutung für das neue Werk hat und beiläufig ist; hierzu: *Ślęzak*, in: *Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29², Rn. 5.; Allerdings bedarf diese Vorschrift einer engen Auslegung des Begriffes „beiläufig“: Amtl. Begr.: Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.; Hierbei folgten die polnischen Gerichte dem Verständnis des BGH, der eine beiläufige Einbindung bzw. unwesentliches Beiwerk als eine Entlehnung ansieht, der nach den Umständen des Einzelfalls keine auch noch so geringfügige inhaltliche Beziehung zum Hauptgegenstand zuzubilligen ist, sondern es durch seine Zufälligkeit und Beliebigkeit für diesen ohne jede Bedeutung ist: BGH, GRUR 2015, 667 – *Möbelkatalog*; hierzu auch: *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie; Amtl. Begr.: Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut z 22.5.2015 r., S. 25; Kritisiert wird an dieser Lösung die Tatsache, dass Amateurformate bei sozialen Netzwerken selten als künstlerisch und selbständig anzusehen sind, was den Rückgriff auf diese Vorschrift erschwert. Des Weiteren ist zu beachten, dass die Einbeziehung von Werken im Fall von derivativen Werken selten beiläufigen Charakter aufweisen wird, weil es dem Urheber auf die Einziehung ankommt und diese, zwar nicht immer aber oft, im Mittelpunkt der Praxis steht; hierzu: *Ślęzak*, in: *Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29², Rn. 7.

134 Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 22.

135 Die parodistischen Fälle wurden stattdessen im Rahmen des Zitatrechts gelöst, oder im Wege der Qualifikation des Werkes als inspiriertes und damit eigenständiges Werk. Diese Lösung hatte zwei Probleme nach sich gezogen: Zum einen wird der Lösungsweg über das Zitatrecht laut der Reformbegründung der Spezifik der Parodie nicht gerecht, da das Zitatrecht keine Modifikationen zulässt, die Zitatquelle stets Pflichtelement ist und das Urheberpersönlichkeitsrecht unverhandelbar ist. Zum zweiten ist die Bereinigung der Parodie im Wege der Qualifikation als inspiriertes Werk ebenfalls ungünstig, denn für eine zweckmäßige Parodie muss die Übernahme so weit reichen, dass das ursprüngliche Werk in der Parodie erkennbar ist; hierzu: *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie*, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 116; *Traple*, in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), *Komentarz*, 2011, s. 270; *Gienas*, in: *Ferenc-Szydełko* (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim*, 2011 s. 230–231; *Wachowska*, *Cytat utworu audiowizualnego*, S. 39; *Stanisławska-Kloc*, in: *Flisak* (Hrsg.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, S. 461; Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18, 23.

a) *Das Zitatrecht nach Art. 29 URG*

Das derivative Werkschaffen, das auf referenzieller Praktik beruht, kann man auch unter dem Aspekt der erlaubten öffentlichen Nutzung im Rahmen des Zitatrechts rechtfertigen.¹³⁶ Das Zitatrecht ist für den demokratischen Kommunikationsprozess von unentbehrlicher Bedeutung und somit grundrechtlich gewährleistet. Da das Zitatrecht das urheberrechtliche Monopol im Interesse der Allgemeinheit einschränkt, kann es als Maßstab für die Zulässigkeit referenzieller Praktiken dienen. Das Zitatrecht illustriert am besten die Notwendigkeit des Interessenausgleichs zwischen dem Urheber und den Nutzern zum Zwecke der Meinungsäußerung.¹³⁷ Hinzu kommt, dass die Technik der Inkorporation und der Dialog durch angelehnte Werkteile das besondere Erkennungsmerkmal von referenziellen Werken wie Sampling, Collage, Mashup, Memes oder Fanfiction sind. Das Zitat in seiner klassischen Form ist in Art. 29 URG geregelt und besagt, dass es erlaubt ist, in Werken, die ein eigenständiges Ganzes darstellen, Ausschnitte aus veröffentlichten Werken, sowie veröffentlichte plastische Werke, fotografische Werke oder kleine Werke im Ganzen in einem Umfang, der durch den Zitat Zweck gerechtfertigt ist, wie bspw. im Falle von Erläuterungen, Polemik, kritischer oder wissenschaftlicher Analyse, Einbeziehung in die Lehre, oder genrespezifische Aspekte, anzuführen.¹³⁸ Hierfür muss das zitierte Werk veröffentlicht sein, das neu entstandene Werk selbständigen Charakter aufweisen und die Maßnahme muss insgesamt durch einen Zitat Zweck gerechtfertigt sein.¹³⁹

aa) *Selbständigkeit des neuen Werkes*

Ab dem Jahr 2015 haben wir es in Art. 29 URG mit einem offenen Katalog zu tun. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass die Reform den Wortlaut des Zitatrechts weitgehend an die InfoSoc-RL 2001/29/EG¹⁴⁰ angleichen wollte.¹⁴¹ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber die Zitation nicht auf bestimmte Kunstgattungen beschränken möchte.¹⁴² Vor der Reform

136 Dies entspricht auch der 4. Vorlagefrage an den EuGH in Sache Metall auf Metall: BGH, GRUR 2017, 895 – *Metall auf Metall III*.

137 EuGH, GRUR 2012, 166 – *Painer*; Ritterman, *Komentarz do prawa autorskiego*, 1937, S. 101; *Stanisławska-Kloc, Zasady wykorzystywania cudzych utworów*, s. 161; *Barta/Markiewicz, Prawo autorskie*, 2016, s. 417.

138 S. Art. 29 URG (eigene Übersetzung).

139 *Barta*, in: *Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 56; *Traple*, w: *Komentarz PrAut*, 2011, s. 270.

140 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, im Folgenden InfoSoc-RL 2001/29/EG genannt.

141 *Barta*, in: *Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57; die in Art. 5 Abs. 3. lit. d die Formulierung „such as“ in der englischen Fassung, oder „zu Zwecken wie“ in deutschen Fassung aufweist; vgl. Wortlaut InfoSoc-RL 2001/EG/21.

142 *Matlak*, *Cytat W Świetle Prawa Autorskiego*, in: *Kostański/Podrecki/Targosz (Hrsg.) Experientia Docet: FS Elżbieta Traple*, 2017, S. 311, 318.

wurde das Zitatrecht durch seine enumerative Aufzählung der Ausnahmen, in deren Rahmen ein Rückgriff auf fremde Inhalte rechtmäßig wäre, begrenzt. Es wurde aufgezeigt, dass die Überschreitung der enumerativen Ausnahmen zu einer Verletzung führen würde, wobei weitgehende Skepsis im Hinblick auf die Nutzung von Großzitataten herrschte.¹⁴³ Diese Skepsis wurde durch das Urteil des SN aus dem Jahre 2004 gelöst,¹⁴⁴ in dem die Wiedergabe eines fremden Werkes sogar im Ganzen gebilligt wurde, solange es den in Art. 29 URG genannten Zielen dient. Dabei soll das wiedergegebene Werk dergestalt in einem Verhältnis zum Neuen stehen, dass kein Zweifel darüber herrscht, dass ein neues Werk entstanden ist.¹⁴⁵ Der SN hat ebenso festgestellt, dass es nicht um die Größe des wiedergegebenen Zitates geht, sondern um das Verhältnis der Werke zueinander und das Ziel des Zitates.¹⁴⁶ Somit muss offensichtlich sein, dass ein neues, selbständiges Werk entstanden ist. Hierbei ist die Selbständigkeit des zitierenden Werkes i.S.v. Art. 1 Abs. 1 URG ein wichtiger Punkt für die erlaubte Nutzung im Rahmen des Zitatrechts.¹⁴⁷ Das Kriterium verlangt, dass das Werk unabhängig von dem Zitat selbst schöpferisch und original sein muss.¹⁴⁸ Das bedeutet, dass nur die eigene schöpferische Tätigkeit des Urhebers des neuen Werkes, der durch die Nutzung des Zitates in Dialog treten möchte, die Entnahme der fremden Anteile rechtfertigen kann.¹⁴⁹ Somit ist das Zitat ein akzessorisches Element des neuen Werkes.¹⁵⁰ Seine Präsenz führt dazu, dass das neue Werk interessanter, attraktiver und reicher wird.¹⁵¹ Diese Annahme verbietet die substituierte Nutzung des Zitates.¹⁵² Es herrscht Einstimmigkeit dahingehend, dass das Zitat nicht die Quelle, auf die es sich bezieht, ersetzen kann sowie, dass

143 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 56; *Traple*, w: Komentarz PrAut, 2011, S. 270; vgl. SN, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04.

144 SN, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, OSNC 2005, Legalis Nr. 71036.

145 SN, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, OSNC 2005, Legalis Nr. 71036.

146 SN, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, OSNC 2005, Legalis Nr. 71036.

147 Barta/Markiewicz, Prawo autorskie, S. 237; Matłak, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011.

148 Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 11; zu fragen gilt hier: wird das neu entstandene Werk nach der Ausblendung aller entlehnten Motive die Werkhöhe nach Art. 1 Abs. 1 URG erreichen; hierzu: Rybak, ZNUS 2017, Nr. 1, S. 99, 101; hierzu auch: SN, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, Legalis Nr. 71036.

149 Traple, in: Barta/Markiewicz (Hrsg.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, 2011, s. 268; Olchewski, TBSP UJ 2017, Nr. 9, S. 119 f; Michalski, Uprawnienia do cytowania w polskim prawie autorskim, Teil II, Prasa Techniczna 1987, Nr. 1, s. 18; Wachowska, Cytat utworu audio-wizualnego w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ZNUJ, Nr. 104, S. 30.

150 So Malek, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 239.

151 Vgl. Malek, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 239.

152 Bspw. wenn die Nutzung des Zitates die eigene Ausführung ersetzen soll; hierzu: Malek, Ustawowe cele cytatu, 2011, S. 96.

diese für den durchschnittlichen Empfänger erkennbar¹⁵³ sein muss.¹⁵⁴ Diese Annahme ist unter Rücksicht auf Art. 35 URG¹⁵⁵ und damit die InfoSoc-RL 2001/29/EG geboten.¹⁵⁶ Der Umfang des verwendeten Zitates muss stets durch den Zitatweck gedeckt sein.¹⁵⁷ Ebenfalls ist seit der Urheberrechtsnovelle 2015 im Rahmen des Zitatrechts die Heranführung von plastischen Werken und Fotografien im Ganzen gestattet.¹⁵⁸ Art. 100 URG erweitert die Anwendung des Zitates auf verwandte Schutzrechte.¹⁵⁹

bb) Die Berücksichtigung von urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belangen im Rahmen des Zitats

In Zusammenhang damit, dass das Zitatrecht eine direkte Übernahme von Werkteilen oder kleinen Werken im Ganzen in ein anderes Werk begünstigt, ist zu fragen, wie das Verhältnis des Zitatrechts zu den Urheberpersönlichkeitsrechten aus Art. 16 URG ist. Hierbei ist vor allem der Integritätsschutz in Art. 16 Nr. 3 URG zu nennen. Grundsätzlich wird angenommen, dass die Nutzung eines fremden Werkes im Rahmen der erlaubten öffentlichen Nutzung die Urheberpersönlichkeitsrechte des Schöpfers des Ursprungswerkes nicht einschränken sollte.¹⁶⁰ Doch impliziert die Nutzung eines Werkteils, dass kleine Modifikationen am Werk vorgenommen werden müssen.¹⁶¹ Hierbei gilt, dass jegliche Veränderungen oder Einbindungen optisch hervorzuheben sind und somit dem Integritätsschutz Rechnung getragen werden muss. Bei vorliegenden Modifikationen ist jedoch Vorsicht geboten, da hier die Urheberpersönlichkeitsrechte des Rechteinhabers leicht verletzt werden können und eine Verzerrung des allgemeinen Bildes des Werkes droht. Diesen Befürchtungen wird entgegengewirkt, indem ein allgemeines Verbot der unredlichen Zitatnutzung aufgestellt wird. Auch muss Art. 34 URG zufolge ein Zitat stets erkennbar sein. Eine Person, die sich des Zitates bedient, sollte dieses so kenntlich machen, dass es für den durchschnittlichen Betrachter erkennbar ist. Bei Schriftwerken dürfte diese Voraussetzung unproblematisch sein, da diese Prozedur gang und gäbe ist. Problematisch kann jedoch die Kenntlichmachung bei einem

153 Das Kriterium der Erkennbarkeit impliziert die vorhergehende Veröffentlichung des Werkes.

154 *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie, 2013, S. 196; *Barta*, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, S. 57.

155 Art. 35 URG stellt den implementierten Drei-Stufen-Test in den polnischen Urheberrechtsgesetz da.

156 *Barta*, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57.

157 Diese Voraussetzung ist bereits der RL 2001/29/EG Art. 5 Abs. 2 lit. d zu entnehmen.

158 *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 318.

159 D.h. vortragenden Künstler, Phonogramme, Videogramme, hierzu: *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 319.

160 *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 321.

161 Erwähnenswert sind hier bspw. die Techniken, in denen ein Zitat passagenweise entnommen wird, oder auf Teile eines Wortzitates verzichtet wird, „[...]“.

plastischen oder musikalischen Werk sein.¹⁶² Dies hat der Gesetzgeber in der Urheberrechtsnovelle 2004¹⁶³ in Betracht gezogen, als er dem Artikel den zweiten Satz hinzufügte, dass die Kenntlichmachung des Urhebers und der Quelle die vorhandenen Möglichkeiten des Mediums beachten sollte.¹⁶⁴

cc) *Die Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte als Zitatzweck im Rahmen von Art. 29 URG – ein Rudiment oder Hoffnung?*

Die Verwendung des Zitates muss nicht zuletzt gerechtfertigt sein. Wichtig ist, dass zwischen den eigenen Anteilen und dem zitierten Werk(teil) ein innerer künstlerischer oder rhetorischer Zusammenhang besteht.¹⁶⁵ Bei wissenschaftlichen Werken hingegen dient das Zitat der redlichen und wörtlichen Präsentation der Ansichten von anderen Urhebern.¹⁶⁶ Die Berufung auf das Zitat im Falle von Referenzkunst ist gerechtfertigt, wenn dies im Rahmen des Zitatzwecks erfolgt und somit dem Zweck der künstlerischen Auseinandersetzung bzw. wissenschaftlichen Positionierung dient oder aber schlicht genretypisch ist.¹⁶⁷ In Polen kennt der Zitatzweck also eine dritte Alternative: die genrespezifischen Aspekte. Hierbei scheinen die Herleitung sowie das Verständnis dieses enigmatisch klingenden Zitatzwecks eine eigene Typologie aufzuweisen. Die genretypischen Aspekte als Zitatzweck stellen ein novum des polnischen Urheberrechtsgesetzes von 1994 dar und finden sich äquivalent in der französischen Rechtsetzung wieder.¹⁶⁸ Bei „prawo gatunku twórczości“ oder „les lois du genre“ der französischen Fassung handelt es sich um einen kryptischen Rechtsbegriff, dessen Auslegung auf vielerlei Schwierigkeiten stößt. Anerkannt ist, dass genretypische Aspekte die etablierten Gepflogenheiten einer Kunstart reflektieren sollen.¹⁶⁹ Eine gute Definition fehlt bisher in der Rechtsprechung und Literatur, was die Rechtslage deut-

162 *Bywalec/Bednarska*, ZNUŚ 2017, Nr. 1, S. 107, 117.

163 Ustawa z 1.4.2004 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, GBl. Nr.: Dz.U. poz. 869.

164 Art. 34 S. 2 URG; bei einem literarischen Mashup, wie bspw. *Stolz und Vorurteil & Zombies*, sollte die Benennung auf dem Titelblatt der Druckversion des neuen Buches erfolgen; vgl. *Bywalec/Bednarska*, ZNUŚ 2014, Nr. 1, S. 107, 117.

165 *Matlak*, Cytat W Świetle Prawa Autorskiego, in: Kostański/Podrecki/Targosz (Hrsg.) *Experientia Docet: FS Elżbiecia Traple*, 2017, S. 311, 318, 322.

166 *Stanisławska-Kloc*, Zasady wykorzystywania cudzych utworów, 2009, S. 160; *Ślęzak*, in: *Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 11.

167 Auch das BVerfG hat das Zitatrecht als Ort der Abwägung zwischen kollidierenden Interessen des Eigentumsschutzes und der Kunstfreiheit gesehen und postulierte hierfür eine „kunspezifische Betrachtung“, BVerfG, GRUR 2001, 143 – *Germania 3*; BVerfG, GRUR 2016, 690 – *Metal auf Metall*.

168 Art. L 122-5 Nr. 4 CPI, allerdings nur im Rahmen der Parodieausnahme, nicht des Zitatrechts an sich.

169 *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie, 2016, S. 240; *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57

Traple in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), *Komentarz PrAut*, 2011, S. 270.

lich verkompliziert. Zudem findet dieses Konzept kein Äquivalent in der InfoSoc-RL 2001/29/EG, die aber keinen geschlossenen Katalog vorsieht und in Art. 5 Abs. 3 lit. d lediglich beispielhaft Zwecke wie Kritik oder Rezension aufzählt.¹⁷⁰ Es darf aber nicht übersehen werden, dass der polnische Gesetzgeber an dieser Stelle in Konflikt mit der Berner Übereinkunft gerät, die derartige Begrifflichkeiten nicht enthält.¹⁷¹

Die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs wird zusätzlich durch den Umstand erschwert, dass bei der kleinen Novelle des Zitatrechts 2015 das Kriterium im Rahmen des klassischen Zitates in Art. 29 URG beibehalten worden ist,¹⁷² obwohl bislang die Fälle der Parodie darunter subsumiert worden sind.¹⁷³ Diese haben dank der Neujustierung in Art. 29¹ URG selbst Eingang in das Gesetz gefunden – ebenfalls unter Nennung der genretypischen Aspekte.¹⁷⁴ Es kann nicht abschließend geklärt werden, auf welche Anwendungsfälle sich nun die Genrespezifika im Rahmen des Zitates beziehen soll. Nichtsdestotrotz stellen die genrespezifischen Aspekte die zentrale Forderung des Zitatrechts im Allgemeinen und des Zitates zum Zwecke der Parodie, Karikatur und Pastiche im Besonderen dar. In der Literatur stellt diese Erweiterung den Sinn des Beharrens auf dem Konzept der genrespezifischen Aspekte in Frage, vor allem weil dieser Zitatzzweck in beiden Artikeln Anwendung findet.¹⁷⁵ Unter beiden Aspekten ist eine handfeste Definition des Begriffes unentbehrlich.¹⁷⁶ Auch die zur Verfügung stehende Rechtsprechung scheint in diesem Fall nicht weiterführend zu sein, da sich diese auf die alte Gesetzeslage bezieht und somit die genretypischen Aspekte im Fall von Parodie regelt.¹⁷⁷ *Barta* kommentiert die Entscheidung

170 Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 22.

171 *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 297.

172 Wie bereits geschildert, wurden in der alten Gesetzesfassung die genrespezifischen Aspekte i.S.v. parodistischen Belangen gelesen.

173 Bislang war anerkannt, dass es erlaubt sei, sich eines Zitates zum Zwecke der Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte im Rahmen der selbständigen referenziellen Kunst zu bedienen, die eindeutig dem Bezug zum Ursprungswerk diene. Darin sollte die Rechtfertigung eines breiten Anwendungsparadigmas des Zitates im Fall von politischen Karikaturen, Parodien oder Kabarettis begünstigt werden: vgl. *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111.

174 Da für diese Kunstformen eine modifizierte Wiedergabe gängig ist, die durch das Zitatrecht an sich nicht gerechtfertigt ist.

175 Sowohl in Art. 29 URG wie auch Art. 29¹ URG ist die Rede von der Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte.

176 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57.

177 Bspw. wurde in der Entscheidung SA, Urt. v. 17.12.2002, I Aca 254/02 – nicht publiziert, festgestellt, dass die Berufung auf Art. 29 URG eine Nutzung des Zitates im Falle von selbständigen referenziellen Schaffen auf eine eindeutige Art und Weise in Bezug auf das Ursprungswerk begründen soll. In einer weiteren Entscheidung des SA, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, OSNC 205, Nr. 11, poz. 195, S. 87, wurde aufgezeigt, dass die im Rahmen genrespezifischer Aspekte entstehenden Werke, um als selbständig behandelt zu werden, den Sinn und die Situation aus dem entnommenen Werk ändern müssen, sodass man annehmen könnte, dass diese eine eigene Perspektive auf die darin enthaltene Problematik darlegen und keine einfache Nachahmung sind.

gen dahingehend, dass in Hinblick auf die Novellierung des Urheberrechtsgesetzes diese Entscheidungen einzig und allein an Art. 29¹ URG und die darin verkörperte kunstspezifische Betrachtung anzuknüpfen scheinen, nicht aber an das Zitatrecht an sich.¹⁷⁸

(1) Genretypische Aspekte und das Zitatrecht

Im Fall des Zitatrechts i.S.v. Art. 29 URG wird in der Doktrin die Anforderung aus zweierlei Blickwinkeln gelesen.¹⁷⁹ Die Mindermeinung betrachtet die genrespezifischen Aspekte als eine Generalklausel, die es erlaubt, im eigenen Werk einen Ausschnitt fremder Werke anzuführen, sobald der Urheber nachweisen kann, dass die Nutzung des Zitates notwendig ist, um die künstlerische Wirkung zu erlangen.¹⁸⁰ Laut der herrschenden Meinung ist die Zitatnutzung zum Zweck der Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte im Kontext des referenziellen und zugleich selbständigen Schaffens, das eindeutig an ein anderes Werk anknüpft, zulässig.¹⁸¹ Es geht hier vor allem um die Werke, die konzeptionell an andere Werke anbinden und bei denen die fehlende Möglichkeit der Bezugnahme die Existenz dieser Werke gänzlich verhindern würde.¹⁸² Diese Lesart legt einen engen Rahmen des Kriteriums für die Zitatnutzung fest. Im Sinne dieser Betrachtung sollen „genrespezifische Aspekte“ so verstanden werden, dass die Nutzung eines Fragments eines fremden Werkes dann gerechtfertigt ist, wenn in einer selbständigen Schöpfung *ex natura* eine eindeutige und nachvollziehbare Anbindung an ein fremdes Werk folgt.¹⁸³ Demzufolge sind genrespezifische As-

178 Barta, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 58.

179 Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 27; hierzu auch: Michalak, MoP 2003, Nr 2, s. 75–76; umfangreich bei: Michalak, M. Praw. 2003, Nr. 2, S. 75 ff.; Waglowski, Co oznaczają „prawa gatunku twórczości” w zakresie cytowania? Abrufbar unter: <http://prawo.vagla.pl/node/8111> (letzter Abruf: 23.3.2019).

180 Golat, Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 2002, s. 280, Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 27; so auch: Malek, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 298.

181 Traple, in: Barta/Czajkowska-Dabrowska (Hrsg.), Prawo autorskie, S. 347; Barta/Markiewicz, Prawo autorskie i prawa pokrewne, 2017, S. 96; Barta/Markiewicz, Prawo autorskie, 2016, S. 240; Stanisławska-Kloc, in: Flisak (Hrsg.), Komentarz PrAut, S. 464, Preussner-Zamorska/Marcinkowska, in: System Prawa Prywatnego, Band 13, S. 265, Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29; hierbei ist es notwendig festzustellen, ob die Spezifik der besagten künstlerischen Gattung eine Referenz rechtfertigen kann.

182 Malek, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 297–302; Traple in: Barta/Markiewicz (Hrsg.), Komentarz PrAut, 2011, S. 270.

Stanisławska-Kloc, in: Flisak (Hrsg.), Prawo autorskie i prawa pokrewne, S. 464; Wachowska, Cytat utworu

audiowizualnego, s. 38; Michalak, Dozwolony użytek, S. 76; Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29, Rn. 27.

183 So: Traple, in: Barta/Czajkowska-Dabrowska (Hrsg.), Prawo autorskie, S. 347; Barta/Markiewicz, Prawo autorskie i prawa pokrewne, S. 96.

pekte ein Sammelbecken für Werke, die ihrem Konzept nach an andere Werke anknüpfen und deren Existenz ohne die Möglichkeit der Bezugnahme nicht mehr gegeben wäre.¹⁸⁴

Barta sowie *Markiewicz* verstehen unter der Berücksichtigung genrespezifischer Aspekte angenommene bzw. etablierte Gepflogenheiten einer Kunstart, die sich auf der Zitatebene der jeweiligen Kunstform äußern,¹⁸⁵ während *Stanisławska-Kloc* den Begriff weit auslegt, weil sie die genrespezifischen Aspekte als Unterkategorie einer Kunstart versteht.¹⁸⁶ Für *Machala* gilt der Künstler selbst als die kompetenteste Person, um genrespezifische Aspekte definieren zu können, denn er kennt am besten die in einer Gattung vorherrschenden Gesetzmäßigkeiten.¹⁸⁷ Diese Betrachtung führt aber zwangsläufig zu einer Ausuferung des Zitatrechts. Laut *Ślęzak* ist ebenfalls die Minderansicht vorzugswürdiger, weil damit die Institution der erlaubten Benutzung in den Fällen genutzt werden kann, in denen das neue Werk unmittelbar auf ein anderes Werk Bezug nehmen muss, sodass die Intention des Autors für Dritte verständlich wird.¹⁸⁸ Seiner Meinung nach ist die Nutzung des Zitates nicht eine Frage des alleinigen Ermessens des Urhebers. Es enthält ein Element der Objektivität, das sich in der Notwendigkeit der Zitatnutzung auf der kommunikativen Ebene äußert. Sich des Zitates zu bedienen, sollte nicht nur notwendig sein, sondern sich ebenfalls an den redlichen Praktiken orientieren.¹⁸⁹ *Malek* lehnt kategorisch die weite Auslegung ab, versucht aber darzustellen, dass die herrschende Ansicht ebenfalls Gefahren mit sich bringt.¹⁹⁰

Zuerst ist festzustellen, dass diese Ansicht auf eine unzulässige Weise das Zitatrecht ausdehnt, da es alleine von der subjektiven Einschätzung des Künstlers abhängt, ob dieser die Nutzung des Zitates als unentbehrlich für seine Kunst betrachtet. Somit ist es eine rein subjektive Prämisse, ob man sich der gesetzlichen Lizenz bedienen darf.¹⁹¹ Zweitens appel-

184 *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 298; zusammenfassend geht es hier vor allem um parodistische Werke, wie Pastiche oder (politische) Karikaturen, deren Auswertung nicht mehr im Rahmen des Art. 29 URG erfolgt und die somit rudimentär geworden sind.

185 *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie, 2016, S. 240, *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57; so auch: *Traple* in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), Komentarz PrAut, 2011, S. 270.

186 *Stanisławska-Kloc*, in: *Flisak* (Hrsg.), Komentarz PrAut, S. 464; Hierbei ist es notwendig festzustellen, ob die Spezifik der besagten künstlerischen Gattung eine Referenz rechtfertigen kann.

187 *Machala*, MOP 1999, Nr. 10, S. 17. Im Fall von Sampling kam der Versuch einer prinzipiellen Definition von der Musikindustrie selbst; hier aber auf die Größe des Zitates gemessen: die 3-Sekunden-Regel der britischen Musikindustrie beschrieben von *Traple* in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), Komentarz PrAut, 2011, 74.

188 *Preussner-Zamorska/Marcinkowska*, in: System Prawa Prywatnego, Band 13, S. 265.

189 *Ślęzak*, in: *Ślęzak*, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29; *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 29; *Stanisławska-Kloc*, in: *Flisak* (Hrsg.), Prawo autorskie i prawa pokrewne, S. 464.

190 *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 298.

191 Hier besteht die Gefahr der Ausnutzung bspw. für die Werbung, weil sich die Werbung eines musikalischen Zitates bedienen muss, um deren Attraktivität für den Empfänger zu steigern; so: *Malek*, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 299.

liert *Malek* an das Postulat der engen Auslegung von Schranken, die es nicht zulässt, Ausnahmen dahingehend auszulegen, dass ein uneingeschränktes Zitieren zulässig ist.¹⁹² Den Vorwurf, dass die genrespezifische Betrachtung auf zu breitem Wege das Zitatrecht formiert und eine Verwässerung des Zitatziels nach sich bringt, hat *Malek* anhand zweier Aspekte dargelegt: Erstens wird dieser Zitatziel nicht in dem abschließenden Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 lit. d der InfoSoc-RL 2001/29/EG erwähnt.¹⁹³ Zweitens gibt es in den Gesetzestexten anderer europäischer Länder keine Prämisse, die einen solchen Zitatziel statuieren würde.¹⁹⁴ Man findet zwar eine Parallele in Art. L 122-5 Nr. 4 CPI der französischen Schrankenregelung für Parodien, Karikaturen und Pastiches, die von der „Beachtung der für die Gattung geltenden Regeln“ spricht, allerdings nicht im Rahmen des Zitatrechts per se.

(2) Lösungsansatz

Nach der Gesetzesänderung scheint das Kriterium der genrespezifischen Aspekte in Art. 29 URG nur noch in den Fällen Anwendung zu finden, in denen das Zitat einzig und alleine ästhetischen Zwecken dient. In der Praxis berührt dies Zitate zur ästhetischen Heranziehung eines Mottos, obwohl die Zulässigkeit dieser Art von Zitaten lange Zeit fraglich war, da diese keinem der im Gesetz genannten Ziele diene. Begrüßend gegenüber der ästhetischen Anwendung von Zitaten äußerte sich *Traple*,¹⁹⁵ weil diese im Hinblick auf Werke der Literatur und Kunst unter Berücksichtigung der genrespezifischen Aspekte zu rechtfertigen sind. Sie begründete diese Herangehensweise mit den innerhalb einer Kunstform vorherrschenden Gepflogenheiten.¹⁹⁶ Hierbei ist die Frage nach der entscheidenden künstlerischen Einzigartigkeit der in Frage stehenden Kunstform zu stellen. Im Lichte dieser Ausführungen ist festzustellen, dass sowohl für das Zitatrecht in Art. 29 URG wie auch für die Parodieausnahme in Art. 29¹ URG das Verständnis der genrespezifischen Aspekte nicht an die Gattung an sich anknüpft – wie bspw. literarische oder musikalische Gattung – sondern an die konkreten Eigenschaften und Charakteristika der in Frage stehenden Werkart. Stellvertretend ist hier das Haiku zu nennen.¹⁹⁷ Die Anwendung des Zitates sollte stets an dem Kontext des konkreten Werkes gemessen werden und an der Praxis, die für die Schaffensform üblich ist. Dies können charakteristische Eigenschaften sein, die gebräuchlich für diese Art von Werken sind, oder – wenn es um neue Formen des Schaffens geht – solche Kriterien, die über die künstlerische Einzigartigkeit der in Frage stehenden Kunstform ent-

192 *Malek*, Cytat w światle prawa autorskiego, 2011, S. 299.

193 Die Rede ist hierbei nur von der Nutzung, die den anständigen Gepflogenheiten entspricht: vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL 2001/29/EG.

194 *Malek*, Cytat w światle prawa autorskiego, 2011, S. 299.

195 *Traple* in: Barta/Markiewicz (Hrsg.), Komentarz PrAut, 2011, S. 270.

196 *Traple* in: Barta/Markiewicz (Hrsg.), Komentarz PrAut, 2011, S. 270; *Barta*, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 57.

197 *Barta*, in: Barta (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa prywatnego, Band 13, 2017, § 33, S. 58.

scheiden.¹⁹⁸ Darüber hinaus muss getreu der InfoSoc-RL 2002/29/EG das Ziel, dem das Zitat dient, genannt und gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass das Zitat nicht das zitierte Werk ersetzen soll¹⁹⁹ und seine Anwendung nicht alleine auf der subjektiven Einschätzung des Autors beruht, stattdessen aber eine äußere Notwendigkeit besteht, die mit der Art des Werkes in Zusammenhang steht.²⁰⁰ Das Zitat im Ausgangswerk dient somit dem Entstehen eines neuen selbständigen Werkes.²⁰¹ In den Regelungsbereich der erlaubten Nutzung gehören nicht Zitate, die ausbeuterisch sind, d.h. in denen die Nutzung des Zitats einzig und alleine an die Bekanntheit, das Renommee oder den wirtschaftlichen Wert des Originals anknüpfen soll. Man darf selbst bei der rigorosen Auslegung nicht vergessen, dass sich in letzter Zeit manche Kunstarten stärker entwickelt haben als andere, die bspw. bislang nicht als Kunstart angesehen worden sind und jetzt durch die liberale Auslegung der Prämisse „genrespezifischer Betrachtung“ diesen Status genießen können.²⁰² Zugleich ist die restriktive Auslegung dem Vorwurf ausgeliefert, die dynamischen Veränderungen der Rechtswirklichkeit zu verkennen.

(3) Was heißt das in der Praxis?

Im Wege der Feststellung, ob man es im vorliegenden Fall mit genrespezifischen Aspekten zu tun hat, muss im ersten Schritt gefragt werden, was die konkrete Gattung des künstlerischen Schaffens ist („gatunek twórczości“). Zweitens muss festgestellt werden, ob die Gattung des künstlerischen Schaffens die Entnahme fremder Werkteile rechtfertigen kann, d.h. ob das Zitieren den herrschenden Gepflogenheiten entspricht. Sodann muss in einem letzten Schritt gefragt werden, ob eine solche Zitation mit der redlichen Praxis übereinstimmt.²⁰³ Die Bestimmung kann nicht im Sinne einer generellen Zustimmung für Entnahmen nach den Bedürfnissen der Kunstart gelesen werden.²⁰⁴ Für postmoderne referenzielle Werke bleibt im Rahmen von genrespezifischen Aspekten des Zitates wenig Luft zum Atmen übrig. Der hauptsächliche Grund hierfür ist die Tatsache, dass im Rahmen von Art. 29 URG das Werk auch ohne die entnommene Stelle selbst schöpferisch und somit selbständig sein

198 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, S. 58.

199 Ähnlich: *Barta/Markiewicz*, *Prawo autorskie*, 2016, S. 240.

200 Im Sinne von *Ślęzak*, der darauf abstellt, dass die Nutzung des Zitates nicht auf dem alleinigen Ermessen des Urhebers basiert, sondern durch die Form des Werkes gefordert wird.

201 *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 111, S. 58.

202 *Malek*, *Cytat w świetle prawa autorskiego*, 2011, S. 300.

203 *Stanisławska-Kloc* in: *Flisak* (Hrsg.), *Prawo autorskie I prawo pokrewne*, 2015, Art. 29, S. 464; *Rybak*, *ZNUŚ* 2017, Nr. 1, S. 95-104.

204 *Barta/Markiewicz*, *Prawo autorskie*, 2016, S. 240.

muss²⁰⁵ und keine Modifikationen des zitierten Werkes aufweisen darf.²⁰⁶ Vor allem das letztere wird zum Verhängnis für referenzielle Werke, die mit dem Zitat künstlerisch spielen und von Natur aus transformativ sind, wie das Sampling und Remixwerke im Allgemeinen. An eine mögliche Nutzung der Zitatausnahme im Rahmen der genrespezifischen Aspekte wäre aber bspw. für Mottos, Zitate, die einzig und alleine den Text schmücken sollen, sowie Mashup und Collagen,²⁰⁷ Found Footage Film und Fotomontagen zu denken, wenn die Quelle und der Urheber des Ursprungwerkes ausgewiesen werden.²⁰⁸ Hierbei muss im Fall von Mashup und Collagen die Frage nach der Selbständigkeit positiv ausfallen. Fraglich ist diese vor allem bei Werken, die einzig und alleine aus einer Aneinanderreihung von Bild- bzw. audiovisuellen Zitaten bestehen. In der Doktrin wird unterstrichen, dass im Fall von transformativen Musikzitaten wie Sampling die Qualifizierung anhand der Schutzbereichsbeschränkung als inspiriertes Werk oder als Werk mit Entlehnungen, die grundsätzlich erlaubnispflichtig sind, als sicherer gilt, da hier den Urheberpersönlichkeitsrechten nicht genug Rechnung getragen wird.²⁰⁹ Zum einen geht man hierbei von Modifikationen des Ursprungswerkes aus,²¹⁰ während zum anderen in der Praxis die Kenntlichmachung der Quelle ausbleibt. Dieser Tatsache wurde 2017 in den Vorlagefragen des BGH an den EuGH in Sachen Sampling Ausdruck verliehen, indem der BGH fragte, ob ein Werk zu Zitatzwecken genutzt werden kann, wenn nicht erkennbar ist, dass ein fremdes Werk genutzt worden ist (Vorlagefrage 4).²¹¹ Hier wird das Ausbleiben der Zitatquelle vom BGH bemängelt. Gleichzeitig positioniert sich der deutsche Spruchkörper dahingehend, dass man nicht von einer Nutzung zum Zwecke des Zitates ausgehen kann, ohne dass nach § 63 Abs. 1 S. 1 UrhG die Quelle angegeben wird. Denn ohne die Quellenangabe würde der von der Zitatfreiheit verfolgte Zweck der Herstellung einer inneren Verbindung zwischen fremdes Werk und eigene Gedanken i.S.d. § 51 UrhG ausbleiben.²¹²

205 Dieses Kriterium würde zwar im Fall von Fanfiction-Werken oft vorliegen (mit der Einschränkung, dass die entnommenen Stellen als Zitat herangeführt werden), allerdings in Fällen von Bildzitaten bei Memes nicht zu bewältigen sein.

206 Barta, in: Barta (Hrg.), Prawo autorskie, System prawa cywilnego, Band 13, 2017, § 33, S. 62.

207 Rybak, ZNUŚ 2017, Nr. 1, S. 95-106.

208 Ślęzak, in: Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, 2017, Art. 29; Gabor, ZNUŚ 2014, Nr. 1, S. 5-31.

209 Laut Barta/Marikiewicz ist die Bewertung der Zulässigkeit eines Musikzitates anhand Art. 35 URG zu messen und im Wege der Einzelfallbetrachtung zu bewerten, ob diese die „normale Auswertung des Werkes“ nicht beeinträchtigt, oder ob nicht in die „berechtigten Interessen des Urhebers“ eingegriffen wird. Dabei sollen die Basis einer gründlichen Bewertung folgende Umstände sein: Größe des Zitates, Art der Verwertung (d.h. Erkennbarkeit und Häufigkeit der Heranziehung), Zitatquelle im neuem Werk, Funktion im neuen Werk; hierzu: Malek, Cytat w świetle prawa autorskiego, 2011, S. 312.

210 Grzybczyk, in: Ślęzak (Hrsg.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, 3. Aufl., 2017, Rn. 113; in der Praxis wird empfohlen eine genügend große Übernahme des Musikzitates vorzunehmen, die es den Empfänger ermöglicht das Übernommene Fragment zu identifizieren.

211 BGH, GRUR 2017, 895, 898, Pkt. 31 – Metall auf Metall III.

212 BGH, GRUR 2017, 895, 898, Pkt. 33 – Metall auf Metall III.

a) *Parodie, Pastiche, Karikatur im Rahmen von Art. 29 I URG*

Obwohl die Imitation als die höchste Form der Schmeichelei gilt, verletzt die Übernahme die Urheberpersönlichkeitsrechte sowie Vermögensrechte des Rechteinhabers. Zu den Ausnahmen, in denen die Imitation eines Ursprungwerkes erlaubt sein kann, gehören Parodie, Pastiche und Karikatur.²¹³ Diese Kunstformen haben das Infragestellen der Vorlage gemeinsam.²¹⁴ Damit gehört die Übernahme wesentlicher Teile oder Eigenschaften eines Werkes zum Wesen der Parodie, der Pastiche und der Karikatur. Wenn das Objekt der Auseinandersetzung nicht erkennbar ist, gelten diese als misslungen.²¹⁵ Somit ist die Möglichkeit der Bezugnahme bzw. Imitierung des Ursprungwerkes die Voraussetzung für die Existenz dieser Kunstformen. Deshalb ist der Grad zwischen Aneignung von fremden Leistungen und Parodie, Pastiche und Karikatur äußerst schmal.²¹⁶ Nichtsdestotrotz sind die Parodie, die Pastiche und die Karikatur anerkannte Kunstformen, die in Zeiten der Postmoderne²¹⁷ ihre Blütezeit erfahren haben.²¹⁸ Der Handlungsfreiraum eines parodierenden Künstlers ist somit sehr breit und erlaubt sowohl die Auseinandersetzung mit dem ganzen als auch mit einem Teil des Werkes.²¹⁹

Da das polnische Urheberrechtsgesetz vor 2015 keine spezielle Regelung für die Parodieausnahme vorsah, wurde diese Kunstform als Zitat zum Zwecke der genrespezifischen Aspekte behandelt oder durch die Qualifikation des Werkes als inspiriertes und damit eigenständiges Werk privilegiert, obwohl die Ausnahme für die parodistische Nutzung in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL 2001/29/EG vorgegeben ist.²²⁰ Diese Lösung wurde jedoch laut Gesetzesbegründung der Spezifik dieser Werke nicht gerecht, da das Zitatrecht kaum

213 Art. 5 Abs. 3 lit. k InsoSoc-RL 2001/29/EG.

214 *Barta/Czajkowska-Dabrowska/Cwiakalski/Markiewicz/Traple*, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, S. 206.

215 Diese Charakteristik trifft auch auf referenzielle Praktiken im allgemeinen zu, zu Anfrag geschildert wurde; *Barta/Czajkowska-Dabrowska/Cwiakalski/Markiewicz/Traple*, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, S. 206.

216 Vgl. *Mendis/Kretschmer*, *The treatment of parodies under Copyright Law in seven jurisdictions. A comparative review of the underlying principles*, 2013, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/309902/ipresearch-parody-report2-150313.pdf (letzter Abruf: 22.8.2018).

217 Hier gilt die Devise „Alles gab es schon mal“.

218 Vgl. *Nycz*, *Parodia i pastisz. Z dziejów pojęć artystycznych w świadomości literackiej XX w.*; in: *Nycz* (Hrsg.), *Tekstowy świat. Postkulturalizm a wiedza o literaturze*, 2000, S. 200-247; *Markiewicz*, *Parodia i inne gatunki literackie*, in: *Markiewicz* (Hrsg.), *Powinowactwa literatury. Studia i szkice*, 1980.

219 Etwa seinem Titel oder Namen der fiktiven Figuren, aber auch der in dem Werk vorgestellten fiktiven Welt im Falle einer literarischen Parodie; so *Grzybczyk*, *Twórczość internautów w świetle regulacji prawa autorskiego na przykładzie fanfiction*, 1. Aufl., 2015, S. 60.

220 *Traple* in: *Barta/Markiewicz* (Hrsg.), *Komentarz*, 2011, s. 270; *Gienas*, in: *Ferenc-Szydelko* (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim*, 2011 s. 230–231; *Wachowska*, *Cytat utworu audiowizualnego*, S. 39; *Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015*, S. 23.

Modifikationen²²¹ zugelassen hat, die für die Parodie, Karikatur und Pastiche ein wesentliches Merkmal sind. Zudem musste stets die Zitatquelle angegeben werden.²²² Wobei die Bereinigung der Parodie als inspiriertes Werk als misslungen bemängelt wurde, denn bei einer zweckmäßigen Parodie muss die Übernahme so weit reichen, dass das ursprüngliche Werk in der Parodie erkennbar ist.²²³ Die aktuelle Gesetzesfassung enthält eine getrennte Regelung des Art. 29¹ URG, die die Ausnahme zugunsten Parodie, Pastiche und Karikatur statuiert.²²⁴

aa) *Charakteristik der Parodie, Pastiche und Karikatur i.S.v. Art 291 URG*

Der Charakter der resultierenden Nutzung ist der Entscheidung des EuGH vom 3.9.2014 in der Sache Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW gegen Helena Vanderseen²²⁵ zu entnehmen. In dieser Entscheidung stellt das Gericht fest, dass die Parodie selbst kein Werk sein muss. Somit ist das Vorliegen des Selbständigkeitskriteriums nicht zwingend.²²⁶ Es ist anzunehmen, dass diese Regel auch für Parodie, Pastiche und Karikatur gilt.²²⁷ In dem bereits erwähnten Urteil verwandte der EuGH einen Parodiebegriff, der dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entspricht, sodass eine Parodie nach Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc

221 Denn der Sinn der Parodie ist nicht in der Übernahme, aber in einer zweckgemäßen Modifikation des Werkes zu sehen.; hierzu genauer: *Stanislawska-Kloc* in: Flisak (Hrsg.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, S. 461; Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

222 Hierbei wären Kollisionen mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht nicht vermeidbar, *Barta* in: Barta (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa cywilnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 116; Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

223 Hierbei musste man sich der äußerst verschwommenen Analyse der geschützten und nicht geschützten Elemente eines Werkes widmen und in einem zweiten Schritt bestimmen, wie weit die Übernahme überhaupt gerechtfertigt sein kann, denn es können sich nur die zu der künstlerischen Aussage unentbehrlichen Elemente in dem neuen Werk wiederfinden. Somit könnte das parodistische Werk nur in wenigen Ausnahmefällen als inspiriertes Werk qualifiziert werden, die damit einhergehende Rechtsunsicherheit könnte eine verdrängende Wirkung für die Kunstform haben; hierzu genauer: *Stanislawska-Kloc*, in: Flisak (Hrsg.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, S. 461; Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

224 Durch die Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 11.9.2015 und Einführung des Art. 29¹ URG wurde die Entnahme zu parodistischem, karikaturistischem Zwecke und zum Wohle der Pastiche, in dem durch die genrespezifische Betrachtung gerechtfertigten Umfang, im Sinne des Art. 5 Abs. 3 lit. k der InfoSoc-RL 2001/29/WE gesetzlich statuiert; Der Gesetzgeber hat drei Voraussetzungen in Aussicht gestellt, mit deren Erfüllung man sich auf die Vorschrift des Art. 29¹ URG berufen kann: Zulässig ist die Nutzung eines Werkes (1); diese Nutzung kann ausschließlich im Rahmen der Parodie, Karikatur oder Pastiche erfolgen (2); die Nutzung kann nur in dem Umfang erfolgen, der durch die kunstspezifische Betrachtung erfolgt (3); vgl. *Ślęzak*, in: *Ślęzak, Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, 2017, Art. 29¹, Rn. 2.

225 EuGH, GRUR Int. 2014, 969 – *Deckmyn/Vandersteen*.

226 Vgl. auch: *Barta*, in: Barta (Hrsg.), *Prawo autorskie, System prawa prywatnego*, Band 13, 2017, § 33, Rn. 116.

227 *Barta/Markiewicz*, *Prawo autorskie*, 2016, S. 244.

RL 2001/29/EG an ein bestehendes Werk erinnert, gleichzeitig aber wahrnehmbare Unterschiede aufweist und zum anderen einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellt.²²⁸ Weitere Voraussetzungen ergeben sich nicht. Insbesondere hängt das Vorliegen einer Parodie nicht davon ab, dass diese einen ursprünglichen Charakter aufweist, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen, sodass sie vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, das das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dieses angibt.²²⁹ Zutreffend stellt *Wasilewski* fest, dass eine Parodie eine Metaebene des Ursprungswerkes darstellt, in der der Autor der Parodie eigene Elemente hinzufügt und damit den Ausklang des Werkes ändert und dabei oft den Sinn des Ursprungswerkes überspitzt, ohne in diesen einzugreifen.²³⁰

Unter Karikaturen ist die Darstellung eines Werkes auf eine charakteristische und übertriebene Art und Weise, indem manche Merkmale oder Elemente eines Werkes zugespitzt werden, zu verstehen.²³¹ Dieser Begriff wird mit plastischen Werken in Verbindung gebracht, die eine humoristische und übertriebene Art aufweisen.²³²

Eine Pastiche ist hingegen eine Nachahmung eines bestimmten Stils.²³³ Diese Definition scheint mit dem französischen Verständnis der Pastiche in Einklang zu stehen, das vor allem in der Hinsicht Bedeutung erlangt, dass die französische Auslegung der Parodie, Karikatur und Pastiche in Art. L 122-5 CPI als historisches Vorbild der europäischen Regelung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL 2001/29/EG darstellt.²³⁴ Sowohl *Barta* wie auch *Markiewicz* nehmen in Bezug auf die Pastiche an, dass es hierbei nicht nur um die Übernahme des Schaffens bzw. der künstlerischen Weltanschauung geht, sondern vielmehr auch andere schöpferische Elemente aus dem Ausgangswerk von der Pastiche umfasst werden.²³⁵ Hierbei ist zu erwähnen, dass in dem konzeptuell ähnlichen französischen Urheberrechtssystem Parodie, Pastiche und Karikatur allesamt als Varianten antithematischer Aneignung verstan-

228 Vgl. EuGH, GRUR Int. 2014, 969 – *Deckmyn/Vandersteen*; hierzu genau: *Specht/Kloppermann*, ZUM 2016, 19, 22.

229 Vgl. EuGH, GRUR Int. 2014, 969 – *Deckmyn/Vandersteen*.

230 *Wasilewski*, ZNUJ 2014, Nr. 123, S. 55.

231 Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

232 *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie, 2016, s. 247; *Ritterman*, Komentarz, S. 18.

233 S. Wortlaut der Gesetzesbegründung: Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 23; Über die Merkmale einer Pastiche und ob man diese als Einlassort für derivative Internetwerke aller Arten verstehen kann wird derzeit in der Literatur stark diskutiert; hierzu: *Stieper*, AfP 2015, S. 301; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675.

234 So: *Döhl*, The Concept of „Pastiche“ in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case Metall auf Metall, MiA 2017, Nr. 2, S. 37, 50; *Pötzlberger*, GRUR 2018, 675, 678.

235 *Barta/Markiewicz*, Prawo autorskie, 2016, s. 247; *Barta*, in: *Barta* (Hrsg.), Prawo autorskie, System prawa cywilnego, Band. 16, 2017, § 33, Rn. 116, S. 61; In der Literaturtheorie wird die Pastiche als eine Imitation der stilistischen Eigenschaften eines Werkes definiert. *Głowiński/Okopień-Sławińska/Sławiński*, Zarys teorii, s. 139; Hinzu kommt, dass aufgrund der Imitation des Stils oder der Manier in der Pastiche dieses als inspiriertes Werk kategorisiert werden kann.

den werden, sodass für alle Humor und weitgehende transformative Verwendung erwartet werden und die Differenzierung nach genrespezifischen Aspekten erfolgt: Die Parodie bezieht sich auf musikalische Werke, die Pastiche hat das literarische Werk zum Gegenstand und die Karikatur das künstlerische Werk.²³⁶ Der französischen Rechtsauffassung hat sich der belgische Gesetzgeber angeschlossen.²³⁷

bb) Genretypische Aspekte in der Parodieschranke Art. 291 URG

Um interpretative Zweifel zu minimieren, entschloss sich der polnische Gesetzgeber bei der Reform 2015 für eine Lösung, die dem Art. 5 Abs. 3 lit. k der Richtlinie entspricht und die gleichzeitig an die bestehende Rechtsprechung des EuGH in Sachen Parodie, Karikatur und Pastiche anknüpft.²³⁸ Das bedeutet, dass die Gesetzesänderung im Einklang mit den bestimmten Eigenschaften dieser Kunstformen stehen muss.²³⁹ Es ist deshalb nur in den Grenzen der bei diesen Kunstformen herrschenden Prinzipien möglich, sich auf die Ausnahme zu berufen.²⁴⁰ Eine wichtige limitierende Funktion spielt hierbei die dritte Voraussetzung der Ausnahme des Art. 29¹ URG: die Berücksichtigung von genretypischen Aspekten. Auch hier bleiben die Ausführungen, die im Rahmen des Art. 29 URG thematisiert worden sind, aktuell. Die Referenz sowie die künstlerisch überarbeiteten Entlehnungen in Parodie, Pastiche und Karikatur sollten im Kontext des konkreten Werkes und nach den in der Praxis etablierten Grundsätzen der besagten Kunstart, die über deren Einzigartigkeit entscheiden, bewertet werden.²⁴¹ Diese dürfen nicht das eigene Tätigwerden des Autors ersetzen und parasitär genutzt werden. Außerhalb des Anwendungsbereiches der Parodieausnahme müssen auch Referenzen bleiben, die alleine an den wirtschaftlichen Wert oder die Bekanntheit der Vorlage anknüpfen wollen.²⁴²

cc) Das Verhältnis der „genretypischen Aspekte“ in Art. 29 URG und Art. 291 URG

In der Doktrin herrscht Einstimmigkeit darüber, dass die Übernahme von nicht geschützten Elementen nicht in die urheberrechtlichen Befugnisse des Originalautors eingreift, und so-

236 *Vivant/Bruguiere*, Drot d' auteur et voisins, 3. Aufl. 2016, Rn. 237; Gaultier, Propriété littéraire et artistique, 9. Aufl. 2015, Rn. 368; *Desbois*, Le droit D'Auteur En France, 3. Aufl. 1978, S. 254.

237 Vgl. *Vanbrabant/Strowel*: „Belgium“, in: *Balancing Copyright – A Survey of National Approaches*, Hilty/Nerisson (Hrsg.), 2012, S. 119, 140.

238 Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

239 Amtl. Begr. Uzasadnienie do projektu ustawy nowelizującej PrAut 11.9.2015, S. 18.

240 Diese Annahme ist in vielen europäischen Ländern auf fruchtbaren Boden getroffen: *Westkamp*, Country Reports on the Implementation of Directive 2001 /29/EC in the Member States, February 2007, S. 45; hiernach: Frankreich, Belgien, Luxemburg, Niederlande, Spanien und Malta.

241 *Barta* in: *Barta* (Hrg.), Prawo autorskie, System prawa cywilnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 116, S. 61.

242 *Barta* in *Barta*: (Hrg.), Prawo autorskie, System prawa cywilnego, Band 13, 2017, § 33, Rn. 116, S. 62.

mit einer Betrachtung im Wege der freien Benutzung nicht bedarf.²⁴³ Eine Parodie, Pastiche oder Karikatur sollte also im Rahmen des Gesagten die schöpferischen Elemente des Ausgangswerkes übernehmen und somit mehr sein als nur ein inspiriertes Werk. Hierbei wird eine Modifikation gefordert, sodass die Unterschiede zum Ausgangswerk offensichtlich sind.²⁴⁴

Es stellt sich aufgrund der Dopplung des Zitat zweckes der genretypischen Aspekte in Art. 29 URG und in Art. 29¹ URG die Frage nach dem Verhältnis der gesetzlich regulierten Ausnahmen zueinander. Es wird angenommen, dass beide Gesetze einen unterschiedlichen Regelungsbereich aufweisen.²⁴⁵ Als Faustregel gilt, dass Art. 29 URG in den Fällen Anwendung findet, in denen andere Kunstgattungen als die in Art. 29¹ URG namentlich genannten in Frage stehen.²⁴⁶ Zu denken sei hier im Rahmen von Art. 29 URG an Mottos und Zitate, die einzig und alleine den Text schmücken sollen, sowie Collagen, Found Footage Film und Fotomontagen.²⁴⁷

Der hauptsächliche Unterschied zwischen Art. 29 URG und Art. 29¹ URG liegt aber darin, dass die Parodie keine persönliche geistige Schöpfung darstellen muss und das Ausgangswerk transformieren kann, während im Fall des Zitats das Werk auch ohne die entnommene Stelle selbst schöpferisch und somit eigenständig sein muss und keine Modifikationen vorweisen darf.²⁴⁸ Dieser Aspekt macht die Parodieausnahme besonders attraktiv, vor allem für derivative Internetwerke, die als User-Generated-Content bekannt sind, wie bspw. Memes, die selbst kaum als selbständig im Sinne des Urheberrechts verstanden werden können.

Die im Urteil des EuGH in der Sache Deckmyn/Vadersteen festgelegten wesentlichen Merkmale einer Parodie stellen die Kriterien auf, die eine Parodie erfüllen muss.²⁴⁹ Der

243 Diese Frage wird durch das Konstrukt des inspirierten Werkes abgedeckt.

244 Die hier zugrundeliegende Rechtsprechung bezieht sich auf die Spruchpraxis im Rahmen des Art. 29 URG vor der Gesetzesnovelle 2015: Bspw. wurde in der Entscheidung des SA vom 17.12.2002 festgestellt, dass die Berufung auf Art. 29 URG eine Nutzung des Zitates im Falle von selbständigen referenziellen Schaffen auf eine eindeutige Art und Weise in Bezug auf das Ursprungswerk begründen soll. In einer weiteren Entscheidung des SA vom 23.11.2004 wurde aufgezeigt, dass die im Rahmen genrespezifischer Aspekte entstehenden Werke, um als selbständig behandelt zu werden, den Sinn und die Situation aus dem entnommenen Werk ändern müssen, sodass man annehmen könnte, dass diese eine eigene Perspektive auf die darin enthaltene Problematik darlegen und keine einfache Nachahmung sind; hierzu: SA, Urt. v. 17.12.2002, I ACa 254/02 – nicht publiziert; SA, Urt. v. 23.11.2004, I CK 232/04, OSNC 2005, Nr 11, poz. 195, S. 87.

245 Diese Frage wird im Rahmen des Art. 29¹ URG besprochen.

246 Ślęzak, in: Ślęzak, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, 2017, Art. 29.

247 Ślęzak, in: Ślęzak, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, 2017, Art. 29.

248 Barta, in: Barta (Hrg.), *Prawo autorskie, System prawa cywilnego*, Band 13, 2017, § 33, S. 62, Rn. 116.

249 Sie soll an ein bestehendes Werk erinnern und gleichzeitig wahrnehmbare Unterschiede aufweisen und Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellen, vgl. EuGH, GRUR Int. 2014, 969 – *Deckmyn/Vandersteen*.

BGH stellte anlässlich der Vorlagefragen an den EuGH in Sachen Sampling fest, dass es keinen Anhaltspunkt in dem zur Entscheidung vorgelegten Fall des Samplings „Nur mir“ dafür gibt, dass dieser einen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellt.²⁵⁰ Obwohl diese Einschätzung stark vom Einzelfall abhängig ist, scheint die Parodie keinen Ausweg für Werke zu bieten, die konzeptuell nicht humoristisch sind.²⁵¹ Offen bleibt noch, ob eine Nutzung zum Zwecke der Pastiche für Werke, die als Hommage gedacht sind, in Frage kommt.²⁵² Allerdings fehlt an dieser Stelle in der polnischen Doktrin der notwendige Diskurs, ferner gibt es auch bislang keine Rechtsprechung, die Hilfestellung leisten könnte.

dd) Engt die erlaubte öffentliche Nutzung in Art. 291 URG das Urheberpersönlichkeitsrecht ein?

Relevant ist in diesem Kontext vor allem der Verstoß gegen das Recht auf Werkintegrität, das mit dem Zitat oder der Parodie in Verbindung steht und damit das Gebot der redlichen Nutzung in Art. 16 URG betrifft. Hierbei ist vor allem die Parodieausnahme zu betrachten, da diese bereits konzeptuell der Vorlage gegenüber nicht loyal sein darf, um der Freiheit der Meinungsäußerung gerecht zu werden. Abwägend zwischen der erlaubten Nutzung und dem Urheberpersönlichkeitsrecht kann man zwei Interpretationen anführen: Erstens ist eine Auslegung möglich, die besagt, dass der Schutz des Urhebers aus seinen persönlichkeitsrechtlichen Interessen unabhängig vom Umfang seiner Verwertungsrechte ist.²⁵³ Zweitens kann angenommen werden, dass die Vorschriften über die erlaubte Nutzung in manchen Fällen den Schutzzumfang der Urheberpersönlichkeitsrechte einschränken.²⁵⁴ Hier geht es konkret nur um die Vorschriften der erlaubten Nutzung, die direkt an die Nichtbeachtung der klassischen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Vorgaben, wie bspw. 29¹ URG, anbinden.²⁵⁵ Das normative Fundament dieser Betrachtung bildet die Formulierung des Art. 16 URG mit den Worten „wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht“.²⁵⁶ Somit berechtigen die

250 BGH, GRUR 2017, 895, 899 – *Metall auf Metall III*.

251 Im Rahmen von Memes wäre hier ein anderes Ergebnis möglich.

252 Auch in der deutschen Literatur können bislang nur Spekulationen aufgestellt werden: *Stieper*, AfP 2015, 301; *Pötzlberger*; GRUR 2018, 675; *Döhl*, The Concept of “Pastiche” in Directive 2001/29/EC in the Light of the German Case Metall auf Metall, MiA 2017, Nr. 2, S. 37, 49.

253 Die urheberpersönlichkeitsrechtlichen und verwertungsrechtlichen Interessen sind in Polen im Wege der dualistischen Theorie zu trennen; hierzu: *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 50-59; Die in der Literatur zugunsten einer Exklusivität der §§ 14, 24 UrhG angeführten Argumente gründen wohl vor allem in der monistischen Untrennbarkeit von Urheberpersönlichkeits- und Verwertungsrechten. Die dem deutschen Urheberrechtsgesetz zugrundeliegende monistische Theorie geht davon aus, dass das Urheberrecht sowohl dem Schutz der vermögensrechtlichen als auch der ideellen Interessen des Urhebers dient und dass beide Interessen eine unauflösbare Einheit bilden; hierzu: *Specht/Kloppmann*, ZUM 2016, 19, 20.

254 Umfangreiche Besprechung bei: *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 50-59.

255 Hier konkret Werkintegritätsrecht und redliche Nutzung.

256 Art. 16 URG: „Jesli ustawa nie stanowi inaczej“.

Vorschriften über die erlaubte Nutzung zum Eingreifen in das Urheberpersönlichkeitsrecht in dem Umfang, der durch das Wesen und das Ziel der Regelungen gerechtfertigt ist.²⁵⁷ Diese Vorschriften können also den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts schwächen. Der Grund hierfür ist in den Belangen der freien Meinungsäußerung, der künstlerischen Betätigungsfreiheit und des Zugangs der Gesellschaft zu Informationen zu erblicken.²⁵⁸

Offen bleibt die Form der Einschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts durch die Nutzung des Werkes im Rahmen der erlaubten Nutzung. Hier erfüllt die beschriebene Herleitung den Zweck der vorliegenden Form der erlaubten öffentlichen Nutzung. Ein Beispiel hierfür ist die Anführung eines Werkes im Rahmen des Zitates (Verletzung der Werkintegrität) oder der Parodie (fehlende Benennung der Autorschaft der Vorlage aufgrund des Fehlens dieses Erfordernisses in der InfoSoc-RL 2001/29/EG). In diesen Fällen kommt es in Anbetracht der aufgeführten Erwägungen nicht zur Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts, da dessen Beschränkung in diesen Fällen die erlaubte öffentliche Nutzung begünstigt.²⁵⁹ Im konkreten Fall kann allerdings die Berufung auf die erlaubte öffentliche Nutzung anhand des Art. 35 URG – anhand der berechtigten Interessen des Urhebers in Bezug auf seine urheberpersönlichkeitsrechte – in Frage gestellt werden.²⁶⁰ Somit bedeutet es nicht, dass man pauschal sagen könnte, dass die Vorschriften über die erlaubte Nutzung die Urheberpersönlichkeitsrechte einschränken, denn selbst unter der Voraussetzung der erlaubten Nutzung kann eine Handlung aufgrund der Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts als rechtswidrig eingestuft werden. Hierbei geht es um die Frage, ob eine Handlung, die in die ideellen Rechte des Urhebers nach Art. 16 URG eingreift, grundsätzlich durch die Vorschriften der erlaubten Nutzung gerechtfertigt werden kann. Man möchte diese Frage mit

257 *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 54.

258 Gesetzliche Grundlage hierfür ist das polnische Grundgesetz- Konstytucja Rzeczypospolitej vom 2.4.1997 (GBl. Nr.: Dz.U. Nr. 78, poz. 483) und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

259 *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 55.

260 Bspw. die parodistische Nutzung eines nicht veröffentlichten Werkes auf einer politischen Zeremonie.

einem Hinweis auf Art. 35 URG²⁶¹ verneinen, denn dieser hütet die berechtigten Interessen des Urhebers. Doch leider ist das Problem deutlich komplizierter.²⁶²

Hierfür ist im ersten Schritt zu fragen, ob der Drei-Stufen-Test auch ideelle Interessen des Rechteinhabers gewähren soll. Anhand der Berner Übereinkunft und des WIPO Copyright Treaty wird angenommen, dass der Test ebenfalls urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen wahren sollte.²⁶³ Zum gleichen Ergebnis kommt man allerdings nicht über Art. 13 TRIPS, der nur der Wahrung der materiellen Interessen dient. Man könnte auch anhand der InfoSoc-RL 2001/29/EG argumentieren, dass die Urheberpersönlichkeitsinteressen hiervon

261 Art. 35 URG enthält die polnische Gesetzesfassung des implementierten Drei-Stufen-Tests. Viele der Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben diesen in die nationalen Gesetzestexte mitaufgenommen. Hierzu zählen: Tschechien, Frankreich, Griechenland, Ungarn, Italien, Luxemburg, Malta, Portugal, Spanien und Slowakei. Konsequenterweise wird angenommen, dass bei Staaten, bei denen der Drei-Stufen-Test die Quelle einer nationalen Norm geworden ist, die Instanzen verpflichtet sind, diesen bei der Auslegung der Normen zur freien Benutzung mit heranzuführen. Die Auslegung der Voraussetzungen ist dahingehend zu verstehen, dass die Ausnahmen auf eine präzise Art und Weise bestimmt sein müssen und deren Auslegung und Anwendung eng zu verstehen ist. So führt *Ricketson* aus, dass die Begrenzung einen speziellen Charakter haben und gerechtfertigt sein muss, durch die Wahrung des öffentlichen Interesses, bspw. den Schutz von fundamentalen Werten, öffentliches Interesse an der Bildung, Zugang zu Informationen. Den Drei-Stufen-Test findet man in den internationalen Übereinkommen sowie in den europäischen Richtlinien wieder – internationale Ebene: Berner Übereinkunft; TRIPS, WCT, europäische Ebene: RL 91/250/EWG; RL 2005/115/WE; RL 96/9/WE; hierzu: *Hugenholz*, Study on the Implementation and Effect in Member States' Law of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Final Report, Institute of Information Law, University of Amsterdam 2007, s. 57; *Greser*, in: Kempinski/Kempinski/Klafkowska-Wasikowska/Sikorska (Hrsg.), *Granica prawa autorskiego*, 2010, 1. Aufl., S. 5, 14. *Ricketson*, J. C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, 2005, s. 764.

262 Art. 35 URG wird als Generalklausel der erlaubten Nutzung gesehen. *Barta* und *Markiewicz* zeigen auf, dass der Art. 35 URG zu der Einschätzung von konkreten Fällen der Werknutzung im Rahmen der erlaubten Nutzung herangeführt werden kann, oder zur generellen Infragestellung von bestimmten Verhaltensweisen im Rahmen der gesetzlichen Lizenz. Die Heranziehung des Art. 35 URG hat zur Folge, dass eine Nutzung, die von einer der im Rahmen der erlaubten Nutzung statuierten gesetzlichen Grundlage gedeckt ist, keiner Erlaubnis des Rechteinhabers bedarf. Es wird angenommen, dass durch die Übernahme des Drei-Stufen-Tests von der Richtlinie in die nationalen Gesetze jede Nutzung eines Werkes im Rahmen der erlaubten Nutzung, durch das Prisma des Drei-Stufen-Tests gemessen werden muss, um rechtmäßig zu sein. Das könnte zu Situationen führen, in denen es für die Nutzer unabsehbar sein könnte, ob die betroffene Handlung durch die Ausnahme gedeckt ist, oder nicht. Diese Unsicherheit könnte im Weiteren einen negativen Einfluss auf die Nutzer haben. Dieser könnte entweder ganz von der Handlung absehen, oder im Zweifel die Erlaubnis des Rechteinhabers einholen – zumeist entgeltlich. Hierzu: *Michalak*, MOP 2003, Nr. 2, S. 71, 76; *Barta/Markiewicz*, *Prawo autorskie*, 2010, S. 109; *Greser*, in: Kempinski/Kempinski/Klafkowska-Wasikowska/Sikorska (Hrsg.), *Granica prawa autorskiego*, 2010, 1. Aufl., S. 15, 17; *Geiger*, *From Berne to National Law, Via the Copyright Directive*, EIPR 2007, s. 490.

263 So *Senftleben*, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Vol. 13, 2003, S. 221-223.

nicht umfasst sind, da Punkt 19 der Präambel deutlich besagt, dass die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Belange außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie liegen.²⁶⁴ Doch hat der EuGH im Urteil *Deckmyn/Vandersteen*²⁶⁵ überraschend eine andere Interpretation vorgeschlagen und leitet das berechnigte Interesse des Rechteinhabers, nicht mit diskriminierenden Inhalten in Bezug gebracht zu werden, aus der Grundrechtecharta der Europäischen Union ab und damit indirekt, dem Sinn nach, aus den Urheberpersönlichkeitsrechten.²⁶⁶ Obwohl das Urheberpersönlichkeitsrecht von der europäischen Harmonisierung ausgeschlossen ist, kommt es auf diesem Wege zu einer zumindest teilweisen Regulierung und zu einer Grenzziehung durch den Interessenausgleich, indem urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange in die Unionsgrundrechte hereingelesen werden.²⁶⁷

V. Fazit

Die Sachlage vor der kleinen Gesetzesänderung 2015 in Polen schien etwas anachronistisch zu sein und hatte zur Folge, dass sich die Dissonanz zwischen Wirklichkeit und Recht zunehmend verstärkt hat. Nach wie vor ist jedoch vieles ungewiss. Vor allem, weil es im Rahmen der neu justierten Artikel immer noch an Rechtsprechung mangelt. Ebenso wurden bislang keine Fälle vor Gericht gebracht, die unmittelbar referenzielle Techniken wie Sampling, Remix oder Fanfiction betreffen. Laut *Grzybczyk* wäre die eleganteste Lösung für die Auseinandersetzung mit referenziellen Praktiken für das polnische Urheberrechtsgesetz eine eindeutige Definition dessen, was ein nicht selbständiges Werk ist und der gesetzliche Ausschluss von non-kommerziellen referenziellen Werken aus dieser Kategorie per se.²⁶⁸ Dieser Ausschluss von Referenzwerken aus dem Bereich der abhängigen Werke würde die Forderung nach der Urheberbenennung des Originalwerkes mit sich bringen.²⁶⁹ Ein Werk könnte allerdings nur als referenziell betrachtet werden, wenn es zu nicht kommerziellen

264 InfoSoc-RL 2001/29/EG, Präambel Pkt. 19.

265 EuGH, GRUR Int. 2014, 969 – *Deckmyn/Vandersteen*.

266 Umstritten: *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 57; Rosati, Why the CJEU Decision in *Deckmyn* is Broader than Parody, 2015, Common Market L. Rev., Issue 2, S. 511-529.

267 Hier ist es wichtig festzuhalten, dass der EuGH vor einer schweren Entscheidung stand: Die Urheberpersönlichkeitsrechte in Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-RL 2001/29/EG nicht zu berücksichtigen, was einem generellen Verbot der Berücksichtigung von Urheberpersönlichkeitsrechten in den Mitgliedstaaten gleichen würde, was wiederum einen Zuwachs an Verletzungen der berechtigten Rechte der Urheber nach sich ziehen würde, oder diese der selbständigen Bewertung der Mitgliedstaaten zu überlassen, was weitere Diskrepanzen in der erlaubten Nutzung auf europäischer Ebene nach sich ziehen würde; hierzu: *Markiewicz*, ZNUJ 2018, Nr. 2, S. 50-59; zum Verhältnis von §§ 14, 24 UrhG: *Specht/Kloppmann*, ZUM 2016, 19, 20.

268 *Grzybczyk*, in: *Ślęzak* (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S 41, Rn. 11.

269 Obwohl sich die Frage nach der Zweckmäßigkeit dieser Handlung, in den Fällen in denen nur die ungeschützten Elemente übernommen wurden, stellen würde. *Grzybczyk*, in: *Ślęzak* (Hrsg.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, 3. Aufl., 2017, S 41, Rn. 11.

Zwecken veröffentlicht wird. Das Fehlen der Urheberbenennung und die Nichtkommerzialisierung der Nutzung könnten sonst zu Verletzungen führen, vor allem weil wir es in Polen mit einem ewigen Urheberpersönlichkeitsrecht zu tun haben.

Die in der polnischen Rechtsdoktrin aufgezeigten Wege, die eine referenzielle Nutzung legitimieren könnten, scheinen in der Anwendung auf vielerlei Ungewissheit zu treffen. Rudimentär erscheint vor allem die Nutzung von Referenzen im Wege der Qualifikation des Werkes als inspiriertes Werk, weil dieser Ansatz praktisch keine Lösung darstellt, da er das Wesen von referenziellen Werken gänzlich verkennt.²⁷⁰ Die in dem polnischen Gesetz niedergeschriebenen unklaren Qualifikationen von Werken als inspirierte Werke, abhängige Werke oder Werke mit Entlehnungen scheinen undogmatisch zu sein und haben zur Folge, dass die Grenzen zwischen diesen stark verschwimmen. Hinzu kommt, dass der Status des Werkes nur im Wege der Einzelfallentscheidung bestimmt werden kann, in dem die entnommenen Werkteile auf schutzfähige und nicht schutzfähige und somit allgegenwärtige Elemente untersucht werden. Diese Schwierigkeiten berühren das Schaffen unter Referenzkünstlern am meisten, denn in die rechtliche Qualifikation kann in diesen Fällen sehr unterschiedlich ausfallen, abhängig von der Art des Werkes, der Anzahl der übernommenen Elemente und der Schutzfähigkeit der Elemente generell. Zudem hat die in der Literatur sorgfältig aufgearbeitete Differenzierung zwischen abhängigem Werk und Werk mit Entlehnungen keinerlei praktische Bedeutung, da beide als nicht eigenständige und somit erlaubnispflichtige Werke zu bewerten sind. Die Anwendung von Schranken im Rahmen der erlaubten öffentlichen Benutzung weist ebenfalls nicht in Richtung eines Rechts auf Referenz. Beispielsweise ist trotz der Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Zitatrechts wenig Raum für referenzielle Werke zu erkennen. Hierbei kann höchstens eine teilweise Begünstigung, die an strenge Konditionen geknüpft ist, die in der Praxis von referenziellen Werken nicht erfüllt werden, erblickt werden.

Für das Zitatrecht als passende Schranke für die Privilegierung von referenziellen Werken spricht, dass diese die Inkorporation von fremden Werkteilen in das eigene Werk zum Zwecke eines Dialoges rechtfertigt sowie auch der Aspekt, dass die Nutzung eines Werkes als Zitat nicht gegen Art. 35 URG verstößt, da diese Werknutzung als Zitat kein getrenntes Nutzungsfeld aufgrund von fehlender technischer und ökonomischer Eigenständigkeit begründen kann. Auch der auf den ersten Blick versprechend klingelnde Zitatzweck der genrespezifischen Aspekte hat in der Praxis eine nur geringe Bedeutung. Vor allem aber gerät dieser in Konflikt mit der Berner Übereinkunft und ist auch dem Art. 5 Abs. 3 lit. d Info-Soc-RL 2001/29/EG nicht zu entnehmen. Deshalb sind genrespezifische Aspekte in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Rahmen des Zitatrechts nicht zu finden. Auch der Fakt, dass keine feste Definition und Rechtsprechung zu diesem Zitatzweck zu finden ist, gestaltet die Handhabung nicht einfacher. Die Literatur ist an dieser Stelle gespalten und benutzt genretypische Aspekte als ein Sammelbecken für Werke, die aus ästhetischen Belangen referenziell, aber nicht modifizierend sind. Das verschließt die Tür für

270 Aufgrund der Erkennbarkeit der Quelle wird das Werk als Werk mit Entlehnungen qualifiziert.

den spielerischen Umgang, der für referenzielle Werke von großer Wichtigkeit ist. Praktische Bedeutung erlangt dieser Zitatweck nur für Mottos und Devisen bei einer engen Auslegung und für Mashups und Collagen bei einem weiten Verständnis des Zitatwecks, vorausgesetzt, dass das neu entstandene Werk selbständig i.S.v. Art. 1 Abs. 1 URG ist. Hierbei darf natürlich die Benennung der Zitatquelle und des Urhebers nicht vergessen werden. Hinzu kommt, dass inzwischen der Generalanwalt *Maciej Szpunar* zu den Vorlagefragen in der Sache *Sampling* am 12.12.2018 Stellung genommen hat.²⁷¹ Hierbei schließt er sich der Ansicht der Vorlageinstanz an, indem er ausführt, dass das Zitat bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss, um rechtmäßig zu sein.²⁷² Nach Ansicht des Generalanwalts sind diese Voraussetzungen beim *Sampling* nicht erfüllt, weil diese Technik speziell anderen Tonträgern entnommene Ausschnitte auf eine nicht erkennbare Art und Weise in das neue Werk einfügt, ohne mit diesen in eine Interaktion zu treten.²⁷³

Die 2015 implementierte Schranke der Parodiefreiheit in Art. 29¹ URG harmonisiert mit referenziellen Praktiken unter dem Aspekt der Infragestellung der Vorlage sowie der Erkennbarkeit des Ursprungswerkes. Ebenfalls erweitert das fehlende Erfordernis der Selbstständigkeit des neu entstandenen Referenzwerkes die Anwendbarkeit der Parodieschranke auf Werke, die die Werkhöhe ohne die Referenz nicht erreichen. Diese Lesart eröffnet die Möglichkeit für Memes durch die Parodieschranke gedeckt zu werden, solange die Entnahme durch genrespezifische Aspekte gerechtfertigt ist.²⁷⁴ Trotz der Möglichkeit der Modifikation der entnommenen Werkteile findet die Parodieausnahme keine Anwendung auf referenzielle Werke, die keinen Ausdruck von Humor oder Verspottung darstellen.

Festzuhalten ist mithin, dass die Qualifikation von referenziellen Werken in der polnischen Doktrin stark fragmentiert ist und somit keine Rechtssicherheit für Kreative bietet. Hierbei wird deutlich, dass die Abweichungen im Hinblick auf die Auslegung der Zitatfreiheit im polnischen Urheberrecht, die eine teilweise Begünstigung von manchen Referenzwerken unter strikten Voraussetzungen nach sich zieht, die Problematik des Umganges mit referenziellen Schaffenspraktiken in einer gesamteuropäischen Betrachtung weiter verschärfen. Vor allem die Verstrickung von internationalen Rechtssystemen in den digitalen Räumen unterstreicht die Notwendigkeit einer einheitlichen innereuropäischen Schrankenregelung, damit ein rechtssicherer Rahmen und vor allem ein homogener Schutzstandard

271 Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-476/17; Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 193/18.

272 Vor allem muss das Zitat mit dem zitierten Werk in einen Dialog treten, die Auszüge müssen unverfälscht wiedergegeben sein und die Quellen und der Urheber müssen benannt werden: Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-476/17; Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 193/18.

273 Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-476/17; Gerichtshof der Europäischen Union, Pressemitteilung Nr. 193/18.

274 Vgl. Nowińska, *Memy – szkic problematyki prawnej*, in: Kostański/ Podrecki/ Targosz, *FS Traple*, 2017, S. 327, 333.

für referenzielle Praktiken gefunden werden kann. Hierbei gilt die kanadische Schranke als Pionier für nichtkommerzielle und nutzergenerierte Inhalte.²⁷⁵

²⁷⁵ Hierzu: *Kocatepe*, GRUR Int. 2017, 400.

WEITERE AUFSÄTZE

Die Medienpräsenz politischer Akteure in Deutschland und der Schweiz**Zur empirischen Prüfung der Vielfaltsnorm***Olaf Jandura, Linards Udris & Mark Eisenegger¹*

I. Einführung	169	V. Empirische Analyse der Medienberichterstattung	177
II. Sichtbarkeit von politischen Akteuren in der Öffentlichkeit	171	VI. Ergebnisse	180
III. Vergleichsmaßstäbe	172	VII. Fazit und Ausblick	184
IV. Synopse	175	Anhangstabellen	189

Abstract

Besonders im Kontext von Wahlen oder Abstimmungen wird – meist von der unterlegenen Seite ausgesprochen – der Vorwurf an die Medienberichterstattung laut, implizit oder explizit Partei zu ergreifen, einseitig zugunsten eines politischen Lagers oder einer Partei zu berichten oder auf die medialen Inszenierungsstrategien gerade rechtspopulistischer Parteien hereinzufallen und diesen so ein zu großes mediales Echo zukommen zu lassen.

Befreit man diese Aussagen vom Wahlkampf und Nachwahlkampfgetöse, bleibt die Frage im Raum, wann man von einer angemessenen Sichtbarkeit politischer Akteure und derer Positionen oder politischer Themen in der Medienberichterstattung sprechen kann. Aus verschiedenen öffentlichkeitstheoretischen Ansätzen (z.B. partizipatorischen, liberalen und diskursiven Modellen) lässt sich übereinstimmend als ein Qualitätsindikator für die öffentliche Kommunikation ableiten, dass die Vielfalt der im Diskurs vertretenen Akteure und Positionen erkennbar sein muss. Doch anhand welchen Maßstabes kann die Vielfalt in der Me-

¹ Prof. Dr. Olaf Jandura ist außerplanmäßiger Professor am Institut für Sozialwissenschaften der Heinrich-Heine-Universität und im Sommersemester 2019 Vertretungsprofessor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz,

Dr. Linards Udris ist Oberassistent am Institut für Kommunikationswissenschaft und Medienforschung der Universität Zürich und stellvertretender Forschungsleiter des Forschungsinstituts Öffentlichkeit und Gesellschaft (fög) an der UZH,

Univ.-Prof. Dr. Mark Eisenegger ist Professor of Public Sphere & Society am Institut für Kommunikationswissenschaft und Medienforschung der Universität Zürich und Leiter des Forschungsinstituts Öffentlichkeit und Gesellschaft (fög) an der UZH.

dienberichterstattung bewertet werden? Wie lässt sich die Erfüllung dieser auch medienrechtlich relevanten Norm (Lobigs und Neuberger, 2018, S. 28) überprüfen?

Dieser Beitrag schlägt verschiedene aus normativen Überlegungen abgeleitete und auf extramedialen Maßstäben beruhende Vergleichsmaßstäbe zur Bemessung der Sichtbarkeit politischer Akteure vor, die vergleichend auf die Berichterstattung vor den letzten Wahlen in Deutschland und der Schweiz angewandt werden. Beide Länder sind den demokratisch-korporatistischen Systemen mit einem gemäßigt polarisierten pluralistischen Parteiensystem zuzuordnen, sie sind beide föderalistisch aufgebaut und verfügen über ähnliche Mediensysteme mit (noch) starken Zeitungsmarken und einem reichweitenstarken öffentlichen Rundfunk (Hallin und Mancini, 2004).

I. Einführung

Die Sichtbarkeit und Präsenz politischer Akteure in den Massenmedien ist ein Gegenstand, der in Kommunikationswissenschaft, journalistischer Metaberichterstattung und Politik besonders in Wahlzeiten häufig kontrovers diskutiert wird. Gegenstand dieser Kontroverse ist die Frage, welche Resonanzchancen relevante politische Akteure in den Medien haben. Auf Seiten der *Politik* verläuft diese Debatte schon seit Jahrzehnten. In Deutschland ist seit den Zeiten Konrad Adenauers bis hin zum letzten Bundestagswahlkampf bekannt, dass zumeist die unterlegenen Kanzlerkandidaten der Medienberichterstattung eine Mitschuld am Wahlergebnis geben. Dabei wird einerseits die zu geringe Berichterstattung über die eigene Partei (Jandura, 2016; Knoche und Lindgens, 1990), andererseits aber auch die zu umfangreiche Berichterstattung über andere politische Kräfte (aktuell z.B. Krüger, Zapf-Schramm und Müller, 2018; Meta-Beisel, Denk und Förderl-Schmid, 2017) thematisiert. In der Schweiz lässt sich Ähnliches beobachten. Aktuell kritisiert beispielsweise die Schweizerische Volkspartei (SVP) nach verlorenen Regionalwahlen im Kanton Zürich die Medien für einen (zu) starken Fokus auf grüne Themen und Politiker, macht sie für Wahlverluste verantwortlich und fordert deshalb eine Halbierung der Gebühren für den öffentlichen Rundfunk (Lenz und Gafner, 2019).

Die Kommunikationswissenschaft nimmt sich – wenn auch selten – dem Problem einer angemessenen Berücksichtigung der politischen Akteure in der Medienberichterstattung an (z.B. Hopmann, van Aelst und Legnante, 2012). Die Qualitätsforschung interessiert die Frage, wie die Massenmedien ihre Rolle als Intermediäre, ihre Scharnierfunktion zwischen Publikum und Politik adäquat erfüllen. Sind die Medien in ausreichendem Maße offen für Minderheitenpositionen und neue soziale Strömungen oder manifestieren sie mit ihrer Berichterstattung den politischen Status quo, indem sie ihr Augenmerk auf die Aktivitäten des politischen Establishments legen (Bonfadelli, 2008, S. 7)? In der Nachrichtenwertforschung wird der Frage nachgegangen, ob einzelne Medienangebote bestimmten politischen Akteuren eine zu große oder zu geringe Aufmerksamkeit in der Berichterstattung entgegenbringen. Über den Vergleich mit anderen Angeboten (intermedialer Maßstab) gefundene Verzerrungen werden dann als Bias durch Über- oder Unterbetonung interpretiert und stellen

einen von mehreren Indikatoren zur Bestimmung von redaktionellen Linien publizistischer Angebote dar (u.a. Brettschneider und Wagner, 2008, S. 227).

Erstaunlich dabei ist, dass die Debatte um die Resonanzchancen politischer Akteure so kontrovers geführt wird, obwohl die empirische Kommunikationsforschung in den letzten Jahren regelmäßig konkrete Zahlen zur Präsenz der Akteure veröffentlicht. Die Parteienpräsenz entspreche „annähernd der Größenordnung der realen Parteienlandschaft“ (Krüger und Zapf-Schramm, 2009, S. 630). Über die großen Parteien CDU/CSU und SPD wird umfangreicher berichtet als über die Kleinparteien. In der Schweiz sind SVP, SP, CVP und FDP in der Medienberichterstattung präsenter als BDP und Grünliberale (Vogler, 2017). Die Interpretation dieser Daten unterscheidet sich jedoch gravierend, was in zwei stark differierenden Positionen deutlich wird. Mit Bezug auf die empirischen Befunde zur Berichterstattung über die Grünen (z.B. Knoche und Lindgens, 1988) in den 1980er Jahren, die PDS als Vorgänger der Linkspartei in den 1990er Jahren (z.B. Eilders, Degenhardt, Herrmann und Lippe, 2003) und die AfD beim Wahlkampf 2013 (z.B. Media Tenor, 2013) wird die *Minorisierungsthese der Kleinparteien* vertreten. Die These behauptet, dass Themen und Positionen von neuen und kleinen Parteien im Vergleich zu den großen und etablierten Parteien eine zu geringe Berücksichtigung finden. Von Ausblendung, Nichtberücksichtigung und Medienboykott wird gesprochen (u.a. Kranenpohl, 1999; Roemheld, 1982). Die Offenheit des politischen Prozesses sei so gefährdet und die massenmediale Berichterstattung trage dazu bei, dass der Status quo im Parteiensystem erhalten bleibe, da neue politische Kräfte nur unterhalb einer Wahrnehmungsschwelle der Bevölkerung (Media Tenor, 2013) in den Medien zu Wort kämen.

Aus der Diskussion um die Resonanzchancen der Großparteien wird als zweite These die *Mayorisierungsthese* des politisch-publizistischen Meinungsbildungsprozesses durch die Großparteien abgeleitet. Durch ihre Bedeutung als stärkste Kraft in Regierungsverantwortung oder für Deutschland als größte Oppositionspartei sind sie auch in der Medienberichterstattung dominant (Jandura, 2007). Dem Vorwurf, dass etablierte Großparteien auf Kosten der kleinen Parteien den politischen Diskurs dominieren, wird mit Verweis auf die geringere Bedeutung neuer und kleiner Parteien im politischen System widersprochen (Kepplinger, 1989, S. 70). Dieser Argumentation folgend, kommt es laut der Mayorisierungsthese eben nicht zu einer unerwünschten Minorisierung der Kleinparteien; wären Kleinparteien deutlich stärker im Diskurs vertreten, dann handele es sich sogar um deren nicht realitätsgerechte Bevorteilung und in der Endkonsequenz um eine Minorisierung der Großparteien. Die besseren Zugangschancen vor allem der neuen Kleinparteien zur massenmedialen Berichterstattung würden dem Publikum eine größere Bedeutung dieser im politischen Prozess suggerieren. Diese Überbetonung neuer politischer Kräfte wird durch verschiedene journalistische Selektionskriterien wie z.B. Relevanz und Konflikt erklärt (u.a. Eilders, 2016, S. 435) und auch problematisiert.

Im vorliegenden Aufsatz gehen wir daher der Frage nach, welche empirischen Evidenzen es für beide Thesen in der Berichterstattung zu den jeweils drei letzten Wahlkämpfen vor Bundestags- bzw. Nationalratswahlen in Deutschland und der Schweiz gibt. Hierfür

vergleichen wir den Umfang der Berichterstattung über relevante politische Parteien mit verschiedenen Vergleichsmaßstäben, die im Folgenden hergeleitet werden.

II. Sichtbarkeit von politischen Akteuren in der Öffentlichkeit

Die Relevanz der Sichtbarkeit von politischen Akteuren lässt sich aus der Demokratietheorie ableiten. In den Gründungs- und Wahlregularien sind die Freiheit der Parteiengründung und der Zugang der Parteien zu freien, gleichen, direkten und geheimen Wahlen geregelt. Verbände und politische Parteien brauchen zudem den Zugang zur Öffentlichkeit, um ihre Ideen, Ziele, Perspektiven und Problemlösungsvorschläge der Bürgerschaft vorzustellen, mit dieser darüber ins Gespräch zu kommen, sich daraufhin responsiv zu verhalten und letztendlich um Zustimmung zu werben (Jarren, 1994).

Folgt man dem Ebenenmodell der Öffentlichkeit von Jarren und Donges (2006, S. 121), ist der Zugang zur Encounter- und zur Versammlungsöffentlichkeit formal für alle Parteien gleich geregelt. Die Meinungsfreiheit ermöglicht, im Rahmen von Spontan- oder Quartieröffentlichkeiten für politische Ideen zu werben. Hier sind Parteien auf ihre Mitglieder angewiesen, die sich in politische Diskussionen einbringen können und Ansprüche aus der Bevölkerung aufnehmen (Easton, 1965, S. 398–399). Das Versammlungsrecht erlaubt es allen Parteien, sich frei zu treffen, sich demokratisch zu konstituieren, über politische Lösungsvorschläge zu streiten und Parteiprogramme zu beschließen. Hinsichtlich der Medienöffentlichkeit sind diese Bestimmungen hingegen weniger konkret. In der massenmedialen Öffentlichkeit muss dabei zunächst zwischen den Formen der „paid media“ und der „free media“ unterschieden werden (McNair, 2011). Unter den Begriff der „paid media“ fällt jegliche werbliche Präsenz in den Massenmedien, die eigeninitiiert, inhaltlich durch die Parteien bestimmt und durch diese finanziert ist. Mit Ausnahme der Sendeplätze für kostenlose Wahlwerbesspots im öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland hängt die Präsenz der Parteien im „paid media“-Bereich allein von deren Finanzkraft ab. Auch in der Schweiz wird nicht reguliert, wie intensiv Parteien Werbung betreiben und beispielsweise Inserate in Zeitungen schalten können. Zudem herrscht in der Schweiz keine Pflicht zur Transparenz der Herkunft von Spenden und auch nicht der Kampagnenbudgets. Nur über freiwillige Auskünfte von Parteien sowie über die Angabe von Brutto-Preisen von Zeitungsinseraten und damit verbundenen Zählungen von tatsächlich veröffentlichten Inseraten lässt sich ein Bild der Finanzkraft zeichnen. In Wahl- und Abstimmungskämpfen liegt demnach das Geld eindeutig „rechts der Mitte“ (Hermann, 2012), weil die (rechts)bürgerlichen Schweizer Parteien SVP und FPD weitaus mehr Mittel einsetzen als die anderen Parteien.

Hinsichtlich der publizistischen Präsenz politischer Akteure gibt es ebenfalls keine konkreten staatlichen Vorschriften, denn die Medienberichterstattung stellt aufgrund der staatsfernen Organisation der Medien keine öffentliche Leistung dar (Lenski, 2010, S. 9). Im Pressebereich und im privaten Rundfunk wird in Deutschland basierend auf dem Pressekodex Ziffer 1.2 zu einer vielfältigen Berichterstattung aufgefordert, in der die Akteursvielfalt eingeschlossen ist (Jandura, 2011). Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk zählt die auf das ge-

samte Programm bezogene Akteursvielfalt mit zu den Qualitätsmaßstäben der Politikberichterstattung, an denen sich die Sender zu orientieren haben. Die Programmqualität wird von Vertretern im Rundfunk- bzw. Fernsehrat überwacht (Daschmann, 2009; Schatz und Schulz, 1992). In der Schweiz gelten laut den eigenen „publizistischen Leitlinien“ des öffentlichen Rundfunks besonders hohe Anforderungen an die Vielfalt und Ausgewogenheit von Akteuren (und Themen) während Wahl- und Abstimmungsphasen. Als medienrechtliche Grundlage dient im Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) der Passus, dass die Anbieter „die Vielfalt von Ereignissen und Akteuren angemessen zum Ausdruck bringen“ (RTVG 2006) müssen. Eine konkrete Maßgabe, ein Kriterium, was eine angemessene Akteursvielfalt bedeutet, gibt es aber auch hier nicht. Im Folgenden werden wir daher aus öffentlichkeits- und demokratietheoretischen Überlegungen Vergleichsmaßstäbe für die Bewertung, ob der Anteil der Berichterstattung über eine Partei angemessen ist, gegenüberstellen und diskutieren.

III. Vergleichsmaßstäbe

Die Sichtbarkeit relevanter politischer Akteure im öffentlichen Diskurs ist ein in verschiedenen öffentlichkeitstheoretischen Konzepten enthaltenes Kriterium. Dahinter verbirgt sich der Gedanke, dass alle in der Gesellschaft vorhandenen politischen Positionen sowie deren Träger in der Debatte erkennbar sein und in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden sollen. Nur so sehen alle Bürger in der Debatte ihre Positionen repräsentiert (Patzelt und Klose, 2016, S. 42–43), nur so können Politiker sich zu ihren Wählern responsiv verhalten, und nur so können die im Anschluss an die Debatte getroffenen Entscheidungen als legitim betrachtet werden. Aus öffentlichkeitstheoretischen Überlegungen lassen sich drei mögliche Vergleichsmaßstäbe ableiten: 1) das *Proporzkriterium*, 2) die *Gleichverteilung* der Präsenzen der Parteien und 3) der *Umkehrproporz*.

Unter dem Begriff der Vielfalt in der Berichterstattung untersuchen Qualitätsstudien (z.B. Göfak Medienforschung, 2016; Weiß, 2009) zumeist auf der Basis des liberalen Demokratiemodells, das auch Grundlage für die Qualitätsanforderungen öffentlich-rechtlicher Angebote ist (Daschmann, 2009), die Präsenz von Akteuren aus Regierung und Opposition in der nicht-fiktionalen Sphäre der politischen Kommunikation (Schwer und Brosius, 2008).² Hierbei wird das über die Wähleranteile gemessene *Proporzkriterium* als Richtwert für eine angemessene Berichterstattung über die Parteien eingesetzt. Der dahinterstehende

² Mit der Ausweitung direktdemokratischer Elemente in den letzten Jahren wird stärker die Rolle von zivilgesellschaftlichen Akteuren in den Blick genommen (u.a. Reinemann, Fawzi und Röder, 2012). Da in der Schweiz die Bürgerinnen und Bürger mehr Möglichkeiten zur direkten Partizipation haben und bei direktdemokratischen Entscheidungen als Stimmbürgerinnen und als Initiatoren von Volksentscheiden auftreten können, hat der Einbezug zivilgesellschaftlicher Akteure in der Medienberichterstattung hier schon länger Tradition (z.B. Höglinger, 2008; Marcinkowski und Donk, 2012).

Grundgedanke ist, dass sich die Bedeutungsunterschiede zwischen den Parteien auch in der Medienberichterstattung wiederfinden sollten.

Aus diskursiven, aber auch partizipatorischen Öffentlichkeitstheorien lässt sich ein Gedanke entnehmen, der dieser Auslegung widerspricht. Weniger etablierte und neue politische Akteure sollten im Vergleich zu etablierten Akteuren einen im Vergleich zum Proporz-kriterium privilegierten Zugang zur massenmedialen Öffentlichkeit bekommen. Nur so haben sie eine Chance, mit ihren alternativen Politikvorstellungen Gehör zu finden. Als weiterer und in unserem Beitrag zweiter Vergleichsmaßstab für eine angemessene Berücksichtigung politischer Akteure wird daher die *Gleichverteilung* der Präsenzen in der Medienberichterstattung vorgeschlagen (Zerback, 2013). Über alle Akteure und deren Positionen soll in den Massenmedien in ähnlichem Umfang berichtet werden. Dieser Maßstab findet zumeist in Studien zur Darstellung der Spitzenkandidaten in den Medien Anwendung. Es liegt im Fach eine Vielzahl von Untersuchungen zum Berichterstattungsbonus des Amtsinhabers vor, bei denen eine Ungleichverteilung der Präsenzen der Spitzenkandidaten in der Medienberichterstattung festgestellt und als Chancenungleichheit bzw. Verzerrung der massenmedialen Berichterstattung zugunsten eines Kandidaten interpretiert wird (u.a. van Aelst, Sheafer und Stanyer, 2012; Wilke und Reinemann, 2000).

Eine weitgehendere Privilegierung minoritärer Positionen forderten Langenbacher und Mahle (1973) mit dem von ihnen ins Spiel gebrachten und von uns als dritten Vergleichsmaßstab aufgenommenen *Umkehrproporz*, der nach ihrem Vorschlag zumindest für den Zugang zu den Kontrollgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gelten sollte. Minoritäre gesellschaftliche Gruppen sollen in reziproker Stärke zu ihrer gesellschaftlichen Bedeutung in den Rundfunkrat einziehen. Die Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung der gering Repräsentierten hat auch heute noch Relevanz, wie an der Kritik Jarrens (2018) am öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu sehen ist.

Vergleichsmaßstäbe lassen sich zudem aus Regelungen zur Gleich- bzw. Ungleichbehandlung von Akteuren im politischen System entwickeln. Sie sind aus dem – auch auf öffentlichkeitstheoretischen Überlegungen basierenden – Grundsatz der politischen Chancengleichheit ableitbar (Jandura, 2011). Die politische Chancengleichheit der Akteure ist eine fundamentale Basis von konkurrenz- und konkordanzdemokratischen Systemen. Sie gewährt einen fairen Wettbewerb um Macht und Einflusspositionen in der Gesellschaft von morgen und ist Garant für die Offenheit des politischen Systems für einen Machtwechsel. Diese Offenheit garantiert zudem, dass sich Parteien responsiv verhalten und dass die Politik so zu legitimen Lösungsvorschlägen für Probleme kommt. Der Anspruch auf die Gewährung politischer Chancengleichheit lässt sich aus der Freiheit der Parteiengründung sowie vom Prinzip des Parteienpluralismus ableiten (Lanski, 2010, S. 7), die in beiden Ländern konstitutiv sind. So ist in der Schweizer Bundesverfassung im Artikel 23 die Vereinigungsfreiheit und im Artikel 137 die Mitwirkung politischer Parteien an der Meinungs- und Willensbildung festgeschrieben. In Deutschland haben die Parteien als Träger der politischen Meinungs- und Willensbildung ebenfalls Verfassungsrang (Art. 21 GG).

Nun denkt man bei politischer Chancengleichheit zumeist direkt an die formale Gleichbehandlung der politischen Akteure. In der politischen Praxis gibt es jedoch verschiedene Auslegungen der politischen Chancengleichheit, die auf einem Kontinuum mit den Endpunkten der formalen, wahlfolgsunabhängigen auf der einen und der wahlfolgsabhängigen Chancengleichheit auf der anderen Seite abgebildet werden können. Hinter dem Begriff der formalen, wahlfolgsunabhängigen Chancengleichheit, dem vierten möglichen Vergleichsmaßstab, verbirgt sich die Gleichverteilung. Der Maßstab der wahlfolgsunabhängigen Chancengleichheit ist somit mit dem schon beschriebenen zweiten Maßstab identisch. Alle politischen Akteure werden für ihre Arbeit mit denselben Ressourcen ausgestattet. Im Ergebnis der Arbeit einer Legislaturperiode und eines Wahlkampfes zeigt sich dann, welche Partei mit den ihr zur Verfügung gestellten Mitteln am besten umgegangen ist. Von wahlfolgsabhängiger Chancengleichheit wird dann gesprochen, wenn politische Akteure auf der Basis der ihnen vom Souverän über das Wahlergebnis (Proporzgedanke) zugeschriebenen politischen Bedeutung ihre Ausstattung und andere öffentliche Leistungen erhalten (Kißlinger, 1998). Ziehen wir diese Überlegungen für die Definition eines möglichen fünften Vergleichsmaßstabes heran, sehen wir die Deckungsgleichheit mit dem ersten Vergleichsmaßstab (Proporz).

Gegen die reine Anwendung eines der beiden Verständnisse von politischer Chancengleichheit werden verschiedene Argumente angeführt. Eine rein formale Chancengleichheit fördere die Fragmentierung im Parteiensystem, prämiere den politischen Misserfolg, da unabhängig vom Wahlausgang die Parteien dieselben Leistungen erhielten, und suggeriere der Bevölkerung die Bedeutungsgleichheit der Parteien. Gegen die wahlfolgsabhängige Chancengleichheit spricht, dass der Status quo im Parteiensystem zementiert wird, da einmal erfolgreiche Parteien bessere Chancen eingeräumt bekommen, auch die Machtpositionen von morgen zu besetzen. Zudem wird ein unzureichender Minderheitenschutz von den Gegnern dieser Auslegung beklagt (Jandura, 2011).

Die Argumente einer jeden der beiden Positionen aufgreifend, hat sich in Deutschland mit der *abgestuften* politischen Chancengleichheit eine Auslegung des Prinzips der politischen Chancengleichheit etabliert, die weder alle Parteien einheitlich behandelt noch einzig den Stimmenproporz als Maßstab heranzieht (Jandura, 2011). Mit der abgestuften Chancengleichheit wird einerseits durch eine Ungleichbehandlung der Parteien der Parteienwettbewerb gefördert und andererseits durch eine Privilegierung der kleinen Parteien Minderheitenpositionen ein größeres Gehör verschafft, als es ihnen rein nach dem Proporzgedanken zukäme (Lenski, 2010, S. 7). Es ist der Versuch, eine ausgewogene Position, einen Kompromiss auf dem Kontinuum zwischen wahlfolgsunabhängiger und -abhängiger Chancengleichheit zu erreichen. Diese Kompromissposition definieren wir als sechsten Vergleichsmaßstab. Durch Gerichtsurteile zur Vergabe von Leistungen an die Parteien in Deutschland lässt sie sich qualifizieren. So werden in Deutschland die kostenlosen Wahlwerbesspots vor Wahlen nach dem Schlüssel verteilt, dass die beiden größten Parteien (nur) die vierfache Anzahl an Spots der Kleinstparteien bekommen und dass jeder Partei, die in Fraktionsstärke im Parlament sitzt, die Hälfte der Anzahl der Spots der großen Parteien zusteht (Holtz-

Bacha, 2000, S. 69). Nur so wird einerseits den Parteien im politischen Wettbewerb der Anreiz gegeben, sich aktiv zu beteiligen und um Zustimmung zu kämpfen, und andererseits wird dem Wähler zu erkennen gegeben, welche Parteien bei der politischen Willensbildung ein höheres Gewicht haben. Die Verteilung der Wahlwerbespots bietet damit brauchbare Angaben, mit denen die abgestufte politische Chancengleichheit empirisch gemessen und auf die Analyse der Medienberichterstattung übertragen werden kann.

IV. Synopse

Aus der intensiven Auseinandersetzung mit der Vielfaltsnorm und der differierenden Ableitung von Maßstäben zu ihrer Interpretation wird die Notwendigkeit einer Akteursvielfalt deutlich, die stellvertretend für eine Vielfalt der in der öffentlichen Diskussion vertretenen Positionen steht. Für alle theoretischen Perspektiven steht die Präsenz der relevanten politischen Akteure in der Berichterstattung nicht in Frage. Sie unterscheiden sich jedoch in der Frage, welcher Maßstab für die Überprüfung der Vielfaltsnorm angemessen ist (Weiß und Jandura, 2017, S.20). Aus öffentlichkeitstheoretischen Überlegungen sowie aus der Behandlung der Akteure im politischen System als extramediale Bezugsquelle wurden sechs Vergleichsmaßstäbe herausgearbeitet, die für die Präsenz politischer Akteure in den Medien und somit für die Bewertung der Erfüllung der Vielfaltsnorm herangezogen werden können. Da der Proporzgedanke (Maßstäbe 1 und 5) und die Gleichverteilung (Maßstäbe 2 und 4) sowohl in den normativen als auch in den aus den Extramediadaten abgeleiteten Maßstäben vorkommen, bleiben vier verschiedene Vergleichsmaßstäbe übrig.

Die aus den verschiedenen Bewertungsmaßstäben resultierenden Unterschiede bei der Interpretation der Vielfaltsnorm werden nun an einem Beispiel aufgezeigt. Für Deutschland werden auf der Basis des Wahlergebnisses zur Bundestagswahl 2013 und für die Schweiz zur Nationalratswahl 2011 je zwei Parteienkonstellationen dargestellt. Bei der Bundestagswahl erhielten die Unionsparteien 41,7%, die SPD 25,7%, die Linke 8,6%, die Grünen 8,4%, die FDP 4,8% und die AfD 4,7% der Stimmen. Die Unionsparteien haben folglich 1,6-mal mehr Stimmen erhalten als die SPD und 4,9-mal mehr als die Grünen, die SPD hat 5,5-mal mehr Stimmen erhalten als die AfD. Legt man dieses Wahlergebnis für die Berechnung der Vergleichsmaßstäbe zu Grunde, wäre das Verhältnis zwischen Unionsparteien und der SPD

- für den Maßstab des Umkehrproporz 0,6:1, d.h., auf einen Beitrag über die SPD kämen nur 0,6 über die Unionsparteien
- für den Maßstab der formalen Chancengleichheit 1:1, d.h., auf jeden Beitrag mit Erwähnung der Unionsparteien kommt ein Beitrag mit Erwähnung der SPD
- für die abgestufte Chancengleichheit, die sich an der Verteilung der Wahlwerbespots in Deutschland orientiert, 1:1
- und für den reinen Proporzgedanken 1,6:1, d.h., auf einen Beitrag mit Erwähnung der SPD kämen 1,6 mit Erwähnung der Unionsparteien (Tabelle 1).

Für das Verhältnis zwischen Unionsparteien und den Grünen reicht die Bandbreite der Relationen von 0,2:1 (Umkehrproporz) über 1:1 (Gleichverteilung), 2:1 (abgestufte Chancengleichheit) und 4,9:1 (Proporz).

In der Schweiz erhielt die SVP bei der Nationalratswahl 2011 26,6%, die SP 18,7%, die FDP 15,1%, die CVP 12,3%, die GP 8,4%, die GLP 5,4%, die BDP 5,4% und die EVP 2,0%. Der Vergleich zwischen den beiden großen Parteien SVP und CVP zeigt, dass bei Anwendung des Umkehrproporz eine Relation von 0,5:1, bei der wahlersunabhängigen Chancengleichheit von 1:1 und bei der Anwendung des reinen Proporzgedankens von 2,2:1 entsteht. Die abgestufte Chancengleichheit würde zu einem Verhältnis von 1:1 führen. Dieser Maßstab ist zwar kein Maßstab, der in der Schweiz selbst in der Praxis zur Anwendung gelangt, denn in der Schweiz gibt es keine Wahlwerbepots im Fernsehen. Dennoch halten wir ihn für den Fall der Schweiz für prüfenswert und übernehmen deshalb die Relationen, wie sie für Deutschland definiert wurden (d.h. gleiches Gewicht für die Großparteien, Verhältnis 2:1 gegenüber Kleinparteien mit und 4:1 gegenüber Kleinparteien ohne Fraktionsstärke). Wir erfassen trotz ihrer unterschiedlichen Größe bewusst vier Parteien als Großparteien (SVP, SP, FDP, CVP), auch weil diese vier Parteien seit Jahrzehnten zusammen ohne Unterbrechung an der Mehrparteien-Regierung beteiligt sind (Tabelle 1).

Tabelle 1: Maße für die Vielfaltsnorm auf Basis der Wahlergebnisse zur Bundestagswahl 2013 und der Nationalratswahl 2011

Deutschland			
Vergleichsmaßstäbe	Union – SPD	SPD – AfD	Union – Grüne
Umkehrproporz	0,6:1	0,2:1	0,2:1
wahlersunabhängige Chancengleichheit	1:1	1:1	1:1
abgestufte Chancengleichheit	1:1	4:1	2:1
wahlersabhängige Chancengleichheit/Proporz	1,6:1	5,5:1	4,9:1
Schweiz			
Vergleichsmaßstäbe	SVP – CVP	SVP – BDP	SP – FDP
Umkehrproporz	0,5:1	0,2:1	0,8:1
wahlersunabhängige Chancengleichheit	1:1	1:1	1:1
abgestufte Chancengleichheit	1:1	2:1	1:1
wahlersabhängige Chancengleichheit/Proporz	2,2:1	4,9:1	1,2:1

* Da es in der Schweiz keine Wahlwerbung im öffentlichen Rundfunk gibt, wird die Differenzierung übernommen, wie sie in Deutschland geleistet wird.

Wie im Literaturteil ausgeführt, ist die Medienberichterstattung keine öffentliche Leistung. Der Vergleich der Berichterstattung mit verschiedenen Vielfaltsmaßen gibt aber einen Hinweis darauf, wie sichtbar oder unsichtbar politische Akteure in den Medien sind. Vor die-

sem Hintergrund wollen wir unseren beiden Forschungsfragen beantworten: Welche empirischen Evidenzen im politischen Diskurs gibt es (1) für die Majorisierung durch die Großparteien und (2) für die Minorisierung der Kleinparteien?

V. Empirische Analyse der Medienberichterstattung

Für den Vergleich der Sichtbarkeit politischer Parteien in der Schweiz und in Deutschland wählen wir mit der Berichterstattung in der heißen Phase der Wahlkämpfe vor den Nationalratswahlen 2007, 2011 und 2015 für die Schweiz sowie vor den Bundestagswahlen 2009, 2013 und 2017 für Deutschland eine breite Datenbasis, um von dem eventuell eintretenden Ausnahmefall eines Wahlkampfes abstrahierbare Schlüsse zu ziehen. Wahlkämpfe vor Parlamentswahlen eignen sich im besonderen Maße für die Analyse, da in dieser Zeit die Aufmerksamkeit der Bevölkerung auf die Medienberichterstattung besonders hoch ist und die Berichterstattung ihr Wirkungspotential auf die Wähler am stärksten entfalten kann (Schulz, 2015). Die drei ausgewählten Wahlkämpfe sind die aktuellsten. Zudem unterscheiden sich in den Wahlkämpfen Themenbewirtschaftung und Akteurskonstellationen: In Deutschland bestritten Groß- und Kleinparteien die Wahlkämpfe aus unterschiedlichen Positionen als Regierungs- und Oppositionsparteien, und mit der AfD hat sich ein neuer politischer Akteur etablieren können. In der Schweiz ist dieser Zeitraum durch die Bedeutungszunahme der SVP sowie durch Parteispaltungen (bei den Grünen und bei der SVP) und Neugründungen (Grünliberale und BDP) gekennzeichnet. Von der Seite der Themenbewirtschaftung standen in der Schweiz sowohl mit dem Flüchtlings- und Migrationsthema als auch mit dem Wirtschaftsthema zum „harten“ Schweizer Franken (im Konnex der Eurokrise) unterschiedliche Themen im Mittelpunkt der Berichterstattung.

Die für unsere Analyse relevanten Daten stammen aus unterschiedlichen Projektkontexten. Die Berichterstattung wurde zwar jeweils inhaltsanalytisch erfasst, doch unterscheiden sich die Codiereinheiten. Im deutschen Fall wurde die Präsenz politischer Akteure auf Beitragsebene erhoben, in der Schweiz wurden Aussagen der Akteure erfasst. Daher können die Resonanzwerte der Parteien zwischen den Ländern nicht direkt verglichen werden. Zweifelsohne lassen sich aber belastbare Ergebnisse der jeweiligen Anteile der Parteien untereinander im jeweiligen Land ableiten.

Im Fall der Schweiz können wir auf Daten aus drei Projekten zurückgreifen, die am Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft (fög) der Universität Zürich durchgeführt wurden (fög, 2015; Udris, Lucht und Imhof, 2008). Die Zugänge und Samples der drei Projekte unterscheiden sich leicht, weshalb eine ganz exakte Zeitreihe nicht möglich ist. Aber durch eine weitgehende Harmonisierung der Daten beispielsweise über die Fokussierung auf in Artikeln prominent vorkommende Akteure können Anteilswerte der Parteien jeweils innerhalb der einzelnen Jahre jeweils plausibel nachvollzogen werden. Vor den Nationalratswahlen 2007, 2011 und 2015 wurde in der heißen Phase die relevante nationale Wahlberichterstattung in einer publizistisch relevanten Stichprobe von massenmedialen Angeboten erfasst. Das über den Zeitraum stabile Sample bilden die Tageszeitungen Blick, Le

Matin, Le Temps, Neue Zürcher Zeitung und Tages-Anzeiger, die einerseits die Sprachräume der französisch- und der deutschsprachigen Schweiz abdecken und andererseits auf dem politisch-publizistischen Spektrum unterschiedlich positioniert sind (Jandura und Udris, 2019). Für jeden Beitrag konnten mehrere Akteure erfasst werden; für diese Auswertung ausgewählt wurden nur Akteure, die in einem Beitrag mindestens prominent vorkommen. Dargestellt werden die Anteile der Aussagen einer Partei gemessen an den Aussagen aller erfassten Parteien.

Für Deutschland greifen wir auf Daten der Inhaltsanalyse der Berichterstattung in den Fernsehnachrichten und den Printmedien aus der German Longitudinal Election Study (GLES) zurück (Rattinger, Roßteutscher, Schmitt-Beck, Weßels und Krewel, 2015; Rattinger et al., 2012; Rattinger et al., 2015a; Rattinger et al., 2015b; Roßteutscher et al., 2018a; Roßteutscher et al., 2018b). Hierbei wurde die Berichterstattung in den vier wichtigsten Fernsehnachrichtenanangeboten, der Tagesschau, der heute-Sendung, RTL aktuell sowie den Sat.1-Nachrichten sowie in einer – das publizistische Spektrum abbildenden – Stichprobe aus Printtiteln (FAZ, WELT, Süddeutsche Zeitung, Frankfurter Rundschau, Bild und taz) erfasst. Es ist im statistischen Sinne zwar keine repräsentative Stichprobe für das Mediensystem der Bundesrepublik, aus publizistischer Perspektive sind aber alle nach dem Reichweitenkriterium und nach der politisch-publizistischen Bedeutung relevanten Angebote enthalten. Für die Analysen berücksichtigten wir alle Beiträge, die in der heißen Phase der Wahlkämpfe publiziert wurden und einen Bezug – egal, ob Haupt- oder Nebenthema – zur Bundespolitik hatten. Dargestellt wird, in wie viel Prozent der Beiträge eine Partei vorkommt. Die Analysen basieren auf insgesamt 3.083 Beiträgen für Deutschland und 2.469 erfassten Akteursaussagen für die Schweiz. Wir greifen für die Analysen auf den Mittelwert der Präsenz der Parteien in der Berichterstattung zurück und berücksichtigen die durchaus interessanten Intra- und Intermediadifferenzierungen nicht.

Die Auszählung der Präsenz der Parteien in der Medienberichterstattung ergibt für Deutschland das bekannte und in anderen Studien (z.B. Krüger und Zapf-Schramm 2009; Krüger, Zapf-Schramm und Müller 2018) dokumentierte Bild. Über die Unionsparteien und die SPD wird am häufigsten berichtet. Der geringer werdende Beitragsumfang für die SPD lässt sich einerseits auf deren Stellung als Oppositionspartei (2013) und andererseits auf deren sinkenden Rückhalt in der Bevölkerung zurückführen (2017). Im Langzeitvergleich ist zudem der im Vergleich zum Wahlkampf 2009 geringer werdende Anteil der Berichterstattung über die Linkspartei sowie der Rückgang der Berichterstattung über die etablierten Kleinparteien Linkspartei, Grüne und FDP durch das Hinzutreten der AfD auffallend (Tabelle 2).

Die Ergebnisse aus der Schweiz zeigen ein stabiles Bild. Über die SVP wird umfassender berichtet als über die anderen drei Großparteien. Über Großparteien wird zudem umfassender als über die Kleinparteien berichtet. Im Wahlkampf 2007, bei dem das Migrationsthema im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stand, verschärfte sich dieses Verhältnis deutlich zugunsten der SVP, auf die 42% der Akteursresonanz entfiel (Tabelle 2).

Tabelle 2: Parteien in der Berichterstattung mit Bezug auf nationale Politik: Präsenz pro Beitrag (Deutschland) und Anteile an Akteursaussagen (Schweiz)

Deutschland	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD		
	%	%	%	%	%	%	%	%
2017	74,7	64,6	18,4	24,8	17,6	19,8		
2013	74,7	55,2	23,5	40,4	57,4			
2009	83,2	75,8	35,3	38,8	42,5			
Schweiz	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
2015	30,8	17,6	19,0	13,7	7,1	5,8	4,6	0,9
2011	31,0	23,0	17,0	13,0	7,0	5,0	5,0	0,4
2007	42	17	18	14	7	2		1

Basis: Deutschland (Anzahl an Beiträgen) 1.877 (2009), 1.434 (2013), 1.206 (2017); Schweiz (Anzahl Akteursaussagen): 568 (2015), 239 (2011), 1662 (2007)

Für die Interpretation der publizistischen Chancengleichheit der politischen Parteien ist die Analyse des quantitativen Vorkommens in der politischen Berichterstattung maßgeblich. Nur wenn die Parteien für die Wähler sichtbar sind, können sie und ihre Positionen in die Meinungsbildung miteinbezogen werden. Für die Analyse setzen wir daher im ersten Schritt die Anteile der Parteien an der Berichterstattung in der heißen Wahlkampfphase zueinander ins Verhältnis. Für jede Parteienkombination werden dabei Paarvergleiche gebildet, in deren Ergebnis ein Quotient entsteht, der bei Werten über 1 eine stärkere und bei Werten unter 1 eine geringere Berücksichtigung gegenüber der jeweiligen Vergleichspartei indiziert. Die Paarvergleiche ermöglichen zum einen Interpretationen des Verhältnisses von großen und kleinen Parteien untereinander, zum anderen aber auch zwischen großen und kleinen, etablierten und neuen Parteien. Diese Quotienten werden in einem zweiten Schritt mit den aus den Vergleichsmaßstäben abgeleiteten Quotienten der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung der Parteien (Tabelle 1, Anhangstabellen A1 bis A4) verglichen und erhalten erst so hinsichtlich der Angemessenheit der publizistischen Berücksichtigung ihre Aussagekraft.

Diese Berechnungen wurden für alle drei untersuchten Bundestagswahlkämpfe in Deutschland sowie für die Nationalratswahlen in der Schweiz durchgeführt. Anstelle einer langen Deskription der vielen Paarvergleiche werden im Folgenden die Befunde bezüglich der *Mayorisierungsthese* der politischen Berichterstattung durch die großen Parteien sowie der *Minorisierungsthese* gegenüber den kleinen und nicht etablierten Parteien zusammengefasst. Die Ergebnisse zu beiden Thesen werden dabei zunächst länderspezifisch ausgewertet und dann gemeinsam interpretiert.

VI. Ergebnisse

Für Deutschland kann keine bevorzugte Behandlung der größten Partei gegenüber den anderen Parteien im Sinne der Mayorisierungsthese festgestellt werden. Im Verhältnis zur SPD wird der politische Bedeutungsgewinn der Unionsparteien seit der Bundestagswahl 2013 publizistisch nicht ersichtlich. Die Ungleichbehandlung in der Berichterstattung ist fast immer geringer, als sie nach dem wahlerfolgsabhängigen Maßstab sein müsste. Im Verhältnis zu den Kleinparteien mit Fraktionsstatus muss zwischen der FDP und den Grünen sowie den Linken differenziert werden. Die Berichterstattung über beide erstgenannten Parteien ist immer günstiger als der Maßstab zur wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit. Einzig für das Verhältnis von Union und Linkspartei lassen sich für die Bundestagswahlkämpfe 2013 und 2017 Hinweise auf eine Mayorisierung finden. Besonders im Wahlkampf 2013 ist die Linkspartei seltener in den Medien präsent, als es hier nach dem Maßstab der wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit angemessen wäre. Für die Bundestagswahl 2017 gab es noch den Sonderfall, dass zwei Parteien ohne Fraktionsstatus eine zentrale Rolle im Wahlkampf spielten. Auch hier kann keine Überrepräsentation der Unionsparteien in der Medienberichterstattung festgestellt werden. Der Umfang der Berichterstattung über die Unionsparteien gegenüber über AfD und FDP entspricht mit einem Verhältnis von 3,8 zu 1 und 4,2 zu 1 in etwa dem Maßstab für die abgestufte Chancengleichheit bei der Vergabe der kostenlosen Wahlwerbespots.

Im Gegensatz zu Deutschland finden wir für die Schweiz eindeutige Belege dafür, dass die in der Wählergunst vorn liegende Partei SVP in der Medienberichterstattung gegenüber allen anderen Parteien deutlich bevorzugt wird. Dies gilt sowohl gegenüber den anderen etablierten Großparteien SP, FDP und CVP als auch gegenüber den Kleinparteien GP, GLP, BDP und EVP. Besonders in den Wahlkämpfen 2007 und 2015, in denen das Thema Migration eine starke Rolle spielte, ist die Präsenz der SVP besonders hoch. Gegenüber den anderen Großparteien entspricht die Relation der Berichterstattung über die Parteien ungefähr dem Proporzkriterium, nicht aber dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit. So kamen im Wahlkampf 2015 auf einen Beitrag über die SP 1,7 über die SVP, auf einen Beitrag über die FDP 1,6 über die SVP und auf einen über die CVP 2,2 Beiträge über die SVP. Ähnliche Werte können für 2011 festgestellt werden (*Anhangstabelle A3*). Im Jahr 2007 ist die Medienpräsenz der SVP im Vergleich zum Proporzkriterium sogar deutlich stärker. Gegenüber den Kleinparteien GP, GLP, BDP und EVP wird die publizistische Mayorisierung noch deutlicher. Gegenüber der GP in allen drei Wahlkämpfen sowie gegenüber der GLP und der BDP im Wahlkampf 2015 ist die Berichterstattung über die SVP immer umfangreicher, als nach dem Kriterium der wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit angemessen wäre. So kommen im Wahlkampf 2015 auf einen Beitrag mit der GP-Erwähnung 4,4 Beiträge mit SVP-Erwähnung, auf einen Beitrag über die GLP 5,3 über die SVP und auf einen Beitrag über die BDP 6,7 über die SVP. In der Gesamtschau aller untersuchten Wahlkämpfe lässt sich somit feststellen, dass über die SVP auch unter Berücksichtigung der verschiedenen Maßstäbe zur Vielfaltsnorm in deutlich größerem Umfang berichtet wurde als über die

anderen Groß- und Kleinparteien. Fokussiert man auf die Unterschiede zwischen den anderen drei Großparteien (SP, FDP und CVP), sind diese drei Parteien an dem Proporzkriterium gemessen relativ adäquat vertreten; nach dem Prinzip der abgestuften Chancengleichheit jedoch wird die CVP nicht nur von der SVP, sondern auch von SP und FDP medial dominiert.

Als zweite These wird die *Minorisierungsthese* geprüft. Laut dieser These haben kleine und neue Parteien geringere Chancen, mit ihren Positionen in die massenmediale Berichterstattung zu gelangen. Anhand der Berichterstattung im Wahlkampf 2017, in dem sowohl die FDP als auch die AfD als nicht im Bundestag vertretene Parteien antraten, wird diese These für Deutschland getestet. Wir vergleichen dabei das Verhältnis beider Parteien untereinander sowie die Relation zu den im Bundestag vertretenen Klein- und Großparteien. Mit einem Berichterstattungsanteil von 19,8 Prozent bzw. 17,6 Prozent hatten AfD und FDP – wenn auch mit leichten Vorteilen für die AfD – ungefähr dasselbe Medienecho. Damit erhielt die neue Partei AfD dieselbe publizistische Relevanz wie die seit Jahrzehnten etablierte FDP. Ein Nachteil neuer Parteien ist somit nicht erkennbar. Im Vergleich zu den Unionsparteien und der SPD werden beide Parteien nicht minorisiert. Über sie wird gleich oder häufiger berichtet, als es der Maßstab für eine abgestufte politische Chancengleichheit nach dem Kriterium der Vergabe der Wahlwerbespots vorsehen würde. Dies trifft im Besonderen auf den Stellenwert der AfD im Verhältnis zur SPD und zu den Unionsparteien zu. Im Vergleich zu den im Bundestag vertretenen Kleinparteien kann man von einer Überbetonung beider Parteien sprechen. Eine Differenzierung zwischen Linkspartei und Grünen auf der einen und AfD und FDP auf der anderen Seite, wie sie die Kriterien der wahlerfolgsabhängigen und der abgestuften Chancengleichheit vorsehen, ist im Fall der Grünen kaum und im Fall der Linkspartei nicht zu erkennen. Die Präsenz von AfD und FDP in den Medien suggeriert dem Wähler somit im Vergleich zu den Großparteien und vor allem im Vergleich zu den im Bundestag vertretenen Kleinparteien größere Bedeutung, als sie im politischen System haben.

In der Schweiz können wir hingegen eindeutige empirische Belege für die *Minorisierungsthese der Kleinparteien* finden. Dies gilt für die publizistische Bedeutung der GP, GLP, BDP und EVP gegenüber der SVP, was schon bei der Majorisierungsthese zum Ausdruck kam, aber eben auch gegenüber den anderen Großparteien SP, FDP und CVP. Für alle drei Wahlkämpfe ist die Berichterstattung über die GP zumeist geringer, als sie nach dem härtesten Vergleichsmaßstab der wahlerfolgsorientierten Chancengleichheit (Proporzkriterium), aber auch nach dem Prinzip der abgestuften Chancengleichheit angemessen wäre. Für den Wahlkampf 2015 gilt dieser Fakt ebenso für die verhältnismäßig neuen Parteien GLP (gegründet 2007) und BDP (gegründet 2008). Am Wahlkampf 2015 lassen sich die publizistischen Bedeutungsunterschiede besonders gut illustrieren. Die FDP hat gegenüber der GP bei der vorangehenden Wahl 2011 1,8-mal so viele Stimmen bekommen, sie ist aber im Wahlkampf 2015 in den Medien 2,7-mal präsenter, die CVP hat 2,3-mal mehr Stimmen bekommen, ist aber 3-mal präsenter als die BDP, die SP hat 9-mal so viele Stimmen bekommen wie die EVP, ist aber 20-mal präsenter. Eine Sonderstellung bei den kleinen Parteien

nimmt die GLP ein, bei der der Berichterstattungsumfang noch am ehesten dem Kriterium der wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit nahekommt.

Tabelle 3: Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Deutschland – Bundestagswahl 2017

<i>Basisstatistiken</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD
Wahlergebnis 2013 in %	41,5	25,7	8,6	8,4	4,8	4,7
Berichterstattung 2017 in %	74,7	64,6	18,4	24,8	17,6	19,8
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	2	2	1	1
<i>Relationen</i>						
<i>Berichterstattung</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD
Union		1,2	4,1	3,0	4,2	3,8
SPD			3,5	2,6	3,7	3,3
Linke				0,7	1,0	0,9
Grüne					1,4	1,2
FDP						0,9
<i>Proporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD
Union		1,6	4,8	4,9	8,6	8,8
SPD			3,0	3,1	5,4	5,5
Linke				1,0	1,8	1,8
Grüne					1,8	1,8
FDP						1,0
<i>abgestuft – Wahlwerbespots</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD
Union		1,0	2,0	2,0	4,0	4,0
SPD			2,0	2,0	4,0	4,0
Linke				1,0	2,0	2,0
Grüne					2,0	2,0
FDP						1,0
<i>Umkehrproporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP	AfD
Union		0,6	0,2	0,2	0,1	0,1
SPD			0,3	0,3	0,2	0,2
Linke				1,0	0,6	0,5
Grüne					0,6	0,6
FDP						1,0

Tabelle 4: Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Schweiz – Nationalratswahl 2015

<i>Basisstatistiken</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
Wahlergebnis 2011	26,6	18,7	15,1	12,3	8,4	5,4	5,4	2
Berichterstattung 2015	30,8	17,6	19,0	13,7	7,1	5,8	4,6	0,9
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	4	4	2	2	2	1
Relationen								
<i>Berichterstattung</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,7	1,6	2,2	4,4	5,3	6,7	35,4
SP			0,9	1,3	2,5	3,1	3,9	20,3
FDP				1,4	2,7	3,3	4,2	21,9
CVP					1,9	2,4	3,0	15,8
GP						1,2	1,5	8,1
GLP							1,26	6,6
BDP								5,3
<i>Proporz</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,4	1,8	2,2	3,2	4,9	4,9	13,3
SP			1,2	1,5	2,2	3,5	3,5	9,4
FDP				1,2	1,8	2,8	2,8	7,6
CVP					1,5	2,3	2,3	6,2
GP						1,6	1,6	4,2
GLP							1	2,7
BDP								2,7
<i>abgestuft – Wahlwerbespots Dtl.</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,0	1,0	1,0	2,0	2,0	2,0	4,0
SP			1,0	1,0	2,0	2,0	2,0	4,0
FDP				1,0	2,0	2,0	2,0	4,0
CVP					2,0	2,0	2,0	4,0
GP						1,0	1,0	2,0
GLP							1,0	2,0
BDP								2,0
<i>Umkehrproporz</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		0,7	0,6	0,5	0,3	0,2	0,2	0,1

SP			0,8	0,7	0,4	0,3	0,3	0,1
FDP				0,8	0,6	0,4	0,4	0,1
CVP					0,7	0,4	0,4	0,2
GP						0,6	0,6	0,2
GLP							1	0,4
BDP								0,4

VII. Fazit und Ausblick

Ausgangspunkt der Studie war die Frage, wie man die Sichtbarkeit der politischen Parteien in den letzten Wahlkämpfen in der Schweiz und in Deutschland beurteilen kann. In Politik, Medien und Wissenschaft gab es zunehmend Kritik an einer Überbetonung bzw. Unterbetonung bestimmter politischer Akteure im Wahlkampf. Ziel des Beitrages war es, Vergleichsmaßstäbe für die Interpretation der Befunde zur Sichtbarkeit der Parteien in der Medienberichterstattung zu entwickeln und zu evaluieren. Im Ergebnis der Literatursichtung wurde ein Kontinuum verschiedener Maßstäbe erstellt. Der Umkehrproporz ist dabei das Kriterium, bei dem minoritäre Positionen am stärksten Berücksichtigung finden sollen; einen ähnlichen Ansatz verfolgt der Maßstab der wahlerfolgsunabhängigen Chancengleichheit, nach dem es eine Gleichverteilung der Publikationschancen für die Parteien geben sollte. Mit dem Kriterium der abgestuften sowie der wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit wurden zwei weitere Maßstäbe vorgestellt, die eine Ungleichbehandlung der Parteien zugunsten der größeren Parteien vorsehen. Während sich letztgenannter Maßstab an dem Proporz-kriterium orientiert, erkennt das Kriterium der abgestuften Chancengleichheit zum einen die Ungleichheit der Parteien an, schützt zum anderen aber minoritäre gesellschaftliche Positionen (Minderheitenschutz) durch eine im Vergleich zum Proporzgedanken überrepräsentierte Berücksichtigung. Anschließend wurde die Präsenz der Parteien in der Medienberichterstattung mit diesen Maßstäben verglichen und vor dem Hintergrund zweier aus der Literatur abgeleiteter Thesen zur Mayorisierung des politischen Diskurses durch Großparteien und zur Minorisierung der Kleinparteien interpretiert.

Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

(1) Die Präsenzen der Parteien als Zentralakteure des politischen Systems in der Berichterstattung unterscheiden sich zwischen der Schweiz und Deutschland sehr stark. Während in Deutschland weder für die These der Mayorisierung durch die Großparteien noch für die der Minorisierung der Kleinparteien empirische Evidenzen gefunden wurden, lassen sich für die Schweiz beide Thesen bestätigen.

(2) Der Umfang der Berichterstattung über die SVP lässt sich in allen untersuchten Wahlkämpfen innerhalb des Kontinuums der Vergleichsmaßstäbe bei der wahlerfolgsabhängigen Chancengleichheit oder außerhalb des Kontinuums bei einer noch stärkeren Betonung verorten. Dem Wähler wird somit im politischen Diskurs eine größere Bedeutung der SVP suggeriert, als der Partei vom Souverän zugesprochen wurde. In Deutschland lässt sich die Präsenz der Unionsparteien als stärkste politische Kraft der letzten Jahre innerhalb des

Kontinuums in der Nähe des Vergleichsmaßstabs der abgestuften Chancengleichheit verorten. Über die Parteien wird zwar häufiger als über alle anderen berichtet, jedoch fällt der Präsenzvorsprung geringer aus als die durch den Wähler gemachten Bedeutungsunterschiede.

(3) Die Präsenz der etablierten Kleinparteien lässt sich in Deutschland – mit Ausnahme der Linkspartei – ebenfalls bei dem Vergleichsmaßstab der abgestuften Chancengleichheit verorten. Die Publikationschancen von FDP und Grünen im politischen Diskurs sind besser als nach dem Proporzkriterium und schlechter als nach dem Gleichverteilungskriterium. Für die Schweiz hingegen lässt sich neben einer Minorisierung der etablierten Kleinparteien gegenüber der SVP auch eine Minorisierung gegenüber den anderen drei Großparteien feststellen. Im Vergleich zu SP, FDP und CVP orientiert sich die Berichterstattung in der Schweiz am Proporzkriterium bzw. benachteiligt die Grünliberalen (GLP), die Grünen (GP) und BDP stärker. Somit wird dem Wähler im publizistischen Diskurs eine geringere und nicht realitätsadäquate Bedeutung dieser Parteien suggeriert.

(4) Die deutlichsten Unterschiede finden sich in der Berücksichtigung weniger etablierter Parteien wie der EVP und der AfD. Während die EVP in der Medienberichterstattung in der Schweiz in der heißen Wahlkampfphase kaum in der Berichterstattung vorkommt, wird über die AfD in Deutschland umfassender berichtet, als es nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit angemessen wäre.

(5) Berücksichtigt man alle Vergleichsmaßstäbe in beiden Ländern zu allen drei Zeitpunkten, so sind die SVP und die AfD die Parteien, die gemessen an ihrer politischen Bedeutung das größte Medienecho ausgelöst haben. Der mediale Bedeutungsgewinn geht dabei einher mit auf moralisch-emotionalen Kommunikationsstrategien bauenden provokativen Kampagnen, einer starken Personalisierung und politischen Zuspitzung und drückt eine Zunahme des Medienpopulismus aus (Imhof, 2014; Tenscher und Winder, 2011).

Abschließend sollen noch die Limitationen der Studie zur Sprache kommen. Die Studie bezieht sich allein auf publizistisch relevante Offlinemedien. Aussagen über die Parteienpräsenz in relevanten Onlineangeboten und auf die Frage, ob die Politikdarstellung online anders ist, können daher nicht getroffen werden. Hier sollte das im Fach vorhandene Datenmaterial systematischer gesammelt und für Sekundäranalysen zugänglich gemacht werden. Inhaltlich kann zudem eingewandt werden, dass die Analyse der Präsenz ein nicht ausreichender Proxy für die Akteurspluralität der Berichterstattung ist, aus der nicht vollständig ableitbar ist, ob die Parteien mit ihren eigenen politischen Positionen und Perspektiven auf ein Thema vorkamen. Eine weitere Limitation ist der Umstand, dass für die beiden Länder sehr ungleiche Mediensamples untersucht wurden und dass die Analyseeinheiten zwischen Beiträgen und Akteursaussagen differierten. Die unterschiedliche Akteursrepräsentation könnte dadurch beeinflusst sein.

Trotz dieser Limitationen bietet die vorliegende Studie ein für den Bereich pluralistischer Parteiensysteme anwendbares, auf verschiedenen Vergleichsmaßen beruhendes Analyseraster für die Bewertung der Präsenz politischer Akteure in massenmedialen Angeboten. Vertiefende Analysen zur Präsenz der Parteien in verschiedenen Medienangebotstypen,

wie öffentlich-rechtliche Fernsehnachrichtensendungen, Qualitäts- oder Boulevardzeitungen auf der Angebotsseite oder rezeptionsseitig für typische Medienrepertoires, können zum vertieften Verständnis für die unterschiedliche Wahrnehmung der Berichterstattung beitragen.

Literatur

- Bonfadelli, H. (2008). Einleitung: Medien zwischen Seismographie- und Frühwarnfunktion. In H. Bonfadelli, K. Imhof, R. Blum, & O. Jarren (Hrsg.), *Seismographische Funktion von öffentlicher Kommunikation im Wandel* (S. 7–14). Wiesbaden: VS.
- Brettschneider, F., & Wagner, B. (2008). „And the winner should be ...“ Explizite und implizite Wahlempfehlungen in der Bild-Zeitung- und der Sun. In B. Pfetsch & S. Adam (Hrsg.), *Massenmedien als politische Akteure. Konzepte und Analysen* (S. 225–244). Wiesbaden: VS.
- Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006 (Stand am 1. Januar 2017), Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 2017
- Daschmann, G. (2009). Qualität von Fernsehnachrichten: Dimensionen und Befunde. *Media Perspektiven*, (5), 257–266.
- Easton, D. (1965). *A system analysis of political life*. New York, London: John Wiley and Sons.
- Eilders, C. (2016). Journalismus und Nachrichtenwert. In M. Löffelholz & L. Rothenberger (Hrsg.), *Handbuch Journalismustheorien* (S. 431–442), Wiesbaden: VS.
- Eilders, C., Degenhardt, K., Herrmann, P., & Lippe, M. von der. (2003). Themenprofile der Parteien in den Medien: Ein Vergleich von Selbstdarstellung und medialer Präsentation der Parteien im Bundestagswahlkampf 2002. In U. Sarcinelli (Hrsg.), *Machtdarstellung und Darstellungsmacht. Beiträge zu Theorie und Praxis moderner Politikvermittlung* (S. 82–102). Baden-Baden: Nomos.
- fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft, Universität Zürich. (2015). Reputationsmonitor Politik 2/2015. Abgerufen von: http://www.foeg.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d69-760c-0000-000043f3513e/repmonpolitik_0215.pdf
- Göfak Medienforschung. (2016). Kontinuierliche Fernsehprogrammforschung in der Schweiz. Die Programme der SRG SSR im Jahr 2015. Berlin. Abgerufen von: <https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/en/dokumente/Medienforschung/fernsehprogrammforschung-schweiz-srg-stichprobenbericht-fruehjar-2015.pdf.download.pdf/fernsehprogrammforschung-schweiz-srg-stichprobenbericht-fruehjar-2015.pdf>
- Hallin, D. C., & Mancini, P. (2004). *Comparing media systems: Three models of media and politics. Communication, society, and politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hermann, M. (2012). Das politische Profil des Geldes. Wahl- und Abstimmungswerbung in der Schweiz. Zürich. Abgerufen von: <https://transparenz-initiative.ch/dateien/das-politische-profil-des-geldes.pdf>
- Höglinger, D. (2008). Verschafft die direkte Demokratie den Benachteiligten mehr Gehör? Der Einfluss institutioneller Rahmenbedingungen auf die mediale Präsenz politischer Akteure. *Swiss Political Science Review*, 14(2), 207–243. doi:10.1002/j.1662-6370.2008.tb00102.x
- Holtz-Bacha, C. (2000). *Wahlwerbung als politische Kultur. Parteienspots im Fernsehen 1957–1998*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Hopmann, D. N., van Aelst, P., & Legnante, G. (2012). Political balance in the news: A review of concepts, operationalizations and key findings. *Journalism*, 13(2), 240–257. doi:10.1177/1464884911427804
- Imhof, K. (2014). Der dünne Firnis der Zivilisation. Krisen in der Öffentlichkeit und die Krise der Öffentlichkeit. *Zeitschrift Für Theoretische Soziologie*, 3(2), 304–338.
- Jandura, O. (2007). *Kleinparteien in der Mediendemokratie*. Wiesbaden: VS.

- Jandura, O. (2011). Publizistische Chancengleichheit in der Wahlkampfberichterstattung? Eine Untersuchung zur medialen Repräsentation der im Bundestag vertretenen Parteien. *Publizistik*, 56(2), 181–198. doi:10.1007/s11616-011-0112-y
- Jandura, O. (2016). Innerparteiliche Streitlust oder mediale Sensationslust. Das Bild neuer Parteien in den Massenmedien. In M. Morlok, T. Poguntke, & G. Zons (Hrsg.), *Etablierungschancen neuer Parteien* (S. 113–128). Baden-Baden: Nomos.
- Jandura, O., & Udris, L. (2019). Parteigänger oder neutral Berichterstatter? Die Berichterstattung in Schweizer Printmedien vor den eidgenössischen Abstimmungstagen. *MIP*, 25(1), 112–122.
- Jarren, O. (1994). Kann man mit Öffentlichkeitsarbeit die Politik „retten“? Überlegungen zum Öffentlichkeits-, Medien- und Politikwandel in der modernen Gesellschaft. *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 25(4), 653–673.
- Jarren, O. (2018, 21. Dezember). Öffentliche Medienhäuser. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk braucht mehr Autonomie. *epd-medien*, S. 4–8.
- Jarren, O., & Donges, P. (2006). *Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft: Eine Einführung* (2., überarb. Aufl.). Wiesbaden: VS.
- Kepplinger, H. M. (1989). Voluntaristische Grundlagen der Politikberichterstattung. In F. Böckelmann (Hrsg.), *Medienmacht und Politik: Mediatisierte Politik und politischer Wertewandel* (S. 59–83). Berlin: Spiess.
- Kißlinger, A. (1998). *Das Recht auf politische Chancengleichheit*. Baden-Baden: Nomos.
- Knoche, M., & Lindgens, M. (1988). Selektion, Konsonanz und Wirkungspotential der deutschen Tagespresse. Politikvermittlung am Beispiel der Agentur- und Presseberichterstattung über die Grünen zur Bundestagswahl 1987. *Media Perspektiven*, (8), 490–510.
- Knoche, M., & Lindgens, M. (1990). Fünf-Prozent-Hürde und Medienbarriere. Die Grünen im Bundestagswahlkampf 1987: Neue Politik, Medienpräsenz und Resonanz in der Wählerschaft. In M. Kaase & H.-D. Klingemann (Hrsg.), *Wahlen und Wähler. Analysen aus Anlass der Bundestagswahl 1987* (S. 569–618). Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Kranenpohl, U. (1999). *Mächtig oder machtlos? Kleine Fraktionen im Deutschen Bundestag 1949 bis 1994*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Krüger, U. M., & Zapf-Schramm, T. (2009). Wahlinformationen im öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehen 2009. Ergebnisse des ARD/ZDF-Wahlmonitors. *Media Perspektiven*, (12), 622–636.
- Krüger, U. M., Zapf-Schramm, T., & Müller, C. (2018). Die Bundestagswahl 2017 im öffentlich-rechtlichen und privaten Fernsehen: Ergebnisse des ARD/ZDF-WahlMonitors. *Media Perspektiven*, (1), 16–39.
- Langenbucher, W. R., & Mahle, W. A. (1973). "Umkehrproporz" und kommunikative Relevanz. Zur Zusammensetzung und Funktion der Rundfunkräte. *Publizistik*, 18, 322–330.
- Lenski, S. C. (2010). Die abgestufte Chancengleichheit der Parteien im Internet. *MIP*, 16, 7–15.
- Lenz, C., & Gafner, B. (2019, 26. März). Klimapropaganda: SVP will der SRG Gebühren halbieren. *Tages-Anzeiger*, S. 1–3.
- Lobigs, F., & Neuberger, C. (2018). *Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen: Neue Machtverhältnisse trotz expandierender Internet-Geschäfte der traditionellen Massenmedien-Konzerne. Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)*. Leipzig: VISTAS.
- Marcinkowski, F., & Donk, A. (2012). The deliberative quality of referendum coverage in direct democracy: Findings from a longitudinal analysis of Swiss media. *Javnost/The Public*, 19(4), 93–109. doi:10.1080/13183222.2012.11009098
- McNair, B. (2011). *An introduction to political communication* (5. Aufl.). London, New York: Routledge.
- Media Tenor. (2013). *2013 wie 1994: Berichte über Umfragen beeinflussen Wähler stärker als Inhalte, Deutscher Wahlkampf im Spiegel der Medien 11/2012 bis 09/2013*. Berlin: Medien Tenor.

- Meta-Beisel, K., Denk, D., & Förderl-Schmid, A. (2017, 25. September). Sind die Medien Schuld am Erfolg der AfD? *sueddeutsche.de*. Abgerufen von: <https://www.sueddeutsche.de>
- Patzelt, W. J., & Klose, J. (2016). *PEGIDA: Warnsignale aus Dresden. Social Coherence Studies: Vol. 3*. Dresden: Thelem.
- Rattinger, H., Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Weßels, B., & Krewel, M. (2015). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse, Fernsehen (GLES 2009)*.
- Rattinger, H., Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Weßels, B., Krewel, M., & Walter, S. (2012). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse, Printmedien (GLES 2009)*.
- Rattinger, H., Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Weßels, B., Wolf, C., Schäfer, A., & Schmidt, S. (2015a). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse: Fernsehen (GLES 2013)*.
- Rattinger, H., Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Weßels, B., Wolf, C., Schäfer, A., & Schmidt, S. (2015b). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse, Printmedien (GLES 2013)*.
- Reinemann, C., Fawzi, N., & Röder, P. (2012). Mehr Beteiligung = bessere Berichterstattung? Ein Vergleich der Presseberichterstattung über die parlamentarische Entscheidung und den Volksentscheid zum Nichtraucherschutzgesetz in Bayern. *SCM Studies in Communication and Media*, 1(3-4), 351–380.
- Roemheld, R. (1982). Minorisierung im Parteienwettbewerb am Beispiel der Grünen. *Sociologia internationalis*, 20(1-2), 135–157.
- Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Schoen, H., Weßels, B., Wolf, C., Schackmann, L. M., ... Schäfer, A. (2018a). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse, Fernsehen (GLES 2017)*.
- Roßteutscher, S., Schmitt-Beck, R., Schoen, H., Weßels, B., Wolf, C., Schackmann, L. M., ... Schäfer, A. (2018b). *Wahlkampf-Medieninhaltsanalyse, Printmedien (GLES 2017)*.
- Schatz, H., & Schulz, W. (1992). Qualität von Fernsehprogrammen. Kriterien und Methoden zur Beurteilung der Qualität im dualen Fernsehen. *Media Perspektiven*, (11), 690–771.
- Schulz, W. (2015). *Medien und Wahlen*. Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Schwer, K., & Brosius, H.-B. (2008). Sphären des (Un-)Politischen. Ein Modell zur Analyse von Politikdarstellung und -rezeption. In H. Bonfadelli, K. Imhof, R. Blum, & O. Jarren (Hrsg.), *Seismographische Funktion von öffentlicher Kommunikation im Wandel* (S. 191–209). Wiesbaden: VS.
- Tenschler, J., & Winder, G. (2011). Zwischen Skylla und Charybdis: Zum Zusammenspiel von Populismus und politischem Marketing. *Zeitschrift für Politikberatung*, 4(1), 14–22. doi: 10.5771/1865-4789-2011-1-14
- Udris, L., Lucht, J., & Imhof, K. (2008). Resonanz- und Reputations-Politikanalyse (REREPa). Nationalratswahlen 2007 (fög Research Paper No. 2008-0004). Zürich. Abgerufen von: https://www.foeg.uzh.ch/dam/jcr:00000000-13a2-35bc-ffff-ffff958186/Politikanalyse_Nationalratswahlen2007.pdf
- van Aelst, P., Sheafer, T., & Stanyer, J. (2012). The personalization of mediated political communication: A review of concepts, operationalizations and key findings. *Journalism*, 13(2), 203–220. doi: 10.1177/1464884911427802
- Vogler, D. (2017). Reputationsmonitor Politik 2/2017. Zürich. Abgerufen von: https://www.foeg.uzh.ch/dam/jcr:eacb6e1d-6640-4579-9a56-05e9ffcc1dc8/Reputationsmonitor_Politik_2_2017_Final.pdf
- Weiß, H.-J. (2009). Konzeption, Methode und Basisdaten der ALM-Studie 2007/2008. In Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten ALM (Hrsg.), *Fernsehen in Deutschland 2008. Programmforschung und Programmdiskurs* (S. 201–258). Berlin: VISTAS.
- Weiß, R., & Jandura, O. (2017). Medien und gesellschaftlicher Zusammenhalt. In O. Jandura, M. Wendelin, M. Adolf, & J. Wimmer (Hrsg.), *Zwischen Integration und Diversifikation. Medien und gesellschaftlicher Zusammenhalt im digitalen Zeitalter* (S. 11–31). Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Wilke, J., & Reinemann, C. (2000). *Kanzlerkandidaten in der Wahlkampfberichterstattung: Eine vergleichende Studie zu den Bundestagswahlen 1949 – 1998*. Köln: Böhlau.

Zerback, T. (2013). *Publizistische Vielfalt: Demokratischer Nutzen und Einflussfaktoren*. Konstanz.

Anhangstabellen

Anhangstabelle 1: *Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Deutschland – Bundestagswahl 2013*

<i>Basisstatistiken</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Wahlergebnis 2013 in %	33,8	23	11,9	10,7	14,6
Berichterstattung 2017 in %	74,7	55,2	23,5	40,4	57,4
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	2	2	2
Abgest. Chancengl. II- Debat- tendauer	23	14	7	7	9
Relationen					
<i>Berichterstattung</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,4	3,2	1,8	1,3
SPD			2,4	1,4	1,0
Linke				0,6	0,4
Grüne					0,7
<i>Proporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,5	2,8	3,2	2,3
SPD			1,9	2,1	1,6
Linke				1,1	0,8
Grüne					0,7
<i>abgestuft 1 – Wahlwerbepots</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,0	2,0	2,0	2,0
SPD			2,0	2,0	2,0
Linke				1,0	1,0
Grüne					1,0
<i>Umkehrproporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		0,7	0,4	0,3	0,4
SPD			0,5	0,5	0,6
Linke				0,9	1,2
Grüne					1,4

Anhangstabelle 2: Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Deutschland – Bundestagswahl 2009

<i>Basisstatistiken</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Wahlergebnis 2013 in %	35,2	34,2	8,7	8,1	9,8
Berichterstattung 2017 in %	83,2	75,8	35,3	38,8	42,5
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	2	2	2
Abgest. Chancengl. II- Debat- tendauer	19	19	7	7	8
Relationen					
<i>Berichterstattung</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,1	2,4	2,1	2,0
SPD			2,1	2,0	1,8
Linke				0,9	0,8
Grüne					0,9
<i>Proporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,0	4,0	4,3	3,6
SPD			3,9	4,2	3,5
Linke				1,1	0,9
Grüne					0,8
<i>abgestuft 1 – Wahlwerbespots</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,0	2,0	2,0	2,0
SPD			2,0	2,0	2,0
Linke				1,0	1,0
Grüne					1,0
<i>Umkehrproporz</i>	Union	SPD	Linke	Grüne	FDP
Union		1,0	0,2	0,2	0,3
SPD			0,3	0,2	0,3
Linke				0,9	1,1
Grüne					1,2

Anhangstabelle 3: Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Schweiz – Nationalratswahl 2011

<i>Basisstatistiken</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
Wahlergebnis 2007	29	19,60	15,8	14,5	9,6	1,4		2,4
Berichterstattung 2011	31,0	23,0	17,0	13,0	7,0	5,0	5,0	0,4
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	4	4	2	2	1	1
Relationen								
<i>Berichterstattung</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,3	1,8	2,4	4,4	6,2	6,2	77,5
SP			1,4	1,8	3,3	4,6	4,6	57,5
FDP				1,3	2,4	3,4	3,4	42,5
CVP					1,9	2,6	2,6	32,5
GP						1,4	1,4	17,5
GLP							1,0	12,5
BDP								12,5
<i>Proporz</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,5	1,8	2,0	3,0	20,7		12,1
SP			1,2	1,4	2,0	14,0		8,2
FDP				1,1	1,6	11,3		6,6
CVP					1,5	10,4		6,0
GP						6,9		4,0
GLP								0,6
BDP								
<i>abgestuft 1 – Wahlwerbespots Dtl.</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,0	1,0	1,0	2,0	2,0	4,0	4,0
SP			1,0	1,0	2,0	2,0	4,0	4,0
FDP				1,0	2,0	2,0	4,0	4,0
CVP					2,0	2,0	4,0	4,0
GP						1,0	2,0	2,0
GLP							2,0	2,0
BDP								1,0
<i>Umkehrproporz</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP

<i>Basisstatistiken</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		0,7	0,5	0,5	0,3	0,05		0,1
SP			0,8	0,7	0,5	0,1		0,1
FDP				0,9	0,6	0,1		0,2
CVP					0,7	0,1		0,2
GP						0,1		0,3
GLP								1,7
BDP								

Anhangstabelle 4: Berichterstattung und Vergleichsmaßstäbe Schweiz – Nationalratswahl 2007

<i>Basisstatistiken</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
Wahlergebnis 2007	26,8	23,3	17,3	14,4	7,4			2,3
Berichterstattung 2011	42	17	18	14	7	2		1
Gewicht nach dem Kriterium der abgestuften Chancengleichheit	4	4	4	4	2	1		1
Relationen								
<i>Berichterstattung</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		2,5	2,3	3,0	6,0	21,0		42,0
SP			0,9	1,2	2,4	8,5		17,0
FDP				1,3	2,6	9,0		18,0
CVP					2,0	7,0		14,0
GP						3,5		7,0
GLP								2,0
BDP								
<i>Proporz</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP
SVP		1,2	1,5	1,9	3,6			11,7
SP			1,3	1,6	3,1			10,1
FDP				1,2	2,3			7,5
CVP					1,9			6,3
GP								3,2
GLP								
BDP								
<i>abgestuft 1 – Wahlwerbespots Dtl.</i>	SVP	SP	FDP	CVP	GP	GLP	BDP	EVP

Informationen der öffentlichen Hand als Rohstoff für den Datenjournalismus: Rechtliche Gestaltungsprinzipien zum Erhalt der Meinungsvielfalt

Heiko Richter*

I. Einleitung	195		
1. Ausgangssituation	195	a) Ziel und Anwendbarkeit	216
2. Ziel und Gang der Untersuchung	196	b) Regelung von Formaten	217
II. Datenjournalismus und Informationsformate der öffentlichen Hand	197	c) Relevanz für die Presse	218
1. Datenjournalismus	197	d) Reform	219
2. Informationen der öffentlichen Hand	199	IV. Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Selbstdarstellung ...	220
3. Formate	199	1. Überblick	220
III. Rechtlicher Rahmen staatlicher Informationsweitergabe ...	201	2. Staatliches Informationshandeln als Selbstdarstellung	220
1. Überblick	201	a) Selbstdarstellung als Teil staatlichen Informationshandelns	220
2. Reaktive Informationsweitergabe	201	b) Gefahren	222
a) Presserechtlicher Informationsanspruch	201	3. Spielräume zur Selbstdarstellung bei der Informationsweitergabe	222
b) Auskunftsanspruch nach Artikel 10 EMRK	205	a) Reaktive Informationsweitergabe	222
c) Allgemeines Informationszugangszugangsrecht	206	b) Proaktive Informationsweitergabe	224
d) Besonderes Informationszugangszugangsrecht (insbesondere UIG)	209	4. Rechtmäßigkeitsanforderungen	226
3. Proaktive Informationsweitergabe	211	a) Grundrechtsrelevanz und Gesetzesvorbehalt	226
a) Transparenzgesetze der Länder	211	b) Konkrete Anforderungen	228
b) Open-Data-Regelung des Bundes (§ 12a EGovG)	215	V. Gestaltungsprinzipien	229
4. Übergreifende Bedeutung des Informationsweiterwendungsgesetzes (IWG)	216	1. Überblick	229
		2. Datenjournalisten: Multiplikatoren oder Filter staatlicher Selbstdarstellung?	229

* Der Verf., LL.M. (Columbia), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München; E-Mail: heiko.richter@ip.mpg.de.

3. Einzelne Gestaltungsprinzipien und Umsetzungsmöglichkeiten	230	d) Wettbewerbskräfte als Korrektiv berücksichtigen	232
a) Selektionsmöglichkeiten und Formate bewusst definieren	230	e) Informationshaftung gezielt und behutsam einsetzen	232
b) Verbindlichkeit schaffen	231	f) Evaluationen und Berichte präzisieren	234
c) Gleichlauf zwischen reaktiver und proaktiver Weitergabe herstellen	231	VI. Ausblick	234

Abstract

In der Presselandschaft entwickelt sich der Datenjournalismus mittlerweile von einer Randerscheinung hin zu einer festen redaktionellen Größe. Entsprechend wächst seine Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung. „Datenjournalismus“ erfasst sowohl Rechercheansätze als auch Veröffentlichungsformen, bei denen Datensätze im Mittelpunkt stehen. Eine wichtige Datenquelle bilden dabei Informationen der öffentlichen Hand. Allerdings kann die öffentliche Hand ihrerseits die Weitergabe von Informationen als strategisches Instrument zur Selbstdarstellung begreifen und auf diesem Weg die öffentliche Meinung ebenso breitenwirksam wie subtil prägen. Der Datenjournalismus befindet sich dann in der ambivalenten Rolle, sowohl als Mittler als auch als Wachhund in Bezug auf solche Informationen zu fungieren. Dieser Beitrag untersucht, welche Möglichkeiten der öffentlichen Hand eröffnet sind, sich durch die digitale Informationsweitergabe selbstdarzustellen. Dafür analysiert er den geltenden Rechtsrahmen mit besonderem Blick auf den Datenjournalismus. Berücksichtigt werden dabei auch Wirkzusammenhänge und empirische Befunde. Auf Grundlage der Analyse formuliert der Beitrag Gestaltungsprinzipien, nach denen sich der Rechtsrahmen für die Informationsweitergabe der öffentlichen Hand fortentwickeln lässt. Diese Prinzipien sollen letztlich dazu beitragen, die für die Demokratie unabdingbare Meinungsvielfalt in einer zunehmend datengetriebenen Gesellschaft zu gewährleisten.

I. Einleitung

1. Ausgangssituation

In Deutschland steht der Datenjournalismus noch am Anfang – das gilt für seine tatsächliche Durchdringung der Presselandschaft ebenso wie für seine theoretische Aufarbeitung durch die Rechtswissenschaft. Mittlerweile aber scheint sich der Datenjournalismus von einer kreativen Randerscheinung zu einem redaktionellen Dauerbestandteil zu verfestigen. Dabei birgt er das Potenzial, eine **tragende Funktion** für die öffentliche Meinungsbildung zu übernehmen und den gesellschaftlichen Diskurs breitenwirksam zu prägen. Schon des-

halb bestehen gute Gründe, dem Datenjournalismus frühzeitig rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit zu widmen.

Über die zukünftige Entwicklung des Datenjournalismus entscheiden grundsätzlich **Marktkräfte**: Datenjournalisten stehen – wie alle Pressevertreter – miteinander im Wettbewerb. Gerade durch die Umsetzung innovativer medialer Formate können sie dem Leser einen Mehrwert bieten, der sich in Wettbewerbsvorteile übersetzt. Wesentliche Voraussetzung dafür ist die Verfügbarkeit tauglicher Daten, wobei gerade Informationen der öffentlichen Hand in digitaler Form besonders wichtig sind. Ihre Auswahl, Qualität und Nutzbarkeit bestimmt letztlich über Marktchancen und somit über journalistische Innovationen.

Jenseits dieser anerkannten Funktionslogik der dynamischen Effizienz von Informationsmärkten kennzeichnet den Datenjournalismus angesichts der systemischen Bedeutung der Presse, dass er auf die **öffentliche Meinungsbildung** einwirkt. So betrachtet übernehmen Datenjournalisten eine Mittlerrolle, weil sie die Daten der öffentlichen Hand dem Leser und somit dem Bürger vermitteln, und zwar durch Aufarbeitung, Darstellung und Interpretation. Inwiefern das gelingt, hängt davon ab, über welche Informationsgegenstände und in welchen Formaten die öffentliche Hand ihre Daten an die Presse weitergibt. Die Bereitstellung der Daten und ihr Weiterverwendbarkeitsgrad entscheiden somit letztlich über das demokratiesichernde Potenzial des Datenjournalismus.

Doch blickt man auf diesen Funktionszusammenhang aus der Gegenperspektive des Staates, so kann die öffentliche Hand ihrerseits die Bereitstellung von Datensätzen zur **medialen Selbstdarstellung** nutzen und dafür Datenjournalisten gewissermaßen instrumentalisieren. Solche Selbstdarstellungsstrategien ermöglichen dem Staat eine gesellschaftliche Steuerung, deren Stoßrichtung und Stärke davon abhängt, welche Daten in welcher Qualität aus welchen Erwägungen heraus an Datenjournalisten weitergegeben werden.

Offenbar wird somit das **Spannungsfeld**, in dem sich der Datenjournalismus bewegt: Er nimmt die Position ein, einerseits die Informationen des Staates zu vermitteln, andererseits aber auch das Staatshandeln selbst im öffentlichen Diskurs zu kritisieren. Entsprechend befindet er sich in einer ambivalenten Rolle als Mittler und Wachhund, oder anders formuliert: zwischen potenziellem Multiplikator und effektivem Filter staatlicher Selbstdarstellung. Um in dieser Gemengelage Meinungsvielfalt zu gewährleisten, muss der Rechtsrahmen die aufeinandertreffenden Interessen zum Ausgleich bringen.

2. Ziel und Gang der Untersuchung

Ziel der Untersuchung ist zu ermitteln, welche Spielräume staatlicher Selbstdarstellung im Rahmen der digitalen Informationsweitergabe bestehen. Dies geschieht mit besonderem Blick auf den Datenjournalismus und soll ermöglichen, rechtliche Gestaltungsprinzipien zu formulieren, nach denen sich der Ordnungsrahmen für die staatliche Informationsweitergabe interessengerecht fortentwickeln lässt.

Zu diesem Zweck beginnt der **Gang der Untersuchung** mit einer begrifflichen Justierung des Datenjournalismus, der Informationen der öffentlichen Hand und digitaler Forma-

te (unter II.). Sodann wird der geltende Rechtsrahmen für die Weitergabe von Informationen der öffentlichen Hand erörtert, insbesondere an Journalisten und unter besonderer Berücksichtigung des Datenformats (unter III.). Im Anschluss nimmt die Analyse die Gegenperspektive des Staates ein und systematisiert die bestehenden Spielräume zur staatlichen Selbstdarstellung im Rahmen der Informationsweitergabe (unter IV.). Der Befund erlaubt, schließlich Möglichkeiten zur Fortgestaltung des Rechtsrahmens zu diskutieren, die letztlich in sechs Gestaltungsprinzipien münden (unter V.). Die Untersuchung endet mit einem Ausblick (unter VI.)

II. Datenjournalismus und Informationsformate der öffentlichen Hand

1. Datenjournalismus

Mittlerweile hat auch in Deutschland der **Datenjournalismus** (auch: „daten-getriebener Journalismus“)¹ Einzug in die Redaktionen und die journalistische Ausbildung erhalten.² Datenjournalisten nehmen Datensätze als Ausgangsbasis für ihre tägliche journalistische Arbeit. Treiber sind der technische Fortschritt bei der Speicherung, Übermittlung und Darstellung von Daten, die gestiegene Rechenleistung, sowie die bessere Verfügbarkeit von Datensätzen. Dieser immense Entwicklungsschub stellt schlagartig höhere Anforderungen an die Fähigkeiten von Journalisten in ihren Umgang mit Daten.³ Das Berufsbild des Datenjournalisten weist insofern etliche Parallelen mit dem von Datenwissenschaftlern auf, nur dass Datenjournalisten in einem anderen Funktionskontext, nämlich dem der Presse und nicht der Wissenschaft agieren.⁴

Das keinesfalls fest definierte Sujet des Datenjournalismus erfasst **sowohl datenbezogene Rechercheansätze als auch datenbezogene Veröffentlichungsformen**. Ausprägungen sind verschieden und Übergänge fließend. Die Redaktionen setzen in der Praxis verschiedene Schwerpunkte. Auf Rechercheseite steht insbesondere der datengestützte Investigativjournalismus, der Datensätze zur Grundlage der Recherche nimmt. Er wird bereits seit den 1970er Jahren in Gestalt des „computer aided reporting“ (CAR)⁵ betrieben. Allerdings hat die jüngere technologische Entwicklung hier ganz neue Möglichkeiten eröffnet. Auf

1 Hierbei handelt es sich um eine Übersetzung des englischen Begriffs „data-driven journalism“.

2 Grundlegend zum Entwicklungsstand insofern *Gray/Bounegru* (Hrsg.), *The Data Journalism Handbook 2*, Beta-Version, abrufbar unter: <https://datajournalismhandbook.org/>.

3 Vgl. *Stoneman*, *Does Open Data Need Journalism?*, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 4.

4 Vgl. insofern das 2015 ausgeschriebene Projekt „Wissenschaft und Datenjournalismus“ der Volkswagenstiftung. Näheres abrufbar unter: <https://www.volkswagenstiftung.de/aktuelles-presse/journal/wissenschaft-und-datenjournalismus>.

5 Vgl. zum „computer assisted- und precision journalism“ *Bounegru*, in: *Gray/Bounegru/Chambers* (Hrsg.), *The Data Journalism Handbook*, 1. Aufl. 2012, S. 18 f.

Veröffentlichungsseite stehen beim Datenjournalismus die Daten selbst im Mittelpunkt des medialen Formats.⁶ Das umfasst die Visualisierung von Daten ebenso wie Interaktionsformate mit dem Leser.⁷ Gerade das multimediale, interaktive „Storytelling“ ermöglicht mittlerweile einen direkten Zugriff auf die Datenbanken bei der Präsentation.⁸ Dabei kann der Leser die Darstellung selbst anpassen. Gängig ist etwa die Interaktion mit Kartenmaterial,⁹ aber etwa auch das Nachvollziehen von Flüchtlingsströmen¹⁰ oder die interaktive Analyse von Fußballspielen¹¹ stellen datenjournalistische Veröffentlichungsformen dar. Zunehmend bieten Datenjournalisten auch ihre Datensätze direkt zum Download an.¹² Spätestens dann avanciert der konventionelle Leser zum „Datennutzer“.

Tätigkeit und Möglichkeiten von Datenjournalisten richten sich nach den **Quellen**, aus denen sie Daten beziehen können. Das Quellenspektrum ist denkbar weit.¹³ Journalisten können selbst Daten sammeln, sei es durch Umfragen oder durch das technische Mittel des Scrapings.¹⁴ Beim Investigativjournalismus ist der Bezug großer Datenmengen über vertrauliche Quellen bzw. „Leaks“ gängig. Eine weitere Möglichkeit besteht im Crowdsourcing, also in der Sammlung von Daten durch medialen Aufruf.¹⁵ Überdies können Datenjournalisten auf Datenveröffentlichungen Privater (z.B. Unternehmen oder Verbände) zu-

6 Vgl. *Bounegru*, in: Gray/Bounegru/Chambers (Hrsg.), *The Data Journalism Handbook*, 1. Aufl. 2012, S. 21; Anwendungsbeispiele finden sich etwa unter <https://www.europeandataportal.eu/en/highlights/data-driven-journalism> und <http://katalog.datenjournalismus.net/#/>.

7 Vgl. *Matzat*, *Datenjournalismus*, Artikel der Bundeszentrale für politische Bildung vom 26.10.2011, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/opendata/64069/datenjournalismus>; *Stoneman*, *Does Open Data Need Journalism?*, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 17.

8 Vgl. *Matzat*, *Datenjournalismus*, Artikel der Bundeszentrale für politische Bildung vom 26.10.2011, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/opendata/64069/datenjournalismus>.

9 Beispielsweise eine interaktive Lärmkarte für Berlin der Morgenpost, abrufbar unter: <https://interaktiv.morgenpost.de/laermkarte-berlin>.

10 Abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/2016-04/fluechtlingsrouten-europa-mittelmeer>.

11 So etwa der Spielerindex „SPIX“ des Spiegels, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/sport/fussball/bundesliga-noten-das-ist-der-spieler-index-von-spiegel-online-a-1162193.html#/>.

12 Vgl. *Matzat*, *Datenjournalismus*, Artikel der Bundeszentrale für politische Bildung vom 26.10.2011, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/gesellschaft/medien/opendata/64069/datenjournalismus>.

13 Pointiert provokant insofern der soziologische Befund von *Tomalin*, zitiert nach *Garton Ash*, *Redefreiheit*, 2016, S. 308, wonach „die Informationsbeschaffung für Zeitungen fast immer mit Arglist, Betrug, Erniedrigung, Lüge, Beschiss, und einem gesunden Ausmaß schlichter Kriminalität verbunden ist“. Zur entsprechenden rechtlichen Grenzziehung *Hanna/Dodd*, *McNae's Essential Law for Journalists*, 24. Aufl. 2018.

14 Vgl. zu den zahlreichen Rechtsproblemen des Scrapings von *Schönfeld*, *Screen Scraping und Informationsfreiheit*, 2018.

15 So etwa die Analyse der Daten von „Open Schufa“ durch den Bayerischen Rundfunk und den Spiegel, vgl. <https://web.br.de/interaktiv/erhoehtes-risiko/>.

rückgreifen. Schließlich – und im Folgenden Untersuchungsgegenstand – können Datenjournalisten Daten von der öffentlichen Hand beziehen.

2. Informationen der öffentlichen Hand

Informationen öffentlicher Stellen bilden einen wichtigen Treiber für die Entwicklung der Datenwirtschaft. Sie sind ebenfalls ein Schlüsselrohstoff des Datenjournalismus. **Datensätze der öffentlichen Hand** gelten als besonders vollständig, qualitativ hochwertig und integer. Beispiele bilden etwa Vermessungsdatensätze von Geoämtern, Register, Gerichtsentscheidungen, Statistiken, Wetterdaten oder Fahrpläne. Bereits seit dem Ende der 1990er Jahre wirkt die EU darauf hin, dass die öffentliche Hand solche Datensätze der Allgemeinheit zur möglichst ungehinderten Weiterverwendung bereitstellt.¹⁶ Grundsätzlich ist der Informationsbestand der öffentlichen Hand denkbar weit gefasst, wenn man hierunter alle Informationen versteht, die bei öffentlichen Stellen gespeichert sind.

Offenbleiben kann hier eine genauere Definition der „**öffentlichen Hand**“. Denn das Informationsrecht knüpft an unterschiedlich weite Definitionen an, etwa wenn es ausdrücklich die unmittelbare Verwaltung adressiert, einem funktionalen Behördenbegriff folgt, öffentliche Stellen designiert oder ausdrücklich auch öffentliche Unternehmen einschließt.¹⁷ Allen der öffentlichen Hand zuzuschreibenden Einrichtungen ist aber gemein, dass sie öffentliche Aufgaben erfüllen und somit eine Staatsnähe aufweisen. Gleichzeitig mögen sie aber auch Eigeninteressen verfolgen. Infolgedessen werden Pressevertreter mit Selbstdarstellungsstrategien und -handlungen des Staates konfrontiert, wenn sie Informationen von der öffentlichen Hand beziehen. Hierfür soll der Blick im Folgenden geschärft sein, insbesondere was die Formatwahl durch die öffentliche Hand anbelangt.

3. Formate

Der **Formatbegriff** im weiteren Sinne betrifft die Verkörperung von Daten nach verschiedensten Speichermedien – so etwa die Papierakte, die Skulptur in einer Museumssammlung, die Speicherung von Dateien auf CD-ROM oder auf einem Server.¹⁸ Allerdings grenzt schon der Untersuchungsgegenstand des Datenjournalismus den Blick auf digital kodierte Daten ein. Das ist streng genommen nicht deckungsgleich mit dem gängigen Rechtsbegriff des „maschinenlesbaren Formats“. Denn auch eine Lochkarte oder ein ausgefüllter

¹⁶ Vgl. zum Hintergrund *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, Einl Rn. 4 ff.

¹⁷ § 12a Abs. 1 EGovG bezieht sich ausdrücklich auf Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung; einem funktionalen Behördenbegriff folgt § 1 Abs. 1 S. 2 IFG; das IWG knüpft gem. § 2 Nr. 1 an öffentliche Stellen an; das UIG bezieht sich gem. § 2 Abs. 1 auf „informationspflichtige Stellen“; mittlerweile schließt die PSI-Richtlinie ausdrücklich öffentliche Unternehmen ein, vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b, Art. 2 Abs. 3 PSI-Richtlinie(neu).

¹⁸ Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 39.

Multiple-Choice-Bogen können von Maschinen mit Hilfe von Software ausgelesen werden.¹⁹

Je nachdem, in welcher Form die Daten digital kodiert sind, bestehen Unterschiede im Hinblick auf den Grad der (automatisierten) Auswertbarkeit²⁰ und somit auch die Möglichkeiten zur Weiterverwendung. Der **Strukturierungsgrad** bestimmt maßgeblich die Auswertbarkeit und Verknüpfbarkeit von Daten. Strukturierte Daten folgen einem festen Schema und werden (bei relationalen Datenbanken) in Tabellen definiert. Das Gegenteil gilt für unstrukturierte Daten, wie etwa bloße Texte, Bild- oder Musikdateien. Dazwischen stehen semi-strukturierte Daten, die einer gewissen Struktur folgen, sich aber nicht von vornherein in ein festes Schema einfügen lassen. Ein höherer Strukturierungsgrad kann die Weiterverarbeitung und Suchmöglichkeiten erleichtern; allerdings ist zu beachten, dass die Strukturierung den Daten auch eine gewisse Anpassungsflexibilität nimmt. Gleichzeitig erlauben die Möglichkeiten der Strukturierung der modernen Verwaltung neue Verwendungsmöglichkeiten und wirken sich auch auf Verwaltungsabläufe aus.²¹

Grundsätzlich ermöglichen fortgeschrittene technische Möglichkeiten der Datenorganisation, Daten **zunehmend automatisiert zu strukturieren**. So lassen sich durch Klassifizierung und Kategorisierung große Mengen semi- oder unstrukturierter Daten (z.B. Facebook-Posts, Tweets, hochgeladene Bilder) in strukturierte Daten überführen – etwa in Form von Tabellen oder relationale Datenbanken. Dadurch werden sie in andere Datenmodelle transferierbar.²² Während etwa das Portable Dokument Format (PDF) nur sehr uneingeschränkt automatisiert auswertbar ist, lassen sich etwa mit Extensible Markup Language (XML), einer grundsätzlichen Sprache zur Beschreibung von Daten in strukturierter Form,²³ Daten (insbesondere Texte und andere Daten) gliedern und formatieren. XML-Dateien sind für Menschen und Maschinen lesbar.

Daten können außerdem in **proprietären oder offenen Dateiformaten** abgelegt sein. Proprietäre Formate können eine Abhängigkeit von Softwareherstellern begründen, so wie etwa die Dateiformate für MS Office Anwendungen DOCX oder XLSX. Einen Grenzfall stellt das Portable Dokument Format (PDF) dar, das zwar proprietär, aber offen dokumentiert ist. Indes existieren eine Reihe offener, d.h. herstellerunabhängiger Formate, so etwa TXT oder RDF für Texte, CSV für Tabellen, PNG für Bilde oder GML für Geodaten.²⁴

19 Vgl. für eine Legaldefinition etwa § 3 Abs. 2 i.V.m. § 2 Nr. 5 IWG, § 12 Abs. 1 S. 2 EGovG; ferner Art. 20 Abs. 1 DSGVO: „Recht, die [...] Daten [...] in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten“, die Auslegung ist allerdings im Einzelnen umstritten, siehe *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 20.

20 Vgl. *Lederer*, Open Data, 2015, S. 244; *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 156.

21 Vgl. *Prell*, NVwZ 2018, 1255 (1257): Möglichkeit der Verknüpfung von Daten und der automatisierten Verarbeitung zu ganz unterschiedlichen Zwecken.

22 Vgl. *Kitchin*, The Data Revolution, 2014, S. 5 f.

23 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 159.

24 Vgl. Auflistung bei *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 161.

Offene Formate werden gefördert, um Plattformabhängigkeit zu vermeiden und dadurch eine weitmögliche Weiterverwendung zu ermöglichen.²⁵

III. Rechtlicher Rahmen staatlicher Informationsweitergabe

1. Überblick

Im Folgenden richtet sich der Blick auf den **rechtlichen Rahmen für die Weitergabe von Informationen der öffentlichen Hand**, insbesondere an Datenjournalisten. Im Mittelpunkt stehen Vorgaben und Möglichkeiten zur Wahl von Formaten sowie der damit verbundene Selbstdarstellungsspielraum auf Seiten des Staates. Grundsätzlich lässt sich zwischen reaktiver und proaktiver Informationsweitergabe²⁶ unterscheiden: Die reaktive Informationsweitergabe betrifft die Bereitstellung von Informationen durch den Staat auf Anfrage (unter 1.). Demgegenüber betrifft die proaktive Informationsweitergabe die unaufgeforderte Veröffentlichung von Informationen, insbesondere auch Datensätze, durch die öffentliche Hand (unter 2.). Das Hauptaugenmerk gilt den Transparenzgesetzen der Länder sowie der Open-Data-Regelung des § 12a EGovG. Sowohl für die reaktive als auch für die proaktive Informationsweitergabe kann das Informationsweiterverwendungsrecht relevant werden (unter 3.). Dieses ist in Deutschland im IWG verankert und normiert u.a. Sonderregelungen für die Formatwahl.

2. Reaktive Informationsweitergabe

a) Presserechtlicher Informationsanspruch

Für die reaktive Informationsweitergabe durch den Staat hält die Rechtsordnung Sonderregelungen zugunsten von Journalisten bereit. Diese sog. **presserechtlichen Informationsansprüche**²⁷ gewähren ihnen ein Recht gegenüber Behörden auf Auskunftserteilung. Der dadurch eröffnete Informationszugang soll Journalisten ermöglichen, die Öffentlichkeit umfassend und wahrheitsgetreu zu unterrichten und so ihre in der freiheitlichen Demokratie zukommende, meinungsbildende Funktion wirksam wahrnehmen zu können.²⁸ Diese

25 Zur Wettbewerbsrelevanz *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 160.

26 *I. Augsburg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 200, unterscheidet zwischen „aktiver“ und „reaktiver“ staatlicher Informationstätigkeit; *Schoch*, AfP 2010, 313 (315), unterscheidet zwischen „aktiver“ und „passiver“ Informationstätigkeit; zur Systematik der proaktiven Informationsweitergabe *K. v. Lewinski*, in: Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker (Hrsg.), Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Verwertung, 2016, S. 437 ff.

27 Die Landesgesetze verwenden unterschiedliche Begrifflichkeiten, z.B. „Informationsrecht“ (§ 4 PresseG BW), „Auskunftsrecht“ (Art. 4 BayPrG), „Informationsanspruch“ (§ 5 BbgPG).

28 BVerfG NJW 1979, 1400; BVerfG NVwZ 2016, 50 (51); hierzu *Schnabel*, NVwZ 2012, 854 (855); zur demokratiekonstituierenden Bedeutung der Pressfreiheit *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 31 ff.

Zwecksetzung erklärt, dass sich der Kreis der Berechtigten auf Pressevertreter beschränkt und die Information der Presseberichterstattung dienen muss.²⁹ Die Informationsansprüche regeln die Landespressegesetze im Detail.³⁰ Allerdings gelten diese nach Ansicht des BVerwG mangels Gesetzgebungskompetenz der Länder nicht gegenüber Bundesbehörden, sodass hierfür mangels Bundespressegesetzes verfassungsunmittelbar auf den Mindeststandard des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zurückzugreifen sei.³¹

Die Pressegesetze formulieren die Informationsansprüche generalklauselartig, und die Rechtsprechung formt diese aus.³² Weitgehend herrscht Einigkeit darüber, dass sich die Ansprüche allein auf bei den Behörden **vorhandene Informationen** beziehen und die Behörde nicht zur Beschaffung oder Erstellung neuer Informationen verpflichtet.³³ Das schließt aber nicht aus, dass das Informationsbegehren einen gewissen Rechercheaufwand bedingt.³⁴ Der Informationsanspruch greift durch, wenn keine gesetzlich normierten Ausnahmen vorliegen.³⁵ Behörden müssen dann die Informationen zeitnah und meistens auch kostenlos³⁶ bereitstellen.

Die **konkrete Form der Auskunftserteilung** liegt im Ermessen der Behörde.³⁷ Im Unterschied zur Akteneinsicht beschränkt sich die Auskunft auf einen mittelbaren Informationszugang. Der Journalist kann daher nicht die Wahrnehmung der Informationsquelle selbst (z.B. Akteninhalt oder eine Datenbank) beanspruchen, sondern er ist auf die Vermittlung durch die Behörde angewiesen. Die Auskunft kann mündlich, schriftlich oder elektronisch erfolgen. Gängig sind etwa die telefonische Auskunft, die schriftliche Beantwortung eines Interviews oder die Zusammenfassung eines Akteninhalts sowie das Abhalten einer Pressekonferenz oder die Veröffentlichung einer Pressemitteilung. Das Ermessen über die konkrete

29 Vgl. zur schwierigen Abgrenzung der reinen Verbesserung wettbewerblicher Chancen *Burkhardt*, in: Löffler, *Presserecht*, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 85.

30 § 4 PrG BW; Art. 4 BayPrG; § 4 BlnPrG; § 5 BbgPrG; § 4 BremPrG; § 4 HmbPrG; § 3 HessPrG; § 4 PrG MV; § 4 NdsPrG; § 4 PrG NRW; § 6 LMG RhPf; § 5 SMG; § 4 SächsPrG; § 4 LSA PrG; § 4 PrG SH; § 4 ThürPrG.

31 BVerwG NVwZ 2013, 1006; bestätigt etwa in NVwZ 2016, 1020 (Rn. 13 ff.); NVwZ 2017, 1862; NVwZ 2018, 902; offengelassen indes in BVerfG NVwZ 2016, 50.

32 Vgl. *Schnabel*, NVwZ 2012, 854.

33 Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 50 (Rn. 15) m.w.N.; *Söder*, in: BeckOK BayPrG, 23. Edition, Art. 4 Rn. 14; vgl. auch *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 10.

34 *Söder*, in: BeckOK BayPrG, 23. Edition, Art. 4 Rn. 14; insofern auch kritisch *Kindler*, Anm. zu BVerfG NVwZ 2016, 50 (52). Letztlich sind die Übergänge fließend, vgl. *Fiedler*, in: BeckOK NPresseG, 23. Edition, § 4 Rn. 23.

35 Vgl. etwa § 4 Abs. 2 PresseG BW; Art. 4 Abs. 2 BayPrG, § 5 Abs. 2 BbgPG.

36 Allenfalls Kosten der Übermittlung nach den entsprechenden Gebührenordnungen, vgl. *Soppe*, in: BeckOK HessPrG, 23. Edition, § 3 Rn. 23 f.

37 So bereits BVerwG DVBl 1966, 575.

te Form der Auskunft räumt der Behörde letztlich eine beträchtliche Selektionsmöglichkeit ein.³⁸

Die Gerichte haben diskutiert, inwiefern sich der Auskunftsanspruch zu einem **Anspruch auf Einsicht in Akten und zur Anfertigung und Übermittlung von Kopien** „verdichten“ kann.³⁹ So entschied das BVerwG im Jahr 2013 über die Klage des Chefreporters der Bild-Zeitung gegen den BND, u.a. Akten zur Barschel-Affäre einzusehen. Anhand des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs für die Presse gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG skizzierte das Gericht die Voraussetzungen. Letztlich gelangte es aber zu dem Schluss, dass die Auskunftspflicht in aller Regel nicht so weit reiche, dass die Behörden Akten zur Einsicht und zur Anfertigung von Kopien vorlegen müssten.⁴⁰ Zwei Jahre später entschied das BVerfG in einem Eilverfahren über das Begehren der Handelsblatt-Verlagsgruppe, vom Freistaat Thüringen eine anonymisierte Strafurteilsabschrift zugesendet zu bekommen. Zu befassen hatte sich das BVerfG mit der Verfassungskonformität der Anwendung des hier relevanten § 4 ThürPrG, als mit einer für die Landespressegesetze prototypischen Auskunftspflicht. Das BVerfG formulierte knapp, dass das Presserecht grundsätzlich keinen Anspruch auf Einsicht in Behördenakten vorsehe,⁴¹ ohne dabei aber näher auf die besagte Rechtsprechung des BVerwG oder der Instanzgerichte einzugehen. Letztlich gab das BVerfG der Beschwerdeführerin Recht, doch begründete es dies ausdrücklich mit den Besonderheiten von Gerichtsentscheidungen.⁴² Nicht viel gewinnen lässt sich also zur entscheidenden Frage, wann sich der Auskunftsanspruch zu einem Anspruch auf Akteneinsicht „verdichtet“.

Auch die **Instanzrechtsprechung** gibt hierzu wenig Konkretes an die Hand. Kanonartig bemüht sie zwar die Formel, dass ein Anspruch der Presse auf Akteneinsicht bzw. Zurverfügungstellung von Kopien denkbar sei, wenn sich hierauf das behördliche Auswahlermessen vollständig reduziere; tatsächlich aber lehnten die Gerichte eine solche Ermessensreduzierung bislang ganz überwiegend ab,⁴³ wenn auch häufig ohne nachvollziehbare Be-

38 Vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 255. Auch bestehen „Filtereffekte“ durch „das Verständnis der Behörde vom Antragsbegehren und vom eigenen Verwaltungsvorgang“, vgl. *Brink*, in: *Brink/Polenz/Blatt*, IFG, 1. Aufl. 2017, § 1 Rn. 107.

39 Zurecht kritisch in Bezug auf die Rechtsprechung zur „Verdichtung“ *Schoch AfP* 2010, 313 (318).

40 BVerwG NJW 2014, 1126 (Rn. 23).

41 BVerfG NJW 2015, 3708 (Rn. 19).

42 BVerfG NJW 2015, 3708 (Rn. 20 ff.).

43 VG Dresden, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 L 42/09, BeckRS 2009, 33677; VG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 265 (266) – Akten Loveparade; VG Berlin, Beschl. v. 2.9.2013 – VG 27 L 217/13, BeckRS 2013, 55360 – Einsicht zu Akten in Doping-Studie; VG Berlin ZUM-RD 2014, 603 (606) – Aufsichtsratsprotokolle aus der Beteiligungsverwaltung von Bund und Ländern; OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2014, 1177 (bereits mit Verweis auf BVerwG NJW 2014, 1126); abgelehnt mangels hinreichender Darlegung: OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2015, 1229 – Zugang zu Unterlagen des Aufsichtsrates des Flughafens BER; ausnahmsweise anerkannt indes VG Cottbus, Beschl. v. 15.1.2002 – 1 L 783/01, BeckRS 2002, 11195.

gründung.⁴⁴ Eine Maßgabe für Kriterien einer Ermessensreduzierung bietet das VG Cottbus, wonach Akteneinsicht zu gewähren sei, wenn nur auf diesem Wege eine vollständige und wahrheitsgemäße Auskunft erteilt werden könne.⁴⁵ Im zugrundeliegenden Fall beantragte eine Lokalreporterin Einsicht in ein Gutachten, um Organisationsstrukturen der Feuerwehr und eines Bauhofs zu untersuchen. Nach Ansicht des Gerichts könne eine sachgerechte Auseinandersetzung mit einem Gutachten in Form einer kritischen Würdigung nur in Kenntnis des vollständigen Gutachtens erfolgen. Nur wer das Informationsinteresse der Presse stark gewichtet, kommt – so wie auch hier ausnahmsweise das VG Cottbus – zu dem Schluss, die Anforderungen an eine Ermessensreduzierung „nicht zu hoch“ anzusetzen.⁴⁶

Ungewiss bleibt daher, inwiefern sich der presserechtliche Auskunftsanspruch für datenjournalistische Zwecke mit dem Ziel der Übermittlung von Datensätzen effektuieren ließe. Die restriktive Linie der Rechtsprechung lässt einen über die materiellen Abwägungsmaßstäbe ebenso **im Unklaren** wie über jene Maßstäbe zur Feststellung der abwägungsrelevanten Belange. Ferner ist der Schwellenverlauf zur Ermessensreduzierung nicht eindeutig definiert und – wie das BVerfG-Urteil in Bezug auf Gerichtsentscheidungen zeigt – kontextabhängig. Außerdem hat sich die Rechtsprechung bislang noch nicht mit einem presserechtlichen Auskunftsanspruch auseinandersetzen müssen, der die Übermittlung von Datensätzen zum Gegenstand hatte. Jedenfalls müssten Journalisten hierzu genau formulieren, warum sich das Auskunftsbegehren nun auf bestimmte Datensätze bezieht und allein die Übermittlung eben dieser Datensätze (in ihrer Gesamtheit) eine „vollständige und wahrheitsgemäße Auskunft“ darstellen würde. Dass die Gerichte sich hier überzeugen lassen, erscheint zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, aber letztlich doch unwahrscheinlich.

Rechtspolitisch denkbar wäre eine Weiterentwicklung der Auskunftsrechte zugunsten neuer, datengetriebener Formen des Journalismus. Insbesondere konzentriert sich die Debatte seit dem Urteil des BVerwG 2013 auf den Erlass eines Presseauskunftsrechts auf Bundesebene.⁴⁷ So sieht ein jüngerer Gesetzesentwurf vor, dass sich die Art der Auskunft der Presse gegenüber Bundesbehörden nach dem Informationsfreiheitsrecht, insbesondere nach

44 So die Einschätzung von *Schnabel*, in: BeckOK HmbPrG, 23. Edition, § 4 Rn. 10. Häufig erfolgt die Ablehnung wegen unzureichender Darlegung.

45 VG Cottbus, Beschl. v. 15.1.2002 – 1 L 783/01, BeckRS 2002, 11195: Eine Lokalreporterin beantragte Einsicht in ein Gutachten, um Organisationsstrukturen der Feuerwehr und eines Bauhofs zu untersuchen; auf die Formel greift auch das VG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 265 (266) – Akten Loveparade, zurück; ferner hierzu *Burkhardt*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 91 ff. Außerdem bereits VG Hannover AfP 1984, 60. Zu dem Problemkomplex auch *Raabe*, Informations- und Auskunftspflichten der öffentlichen Hand gegenüber der Presse, 2010, S. 117.

46 Vgl. *Söder*, in: BeckOK BayPrG, 23. Edition, Art. 4 Rn. 13a.

47 Vgl. bereits Entwurf der Fraktion der SPD vom 26.2.2013 über ein „Gesetz zur Auskunftspflicht von Bundesbehörden gegenüber der Presse (Presseauskunftsgesetz)“, BT-Drs. 17/12484; nunmehr Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD, 19. Legislaturperiode, Z. 669 f.: „Wir bekennen uns zur Medien- und Pressefreiheit: Stärkung von Berufsgeheimnis und Auskunftsrechten.“

§ 1 Abs. 2 IFG, richten solle.⁴⁸ Dadurch würde auch ein Akteneinsichtsrecht ausdrücklich normiert, und zwar mit der Begründung, dass die Medien wachsende Sorgfaltspflichten träfen und ein Akteneinsichtsrecht den gebotenen Beleg ihrer Recherche erleichtere.⁴⁹ Inwiefern eine Orientierung an § 1 Abs. 2 IFG Journalisten gegenüber Behörden auch ein Recht auf Übermittlung von Datensätzen vermitteln würde, richtet sich nach der noch zu untersuchenden Auslegung der Informationsfreiheitsregelungen.

b) *Auskunftsanspruch nach Artikel 10 EMRK*

Unter gewissen Voraussetzungen kann Art. 10 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Zugang zu staatlichen Informationen vermitteln.⁵⁰ Das gilt allerdings nur, „wenn der Zugang zur Information für die Ausübung des Rechts auf Freiheit der Meinungsäußerung unabdingbar ist [...] und wenn die Ablehnung des Zugangs ein Eingriff in die Ausübung dieses Rechts ist“.⁵¹ Ferner sind die Grenzen von Auskunftsansprüchen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 10 Abs. 2 EMRK („in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“) zu messen. Maßgeblich ist stets eine Prüfung im **Einzelfall**.⁵² Der EGMR untersucht dafür insbesondere auch das Ziel der Informationsanfrage und die Art der erbetenen Information, um das notwendige öffentliche Interesse zu ermitteln.⁵³ Dabei kann sich auf Art. 10 Abs. 1 EMRK speziell derjenige berufen, der eine Funktion als „public watchdog“ ausübt.⁵⁴ Dies wurde bei Journalisten regelmäßig aufgrund ihrer Funktion für die öffentliche Meinungsbildung angenommen.⁵⁵

In **Deutschland** sah das BVerwG bei Rügen von Journalisten nach Art. 10 EMRK regelmäßig keine Anhaltspunkte dafür, dass „die nach innerstaatlichem Recht bestehenden Grenzen des verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruchs bei Beachtung des den Konventionsstaaten zuzubilligenden Beurteilungsspielraums den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht genügt[en]“.⁵⁶ Auch die Literatur vertritt die Auffassung, dass sich aus Art. 10 Abs. 1 EMRK keine Pflicht für staatliche Stellen ableiten ließe, Informatio-

48 Entwurf der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN vom 26.9.2018 über ein „Gesetz zum Auskunftsrecht der Presse gegenüber Bundesbehörden (Presseauskunftsgesetz)“, BT-Drs. 19/4572 (neu), S. 3.

49 Vgl. BT-Drs. 19/4572 (neu), S. 6.

50 EGMR (Große Kammer) NVwZ 2017, 1843 (Rn. 149) – Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn; vgl. zur Rechtsprechung nach der EMRK *Wirtz/Brink*, NVwZ 2015, 1166 (1171 f.); ferner *Engelbrecht*, ZD 2018, 108.

51 EGMR (Große Kammer) NVwZ 2017, 1843 (Rn. 156) – Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn.

52 EGMR (Große Kammer) NVwZ 2017, 1843 (Rn. 157) – Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn.

53 EGMR (Große Kammer) NVwZ 2017, 1843 (Rn. 164) – Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn.

54 Vgl. EGMR, Urt. v. 25.6.2013 – 48135/06, BeckRS 2014, 82041, Rn. 20.

55 Dies auch in der Regel für Forscher und Nichtregierungsorganisationen anerkennend EGMR (Große Kammer) NVwZ 2017, 1843 (Rn. 164 m.w.N., 168) – Magyar Helsinki Bizottság/Ungarn.

56 BVerwG, Urt. v. 25.10.2018 – 7 C 6.17, BeckRS 2018, 36581, Rn. 18; NVwZ 2016, 1020 (Rn. 29); NVwZ 2017, 1862 (Rn. 45).

nen überhaupt zu sammeln oder sie in einer bestimmten Form zur Verfügung zu stellen, insbesondere, wenn damit ein erheblicher Aufwand verbunden wäre.⁵⁷ Entsprechend unwahrscheinlich erscheint, dass in Deutschland ein Journalist, der nicht an Datensätze von Behörden gelangt, deswegen die Verletzung von Art. 10 EMRK erfolgreich rügen könnte.⁵⁸

c) Allgemeines Informationszugangsrecht

Allgemeine Informationsfreiheitsgesetze normieren ein voraussetzungsloses **Recht für jedermann**, Zugang zu Informationen von Behörden zu erhalten. Ein rechtliches oder besonders geartetes Interesse muss hierfür nicht vorgetragen werden.⁵⁹ Das Zugangsrecht bezieht sich auf sämtliche Informationen, die bei der Behörde vorliegen. Sofern keine (i.d.R. gesetzlich vorgesehenen) Ausnahmen vorliegen, muss die Behörde den Zugang gewähren.⁶⁰ Das Informationsfreiheitsrecht dient der Erhöhung der Transparenz behördlichen Handelns und der Bürgerpartizipation.⁶¹ In Deutschland wurden solche Regelungen vergleichsweise spät eingeführt.⁶² Die Gesetzgebungskompetenz liegt hier grundsätzlich bei den Ländern. Während im Jahr 1998 Brandenburg als erstes Bundesland den Erlass eines Informationsfreiheitsgesetzes beschloss, folgte der Bund 2006. In drei Bundesländern existieren nach wie vor keine allgemeinen Informationsfreiheitsgesetze.⁶³

Die Informationsfreiheitsgesetze gehen bei der Art des Informationszugangs über den bloßen Auskunftsanspruch, wie ihn die Pressegesetze vorsehen, hinaus. Prototypisch eröffnet § 1 Abs. 2 IFG als Arten des Informationszugangs neben der Auskunft auch die **Akteneinsicht und den Informationszugang „in sonstiger Weise“**. Die Akteneinsicht ermöglicht unmittelbaren Zugang zum Informationsbestand, und sie umfasst auch die Erstellung und Zusendung von Kopien durch die Behörde (vgl. § 7 Abs. 4 S. 1 IFG).⁶⁴ Dabei ist die

57 Für den Datenjournalismus hat das Urteil des EGMR (Große Kammer), Urt. v. 27.6.2017, Nr. 931/13 – Satakunnan Markkinapörssi OY and Satamedia OY v. Finland, gewisse Bedeutung. Hier ging es allerdings um die Kollision mit dem Datenschutz im Rahmen der Veröffentlichung personenbezogener Daten der öffentlichen Hand (datenschutzrechtliches Presseprivileg), nicht aber um die Frage des Zugangs zu diesen Daten.

58 Vgl. *Söder*, in: BeckOK BayPrG, 23. Edition, Art. 4 Rn. 14 m.w.N.

59 Vgl. *Scheel*, in: Berger/Partsch/Roth/Scheel, IFG, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 4.

60 Zur Notwendigkeit und Struktur von Ausnahmetatbeständen ausführlich *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Vorb §§ 3-6.

61 Vgl. zu Kontrollfunktion und Partizipationsfunktion *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl Rn. 47 ff.; ferner zur Verortung im Demokratieprinzip *I. Augsburg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 210 f., aber auch zur Kritik des Transparenzideals S. 221 ff.

62 Zur Entwicklung der Informationsfreiheit in ausländischen Rechtsordnungen *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl Rn. 39 ff.

63 Hier spielen kommunale Informationsfreiheitsatzungen eine gewisse Rolle, vgl. dazu *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl Rn. 245 ff.; *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 147 ff.; *Schrader*, BayVBl. 2012, 289.

64 Vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 258.

gesetzgeberische Leitvorstellung der „Papierakte“ veraltet. Mittlerweile ist weitgehend unstrittig, dass auch elektronisch gespeicherte Informationen erfasst sind, sodass sich der Informationszugangsanspruch auch auf den Zugang zu Datenbanken und anderen Dateien einschließlich aller ergänzenden Angaben (z.B. Metainformationen) bezieht, sofern diese bei der Behörde vorliegen.⁶⁵ Als Auffangtatbestand dient der Informationszugang „in sonstiger Weise“. Ihm dürfte in der Praxis eine hohe Bedeutung zukommen, gerade weil die Grenzverläufe inmitten der informationstechnischen Fortentwicklung oft nicht klar sind.⁶⁶ Informationszugang „in sonstiger Weise“ wird besonders dann relevant, wenn die bloße Einsichtnahme oder Schriftform ausscheidet.⁶⁷ In der Übermittlung einer Information per E-Mail wird ein gängiger Anwendungsfall gesehen.⁶⁸

§ 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 IFG räumt – wie auch die Landeszugangsgesetze⁶⁹ – dem Antragsteller ein **Auswahlrecht** zwischen den verschiedenen Arten des Informationszugangs ein. Er kann somit darüber entscheiden, wie er die Informationen rezipieren möchte, was insbesondere auch die Wahl zwischen verschiedenen vorhandenen Dateiformaten betrifft.⁷⁰ In einem Fall, der sich nach dem IFG NRW richtete, hat das OVG NRW bestätigt, dass der Kläger grundsätzlich ein Recht hat, Qualitätsberichte von Krankenhäusern gezielt im XML-Format statt im PDF-Format anzufordern – beide Formate lagen der Behörde vor.⁷¹ Die Behörde ist grundsätzlich an die Auswahl des Antragstellers gebunden.⁷² Sie kann von der getroffenen Wahl nur beim Vorliegen wichtiger Gründe abweichen (§ 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 IFG), so insbesondere, wenn ihr ein deutlich höherer Verwaltungsaufwand entstünde (§ 1 Abs. 2 S. 3 IFG). Welche materiellen Schutzbedürfnisse im Übrigen eine Abweichung erlauben, konkretisiert die Rechtsprechung.⁷³ Der Streit über die Qualitätsberichte von Krankenhäusern illustriert, dass die Anforderungen hier relativ hoch liegen: Das VG Köln anerkannte als Eingangsstanz wichtige Gründe darin, dass das XML-Format (im Gegensatz zum PDF-Format) eine weitgehende Weiterverarbeitung der Qualitätsberichte ermögliche, und infolgedessen verschiedene Gefahren entstünden – namentlich Risiken einer „verzerrenden, entstellenden, verfälschenden oder gar missbräuchlichen Weiterverarbeitung“.⁷⁴ Doch das

65 Vgl. *Brink*, in: *Brink/Polenz/Blatt*, IFG, 1. Aufl. 2017, § 1 Rn. 108; *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 261.

66 Vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 265 f., zum „Übersenden von Kopien“ als Grenzfall zur Akteneinsicht.

67 So *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 265 m.V.a. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/4493, S. 8.

68 Vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 266.

69 So z.B. § 3 Abs. 1 IFG Bln, § 7 Abs. 5 S. 1 LIFG BW, § 5 Abs. 1 IZG-SH.

70 Vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 250, 272.

71 So zu dem Fall erstmals bereits BfDI, Tätigkeitsbericht 2008/2009, Tz. 4.14.3.

72 Hierzu bereits früh zum Anspruch auf Zugang zu Umweltinformationen nach dem Vorbild des § 3 Abs. 2 S. 2 UIG BVerwG NJW 1997, 753.

73 Im Einzelnen *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 275 ff.

74 VG Köln, Urt. v. 31.3.2011 – 13 K 2920/08, BeckRS 2014, 5566.

OVG NRW verwarf die Ansicht des VG Köln und bereitete so dem Kläger den Weg zur Weiterverwendung der XML-Dateien.⁷⁵

Informationsfreiheitsregime bilden eine wichtige Basis für die **tägliche Arbeit von Journalisten**, die neben Rechtsanwälten und Stiftungen die häufigste Gruppe von Antragstellern bilden.⁷⁶ Auch die überwiegende Anzahl aller vom BVerwG in der jüngeren Zeit entschiedenen Fälle über den Zugang zu behördlichen Informationen geht auf Klagen von Journalisten zurück.⁷⁷ Allerdings betrafen alle diese Fälle nicht bestimmte, maschinenlesbare Datenformate, sondern sie hatten allein die Verweigerung einer „konventionellen“ Akteneinsicht zum Gegenstand. Auch sonst sind keine Klagen von Journalisten bekannt, die auf ein bestimmtes Dateiformat abzielten – ganz im Gegensatz zu Klagen von (kommerziellen) Weiterverwendern, die auf Grundlage behördlicher Daten eine Mehrwertleistung anbieten wollten.⁷⁸ Das deutet darauf hin, dass der Datenjournalismus noch am Anfang steht.

Journalisten können **presserechtliche Auskunftsansprüche** und Anträge nach den allgemeinen Informationszugangsgesetzen nebeneinander geltend machen.⁷⁹ Schon die Frage der Zugangsart und somit des Formats unterstreicht, dass das Presserecht nicht als *lex specialis* für die Informationsfreiheitsregime verstanden werden kann.⁸⁰ Während die Informationszugangsregeln zwar mit höheren Kosten oder längeren Antwortfristen verbunden sein können, bieten sie im Vergleich zu den Pressegesetzen aber ein geordnetes Verfahren.⁸¹ Je nach Ausformung des Zugangsrechts bestehen zudem Unterschiede mit Blick auf den Kreis der informationspflichtigen Stellen⁸² und die zulässigen Verweigerungsgründe.

Angesichts der hohen Bedeutung von Informationsfreiheitsgesetzen für Journalisten fällt der abschließende Blick auf die **rechtspolitischen Bestrebungen** zur Einführung eines IFG in denjenigen Ländern, in denen bis heute kein Informationszugangsrecht erlassen

75 OVG Münster, Urt. v. 15.4.2014 – 8 A 1129/11, BeckRS 2014, 51612.

76 Vgl. BT-Drs. 19/3370, S. 1.

77 So BVerwG, Beschl. v. 17.11.2016 – 6 A 3.15, BeckRS 2016, 113717; NVwZ 2017, 485; NVwZ 2017, 1862; ZUM-RD 2018, 524; NVwZ 2018, 1401; Beschl. v. 22.3.2018 – 7 C 1.17, BeckRS 2018, 7035; NVwZ 2018, 902; NVwZ 2019, 406; NVwZ 2019, 479.

78 Vgl. VGH München, Beschl. v. 27.9.2007 – 5 C 07.1823, BeckRS 2007, 30524; VGH Baden-Württemberg NJW 2013, 2045; OVG NRW, Urt. v. 15.4.2014 – 8 A 1129/11, BeckRS 2014, 51612; BVerwG NVwZ 2016, 1183.

79 So etwa in BVerwG NVwZ 2013, 431. Vgl. zum Meinungsstand *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 327 f.; prozessual betrachtet sah das BVerwG, Beschl. v. 3.5.2016 – 7 C 7.15, BeckRS 2016, 46226, eine Mehrheit von Streitgegenständen und somit eine Klagehäufung. Vgl. auch BVerwG ZUM 2013, 694 (Rn. 28), wonach das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes „Jedermannsrechte“ begründe und nicht spezifisch die informationsrechtliche Stellung der Presse ausforme.

80 Zutreffend insofern *Burkhardt*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 36; andernfalls wären die Informationsfreiheitsregelungen unanwendbar (vgl. § 1 Abs. 3 IFG).

81 Vgl. neben den klaren Verfahrensregelungen (§ 7 ff. IFG) auch die Möglichkeit, die Informationsbeauftragten anzurufen (§ 12 IFG).

82 Insbesondere die Frage, inwiefern öffentliche Unternehmen auskunftspflichtig sind, vgl. *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 214 ff.

worden ist. Während Hessen jüngst ein IFG verabschiedet hat,⁸³ verbleiben Bayern, Sachsen und Niedersachsen. Auch Modifikationen des IFG des Bundes stehen im Raum.⁸⁴ Darüber hinaus wird über die Fortentwicklung von Informationszugangsregeln zu Transparenzgesetzen diskutiert, so derzeit in Thüringen⁸⁵ und in Berlin.⁸⁶

d) *Besonderes Informationszugangsrecht (insbesondere UIG)*

Neben den allgemeinen Informationsfreiheitsregelungen bestehen verschiedene **besondere Zugangsregime**, nach denen jedermann antragsberechtigt ist und Zugangsansprüche voraussetzungslos geltend machen kann. Auf Bundesebene gehören hierzu etwa das Verbraucherinformationsgesetz (VIG),⁸⁷ das Bundesarchivgesetz (BArchG)⁸⁸ sowie verschiedene Registerzugangsregelungen.⁸⁹ Auch auf Länderebene finden sich spezielle Regelungen.⁹⁰ Doch in Bezug auf die Formatwahl ist gerade das Umweltinformationsrecht aufschlussreich, das im Folgenden einen näheren Blick verdient.

Das **Umweltinformationsgesetz (UIG)** verankert in § 3 Abs. 1 ein voraussetzungsloses Recht auf Zugang zu Umweltinformationen für jedermann. Es erfasst Umweltinformationen des Bundes, wohingegen die Länder infolge der Kompetenzverteilung eigene Umweltinformationsgesetze erlassen haben, die oft gleichlautend sind oder auf die Bundesregelungen verweisen.⁹¹ Hintergrund aller Regelungen sind unionsrechtliche Vorgaben, die ihrerseits auf Völkerrecht basieren.⁹² Das UIG gilt mit seinem Inkrafttreten 1994 in seiner alten Fassung als Vorreiter des Informationszugangsrechts in Deutschland.⁹³ Gegenstand sind al-

83 Das Hessische Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG) trat am 25. 5.2018 in Kraft und enthält in §§ 80-89 Regelungen zur Informationsfreiheit in Hessen. Allerdings verankert das Gesetz die im Vergleich zu den Informationsfreiheitsregelungen anderer Länder unübliche Einschränkung, dass es nur dann für die „Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen der Gemeinden und Landkreise sowie deren Vereinigungen“ gilt, wenn diese dies ausdrücklich durch Satzung bestimmen (§ 81 Abs. 1 Nr. 7 HDSIG).

84 Vgl. BT-Drs. 19/3370, S. 3.

85 Siehe dazu noch unter 3.a.

86 <https://volksentscheid-transparenz.de>.

87 Vgl. hierzu Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 114.

88 Vgl. hierzu Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 115.

89 Zur Voraussetzungslosigkeit des Zugangs zu Registerinformationen im Einzelnen Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 117 ff.

90 Vgl. hierzu Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 143 ff., insbesondere für Umweltinformationen, Geodaten, Registerinformationen sowie Landesarchivgesetze und Landesbibliotheksgesetze.

91 Vgl. etwa § 2 UIG NRW, § 3 NUIG.

92 Vgl. zur Geschichte Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl Rn. 156 ff. Unionsrechtlich maßgeblich ist nunmehr die Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates (UI-RL).

93 Vgl. hierzu Fluck, DVBl 2006, 1406 (1407).

lein Umweltinformationen.⁹⁴ Insofern gehen die UIGe den IFGen als speziellere Regelungen vor⁹⁵ und können für die öffentliche Meinungsbildung relevant sein.⁹⁶ So verpflichtete etwa das VG München den Freistaat Bayern gem. Art. 3 Abs. 1 S. 1 BayUIG auf Betrieben der Deutschen Umwelthilfe dazu, Auskunft über den CO₂-Wert des Dienstwagens des Bayerischen Ministerpräsidenten zu geben.⁹⁷

Während die CO₂-Werte einen einfachen Zahlenwert betreffen, befassten sich umweltinformationszugangsrechtliche Streitigkeiten schon frühzeitig mit komplizierteren **Formatfragen**.⁹⁸ § 3 Abs. 2 UIG formuliert die Arten des Zugangs und die Rechtfertigungsanforderungen, hiervon abweichen zu können, und zwar weitgehend wortgleich mit der bereits oben beschriebenen Regelung des § 1 Abs. 2 IFG. Nichtsdestotrotz ist im Umweltinformationsrecht eine vergleichsweise „antragstellerfreundliche“ und technologisch fortschrittliche Auslegung erkennbar, was den europäischen Vorgaben zu verdanken ist. So fordert ErwGr 14 UI-RL die informationspflichtigen Stellen ausdrücklich dazu auf, „Umweltinformationen in der vom Antragsteller gewünschten Form bzw. dem gewünschten Format zugänglich zu machen“. Außerdem verpflichtet Art. 3 Abs. 4 a.E. UI-RL informationspflichtigen Stellen dazu, sich in angemessener Weise darum zu bemühen, dass die „Umweltinformationen in unmittelbar reproduzierbaren und über Computer-Telekommunikationsnetze oder andere elektronische Mittel zugänglichen Formen oder Formaten vorliegen“.

Relativ früh haben die Gerichte anerkannt, dass Daten nach dem UIG grundsätzlich in der vom Antragsteller gewünschten **Dateiform** und somit in einem auf einem Computer lesbaren Format zu übermitteln sind.⁹⁹ Die Gerichte verweisen bei ihrer formatfreundlichen Rechtsprechung regelmäßig auf die unionsrechtlichen Vorgaben der UI-RL.¹⁰⁰ Insbesondere können informationspflichtige Stellen die Bereitstellung von Informationen in digitalisierter Form nicht mit dem pauschalen Verweis auf das Risiko einer Verfälschung verwei-

94 Zur Definition Art. 2 Nr. 1 UI-RL; § 2 Abs. 3 UIG.

95 Vgl. *Scheel*, in: Berger/Partsch/Roth/Scheel, IFG, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 131.

96 Jüngst etwa die Klage eines Internetjournalisten zur Trinkwasserqualität vor dem VG Cottbus, Urt. v. 21.1.2019 – 5 K 1201/15, BeckRS 2019, 472; zu Agrarsubventionen VG Düsseldorf, Urt. v. 24.8.2007 – 26 K 668/06, BeckRS 2007, 27952.

97 VG München, Urt. v. 1.2.2017 – 9 K 16.1966, BeckRS 2017, 112532.

98 Vgl. etwa BVerwG NVwZ 2008, 791 (Rn. 15), zur Einsichtnahme von „abgeschlossenen“ Stellungnahmen in einer Datenbank.

99 So etwa VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 25.11.2008 – 10 S 2702/06, BeckRS 2009, 35967. Jüngst hat etwa das VG Hannover einen Informationszugangsanspruch nach § 3 Abs. 2 S. 1 UIG i.V.m. § 3 S. 2 NUIG anerkannt, der sich auf Geodaten in Form von Vektor-Layern im Shape-Format bezog: VG Hannover, Urt. v. 14.3.2018 – 4 A 2661/16, BeckRS 2018, 17122.

100 Mit Bezug auf ErwGr 14 der UI-RL: OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.3.2014 – OVG 12 B 20.12, BeckRS 2014, 49567, Rn. 55. Mit Bezug auf Art. 3 Abs. 4 UI-RL: VG Cottbus, Urt. v. 21.1.2019 – 5 K 1201/15, juris-Rn. 65.

gern.¹⁰¹ Voraussetzung ist, dass die Dateien bei der Behörde auch tatsächlich in der begehrten Form (und nicht nur analog) vorliegen. Dabei hat das OVG NRW aber anerkannt, dass Informationen auch dann „vorhanden sind“, wenn sie erst zusammengestellt werden müssen.¹⁰² Nicht ginge dies allerdings soweit, dass ein Antragsteller eine Aufbereitung nach für ihn tauglichen Kriterien verlangen kann, um aus Datenbeständen konkrete Erkenntnisse zu ziehen.¹⁰³

Einen Grenzfall stellt die nur auszugsweise Zugänglichmachung dar. Häufig sind infolge von Ausschlussgründen – meist Daten- oder Geheimnisschutz – eine Schwärzung oder Trennung von Akten bzw. eine **elektronische Datenbearbeitung notwendig**.¹⁰⁴ Das OVG NRW hat dabei das „Vorhandensein“ der Daten bei der Behörde auch dann bejaht, wenn die Überführung in eine andere Datenbank aus Datenschutzgründen erforderlich ist. Es sah in dem konkreten Begehren des Klägers einer allein datenschutzrechtlich motivierten Datenbearbeitung eine sinnvolle Eingrenzung.¹⁰⁵ Die Datenbearbeitung war notwendig, weil die Informationen auf CDs im CSV-Format¹⁰⁶ vorlagen und für die gebotene Filterung nicht durch einfaches „Rausschneiden“ gelöst werden konnte, sondern mehrere Arbeitsschritte durchzuführen waren.¹⁰⁷ Diese Schritte konnten durch die auskunftspflichtige Stelle unter Einsatz einiger Tage Arbeitszeit durchgeführt werden. Darin sah das Gericht keinen „deutlich höheren Verwaltungsaufwand“, der eine Verweigerung des begehrten Formats hätte rechtfertigen können (§ 3 Abs. 2 S. 2 UIG). Bei alledem betonte das OVG, dass die UI-RL ein „großzügiges Entgegenkommen“ der informationspflichtigen Stellen gerade in technischer Hinsicht einfordere.¹⁰⁸

3. Proaktive Informationsweitergabe

a) Transparenzgesetze der Länder

„Transparenzgesetze“ sind besonders geartete Informationszugangsgesetze auf Landesebene. Sie **bezwecken**, mittels weitreichender, proaktiver Veröffentlichung von Informationen die demokratische Meinungs- und Willensbildung zu fördern sowie die Kontrolle staatli-

101 Daher Anspruch auf USB-Stick (und nicht nur CD-ROM): OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.3.2014 – OVG 12 B 20.12, BeckRS 2014, 49567, Rn. 56; VG Cottbus, Urt. v. 21.1.2019 – 5 K 1201/15, juris-Rn. 66.

102 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 124 ff.

103 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 122, 126: Den „Sachverstand“ müsse der Antragsteller mitbringen.

104 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 127.

105 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 133 f.

106 CSV steht für „comma-separated values“ und erfasst einen Textdateityp, mit dessen Hilfe Daten strukturiert gespeichert und ausgetauscht werden können.

107 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 132.

108 OVG NRW, Urt. v. 1.3.2011 – 8 A 3358/08, juris-Rn. 134 m.V.a. ErwGr 9 und 14 UI-RL.

chen Handelns zu ermöglichen.¹⁰⁹ Schon diese Zielsetzung verdeutlicht die Nähe zur meinungsbildenden Funktion der Presse. Transparenzgesetze wurden 2012 in Hamburg und 2015 Rheinland-Pfalz erlassen.¹¹⁰ Auch das Bremer IFG enthält mittlerweile Veröffentlichungspflichten und somit transparenzgesetzliche Züge.¹¹¹ Überdies steht der Freistaat Thüringen kurz vor Erlass eines Transparenzgesetzes.¹¹² Mittlerweile normieren unter Hinweis auf das Transparenzziel und der Wirtschaftsförderung die E-Government-Gesetze der Länder Pflichten zur proaktiven Veröffentlichung von Datenbeständen, so insbesondere § 13 EGovG Bln.¹¹³

Transparenzgesetze verpflichten öffentliche Stellen dazu, Informationen auf im Internet kostenlos und anonym abrufbaren Plattformen einzustellen.¹¹⁴ Am weitesten fortgeschritten ist das Hamburger Transparenzportal, auf dem mittlerweile mehr als 100.000 Datensätze auffindbar sind.¹¹⁵ Die **Veröffentlichungspflicht** der betroffenen Stellen wird dadurch effektuiert, dass jedermann ein subjektives Recht auf Veröffentlichung eingeräumt wird.¹¹⁶

109 Vgl. § 1 Abs. 1 HmbTG, § 1 LTranspG.

110 Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbTG) vom 19.6.2012, zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18.5.2018 (HmbGVBl. S. 145, 154); für Rheinland-Pfalz das Landestransparenzgesetz (LTranspG) vom 27.11.2015 zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19.12.2018 (GVBl. S. 448).

111 Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Bremen (BremIFG) vom 16.5.2006 (Brem.GBl. 2006, 263), zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.3.2019 (Brem.GBl. S. 55).

112 Siehe Regierungsentwurf eines Thüringer Transparenzgesetzes vom 23. Januar 2019 (Drs. 6/6684); hierzu im Einzelnen *Richter/Hilty*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 23. Januar 2019 für ein Thüringer Transparenzgesetz, 16.4.2019, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb.

113 Zum gesetzgeberischen Ziel Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/2513, S. 36. Näheres soll gem. § 13 Abs. 2 EGovG Bln durch eine Rechtsverordnung geregelt werden, die sich derzeit in Abstimmung befindet.

114 Vgl. die Veröffentlichungspflichten nach § 2 Abs. 8 HmbTG, § 2 LTranspG, § 11 BremIFG.

115 Die Anzahl der Datensätze sagt sicherlich nicht zwingend etwas über die Datenqualität und den Zielerreichungsgrad aus. Details zur weiteren Aufgliederung der im Hamburger Transparenzportal eingestellten Datensätze (Zeitraum September 2014 bis Februar 2017) finden sich bei *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 60, 285. Auffällig ist, dass sich 60 % aller Datensätze den Themenbereichen „Infrastruktur, Bauen & Wohnen“ und „Politik und Wahlen“ zuordnen lassen.

116 Vgl. subjektive Rechte nach § 1 Abs. 2 HmbTG, § 1 Abs. 1 IFG BremIFG, sowie § 2 Abs. 1 Nr. 1 LTranspG (hierzu *M.J. Heinemann*, in: D. Heinemann, Praxiskommentar Landestransparenzgesetz (LTranspG RLP), 1. Aufl. 2019, § 2, S. 22); nicht vorgesehen allerdings im Regierungsentwurf eines Thüringer Transparenzgesetzes vom 23. Januar 2019 (Drs. 6/6684), dazu kritisch *Richter/Hilty*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 23. Januar 2019 für ein Thüringer Transparenzgesetz, 16.4.2019, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Rn. 17. Seit 2014 sind in Hamburg aber nur wenige Anfragen und Eingaben von Bürgern in Bezug auf eine Veröffentlichung zu verzeichnen, vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 286; daraus folgt aber nicht die Irrelevanz des Rechts, vgl.

Zu den Nutzerkreisen wurden hier ganz überwiegend Privatpersonen gezählt, wobei nach einer Befragung 5 % angaben, Journalisten bzw. Medienunternehmen zu sein.¹¹⁷

Die Transparenzgesetze designieren die **konkreten Informationen**, die der Veröffentlichungspflicht unterliegen. Das geschieht i.d.R. durch Kataloge, die etwa amtliche Statistiken und Gerichtsentscheidungen, Verträge der Daseinsvorsorge, Geodaten sowie beauftragte Gutachten und Studien auflisten.¹¹⁸ Einen Sonderfall bilden § 7 Abs. 1 Nr. 14 LTranspG und § 11 Abs. 4 Nr. 9 BremIFG, wonach auch solche Informationen auf der Transparenzplattform zu veröffentlichen sind, die nach einem Antragsverfahren elektronisch individuell zugänglich gemacht worden sind.¹¹⁹ Außerdem verpflichtet § 11 Abs. 5 BremIFG, auch die individuellen Anträge auf Informationszugang unverzüglich und anonym zu veröffentlichen, um dadurch Bürger auf Zugangsfragen und das Vorhandensein konkreter Informationen aufmerksam zu machen.

Informationen sind von der Veröffentlichungspflicht **ausgenommen**, wenn der Veröffentlichung private Interessen oder öffentliche Belange entgegenstehen.¹²⁰ In der Praxis scheinen die Ausnahmetatbestände allerdings die Veröffentlichung nicht in nennenswertem Umfang zu beeinträchtigen.¹²¹ Ein weiterer politisch sensibler Punkt betrifft den Kreis der informationspflichtigen Stellen, insbesondere den Einbezug der mittelbaren Staatsverwaltung sowie öffentlicher Unternehmen.¹²² Besonders strittig ist, inwiefern öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten selbst Gegner von Auskunftsverlangen sein können.¹²³

Gesetzliche Vorgaben betreffen auch das „Wie“ der Veröffentlichung. Gerade die **Formatvorgaben** zur Veröffentlichung auf Transparenzplattformen sollen zeitgemäßen Anforderungen an die Datenverarbeitung genügen.¹²⁴ Vergleichsweise allgemein formuliert § 10 Abs. 1 S. 1 HmbTG, dass die Informationen im Volltext und in elektronischer Form zu ver-

Richter/Hilty, Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 23. Januar 2019 für ein Thüringer Transparenzgesetz, 16.4.2019, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Rn. 17.

117 Vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 140.

118 Vgl. im Einzelnen die Kataloge der § 3 HmbTG, § 7 LTranspG, § 11 Abs. 4 BremIFG.

119 Vgl. zur Regelung in Rheinland-Pfalz LT-Drs. 16/5713, S. 11: sog. Prinzip „access for one means access for all“.

120 So etwa § 6 Abs. 1, 2 i.V.m. §§ 14 bis 17 LTranspG; § 6 HmbTG.

121 Vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 287.

122 Vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 285: Von den damals knapp 66.000 Veröffentlichungen im Transparenzportal stammten 98 % von Behörden und Gerichten. Mittelbare Staatsverwaltung bzw. öffentliche Unternehmen scheinen in der Praxis unterrepräsentiert.

123 Insofern haben Journalisten eine Doppelstellung, vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 27 f.

124 Kritisch zum Entwurf zum Thüringer Transparenzgesetz insofern *Richter/Hilty*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 23. Januar 2019 für ein Thüringer Transparenzgesetz, 16.4.2019, Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Rn. 37 ff.

öffentlichen sind. Gem. S. 2 müssen die Dokumente auffindbar, maschinell durchsuchbar und druckbar sein. Zudem verpflichtet § 10 Abs. 5 S. 2 HmbTG zur Gewährleistung einer maschinellen Weiterverarbeitung der Information und fordert, dass das Datenformat auf verbreiteten und plattformunabhängigen Standards basieren muss. Tatsächlich ist allerdings der überwiegende Teil der im Transparenzportal eingestellten Informationen im PDF-Format (wenn auch meistens der Text durchsuchbar gemacht ist), was mit der Förderung der unproblematischen Lesbarkeit der veröffentlichten Informationen begründet wird.¹²⁵ Teilweise sind gerade strukturierte Daten lediglich in dem proprietären XLS-Format verfügbar.¹²⁶

Das seit 2016 gültige LTranspG in Rheinland-Pfalz stellt fortgeschrittene Anforderungen an die Formate veröffentlichungspflichtiger Informationen. Insbesondere die Regelung des § 8 Abs. 3 LTranspG verpflichtet grundsätzlich zur Bereitstellung in einem **offenen, maschinenlesbaren Format**, zusammen mit den zugehörigen Metadaten. Hierbei sollen Formate und Metadaten anerkannten und offenen Standards entsprechen. Diese Regelung ist der PSI-Richtlinie¹²⁷ bzw. wortgleich dem IWG entnommen, so wie auch die in § 5 Abs. 4 LTranspG normierten Definitionen für „maschinenlesbares Format“, „offenes Format“ und „anerkannter, offener Standard“.¹²⁸ Auch die Begründung der Open-Data-Pflicht des § 13 EGovG Bln verweist auf die PSI-Richtlinie.¹²⁹ Die Vorgaben des IWG werden wegen ihrer übergreifenden Relevanz noch gebündelt erläutert.¹³⁰

Die **tatsächliche Wirkung** von Transparenzgesetzen ist angesichts ihrer bislang geringen Verbreitung und des frühen Umsetzungsstadiums noch nicht belastbar zu beurteilen. Zumindest in Hamburg wurde bereits in einer ausführlichen Evaluation ein „gesteigertes Vertrauen in das Handeln der Politik und Verwaltung“ sowie die „potenzielle Erleichterung politischer Partizipation“ festgestellt, während die häufig befürchteten „fiskalischen Schäden“ wohl kein substantielles Problem darstellten.¹³¹ Das ist insofern bemerkenswert, als

125 Vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 288.

126 So differenziert die Evaluation von *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 65 f., nicht zwischen offenen und proprietären Formaten. Eine Abfrage des Transparenzportals am 11.4.2019 ergab, dass etwa 2 % aller eingestellten Datensätze proprietär sind.

127 RL 2003/98/EG v. 17.11.2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors i.d.F. der RL 13/37/EU v. 26.6.2013 zur Änderung der RL 2003/98/EG (sog. PSI-Richtlinie); vgl. hierzu *Wirtz*, DuD 2014, 389; *Beyer-Katzenberger*, DÖV 2014, 144.

128 Vgl. zum Entwurf LTranspG vom 23.6.2015, LT-Drs. 16/5173, S. 79. § 8 Abs. 3 LTranspG entspricht § 3 Abs. 2 IWG. Die Definitionen des § 5 Abs. 4 LTranspG entsprechen § 2 Nr. 5 bis 7 IWG.

129 Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/2513, S. 36.

130 Siehe unter 4.

131 Vgl. *Herr et al.*, Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 285, 291.

durch die Etablierung technischer Infrastruktur, durch Automatisierung und die Umorganisation von Verwaltungsprozessen ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht.¹³²

b) *Open-Data-Regelung des Bundes (§ 12a EGovG)*

Mit gleicher Zielsetzung wie die Transparenzgesetze der Länder und insbesondere auch aus wirtschaftspolitischen Erwägungen heraus¹³³ verpflichtet der im Juli 2017 in Kraft getretene § 12a EGovG („**Open-Data-Regelung**“ **des Bundes**) Bundesbehörden zur proaktiven Veröffentlichung bestimmter Daten. Diese soll jedermann möglichst kostenlos und ohne Einschränkungen im Internet abrufen und nutzen können. Die Open-Data-Regelung adressiert ausschließlich die unmittelbare Bundesverwaltung, sodass der Anwendungsbereich deutlich enger gezogen ist als der Kreis auskunftspflichtiger Behörden nach dem IFG oder veröffentlichungspflichtiger Stellen nach den Transparenzgesetzen. Überdies korrespondiert die Veröffentlichungspflicht der Behörden – anders als die bisherigen Transparenzgesetze der Länder – nicht mit einem Anspruch auf Bereitstellung der Daten (§ 12a Abs. 1 S. 2 EGovG).

Erfasst ist allerdings nur eine **Teilmenge** aller bei den Behörden vorliegenden Daten.¹³⁴ Es sind lediglich solche Daten betroffen, welche die Behörden selbst erhoben haben oder durch Dritte zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben haben erheben lassen (§ 12a Abs. 1 S. 1 EGovG). Dabei müssen die Daten unbearbeitet sein (§ 12a Abs. 2 Nr. 4 EGovG), es sei denn, eine Bearbeitung ist aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für eine Veröffentlichung notwendig. Inhaltlich müssen die Daten allein außerhalb der Behörde liegende Verhältnisse (§ 12a Abs. 2 Nr. 2 EGovG), und somit nicht den internen Behördenablauf, betreffen.¹³⁵ Daneben bestehen zahlreiche Ausnahmetatbestände die – wie das IFG – einer Veröffentlichung entgegenstehende private Interessen und öffentliche Belange zu schützen suchen.

Außerdem stellt das Gesetz **technische Anforderungen** an die zu veröffentlichenden Daten. Diese müssen bereits elektronisch vorliegen (§ 12a Abs. 2 Nr. 1 EGovG); es besteht also keine Pflicht zur Digitalisierung.¹³⁶ Konsequenterweise erfordert § 12a Abs. 5 EGovG eine Bereitstellung im maschinenlesbaren Format. Dabei ist der Formatbegriff weit auszulegen, sodass er sich nicht auf bestimmte Dateiformate beschränkt.¹³⁷ Eine wichtige Ein-

132 Vgl. *M.J. Heinemann*, in: D. Heinemann, Praxiskommentar Landestransparenzgesetz (LTranspG RLP), 1. Aufl. 2019, § 8, S. 209.

133 Zu der gesetzgeberischen Zielsetzung BT-Drs. 18/11614.

134 Vgl. *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1409).

135 Zum Problem der Grenzziehung zwischen „bewertenden Daten“ und „Bearbeitung“ *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1409).

136 Vgl. *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1409).

137 Vgl. weite Definition des § 12 Abs. 1 S. 2 EGovG, wonach die Daten durch Software automatisiert ausgelesen und verarbeitet werden können müssen, hierzu *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1410).

schränkung besteht aber darin, dass nur strukturierte Daten erfasst sind (§ 12a Abs. 2 Nr. 1 EGovG). Das Gesetz bezieht sich hier also auf solche Daten, die in einer formalisierten Struktur systematisch angeordnet sind und in einem inhaltlichen Zusammenhang zueinanderstehen. Das betrifft insbesondere Tabellen und Listen, nicht hingegen Dateien von bloßen Fließtexten oder Bild- und Audio-Dateien.¹³⁸

Für eine bessere Auffindbarkeit der Datensätze sind die **Metadaten** der Datensätze auf dem nationalen Portal GovData.de einzustellen (§ 12a Abs. 5 S. 3 EGovG).¹³⁹ Über dieses wird auf die an verschiedenen Orten gespeicherten Datensätze der öffentlichen Hand verlinkt. Auch ist ein Metadatenkatalog über API abrufbar. Für eine Aufnahme in den Metadatenkatalog ist es notwendig, dem für GovData.de festgelegten Metadatenstandard DCAT-AP.de zu entsprechen.¹⁴⁰ Dabei versteht sich das Portal ausdrücklich auch als Angebot an Journalisten, wenn es schreibt: „Datenjournalisten und Anwendungsentwickler können Daten schneller und besser erschließen, wenn diese in zentralen Portalen auffindbar sind.“¹⁴¹

Übereilt wäre es, an dieser Stelle Aussagen über die **Regelungseffektivität** zu treffen. Denn Behörden müssen die technische Umsetzung bis spätestens zum 13.7.2019 abschließen, und die vom Gesetz geforderte Evaluierung und der notwendige Bericht über die Wirkungen stehen noch aus.¹⁴²

4. Übergreifende Bedeutung des Informationsweiterverwendungsgesetzes (IWG)

a) Ziel und Anwendbarkeit

Das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) setzt die 2003 erlassene PSI-Richtlinie in deutsches Recht um und zielt darauf ab, die Weiterverwendung von bei öffentlichen Stellen vorhandenen Informationen zu fördern (§ 1 Abs. 1 IWG).¹⁴³ Nach dem subjektiv-rechtlich ausgeformten **Grundsatz** des § 2a S. 1 IWG gilt, dass jedermann Informationen von öffentlichen Stellen weiterverwenden darf.¹⁴⁴ Das IWG normiert dadurch einen einklagbaren Anspruch gegenüber der öffentlichen Stellen und ordnet gewisse Rechtsfolgen an, so etwa Nichtdiskriminierungsregeln, Vorgaben über Entgelte, Ausschließlichkeit, Nutzungsbedingungen und – hier von besonderem Interesse – Formatregelungen.

Voraussetzung für die **Anwendbarkeit** des IWG ist, dass die Informationen allgemein zugänglich sind (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 IWG). Die allgemeine Zugänglichkeit von Informationen kann sich zum einen aus allgemeinen Informationszugangsansprüchen (etwa

138 BT-Drs. 18/11614, 18; *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1409).

139 Zum Hintergrund *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1411).

140 Vgl. <https://www.dcat-ap.de>.

141 Vgl. <https://www.govdata.de/web/guest/metadaten-schema>.

142 Vgl. *Richter*, NVwZ 2017, 1408 (1413).

143 Zum Hintergrund *Altmeyden/Kahlen*, MMR 2006, 499; *Schoch*, NVwZ 2006, 872; *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, Einl 24 ff.

144 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2a Rn. 16 ff.

dem IFG oder dem UIG bzw. entsprechenden Landesregelungen) ergeben. Dabei dürfte für die Anwendbarkeit des IWG unerheblich sein, ob sich der Zugangsanspruch auf bestimmte Arten des Zugangs beschränkt.¹⁴⁵ Nicht hingegen ist das IWG anwendbar auf Informationen, deren Zugang auf presserechtlichen Informationsansprüchen oder auf Art. 10 EMRK gründet, denn diese gewähren das Informationszugangsrecht lediglich bestimmten Gruppen.¹⁴⁶ Zum anderen ist das IWG auch auf solche Informationen anwendbar, die öffentliche Stellen von sich aus veröffentlicht haben, sei es in Folge von Veröffentlichungspflichten (wie etwa nach den Transparenzgesetzen und § 12a EGovG) oder freiwillig.¹⁴⁷

b) *Regelung von Formaten*

Insbesondere in Bezug auf das zu übermittelnde Format enthält das IWG **detaillierte Vorgaben**. Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 IWG sind Informationen in allen angefragten und der öffentlichen Stelle vorliegenden Formaten und Sprachen zur Verfügung zu stellen.¹⁴⁸ Hier ist der Formatbegriff weit zu verstehen – er umfasst eine Papierakte ebenso wie eine Datei oder einen Gegenstand, der Informationen verkörpert.¹⁴⁹ Allerdings normiert das IWG gewisse Formatierungspflichten für die öffentlichen Stellen, die weiter reichen, als es die Informationsfreiheitsregelungen vorsehen. Insbesondere verankern die IFGe kein Recht auf Aufbereitung, Berichtigung, Vervollständigung oder Aktualisierung des Informationsbestandes, und sie normieren auch keine Digitalisierungspflicht.¹⁵⁰ Hingegen sind nach § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 IWG Informationen „elektronisch sowie in einem offenen und maschinenlesbaren Format zusammen mit den zugehörigen Metadaten zu übermitteln“. § 2 Nr. 5 IWG definiert das maschinenlesbare Format als ein Dateiformat, „das so strukturiert ist, dass Softwareanwendungen bestimmte Daten, einschließlich einzelner Sachverhaltsdarstellungen und deren interner Struktur, leicht identifizieren, erkennen und extrahieren können“. Dazu ist die öffentliche Stelle verpflichtet, selbst wenn diese maschinenlesbaren und offenen Formate nicht bei ihr vorliegen.¹⁵¹ § 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 IWG verankert somit sowohl eine Digitalisierungspflicht auf Anfrage als auch, bei Bedarf, die Pflicht zur Überführung in

145 Weiterverwendungsfreundlich insofern *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 96.

146 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 67.

147 So BVerwG NVwZ 2016, 1183; näheres hierzu in *Richter*, NVwZ 2016, 1183.

148 „Vorliegen“ bedeutet insofern, dass eine Übersetzung in eine andere Sprache nicht begehrt werden kann, vgl. VG Köln, Urt. v. 16.4.2013 – 7 K 268/12, BeckRS 2013, 50460.

149 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 39.

150 Vgl. *Brink*, in: *Brink/Polenz/Blatt*, IFG, 1. Aufl. 2017, § 1 Rn. 113; *Debus*, in: *BeckOK IFG*, 23. Edition, § 1 Rn. 171.

151 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 47, mit Bezug auf Art. 5 Abs. 1 PSI-Richtlinie: Das ergibt sich aus einer richtlinienkonformen Auslegung.

ein offenes Format. Gleiches gilt für die Pflicht zur Übermittlung zugehöriger Meta-Informationen.¹⁵²

Gegen die Erfüllung aller genannten Pflichten kann die öffentliche Stelle aber einwenden, dass ihr diese **unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden** ist (§ 3 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 IWG). Hierzu muss sie die konkreten Umstände angeben, aus denen sich die Unmöglichkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit ergibt. Diese sind voll gerichtlich überprüfbar.¹⁵³ Der Möglichkeitsvorbehalt ist in der Sache eng; insbesondere sollten die Möglichkeiten von übergeordneten Stellen ebenso Berücksichtigung finden wie die technologischen und gesellschaftlichen Bedingungen.¹⁵⁴ Höhere praktische Relevanz kommt dem Einwand des unverhältnismäßigen Aufwandes zu. Der Gesetzgeber erachtet hierfür die „einfache Handhabung“ als maßgeblich.¹⁵⁵ Doch ist nach der gebotenen weiterverwendungsrechtsspezifischen Auslegung angesichts des Gesetzeszwecks die Schwelle hierfür eher hoch anzusetzen.¹⁵⁶

Insgesamt vertritt das BVerwG eine **großzügige Linie** bei der Anwendung des IWG auf Formatfragen. Das äußert sich in der praxisrelevanten Konstellation, in der eine Information zwar tatsächlich veröffentlicht ist, ein Anspruch auf Zugang zu ihr aber nicht bestünde. Begehrt nun jemand die Bereitstellung der Information in einem anderen als dem veröffentlichten Format (etwa XML statt PDF), so ist nach Auffassung des BVerwG für die Anwendung des IWG irrelevant, dass zu der nicht veröffentlichten XML-Datei eigentlich kein Recht auf Zugang besteht.¹⁵⁷ Das Gericht stellt auf den Gesetzeszweck ab, indem es die Anwendung der Formatvorgaben des IWG mit der Gewährleistung einer effektiven Nutzung der Information in Gestalt einer Weiterverwendung i.S.d. § 2 Nr. 3 IWG begründet.¹⁵⁸

c) Relevanz für die Presse

Die Presseprivilegierung ist für die Anwendung des IWG unerheblich. Voraussetzung ist allein, dass die Informationen veröffentlicht sind oder ein voraussetzungsloses Recht auf Zugang zu den begehrten Informationen besteht. In beiden Fällen ist nicht erforderlich, dass

152 Vgl. *Debus*, in: BeckOK IFG, 23. Edition, § 1 Rn. 171: Strittig ist, inwiefern nach dem IFG zusätzlich zu den Informationen Meta-Informationen verlangt werden können.

153 Vgl. *Wiebe/Ahnefeld*, CR 2015, 199 (202); *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 52.

154 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 50; a.A. wohl BT-Drs. 16/2453, S. 16.

155 Vgl. BT-Drs. 16/2453, S. 16.

156 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 3 Rn. 51; das BVerwG NVwZ 2016, 1183 (Rn. 22), hat die Anordnung einer Bereitstellungspflicht unverzüglich nach Veröffentlichung auf § 3 Abs. 2 S. 1 IWG gestützt. Zwar stand die Unverhältnismäßigkeit hier nicht ausdrücklich im Raum; allerdings dürfte auf die öffentliche Stelle ein nicht unbeträchtlicher Aufwand zukommen, zumal hier die laufende Übermittlung *aller* ausschreibungsbezogenen Bekanntmachungen begehrt wurde.

157 Denn es gilt gem. § 1 Abs. 2a IWG der Grundsatz, dass das IWG keinen eigenständigen Zugang zu Informationen begründet.

158 Vgl. *Richter*, NVwZ 2016, 1143 (1146); hier steht also der gesetzgeberische Zweck im Vordergrund.

das zugängliche Dateiformat mit dem begehrten Format identisch wäre. Deutlich wird somit, dass das IWG eine **übergreifende und weitgehende Rolle** für die Bereitstellung von maschinenlesbaren Datenformaten auf Anfrage spielt und auch als Treiber für die Digitalisierung von Informationen der öffentlichen Hand fungiert.

In der Praxis wurden bislang Streitigkeiten über Formate nach dem IWG ausschließlich von Mehrwertdiensteanbietern betrieben, für welche die Informationen der öffentlichen Hand in bestimmten Formaten die Grundlage ihrer digitalen Geschäftsmodelle bilden.¹⁵⁹ Indes traten Journalisten bislang nicht als Kläger in Erscheinung. Wichtig für die Anwendung des IWG ist, dass eine **Weiterverwendung** begehrt wird. Diese definiert § 2 Nr. 3 Hs. 1 IWG als „jede Nutzung von Informationen für kommerzielle oder nichtkommerzielle Zwecke, die über die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe hinausgeht“. Während diese Definition jede Form von Journalismus erfasst, stellt gem. § 2 Nr. 3 Hs. 1 IWG „die intellektuelle Wahrnehmung einer Information und die Verwertung des dadurch erlangten Wissens“ regelmäßig *keine* Weiterverwendung dar. Keine Weiterverwendung sei nach Ansicht des Gesetzgebers, wenn ein Journalist sich Zugang zu behördlichen Informationen verschafft und über diese in der Tagespresse berichtet.¹⁶⁰ Das bloße Lesen und Anwenden des dadurch erlangten Wissens genügt also nicht für eine Weiterverwendung. Moderne Formen des Datenjournalismus sind allerdings in Grenzbereichen unterwegs: Während eine Zugänglichmachung der Daten durch den Journalisten selbst auf jeden Fall eine Weiterverwendung darstellt, dürfte dies auch für eine Visualisierung der Daten und einer Nutzerinteraktion mit diesen gelten. Journalisten sollte letztlich nicht verwehrt sein, sich auf das IWG und somit eine Weiterverwendung berufen zu können, wenn die Wissenserlangung nur mithilfe bestimmter Datenformate möglich ist, die ihm das Gesetz zuspricht.¹⁶¹

d) Reform

Die jüngste Änderung der PSI-Richtlinie wird auch zu einer **Anpassung des IWG in naher Zukunft** führen.¹⁶² So hat der Unionsgesetzgeber gerade im Bereich der Formate die Pflichten für öffentliche Stellen deutlich verschärft. Dahinter steht das Anliegen, die Rahmenbedingungen für Open-Data zu schaffen und unionsweit zu harmonisieren. Insbesondere sollen nun dynamische Daten unverzüglich nach ihrer Erhebung über APIs zugänglich und über Massendownloads abrufbar sein (Art. 5 Abs. 5 PSI-Richtlinie(neu)). Ferner sollen

159 So etwa VGH München, Beschl. v. 27.9.2007 – 5 C 07.1823, BeckRS 2007, 30524; VGH Baden-Württemberg NJW 2013, 2045; OVG NRW, Urt. v. 15.4.2014 – 8 A 1129/11, BeckRS 2014, 51612; BVerwG NVwZ 2016, 1183.

160 Vgl. BT-Drs. 16/2453, S. 14 f.

161 Vgl. im Einzelnen *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2 Rn. 94 ff., zu den Abgrenzungsfragen, insbesondere auch zur Anlehnung an die Abgrenzung zwischen Werkgenuss und Verwertungshandlung (Rn. 96).

162 Vgl. zum Hintergrund der Reform Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. Januar 2019, IP/19/525.

öffentliche Stellen designierte hochwertige Datensets kostenlos, maschinenlesbar über APIs vorhalten (Art. 5 Abs. 8 PSI-Richtlinie(neu)). Schließlich werden Mitgliedstaaten dazu ermutigt, das Prinzip „open by design and by default“ umzusetzen (Art. 5 Abs. 2 PSI-Richtlinie(neu)). Wie weit alle diese Pflichten letztlich reichen, hängt von der konkreten nationalen Umsetzung und mittelfristig von der Konkretisierung durch die Rechtsprechung ab.

IV. Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Selbstdarstellung

1. Überblick

Nimmt man die Gegenperspektive ein, so sieht man, dass der Staat die öffentliche Meinungsbildung durch sein Informationshandeln prägen kann; hierzu zählt gerade auch die Weitergabe von Datensätzen, die er zur **medialen Selbstdarstellung** strategisch betreiben mag. Im Folgenden werden die rechtlichen und tatsächlichen Spielräume für eine solche Selbstdarstellung diskutiert. Hierfür wird zunächst der Begriff der Selbstdarstellung erläutert (unter 2.). Im nächsten Schritt zu untersuchen sind die Spielräume zur Selbstdarstellung sowohl bei der reaktiven als auch bei der proaktiven Informationsweitergabe (unter 3.). Schließlich werden die Rechtmäßigkeitsanforderungen und somit äußere rechtliche Grenzen der hier untersuchten Informationsweitergabe diskutiert (unter 4.).

2. Staatliches Informationshandeln als Selbstdarstellung

a) Selbstdarstellung als Teil staatlichen Informationshandelns

Staatliches Informationshandeln ist kein neues Phänomen. Doch eine noch vergleichsweise junge technische Form der Informationsverbreitung ist die Weitergabe von Datensätzen durch den Staat.¹⁶³ Hierdurch gestaltet der Staat unweigerlich das kommunikative Gesamtgeschehen in der Gesellschaft. Nahe liegt daher, eine solche digitale Informationsverbreitung als eine staatliche Selbstdarstellungs- und Steuerungsressource zu begreifen.¹⁶⁴

Der Begriff der staatlichen Selbstdarstellung ist allerdings erklärungsbedürftig. Fasst man ihn eng, wird er oft in einem Atemzug mit dem Gegenstand der **Öffentlichkeitsarbeit** genannt.¹⁶⁵ Den Begriff der Öffentlichkeitsarbeit setzen die Gerichte zwar voraus, doch besteht letztlich keine gesetzliche Definition.¹⁶⁶ Öffentlichkeitsarbeit betrifft zunächst die nach außen erkennbare Informierung der öffentlichen Hand über ihre entsprechende Tätig-

163 Vgl. zur „Vielgestaltigkeit“ und „Raffinesse“ staatlicher Informationstätigkeit *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 78.

164 Vgl. *Schoch*, AfP 2010, 313 (315); *Gersdorf*, AfP 2016, 293.

165 Vgl. *Gersdorf*, AfP 2016, 293; *Schoch*, NVwZ 2011, 193 (194) m.V.a. BVerfG NJW 1977, 751; NJW 1983, 1105.

166 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2007, 257 (Rn. 57); in Bezug auf die Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung BVerfGE NJW 1977, 751.

keit.¹⁶⁷ Doch die aktive Stoßrichtung erweitert den Begriff der Öffentlichkeitsarbeit um das Kommunikationsmanagement.¹⁶⁸ Dieses strategische Moment kommt auch in dem Begriff der „Staatskommunikation“¹⁶⁹ zum Ausdruck. Eigentlich soll Öffentlichkeitsarbeit die Bürgerakzeptanz konkreter staatlicher Aufgabenerfüllung, Funktionen und Institutionen stärken; dabei wirkt der Staat durch die Vermittlung von Sachinformationen auf die Willens- und Bewusstseinsbildung ein.¹⁷⁰ Nicht nur Publikumsinformationen, sondern auch individualbezogenes Informationshandeln des Staates kann sich auf die gesellschaftliche Meinungsbildung auswirken, so etwa, wenn öffentliche Stellen individuelle Presseanfragen beantworten und Journalisten diese Informationen dann weiterverbreiten. Das unterstreicht die Notwendigkeit, auch im Fall des reaktiven Zugangs die Spielräume staatlicher Selbstdarstellung auszuleuchten.

Von der „bloßen“ Öffentlichkeitsarbeit sind solche Erscheinungsformen staatlichen Informationshandelns zu unterscheiden, die auf eine Willens- bzw. Verhaltensbeeinflussung abzielen – so etwa Aufklärungskampagnen, Warnungen und Empfehlungen.¹⁷¹ Der Staat setzt hier die Information gezielt zur **Verhaltenssteuerung** innerhalb eines bestimmten Regelungsgebiets ein.¹⁷² Die durch die Kommunikationsakte erzielten Lenkungseffekte lassen sich nach dem Grad der Willensbeeinflussung und dem Kreis ihrer Wirkung unterscheiden.¹⁷³ Allerdings ist gerade bei Publikumsinformation die konkrete Wirkung wegen der unbestimmten Vielzahl von Adressaten schwer vorhersehbar.¹⁷⁴ Der Aspekt der Verhaltenssteuerung verdeutlicht, dass staatliches Informationshandeln sowohl Vorbedingung als auch Gefahr für den gesellschaftlichen Willensbildungsprozess sein kann.¹⁷⁵

Stellt man auf die Wirkdimension ab, kann letztlich offenbleiben, wo genau die Grenze zwischen Öffentlichkeitsarbeit und Verhaltenssteuerung verläuft. Denn in beiden Fällen kommt der unweigerliche **Einfluss des Staates auf die öffentliche Meinung** zum Ausdruck.¹⁷⁶ Schon aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive konstatiert Information

167 Vgl. zum konkreten Fall zur zulässigen Öffentlichkeitsarbeit der Bundeswehr BVerwG NVwZ-RR 2007, 257 (Rn. 57); ferner *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 22.

168 Vgl. *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 312.

169 Vgl. *Mantl*, Transparenz und Kommunikation der Europäischen Union im Lichte des Art 15 AEUV, 2016, S. 35 ff.

170 Vgl. *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 22, 316.

171 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 82; *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 15; *Schoch*, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), HdStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 82 ff., ferner Rn. 76 ff. zu Unterrichtung und Berichterstattung.

172 Vgl. *I. Augsburg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 207.

173 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 82.

174 Vgl. *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 14.

175 *Schmalenbach*, NVwZ 2005, 1357; *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 9.

176 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 81; für eine Systematisierung der Grenzziehung vgl. etwa *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 15, der nach Intensitätsgraden mit Blick auf die Planmäßigkeit, Zielgerichtetheit und den Finanzierungsaufwand unterscheidet.

nie lediglich einen feststehenden Sachverhalt, sondern bewirkt immer auch eine (nicht vorhersehbare und kontextabhängige) Verhaltensanpassung beim Adressaten.¹⁷⁷ Insofern bezeichnet „Selbstdarstellung“ hier in Form eines Sammelbegriffs solche Fälle, in denen der Staat auf Grundlage eines Eigen- oder Lenkungsinteresses informatorisch tätig wird.

b) Gefahren

Mit dieser staatlichen Selbstdarstellung gehen **Gefahren** einher, die sich plastisch entlang des Spektrums „Persuasion – PR – Propaganda“¹⁷⁸ verorten lassen. Demokratietheoretisch ist besonders sensibel, wenn staatliche Selbstdarstellung rein innergesellschaftliche Meinungs- und Verhaltensstandards zu verändern sucht. Gerade Öffentlichkeitsarbeit sollte allein die Legitimierung der Staatstätigkeit durch Transparenz bezwecken und nicht die Fixierung einer Machtposition durch die Einzementierung der Mehrheitsverhältnisse anstreben.¹⁷⁹

Die Gefahr der Grenzüberschreitung ist stets latent, weil staatliche Informationstätigkeit häufig einen informellen Charakter trägt und gesetzlich nicht komplett geregelt ist.¹⁸⁰ Dies wird durch die Weitergabe von digitalen Formaten noch verstärkt: Insbesondere die Bereitstellung von Rohdatensätzen bereitet der Selbstdarstellung **andersgeartete und weitreichende Wirkmöglichkeiten**. Vordergründig mag man ihr zwar eine mangelnde direkte Wirkung attestieren, da die Vermittlung eines Informationsgehalts an den Bürger in aller Regel letztlich eine intermediäre Aufarbeitung – wie etwa die durch einen Datenjournalisten – erfordert. Doch der solchen Datensätzen immanente Selbstdarstellungsgehalt multipliziert sich in die öffentliche Meinungsbildung hinein: Neben einer Fernwirkung bewirkt der großflächige Verbreitungsgrad der Datensätze und ihre Basisfunktion eine hohe Breitenwirkung. Außerdem wird in aller Regel schwierig zu ermitteln sein, in welchem Umfang konkret auf die Meinungsbildung eingewirkt werden kann und der Staat die ursprüngliche Informationsquelle gewesen ist.¹⁸¹

3. Spielräume zur Selbstdarstellung bei der Informationsweitergabe

a) Reaktive Informationsweitergabe

Die reaktive Informationsweitergabe bietet zahlreiche Wege zur staatlichen Selbstdarstellung. Dabei ergibt sich eine **Breitenwirkung** gerade aus der Möglichkeit, angefragte Infor-

177 Vgl. I. Augsburg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 206.

178 Brüggemann, zitiert nach: Mantl, Transparenz und Kommunikation der Europäischen Union im Lichte des Art 15 AEUV, 2016, S. 35.

179 Feik, Öffentliche Verwaltungskommunikation, 2007, S. 22, 313 f.

180 Vgl. Di Fabio, JuS 1997, 1 (4).

181 Vgl. Gersdorf, AfP 2016, 293 (295), der die Erkennbarkeit des Staates als eine Voraussetzung der Selbstdarstellung ansieht.

mationen in Form von Daten sekundenschnell und nicht rückholbar im Internet zu verbreiten. Öffentliche Stellen müssen daher mittlerweile auch bei ihrem individualbezogenen Informationshandeln eine potentielle Publikumswirkung antizipieren. Die Kernfrage für die Selbstdarstellung lautet, wie sich die informationspflichtige Stelle die Darstellungs- und Deutungshoheit über die Informationen reservieren kann.

Der Blick auf die reinen Auskunftsrechte offenbart bereits **gesetzesimmanente Möglichkeiten zur Selbstdarstellung** in Gestalt der Filterung und Informationsverkürzung. Außerdem eröffnen Informationszugangsgesetze der Behörde Abwägungsmöglichkeiten und Ermessensspielräume, insbesondere auch über die Art des Zugangs. Gerade für die Formatfrage sind überdies die Einwände der Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit wichtig, wenn die Behörde die Informationszirkulation kontrollieren möchte. In allen diesen Fällen der gesetzesimmanenten Selbstdarstellungsmöglichkeiten entscheiden letztlich die Gerichte über die Größe des Selbstdarstellungsspielraums. Allerdings sind die materiellen Maßstäbe für die Grenzziehung noch nicht sonderlich klar, wie die Erörterung der reaktiven Zugangsregime verdeutlicht hat. Ebenso gängig in der behördlichen Praxis wie umstritten in der Rechtsprechung und -wissenschaft ist etwa, inwiefern Behörden eine weitere Informationsverbreitung verhindern können, indem sie sich auf das Urheberrecht berufen. Dieser Weg ist problematisch, da er das Urheberrecht zweckentfremdet und auch den unionsrechtlich geprägten Vorgaben des IWG entgegenläuft.¹⁸²

Doch auch jenseits der gesetzesimmanenten Möglichkeiten können Behörden bei der reaktiven Informationsweitergabe verschiedene Strategien zur Selbstdarstellung anwenden. Eine Maßnahme bestünde etwa darin, die **Entstehung bzw. Speicherung der Information zu verhindern**. Was man schon bei der Einführung von Informationsfreiheitsrechten mit Blick auf die Aktenführung als Tendenz zur „Entschriftlichung“ des Verwaltungshandelns angemahnt hat, erstreckt sich mittlerweile auch auf die Formatfrage: Hält man bestimmte Dateiformate bewusst nicht vor, dann gehen Zugangsanfragen nach IFG ins Leere, weil dann eine nicht einforderbare Bearbeitung verlangt werden müsste.

Möchte man nicht schon die Entstehung bzw. Speicherung der Information verhindern, ließe sich zumindest die behördliche Kommunikation auf Kanäle verlagern, die Dritten nicht oder nur schwer zugänglich sind. Eine solche **Ausweichstrategie** illustriert die IFG-basierte Anfrage von Twitter-Direktnachrichten, welche das BMI von seinem offiziellen Account an andere Twitter-Nutzer geschickt hat.¹⁸³ Handelte es sich um E-Mails, wären

182 Vgl. hierzu *Bullinger/Stanley*, GRUR-Prax 2015, 395; *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 386 ff. Zum grundsätzlichen Konflikt zwischen Pressefreiheit und Urheberrecht BGH NJW 2017, 3450 – Afghanistan Papiere, derzeit zur Vorabentscheidung anhängig beim EuGH, C-469/17, s. hierzu auch *Wandtke/Hauck*, NJW 2017, 3422; hierbei waren die betroffenen Informationen allerdings als Verschlusssachen eingestuft und nicht nach § 1 IFG allgemein zugänglich.

183 Vgl. <https://fragdenstaat.de/blog/2018/bmi-seehofer-twitter/>.

diese wohl unstrittig vom IFG erfasst.¹⁸⁴ Hier aber verlagert die Social-Media-Abteilung des Ministeriums die Selbstdarstellung auf Plattformen Dritter, sodass die Frage im Raum steht, inwiefern die hier gespeicherten Informationen dem Anwendungsbereich von Zugangsrechten entzogen werden. In der Sache ist hier die Anwendbarkeit des IFG strittig.

Schließlich kann eine Behörde die Informationen in einem für sie „günstigeren Format“ (etwa als PDF) veröffentlichen, um individuelle Zugangsanfragen zu einem bei ihr vorliegenden, doch für sie „ungünstigeren Format“ (etwa XML) dann mit Verweis auf die **Allgemeinzugänglichkeit** der Information (wenn auch eben nur im PDF-Format) abzulehnen. Informationszugangsregelungen sehen nämlich in der Regel vor, dass der Anspruch ausscheidet, wenn die Information auch anderweitig verfügbar ist.¹⁸⁵ Diese Argumentation überzeugt schon deswegen nicht, weil die Formatfragen letztlich über die Möglichkeiten der Wissensgenerierung entscheidet und somit nicht „dieselbe“ Information anderweitig verfügbar ist.¹⁸⁶

b) Proaktive Informationsweitergabe

Bei der proaktiven Informationsweitergabe ist die **Selbstdarstellungsneigung** offensichtlich: Gerade die staatliche Bereitstellung von Datensätzen aus eigener Initiative lässt sich zunehmend als Möglichkeit begreifen, eine „Scheintransparenz“ herzustellen.¹⁸⁷ Welchen Spielraum das Recht hierzu eröffnet, lässt sich angesichts der verschiedenartigen Ausgestaltungen proaktiver Veröffentlichungsregime allenfalls grob typisieren. Querschnittsartig betroffen sind die Ebene, der Detailgrad sowie die Bindungswirkung bzw. Durchsetzbarkeit von Regelungen. Selbstdarstellungsrelevant ist außerdem, inwieweit der Nutzer bzw. der Adressat in den Veröffentlichungsprozess einbezogen wird.¹⁸⁸

Konkret kann eine Typisierung daran anknüpfen, ob die Selbstdarstellung den Zeitraum vor oder nach der Veröffentlichung betrifft. Für die **Mechanismen zur Selbstdarstellung vor** der Veröffentlichung ist entscheidend, wer die Selektionshoheit über die zu veröffentlichenden Daten hat. So können die betroffenen Datensätze in Gesetzen oder Rechtsverordnungen durch Kataloge genau spezifiziert werden. Daneben können aber auch gesetzliche Generalklauseln die Entscheidung über eine Veröffentlichung zur Disposition der Behörden

184 Sofern keine Ausnahmetatbestände einschlägig sind; hier dürfte insbesondere das Datenschutzrecht dem Zugang oftmals entgegenstehen.

185 Vgl. etwa § 9 Abs. 3 IFG, § 3 Abs. 2 S. 4 UIG.

186 Vgl. *Richter*, IWG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rn. 85.

187 *Rogers*, zitiert nach *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 20: „governments love data because publishing it can make them seem transparent“.

188 Vgl. zur Nutzereinbeziehung *van Loenen*, in: van Loenen/Vancauwenberghe/Crompvoets (Hrsg.), *Open Data Exposed*, 2018, S. 42 ff.

stellen und somit den Spielraum zur Selbstdarstellung flexibilisieren.¹⁸⁹ Gleiches gilt für die Festlegung der Daten, des Strukturierungsgrades, der Formate und des Veröffentlichungszeitpunktes. Ein Dilemma besteht in Bezug auf den Bearbeitungsstand bzw. Aufarbeitungsgrad der zu veröffentlichenden Informationen. Angesichts der Rekontextualisierbarkeit der Information ist eine gewisse Zurückhaltung vor einer zu weitgehenden Aufarbeitung geboten,¹⁹⁰ was aber gleichzeitig höhere technische bzw. kognitive Fähigkeiten zur Aufarbeitung an den Nutzer stellt. So ließe sich begründen, weswegen in den USA die mangelnde Aufarbeitung von Daten als Hindernis für Journalisten anerkannt wurde.¹⁹¹ Für das Selbstdarstellungsproblem ist letztlich entscheidend, dass die Behörde den konkreten Aufarbeitungsgrad begründet. Für die Mechanismen zur Selbstdarstellung *nach* der Veröffentlichung wird der Selbstdarstellungsspielraum insbesondere durch Regeln über die die Richtigkeit der Informationen, die Haftung und die Verbindlichkeit von Nutzerfeedback bestimmt.

Jenseits der gesetzesimmanenten Möglichkeiten zur Selbstdarstellung bestehen weitere Strategien zur Selbstdarstellung durch proaktive Datenweitergabe. Wichtig ist die **Wahl des Veröffentlichungszeitpunktes**. So kann der Staat Datensets zu einem Zeitpunkt platzieren, zu dem ihm eine breitere gesellschaftliche Debatte über das Thema opportun erscheint. Datenjournalisten sind dann besonders wertvolle Multiplikatoren, wie man etwa im Vereinigten Königreich zur *gender pay gap*¹⁹² oder in der Schweiz zur Luftqualität¹⁹³ beobachten konnte. Übertragen lässt sich dieses Muster auf verschiedenste Politikziele. Spiegelbildlich erfasst dies auch die Depublikation bzw. die mangelnde Aktualisierung von Datensets. Staatliche Selbstdarstellung äußert sich also in bestimmten Veröffentlichungsmustern.

Aber auch in den **konkreten Veröffentlichungsinhalten** kann eine Selbstdarstellung zum Ausdruck kommen. Unterstellt, die Grenze zur Desinformation sei noch nicht überschritten, können gerade bei Schlüsseldatensätzen streitbare politische Auffassungen einer Regierung verbreitet und dadurch gesellschaftlich gefestigt werden – so etwa wenn eine „Liste aller Länder“ Taiwan nicht aufführt oder die Bezeichnung „Burma“ und nicht „Myanmar“ verwendet.¹⁹⁴

189 So die „Kann-Regelungen“ nach § 5 des Regierungsentwurfs eines Thüringer Transparenzgesetzes vom 23. Januar 2019 (Drs. 6/6684).

190 Vgl. I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 223.

191 Baranetsky, Data Journalism and the Law, Columbia Journalism Review, Online-Artikel vom 19.9.2018, abrufbar unter: https://www.cjr.org/tow_center_reports/data-journalism-and-the-law.php.

192 Hier hat die britische Regierung private Unternehmen dazu verpflichtet, Daten zur *gender pay gap* zu veröffentlichen (<https://gender-pay-gap.service.gov.uk/>). Journalisten haben infolgedessen verschiedenste Berichte zum Thema verfasst.

193 Capgemini (Hrsg.), Open Data Maturity Report 2018, S. 89, m.V.a. <https://blog.tagesanzeiger.ch/datenblog/index.php/9333/wo-die-schweiz-am-dreckigsten-ist>.

194 So <https://www.registers.service.gov.uk/registers/country>.

Ferner kann der Staat die **Formatwahl** bewusst zu Selbstdarstellungszwecken treffen,¹⁹⁵ und zwar entsprechend den bei der reaktiven Informationsbereitstellung schon diskutierten Motiven. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass sich die Formatwahl nicht unbedingt mit einer Selbstdarstellungsabsicht, sondern vielmehr mit einer Ressourcenknappheit begründen ließe. Gleiches gilt für Fragen der mangelnden Aktualität und Qualität von Datensätzen.¹⁹⁶

Schließlich kann auch die **Auffindbarkeit der Informationen** an Selbstdarstellungszwecke angepasst werden. Gerade an der Suchmaschinengestaltung auf Open-Data-Portalen wird vielfach Kritik geäußert.¹⁹⁷ Gestaltung und Einschränkung der Suchfunktion können sich beträchtlich auf die tatsächliche Weiterverwendung auswirken.

In Deutschland stehen Behörden vergleichsweise am Anfang, sowohl in Bezug auf die Open-Data-Aktivitäten als auch hinsichtlich des Erkennens der proaktiven Veröffentlichung als eine mediale Selbstdarstellungsmöglichkeit. Die Transparenzgesetze wurden unter diesem Gesichtspunkt allerdings auch noch nicht evaluiert. Veröffentlichungen erfolgen aber auch jeweils der Transparenzgesetze freiwillig.¹⁹⁸ Dabei ist herausfordernd, methodische Ansätze zu entwickeln, durch die sich eine Selbstdarstellungstendenz nachweisen ließe. Nichtsdestotrotz zwingen neue Gesetze die öffentliche Hand, ganzheitlicher zu planen, was auch Selbstdarstellungsaspekten den Weg bereiten kann: Behörden müssen zumindest ihre Strategien überdenken, wenn die Veröffentlichung eine Umgestaltung von Verwaltungsprozessen erfordert. So sollen sie etwa nach § 12a Abs. 7 EGovG bei der Beschaffung von IKT-Systemen gewährleisten, dass ein Export von Daten in maschinenlesbare Dateiformate möglich ist. Auch stehen Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Prüfung von Dokumenten auf dem Prüfstand. In der Praxis hat sich die konkrete Umsetzung als erheblich abhängig von der Größe, Art und Kultur der jeweiligen Behörde erwiesen.¹⁹⁹

4. Rechtmäßigkeitsanforderungen

a) Grundrechtsrelevanz und Gesetzesvorbehalt

Staatliche Selbstdarstellung bei der Informationsweitergabe unterliegt **äußeren rechtlichen Grenzen**. Diese fußen auf dem Rechtsstaatsprinzip, dem Demokratieprinzip sowie den grundrechtlichen Freiheiten, die durch staatliches Informationshandeln beeinträchtigt sein

195 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 20.

196 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 8.

197 Vgl. *Herr* et al., Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 289.

198 Das betrifft insbesondere Open-Data-Portale von Großstädten, vgl. etwa <https://www.opengov-muenchen.de/> oder <https://offenedaten-koeln.de/>.

199 Vgl. *Herr* et al., Abschlussbericht zur Evaluation des Hamburgischen Transparenzgesetzes, 2017, S. 286 f.

können.²⁰⁰ Gerade eine Publikumsinformation erfolgt in multipolaren Interessenkonflikten, sodass eine durch die Information hervorgerufene Reaktion der Öffentlichkeit individuelle Freiheitsverkürzungen hervorrufen kann.²⁰¹ Dabei mag die faktische Beeinträchtigung bzw. die evozierte Verhaltensänderung ganz unterschiedliche Intensitätsgrade annehmen, wie das Spektrum öffentlichen Informationshandelns von der allgemeinen Berichterstattung und Unterrichtung über die Aufklärung bis hin zu Empfehlungen, Kritik und Warnungen verdeutlicht.²⁰²

Äußerst umstritten ist, inwiefern amtliche Publikumsinformation durch den Staat einen Grundrechtseingriff darstellt²⁰³ und welche konkreten **Rechtfertigungsanforderungen** hieran zu stellen sind.²⁰⁴ Nach der streitbaren²⁰⁵ Sonderdogmatik des BVerfG soll das Informationshandeln der Bundesregierung für mittelbar-faktische Eingriffe keiner gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedürfen; vielmehr genüge hierfür die Aufgabenzuweisung.²⁰⁶ Für behördliches Informationshandeln soll ein informationeller Grundrechtseingriff bereits dann gerechtfertigt sein, wenn die Publikumsinformation kompetenzmäßig erfolge und dem Sachlichkeitsgebot sowie dem Übermaßverbot genüge.²⁰⁷

Die grundsätzliche Beantwortung der Frage nach der Eingriffsqualität und dem Gesetzesvorbehalt liegt jenseits dieses Beitrags. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auch bei allgemeinen, **proaktiven Datenbereitstellungspolitiken** Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht von vornherein ausgeschlossen werden können.²⁰⁸ Zwar mag häufig die Berührung eines Gewährleistungsbereichs ausgeschlossen sein (etwa bei Wetter- oder Geodaten), denn die Daten dienen in aller Regel nicht der unmittelbaren Verhaltenslenkung und ihre Publikation soll nicht final auf die bürgerliche Freiheitsausübung einwirken.²⁰⁹ Trotzdem aber ist eine Grundrechtsbeeinträchtigung generell denkbar – ganz in Abhängigkeit vom Informati-

200 Vgl. *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 82; *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 202.

201 *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 202; *Ingold*, Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, 2011, S. 49.

202 Vgl. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2845).

203 Desinformation ist wegen ihres intentionalen Charakters nach *Ingold*, Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, 2011, S. 52, immer ein Grundrechtseingriff, auch im mehrpoligen Verhältnis.

204 Hierzu *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2846 ff.); *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 202; *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rn. 81.

205 Kritisch *Murswiek*, NVwZ 2003, 1; *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2847); *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 204 ff.

206 So zu amtlichen Warnungen BVerfG NJW 2002, 2621 (2623); BVerfG NJW 2002, 2626 (2629).

207 Vgl. *Schoch*, NJW 2012, 2844 (2846).

208 Vgl. *Lederer*, Open Data, 2015, S. 262.

209 So die Abgrenzung nach *Ingold*, Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, 2011, S. 50, in Anlehnung an *Schoch*.

onsgegenstand und -kontext. Daher erscheint es gerade bei Open-Data-Politiken der öffentlichen Hand vernünftig, eine Rechtsgrundlage zu schaffen.²¹⁰

b) Konkrete Anforderungen

Die Informationsweitergabe der öffentlichen Hand muss den Prinzipien der Sachlichkeit, Richtigkeit und Vollständigkeit der Information folgen.²¹¹ Sie sind letztlich Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.²¹² Dies gilt sowohl für die proaktive als auch für die reaktive Weitergabe von Informationen. Das Gebot der **Sachlichkeit** gilt für jedes staatliche Informationshandeln. Es betrifft die Darstellung sowohl von Fakten als auch von Wertungen.²¹³

In der Praxis der Datenweitergabe noch relevanter ist das Gebot der (inhaltlichen) **Richtigkeit**²¹⁴ und somit der Übereinstimmung der Information mit der Wirklichkeit.²¹⁵ Verboten ist insbesondere die Desinformation, also die bewusste Verhaltens- oder Meinungsmanipulation durch Falschinformation.²¹⁶ Auch gelten der Grundsatz einer verfahrensfehlerfreien Erhebung und das Verbot der Verzerrung oder Dramatisierung ohne sachlichen Grund.²¹⁷ Bei der proaktiven Veröffentlichung ist das Problem der nachträglichen Berichtigung virulent. Umstritten ist insbesondere, wie mit einer sich nachträglich herausstellenden Unrichtigkeit umzugehen ist. Zumindest wenn sich Behörden unsicher über die Richtigkeit der Information sind, so müssen sie darauf auch hinweisen.²¹⁸

Zwischen den Grundsätzen der Richtigkeit und Sachlichkeit steht der Grundsatz der **Vollständigkeit**. Diesem ist nicht hinreichend entsprochen, wenn Fakten einseitig ausge-

210 Vgl. *Lederer*, Open Data, 2015, S. 262.

211 BVerwG NJW 1992, 62; BVerfG NJW 2002, 2621, 2624 rekurriert auf die Richtigkeit und Sachlichkeit der Information, damit ein Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG ausscheidet; ferner *Burkhardt*, in: *Löffler*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 90, m.w.N.; *Britz/Eifert/Groß*, DÖV 2007, 717, 719; *Lederer*, Open Data, 2015, S. 271; *Gusy*, NVwZ 2015, 700 (701), sieht in der Neutralität eine rechtliche Grenze von Staatskommunikation.

212 So zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Schoch*, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), HdStR III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 142, m.w.N. aus der Rspr.

213 Wie jedes Staatshandeln unterliegen Informationen dem Sachlichkeitsgebot, vgl. BVerfG NJW 1981, 1359; NJW 2002, 2621(2624). Insbesondere schließt es etwa das Einfließen sachfremder Erwägungen aus.

214 Vgl. *Schoch*, NVwZ 2012, 2844 (2848); gerade bei Auskünften gegenüber der Presse, so bereits BGH NJW 1955, 97.

215 Vgl. *Burkhardt*, in: *Löffler*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 90.

216 Näher zur Definition *Ingold*, Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, 2011, S. 18, 27.

217 Vgl. *Gusy*, NVwZ 2015, 700 (701).

218 So aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableitend *Lederer*, Open Data, 2015, S. 271; ferner *Schoch*, NVwZ 2012, 2844 (2848); zur Beschränkung der Folgenvermeidung durch Informationsvermittlung *Ingold*, Desinformationsrecht: Verfassungsrechtliche Vorgaben für staatliche Desinformationstätigkeit, 2011, S. 18.

wählt werden und damit zu einem „schiefen Bild“ führen.²¹⁹ Gerade im Rahmen des presserechtlichen Auskunftsanspruchs wurde zur Art der Zugangsgewährung diskutiert, ob in gewissen Fällen eine Vollständigkeit nur durch Akteneinsicht zu gewährleisten ist.²²⁰

Die Anforderungen der Sachlichkeit, Richtigkeit und Vollständigkeit einer konkreten Information dürften bei der Ausgestaltung und **Fortentwicklung des Rechtsrahmens** für die staatliche Informationsweitergabe maßgeblich zu berücksichtigen sein – und zwar unabhängig von der nur im Einzelfall beantwortbaren Frage ihrer Grundrechtsrelevanz. Allerdings lassen sich keine konkreten Gestaltungsvorgaben aus ihnen gewinnen, sofern man sie als äußere Grenzen und somit eine Art Leitplanke begreift, die in der Regel nur in Fällen deutlicher Grenzüberschreitungen wie der Desinformation erreicht sein sollten. Der Rechtsrahmen lässt sich aber auch schon unterhalb dieser Schwelle ausgestalten und fortentwickeln.

V. Gestaltungsprinzipien

1. Überblick

Zum **Abschluss** werden Möglichkeiten aufgewiesen, die Gefahren der staatlichen Selbstdarstellung abzuschwächen und entsprechende Mechanismen im Informationsrechtsrahmen aufzugreifen. Um eine interessengerechte Ausgestaltung des Rechts zu diskutieren, wendet sich der Blick zunächst noch einmal der Funktion von Journalisten zu; denn für die Wirkung der Selbstdarstellung durch Datensätze der öffentlichen Hand kann es entscheidend auf die Anreize von Datenjournalisten ankommen (unter 2.). Sodann mündet die Untersuchung in der Formulierung einzelner Gestaltungsprinzipien und entsprechenden Umsetzungsmöglichkeiten (unter 3.). Dies erfolgt durch sechs Thesen, die den bisherigen rechtlichen und empirischen Befund aufgreifen und ihn in Handlungsanweisungen aufgehen lassen.

2. Datenjournalisten: Multiplikatoren oder Filter staatlicher Selbstdarstellung?

Datenjournalisten tragen zur **öffentlichen Meinungsbildung** bei, wenn sie die Daten der öffentlichen Hand aufarbeiten, analysieren und interpretieren. Diese zukunftssträchtige Rolle relativiert die Befürchtung, dass das Internet dem Staat nun ermögliche, eigene Selbstdarstellungskanäle aufzubauen und die Notwendigkeit medialer Darstellung als Informationsvermittler zurückginge.²²¹ In ihrer neuen Mittlerrolle können Datenjournalisten als beides fungieren: als Multiplikatoren staatlicher Selbstdarstellung, wenn diese schon im Datensatz angelegt ist und von Datenjournalisten verstärkt wird; als Gegengewicht zur staatlichen

219 Vgl. Burkhardt, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 92.

220 Vgl. Burkhardt, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 92.

221 Vgl. Gersdorf, AfP 2016, 293.

Selbstdarstellung, wenn Datenjournalisten die staatliche Selbstdarstellung bei der Analyse erkennen und filtern bzw. die Öffentlichkeit darauf aufmerksam machen. Die Breiten- und Fernwirkung der Selbstdarstellungsstrategien der öffentlichen Hand hängt letztlich davon ab, welche Rolle reaktive und proaktive Bereitstellung der öffentlichen Hand jeweils für im Wettbewerb stehende Datenjournalisten bei ihrer täglichen Arbeit spielen.

Während bereits das Verhältnis zwischen informationsfreiheitsrechtlichem und presserechtlichem Anspruch in der journalistischen Praxis diskutiert wurde, erscheint die **tatsächliche Bedeutung von Open-Data für den Datenjournalisten** noch offen. Methodisch besteht die Schwierigkeit, den tatsächlichen Effekt von Open-Data auf den Datenjournalismus zu messen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die Quellen häufig nicht angegeben werden.²²² Je nach Reifegrad von Open-Data-Politiken dürfte auch die Bedeutung für Datenjournalisten steigen. Allerdings ist zu bedenken, dass es sich dabei um eine Bereitstellung nach generellen Prinzipien handelt, die nicht vorrangig Journalisten als Nutzergruppen im Auge hat, sodass viele Datensets nicht unbedingt von journalistischem Interesse sind.²²³ Gewisse Anhaltspunkte deuten darauf hin, dass gerade die individuelle Informationsweitergabe für Journalisten wichtiger ist als Open-Data-Politiken;²²⁴ das soll zumindest für den datenbezogenen Investigativjournalismus gelten.²²⁵

So bleibt der **Befund**, dass gerade das Zusammenspiel aus reaktiver und proaktiver Bereitstellung von Daten im Blick zu behalten ist. Datenjournalisten sind nicht ausdrückliche Adressaten von Gesetzen und es ist hiermit auch nicht gesagt, dass sie es sein sollen. Doch hilft gerade die Berücksichtigung ihrer meinungsbildenden gesellschaftlichen Funktion als eine Kontrollüberlegung für den zukünftigen rechtspolitischen Gestaltungsprozess der staatlichen Informationsweitergabe. Insbesondere lassen sich dadurch neue Gefahren der staatlichen Selbstdarstellung frühzeitig erkennen und der Rechtsrahmen in Zukunft interessengerecht fortentwickeln.

3. Einzelne Gestaltungsprinzipien und Umsetzungsmöglichkeiten

a) Selektionsmöglichkeiten und Formate bewusst definieren

Selbstdarstellungsmöglichkeiten eröffnen sich dem Staat bei der Informationsweitergabe insbesondere durch die **Möglichkeit zur Selektion** des Inhalts, des Formats und des Veröffentlichungszeitraums. Innerhalb der Grundsätze der Sachlichkeit, Richtigkeit, und Voll-

222 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 5, 11.

223 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 4, 14, 31.

224 Vgl. für das Vereinigte Königreich *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 5, 9, ebenso wie für Schweden (S. 13): „for serious stories, FOI-requests are still the normal way in“.

225 Vgl. mit empirischer Bezugnahme auf die Pulitzer-Preise *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 6 ff.

ständigkeit bestehen zahlreiche Selbstdarstellungsspielräume, sei es durch Kommunikation oder durch Nichtkommunikation.²²⁶ Die Selektionsmöglichkeiten sollten daher klar definiert und systematisiert werden. Grundsätzlich sollte Nutzerbeteiligung, sowohl vor als auch nach der Publikation (etwa in Form von Feedbackschleifen), als wichtiges Korrektiv in Betracht gezogen werden.

Ebenso sollte sich bei der **Formatwahl** das minimal zu haltende Auswahlermessen an schlichten Kriterien orientieren. Eine gewisse Vorbildfunktion übernehmen hier § 3 Abs. 2 IWG und § 12a EGovG. Konkretisieren lassen sich allerdings die Anforderungen, die an erfolgreiche Einwände der Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit zu stellen sind; praktische Handreichungen sind hierfür hilfreich. Überdies sollten Formatfragen bereits bei der Auswahl der Kommunikationstechnik und somit *vor* der Datenerhebung systematisch berücksichtigt werden.

b) Verbindlichkeit schaffen

Wie wirksam staatliche Selektionsmöglichkeiten letztlich beschränkt werden, hängt von dem Verbindlichkeitsgrad entsprechender Regelungen ab. Selbst wenn Aspekte der Informationsweitergabe gesetzlich klar geregelt sind und der Staat zur Einhaltung objektiv-rechtlich verpflichtet wird, mangelt es an der **Durchsetzbarkeit**, wenn mit den objektiven Pflichten keine subjektiven Rechte korrespondieren. Subjektive Rechte übernehmen somit eine wichtige Korrekturfunktion, was besonders plastisch beim Individualrecht auf Veröffentlichung einer Information hervortritt. Solche Individualrechte sollten sich auch auf die Formatwahl erstrecken, sowohl was die Bereitstellung als auch die Erhebung von Daten betrifft.

c) Gleichlauf zwischen reaktiver und proaktiver Weitergabe herstellen

Sowohl reaktive als auch proaktive Informationsweitergabe sind integrale Bestandteile des staatlichen Informationsökosystems. Daher interessiert mit Blick auf die Spielräume staatlicher Selbstdarstellung gerade ihre Wechsel- bzw. Gesamtwirkung: Reaktive Zugangsrechte ermöglichen eine grundsätzliche Kontrolle des Verwaltungshandelns, wohingegen die proaktive Veröffentlichung stets Selektionsmöglichkeiten der öffentlichen Hand belässt. Maximal ist der Selbstdarstellungsspielraum, wenn die proaktive Veröffentlichung einer Information rein freiwillig erfolgt und gleichzeitig mit keinen Rechten auf Zugang zu ihr einhergeht. So gesehen stehen reaktive und proaktive Informationsweitergabe zueinander in **komplementärem Verhältnis** und sollten daher möglichst im Gleichklang angelegt sein. Das ist etwa nicht der Fall, wenn der sachliche Anwendungsbereich auseinanderfällt.²²⁷ Fortschreitende Open-Data-Politiken sollten also idealerweise im Gleichlauf mit der Gewährung von

²²⁶ Vgl. zur Bedeutung der Nichtkommunikation I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 206.

²²⁷ Vgl. bereits unter III.2.c. a.E. zur Divergenz der Adressaten.

Informationszugangsrechten erfolgen. Abzulehnen ist indes die Gegenthese, wonach die zunehmende proaktive Veröffentlichung Zugangsrechte überflüssig mache.

Gerade die Bereitstellung bestimmter **Formate** sollte auf diese Korrespondenz hin eindringlich geprüft werden. Das IWG stellt hier Komplementarität zu einem gewissen Grad her, weil es auch einen Anspruch auf Überlassung anderer als der publizierten Formate einräumt. Dies sollte zu einem informationsrechtlichen Grundsatz erstarken, der nur in rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefällen durchbrochen werden können sollte.

d) Wettbewerbskräfte als Korrektiv berücksichtigen

Der **Wettbewerbsmechanismus sollte berücksichtigt** werden, um die mit der staatlichen Selbstdarstellung verbundenen Gefahren einzudämmen. Journalisten stehen miteinander im Wettbewerb, sodass der Besitz gerade von solchen Datensets einen Vorteil begründen kann, über die Konkurrenten nicht verfügen. Nicht verwundert daher, dass Journalisten nur ungerne ihre Quellen nennen, wenn sie hierzu nicht verpflichtet sind.²²⁸ Letztlich kann also der Wettbewerb „um“ die Daten ein marktmäßiges Gegengewicht zur staatlichen Selbstdarstellung darstellen.

Aus dieser Perspektive betrachtet sollte Gesetzgebung zur Informationsweitergabe **Anreize von Journalisten** berücksichtigen, eine Korrekturfunktion zu übernehmen. Problematisch erscheinen insofern Regeln, welche die öffentliche Hand dazu verpflichten, Einzelanfragen oder die angefragten Daten sofort nach einer Informationszugangsanfrage in dem angefragten Format im Internet zu veröffentlichen.²²⁹ Solche Regeln stießen bereits in den USA auf Kritik von Journalisten.²³⁰ Zwar erscheinen sie auf den ersten Blick unter Transparenzgesichtspunkten als sinnvoll; doch mögliche systemische Wirkungen auf den Wettbewerb *um* die Information können die gewonnene Transparenz wiederum egalisieren und langfristig auf einem noch niedrigen Niveau perpetuieren. Eine Lösung, hier die individuellen Anreize und das öffentliche Interesse zum Ausgleich zu bringen, bestünde in Karenzzeiten. Danach wäre eine Veröffentlichung erst nach einer bestimmten Periode vorzunehmen. Vier Wochen erscheinen als angemessen, da im Journalismus regelmäßig schon geringe Zeitvorsprünge entscheidend sein können.

e) Informationshaftung gezielt und behutsam einsetzen

Im Übrigen stellt sich die Frage der **gesetzlichen Informationshaftung**. Je nach Ausgestaltung haftet der Staat für die Richtigkeit, Sachlichkeit und Vollständigkeit der Information. Die zunehmende staatliche Informationsverbreitung hat Forderungen nach einer schärferen

228 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 5, 21, zur Ausnahme des Guardian: S. 23.

229 So bereits unter III.3.a. zum Prinzip „access for one means access for all“.

230 Vgl. *Stoneman*, Does Open Data Need Journalism?, Working Paper, University of Oxford, 2015, S. 5 f.

Haftung laut werden lassen – so insbesondere von kommerziellen Anbietern, die ihren Kunden Mehrwertprodukte auf Grundlage staatlicher Informationen bereitstellen, wie etwa eine Wetter-App.²³¹ Doch die Anreizwirkung der Informationshaftung führt zu einem Dilemma: Übermäßig strikte Haftungsregeln können zu einer zögerlichen Informationsverbreitung führen und/oder hohe Kosten für eine gründliche Prüfung der Richtigkeit erfordern. Andererseits bedingt die höhere Breiten- und Fernwirkung, dass von fehlerhaften Rohdaten größere Risiken ausgehen. Rein praktisch erschwert wird die Haftbarmachung durch die Erhöhung der Kontextabhängigkeit gerade beim Bereithalten von Rohdaten.

Entsprechend umstritten ist die staatliche Informationshaftung im Einzelnen, und ihre tiefergehende Diskussion würde den Umfang dieser Untersuchung sprengen.²³² Insgesamt aber kann man eine **Tendenz** zur weitgehenden Haftungsfreizeichnung des Staates beobachten. In aller Regel verzichten reaktive Zugangsregime ausdrücklich auf eine Richtigkeitsgewähr.²³³ Neben dem pragmatischen Argument, dass eine Richtigkeitskontrolle schlicht nicht durchführbar wäre, wird der Grund der Haftungsbefreiung darin gesehen, dass sich Informationszugangsansprüche in aller Regel „nur“ auf bei der Behörde „vorhandene“ Informationen beziehen.²³⁴ Ino Augsberg begründet die Ausklammerung der Richtigkeitsgewähr auch mit dem rezeptionsbezogenen Charakter der Information; dem Staat gehe es primär um die Zirkulation und nicht um die Übernahme einer materiellen Verantwortung über gesellschaftliches Wissen.²³⁵ Doch auch bei proaktiven Bereitstellungsregimen hat sich mittlerweile ein gesetzlicher Haftungsausschluss für die Richtigkeit sowie die Qualität und die dauerhafte Bereitstellung der Daten etabliert.²³⁶

Im **Ergebnis** kann man auf Haftungsregeln wohl zu einem gewissen Grad verzichten, sofern die Wettbewerbskräfte, welche durch die Einräumung subjektiver Rechte effektiert werden können, zu einer Korrektur führen. In jedem Fall sollte zumindest ein Anspruch auf Berichtigung gesetzlich verankert werden, falls eine Unrichtigkeit festgestellt wird. Schließlich sollten Haftungsregeln wenigstens in Bezug auf solche Daten, welche die Behörde frei von jeder Verpflichtung zur Verfügung stellt, ein notwendiges Korrektiv darstellen.

231 Zur Informationshaftung Britz/Eifert/Groß, DÖV 2007, 717; Kümper, ZUR 2012, 395; Ehlers/Vorbeck, Jura 2014, 34.

232 Vgl. näher bei Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2a, Rn. 149 ff.

233 Vgl. I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 216, m.V.a. § 7 Abs. 3 S. 2 IFG, § 6 Abs. 3 VIG, Möglichkeitsvorbehalt bei § 7 Abs. 3 UIG.

234 Vgl. Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 7 Rn. 126.

235 Vgl. I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 216 f.

236 Vgl. etwa § 12 Abs. 8 EGovG; § 12 Abs. 2 LTranspG; § 8 Regierungsentwurf eines Thüringer Transparenzgesetzes vom 23. Januar 2019 (Drs. 6/6684). Ferner zur Rechtfertigung unterschiedlicher Haftungsmaßstäbe kritisch Schoch, IFG, 2. Aufl. 2016, § 7 Rn. 127; Richter, IWG, 1. Aufl. 2018, § 2a, Rn. 157.

f) *Evaluationen und Berichte präzisieren*

Schließlich sind Evaluationen und Berichte wichtige Instrumente, um die **Regelungswirkung** systematisch zu überprüfen und die Öffentlichkeit über ihr Handeln zu informieren. Relevant werden Evaluationen besonders dann, wenn sich Gesetzeswirkungen nicht abschätzen lassen und Gefahren der Dysfunktionalität, hier in Form einer problematischen Selbstdarstellung, theoretisch gut denkbar sind. Bei ihren Open-Data-Politiken gehen verschiedene Staaten ganz unterschiedliche Wege der Evaluation.²³⁷ Auch die deutsche Open-Data-Regelung unterliegt einem Evaluations- und Berichtsvorbehalt, was im informationsrechtlichen Trend liegt.²³⁸ Entscheidend ist dann, was genau evaluiert oder worüber genau berichtet werden soll und wer die Evaluation durchführt. Ein Beispiel für selbstdarstellungsbezogene Evaluationen wäre die Analyse des Zeitpunktes der Veröffentlichung und somit die Maßgabe, Veröffentlichungsmuster von Behörden zu beobachten.

Der Blick auf die Formate und den Datenjournalismus hat gezeigt, dass das Format über die weitere Wissensvermittlung und Meinungsbildung entscheidet. Infolgedessen sollten Formate eigenständig in Evaluation und Berichten gewürdigt werden, was bislang allenfalls ansatzweise der Fall ist. Ferner sollte wegen seiner besonderen meinungsbildenden und vermittelnden Funktion der Datenjournalismus bzw. Journalismus generell als eine **eigenständige Evaluierungs- bzw. Berichtskategorie** anerkannt sein. Gerade wenn sich die Verpflichtung des Staates nicht durch Individualrechte durchsetzen lässt, können Berichtspflichten zumindest periodisch die Öffentlichkeit in Kenntnis setzen. Ironischerweise bilden diese Berichte wiederum das Einfallstor zur Selbstdarstellung. Das unterstreicht einmal mehr, dass Berichtsgegenstand und Kriterien möglichst genau vorab definiert werden sollten.

VI. Ausblick

Der Datenjournalismus steht in Deutschland zwar erst am Anfang, und auch der Staat scheint (vielleicht genau deswegen) bislang Datenjournalisten noch nicht systematisch als Multiplikator für eine Selbstdarstellung zu begreifen. Doch genau dieses wechselseitige Verhältnis kann dazu führen, dass der Datenjournalismus schlagartig eine wichtige Funktion zur Meinungsbildung und der Ausformung der Demokratie übernehmen wird, während gleichzeitig die Risiken einer staatlichen Selbstdarstellung spürbar steigen. Es sollten daher frühzeitig **Weichenstellungen** vorgenommen werden, um eine größtmögliche Meinungsvielfalt zu erhalten bzw. zu ermöglichen. Dies kann dadurch gelingen, dass man staatliche Selbstdarstellungsspielräume auf ein interessengerechtes Maß eingrenzt. Dabei besteht die

237 Vgl. *Vancauwenberghe/Crompvoets*, in: van Loenen/Vancauwenberghe/Crompvoets (Hrsg.), *Open Data Exposed*, 2018, S. 85.

238 So etwa § 142 UrhG; in Bezug auf das NetzDG BT-Drs. 18/12356, S. 18; Art. 18 PSI-Richtlinie(neu).

regulatorische Herausforderung darin, die Chancen staatlicher Informationsweitergabe zu realisieren und die negativen Auswirkungen zu minimieren.

Ein perspektivischer Blick auf derzeitige **Gesetzgebungsbestrebungen** kann konkrete Stellschrauben beleuchten: Offensichtlich wurde die Bedeutung von Informationsfreiheitsgesetzen für Datenjournalisten, aber auch für die Presse und die Gesellschaft insgesamt. Informationsfreiheitsregelungen sollten dort, wo sie nicht bestehen, erlassen und im Übrigen weiterentwickelt werden. Darüber hinaus bieten Transparenzgesetze eine Chance, wenn sie den genannten Anforderungen entsprechen und kontinuierlich evaluiert und fortentwickelt werden. Gerade wenn man die Risiken staatlicher Selbstdarstellung bei der Datenweitergabe und die Ungewissheit politischer Entwicklungen berücksichtigt, bestehen gute Gründe, das Recht auf einen allgemeinen Informationszugang auch als ein verfassungsrechtlich garantiertes Individualrecht anzuerkennen.²³⁹ Außerdem ließen sich die Pressegesetze weiterentwickeln; doch erscheint dies als eine „zweitbeste Lösung“ gegenüber modernen Informationsfreiheitsregelungen. Die Schlagkraft der gut gemeinten Regelung des § 12a EGovG wird letztlich davon abhängen, wie ernsthaft die Bundesbehörden sie in der Praxis umsetzen. Bei alledem gehen die nachhaltigen Impulse der Datenpolitik von der EU aus. Die Augen richten sich nun auf die bevorstehende Umsetzung der neugefassten PSI-Richtlinie im IWG. Die Richtlinie wurde übrigens von modernen französischen Informationsregelungen inspiriert.²⁴⁰

Es steht dem deutschen Gesetzgeber frei, bei der Informationsgesetzgebung in Zukunft eine **Vorreiterrolle** zu übernehmen. Dem Datenjournalismus und somit der Meinungsvielfalt kann dies jedenfalls nur zuträglich sein.

239 Zur aktuellen Diskussion *Nolte*, NVwZ 2018, 531; zu Initiativen, ein Grundrecht auf Informationsfreiheit zu verankern, *Schoch*, IFG, 2. Aufl. 2016, Einl Rn. 295 ff.

240 Vgl. zu den französischen Regelungen *Schnieders*, DÖV 2017, 175.

Unbedingt abwehrbereit, aber bedingt zuständig?

Eine interdisziplinäre Evaluation der Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts vor dem Hintergrund der Konvergenz von Wettbewerbs- und Datenschutzrecht

Pascal Schneiders* ¹

1. Take it or leave it	237	5.1 § 19 Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 3 GWB	252
2. Von Plattformeffekten und Nutzerparadoxien	239	5.2 § 19 Abs. 1 GWB	252
2.1 Plattformökonomische Charakteristika	239	5.3 Pechstein	253
2.2 Daten als Faktor für Wettbewerb (und Wettbewerbsbeschränkung)	241	5.4 VBL-Gegenwert	253
2.3 Nutzerparadoxien	242	6. Eine Frage der Kausalität	254
3. Verhältnis von Kartell- und Datenschutzrecht	245	6.1 Grundlagen	254
3.1 Grundlagen	245	6.2 Schlussfolgerungen des BKartA	255
3.2 9. GWB-Novelle	245	6.3 Implikationen	257
3.3 Konvergenz von Kartell- und Datenschutzrecht	246	7. Chancen und Risiken einer Konvergenz von Datenschutz- und Wettbewerbsrecht	258
4. Marktabgrenzung sozialer Netzwerke	250	7.1 Chancen	258
5. Missbräuchliche Ausnutzung (der marktbeherrschenden Stellung)	252	7.2 Risiken	259
		8. Resümee	260
		8.1 Folgerungen	261
		8.2 Ausblick: Facebooks Strategieanpassung	262

Abstract

Anfang Februar 2019 legte das Bundeskartellamt (BKartA) eine wegweisende Entscheidung gegen Facebook vor. Es entschied, Facebook nehme in Deutschland eine marktbeherrschende Stellung ein und missbrauche diese, um den Nutzern unverhältnismäßig viele Daten abzuverlangen. Mit der Entscheidung legt das BKartA Facebook die Pflicht zu einer Entflechtung von Daten auf. So dürfen Daten, die über Drittangebote oder zum Facebook-Konzern gehörende Dienste wie WhatsApp oder Instagram gesammelt werden, künftig nur noch mit expliziter Einwilligung des Nutzers dessen Facebook-Account zugeordnet werden. Bisher hatte Facebook in seinen Geschäftsbedingungen festgelegt, dass das soziale Netzwerk nur unter der Voraussetzung genutzt werden könne, dass Facebook auch außerhalb

* AUTOR-DATEN NOCH ZU ERGAENZEN.

¹ Ich möchte Kerstin Liesem, Christoph Neuberger, Jan Oster und Birgit Stark für ihre äußerst wertvollen Kommentare und Ergänzungen herzlich danken.

der Facebook-Seite Daten über den Nutzer im Internet oder auf Smartphone-Apps sammelt und dem Facebook-Nutzerkonto zuordnet.

Facebook selbst argumentiert, das BKartA überschreite durch den Rückgriff auf datenschutzrechtliche Wertungen seinen Kompetenzbereich. Weitergehend wird mitunter kritisiert, eine derartige Konvergenz von Kartell²- und Datenschutzrecht gehe mit zwar effektiven, aber willkürlichen Regulierungsmaßnahmen einher. Der vorliegende Beitrag nähert sich diesem Präzedenzfall aus kommunikationswissenschaftlicher, medienökonomischer und juristischer Perspektive. Diese Verschränkung erlaubt es, die Grundlagen und Bedingungen für das Vorliegen einer notwendigen Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und einem missbräuchlichen Verhalten herauszuarbeiten und die Angemessenheit der Kartellamts-Entscheidung und zukünftiger Entscheidungen dieser Art umfassend zu beurteilen.

1. Take it or leave it

Nach fast drei Jahren hat das Bundeskartellamt (BKartA) am 6. Februar 2019 eine Entscheidung im Verfahren gegen Facebook³ vorgelegt. Dabei führte aus, dass Facebook auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese missbraucht, um seinen Nutzern unverhältnismäßige Nutzungs- und Datenverarbeitungskonditionen abzurufen. Damit verstoße Facebook gegen das Wettbewerbsrecht, weshalb das BKartA die Verarbeitung der Daten von in Deutschland ansässigen privaten Nutzern durch Facebook weitreichend einschränkt.

Bislang verwendet Facebook Konditionen, die die Nutzung Facebooks davon abhängig machen, dass Facebook nutzer- und gerätebezogene Daten, die bei der Nutzung der konzerneigenen Dienste (so der Messengerdienst WhatsApp, das visuell geprägte soziale Netzwerk Instagram, die VR-Anwendung Oculus und die Videofilter-App MSQRD) generiert werden, ohne Einwilligung⁴ der Nutzer mit ihrem Facebook-Konto verknüpfen und verwenden kann. Gleichermäßen macht Facebook seine Nutzung davon abhängig, dass Facebook Daten, die bei dem Besuch von Websites oder mobiler Apps von Drittanbietern über Programmierschnittstellen (Facebook Business Tools) erfasst werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit ihrem Facebook-Konto verknüpfen und verwenden kann. Dies betrifft bei-

2 Treffender wäre der Begriff Wettbewerbsrecht, da die Facebook-Entscheidung gerade kein Kartell betrifft, sondern den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings schreibt das BKartA selbst von Kartellrecht, weshalb die Begriffe in diesem Beitrag synonym verwendet werden.

3 Spezifischer betrifft die Entscheidung des BKartA Facebook Inc., Menlo Park, U.S.A., Facebook Ireland Ltd., Dublin, Irland, und Facebook Germany GmbH, Hamburg, Deutschland (im Folgenden: „Facebook“).

4 Art. 4 Nr. 11 DSGVO definiert eine Einwilligung als „[...] freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.

spielsweise Onlineangebote, die einen Like-Button oder Facebook-Login eingebunden haben oder Analysedienste wie Facebook Analytics nutzen. Facebook zwingt seine Nutzer demnach, „einer faktisch grenzenlosen Sammlung und Zuordnung von Nicht-Facebook-Daten zu ihrem Nutzerkonto zuzustimmen“. Dieser missbräuchliche, da gegen datenschutzrechtliche Wertungen verstoßende Umfang, in dem Facebook Daten ohne Einwilligung der Nutzer sammelt, dem Nutzerkonto zuführt und verwertet, stellt einen Ausfluss von Marktmacht dar. Schließlich könne man die Einwilligung der Nutzer in die Datennutzungsbestimmungen des sozialen Netzwerks mangels funktional äquivalenter Alternativen und aufgrund von Lock-in-Effekten nicht als *freiwillig* verstehen. Zum einen stelle dies einen „Eingriff in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ dar, zum anderen Seite festige Facebook damit seine marktbeherrschende Stellung. Diese unangemessenen Konditionen zum Nachteil der privaten Nutzer und der Wettbewerber rechtfertigten das Eingreifen des BKartA.

Das BKartA untersagt Facebook nun die in den Nutzungsbedingungen festgelegten Konditionen zur Verarbeitung personenbezogener Daten, „soweit sie ohne Einwilligung der Nutzer die Erfassung von nutzer- und gerätebezogenen Daten aus den anderen konzerneigenen Diensten und den Facebook Business Tools sowie deren Zusammenführung mit Facebook-Daten für die Zwecke des sozialen Netzwerks ohne Einwilligung der Nutzer betreffen“. Ebenfalls untersagt ist die Durchführung dieser Konditionen. Facebook darf demnach weiterhin personenbezogene Daten erheben und verarbeiten. Die Nutzung des Dienstes facebook.com darf jedoch nicht von der Erteilung der Einwilligung abhängig gemacht werden. Auch zum Facebook-Konzern gehörende Dienste wie WhatsApp und Instagram dürfen weiterhin Daten sammeln, diese aber nicht ohne Einwilligung dem Facebook-Nutzerkonto zuordnen. Die Entscheidung des BKartA verpflichtet Facebook dazu, die beschriebene Zuwiderhandlung binnen zwölf Monaten zu beenden. Ferner muss Facebook binnen vier Monaten Lösungsmöglichkeiten präsentieren, wie die Verarbeitung von Nutzerdaten eingeschränkt werden kann, will es weiterhin Daten aus anderen Quellen ohne Einwilligung der Nutzer sammeln und mit dem Facebook-Nutzerkonto verknüpfen. In Frage kommen dabei beispielsweise die Beschränkung der Datenmenge, der Verwendungszwecke, zusätzliche Steuerungsmöglichkeiten der Nutzer und Haltefristen.

Die Entscheidung des BKartA ist noch nicht bestandskräftig. Unmittelbar nach der Verkündung der Entscheidung erwiderte Facebook unter anderem, das BKartA sei nicht befugt, datenschutzrechtliche Untersuchungen anzustellen und legte am 15. Februar 2019 Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf ein. Somit bleibt die Frage im Raum, ob Bewertungen von Datenverwendungsbestimmungen überhaupt in den Kompetenzbereich des BKartA fallen. Denn die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ermächtigt insbesondere die Datenschutzaufsichtsbehörden festzustellen, „ob Unternehmen ihrer Verantwortung nachkommen“. Darüber hinaus wird in der juristischen Debatte in diesem Zusammenhang verschiedentlich argumentiert, es könne zu einer „Instrumentalisierung der Missbrauchsaufsicht zum Ausgleich von Sanktionsdefiziten in anderen Rechtsgebieten“ kommen. Ziel des vorliegenden Beitrags ist es, diesen Präzedenzfall aus kommunikationswissenschaftlicher,

medienökonomischer und im Ansatz juristischer Perspektive⁵ zu beleuchten und durch diese Verschränkung einen Mehrwert für die Debatte über die Angemessenheit der Kartellamts-Entscheidung und zukünftige Verfahren an der Schnittstelle zwischen Kartell- und Datenschutzrecht zu liefern.

So können Kommunikationswissenschaft und Medienökonomie dazu beitragen, ein vertieftes Verständnis von Plattformen, den dahinterstehenden Geschäftsmodellen, ihren Nutzern und von Daten als Wettbewerbsfaktor zu entwickeln. Gleichzeitig können sie helfen, ein methodisches Instrumentarium für Marktanalysen zu entwickeln. Dies ist später von Interesse für die Beantwortung der Frage, ob die ausbedungenen Konditionen Facebooks tatsächlich auf eine etwaige marktbeherrschende Stellung zurückzuführen sind. Anschließend werden Kartell- und Datenschutzrecht im Verhältnis betrachtet und mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form eines Konditionenmissbrauchs (durch Facebook) ein derartiger Anwendungsbereich umrissen. Letztlich sollen Chancen und Risiken einer sich angesichts der zunehmenden Popularität von Plattformen und Daten als Wettbewerbsfaktor abzeichnenden Konvergenz von Kartell- und Datenschutzrecht dargelegt werden. So kann das Kartellrecht zwar als Hebel des Datenschutzrechts fungieren, droht aber auszufern.

2. Von Plattformeffekten und Nutzerparadoxien

2.1 Plattformökonomische Charakteristika

Um nachvollziehen zu können, auf welchen ökonomischen Grundlagen die Entscheidung des BKartA fußt, soll zunächst auf wesentliche Charakteristika von Internetplattformen eingegangen werden.

Internetplattformen⁶ bieten die Software, auf Basis derer Dritte operieren. Dabei sehen Plattformen sich mindestens zwei distinkten Nachfragergruppen gegenüber, zwischen de-

5 Statt einer strengen Prüfung im juristischen Sinne soll hierbei vielmehr eine Bewertung aus einer interdisziplinären Sichtweise heraus erfolgen, die die ökonomischen Rahmenbedingungen und insbesondere das Nutzerverhalten als zentrale Einflussfaktoren berücksichtigt.

6 Die Begriffe (digitale) Plattform und Intermediär werden oft synonym (S. 64), im Allgemeinen jedoch uneinheitlich verwendet. Dewenter und Haucap etwa begreifen Intermediäre als Betreiber von Plattformen, Schweitzer, Haucap, Kerber und Welker als „typischerweise mehrseitige digitale Plattformen“. Die Medienanstalten definieren Plattformen medienpezifisch als „technisches System, das unterschiedliche Medienangebote strukturiert zusammenfasst und die Gesamtheit dem Nutzer zur Verfügung stellt“ und Intermediäre als Dienste, „die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für Inhalte erzeugen – seien es eigene oder von anderen erstellte“. Nach Lischka und Stöcker (2017) erfüllen Intermediäre eine Scharnierfunktion, indem sie „zwischen Dritten, aus deren Interaktion Öffentlichkeit entsteht“ vermitteln. Sie verbreiten und/oder erschließen von Dritten erstellte Inhalte und fügen diese Inhalte dabei neu zusammen. Bei der Auswahl und Gewichtung der angezeigten Inhalte nutzen sie Prozesse algorithmischer Entscheidungsfindung. Taddeiken und Schmidt (2017) subsumieren Plattformen unter soziale Medien. Demnach handele es sich bei Plattformen um Angebote, „die einer Vielzahl von Nutzern eine gemeinsame softwaretech-

nen indirekte Netzwerkeffekte, herrschen. In diesem Sinne wird eine Plattform für die Mitglieder einer Gruppe umso attraktiver, je mehr Mitglieder einer anderen Gruppe die Plattform nutzen, und vice versa. Auf Plattformen existieren also zwei- oder mehrseitige Märkte. Zwei- oder mehrseitige Märkte sind beispielsweise bei Kreditkartensystemen oder werbefinanzierten Medien festzustellen. So stellen sich Kreditkarten für Kunden als umso attraktiver dar, in je mehr Geschäften sie diese als Zahlungsmittel einsetzen können. Auf der anderen Seite erhöht sich für Geschäftsbetreiber umso mehr der Anreiz, Kreditkarten zu akzeptieren, je mehr Kunden diese als Zahlungsmittel nutzen (wollen). Werbefinanzierte Medien wiederum können als Plattform aufgefasst werden, die Publikum und Werbetreibende zusammenführt. Die Attraktivität werbefinanzierter Medien steigt für Werbetreibende tendenziell mit der Anzahl der Rezipienten. Das gilt gleichermaßen für Social Media-Angebote wie Facebook. Wird jedoch zu viel Werbung vorgehalten, kann dies die Attraktivität des Mediums aus Sicht der Rezipienten schmälern.

Neben derartigen indirekten Netzwerkeffekten herrschen (nicht nur) in sozialen Netzwerken auch direkte Netzwerkeffekte vor. Diese zeigen sich dahingehend, dass der private Nutzen und der Wert des Netzwerks für den Einzelnen mit der Anzahl der Teilnehmer (überproportional) steigen. Es ist ein Paradoxon: In klassischen Märkten steigt der Preis eines Guts mit dessen Knappheit, der Wert eines Netzwerkguts hingegen wächst mit dessen Verbreitung und repräsentiert einen Wettbewerbsvorteil.

Metcalf's Law versucht, diese Beziehung mit der Formel N^2 zu quantifizieren: „The value of a network goes up as the square of the number of users“. Die mathematische Annäherung verdeutlicht die selbstverstärkende Wirkung positiver Netzwerkeffekte. Hat die Größe eines Netzwerks eine kritische Masse bzw. den „Tipping Point“ überschritten, besitzen also beispielsweise hinreichend viele Freunde einen Facebook-Account (bzw. sind die meisten Freunde auf Facebook statt auf konkurrierenden sozialen Netzwerken vertreten), lohnt es sich für den Einzelnen, ebenfalls Facebook beizutreten. Dadurch nimmt der Wert des Netzwerks weiter zu und weitere Nutzer werden ermutigt, dem Netzwerk beizutreten. Für Nutzer gehen damit steigende Wechselkosten einher, die sie von der Nutzung konkurrierender Angebote abhalten. Schließlich würde es Aufwand erfordern, sein Profil und sein Freundesnetzwerk auf einer anderen Plattform zu replizieren. Auch Gewöhnung an einen Dienstleister und die Bedienung des Angebots können Wechselkosten steigern und damit

nische Infrastruktur für Kommunikation bieten“. Social Media können dabei als „a group of Internet-based applications that build on the ideological and technological foundations of Web 2.0, and that allow the creation and exchange of User Generated Content“ (Kaplan und Haenlein, 2010, S. 61; vgl. auch Gabriel und Röhrs, 2017, S. 19) verstanden werden. Taddicken und Schmidt differenzieren Plattformen weiter nach (sozialen) Netzwerkplattformen wie Facebook, Diskussionsplattformen bzw. Internetforen sowie User Generated Content-Plattformen wie YouTube oder Instagram (2017, S. 10f.). Der Entwurf des Medienstaatsvertrags grenzt Plattformen und Intermediäre anhand des Umfangs der Inhalte ab: Während Plattformen eine abgeschlossene Auswahl an Inhalten vorhalten, handelt es sich bei (Medien-)Intermediären um „offene Systeme“, die nicht zu einem Gesamtangebot zusammengefasst sind. Im vorliegenden Beitrag sollen Plattformen als Mittel von Intermediären verstanden werden.

einen Lock-in-Effekt, also eine Kundenbindung fördern . Daher ist es wahrscheinlich, dass sich lediglich ein Wettbewerber in der Konkurrenzzone durchsetzt und sich ein Monopol bildet („The Winner takes it all“).

Indem Plattformen nun unterschiedliche Akteure zusammenführen, leisten sie einen einfachen Zugang zu (eingeschränkten Daten über) verschiedenen Gruppen und reduzieren damit Transaktionskosten für die Nutzer. Diese stellen sich dar als Kosten einer direkten Koordination der beiden Nachfragergruppen ohne den Vermittlungsservice der Plattform, beispielsweise in Form von Zugangs-, Such- oder Informationskosten . Neben physischen Produkten sind die Herstellung von Kontakten bzw. die Allokation von Aufmerksamkeit, wie es bei werbefinanzierten Mediengütern der Fall ist, Gegenstand der Vermittlung . War es den verschiedenen Nachfragergruppen vormals also nur unter erheblichem Aufwand oder gar nicht möglich, miteinander in Verbindung zu treten, ermöglichen Plattformen direkte Interaktionen zwischen den Seiten (ohne selbst an der Interaktion beteiligt zu sein) und internalisieren indirekte Netzwerkeffekte .

Die Bepreisung der Marktseiten ist dabei meist nicht neutral. Vielmehr erlegen die Plattformbetreiber den unterschiedlichen Nutzergruppen unterschiedliche Preise bzw. Konditionen auf . Die Partei mit der geringeren Preiselastizität, also diejenige, die weniger sensibel auf Preisänderungen reagiert, zahlt in der Regel den höheren Preis für den Marktzugang, wobei darüber hinaus indirekte Netzwerkeffekte beachtet werden müssen. So verlangen beispielsweise Facebook, Google, ebay und Amazon keine monetäre Gegenleistungen von ihren Nutzern mit privaten Accounts , sie werden von der Marktgegenseite (den Werbetreibenden) subventioniert. Eine zentrale Rolle nehmen dabei die von den Nutzern hinterlassenen Daten ein, auf die im Folgenden eingegangen wird.

Zusammengefasst fördern die auf Plattformmärkten zu beobachtenden selbstverstärkenden Netzwerkeffekte und die damit korrelierenden Wechselkosten die Aneignung von Marktmacht.

2.2 Daten als Faktor für Wettbewerb (und Wettbewerbsbeschränkung)

Wettbewerb wurde schon immer (auch) von personenbezogenen Daten getrieben. Sie eignen sich, Konsumentenbedürfnissen zu identifizieren und zu stimulieren, dementsprechend Geschäftsprozesse, Produkte und Dienstleistungen zu verbessern (etwa in Form einer Personalisierung) und Kaufwahrscheinlichkeiten zu erhöhen, sowie bei der Werbeschaltung (potenzielle) Kunden mit geringeren Streuverlusten zu adressieren . So kann das Wissen um individuelle Konsumpräferenzen, Kreditbonitäten usw. zu einer effizienteren Ressourcenzuweisung führen .

Plattformen haben die Extraktion und Verwertung personenbezogener Daten⁷ intensiviert, indem sie unterschiedlichen Nutzergruppen eine Infrastruktur bieten und deren Inter-

⁷ Neben dieser Zero-price economy, in der personalisierte Daten als Währung dienen, stellen Datenhandel, aber auch Datenschutz Formen der Monetarisierung datenbasierter Geschäftsmodelle dar . Sie sind an dieser Stelle jedoch nicht relevant.

aktionen messen. Grundsätzlich können die auf Plattformen hinterlassenen personenbezogenen Daten expliziter oder impliziter Natur sein: Bei ersteren handelt es sich um interessenbezogene und soziodemographische Daten, die bewusst durch die Nutzer weitergegeben werden, beispielsweise bei der Gestaltung des Nutzerprofils. Implizit generierte Daten beruhen dagegen auf vorangegangenen Interaktionen mit dem System. Für die Plattformbetreiber sind diese Daten wettbewerbsrelevant, gleichwohl ihr Wert mit der Zeit tendenziell abnimmt. Sind die erlangten personenbezogenen Daten nicht substituierbar oder ist eine zur effizienten Gestaltung eines Dienstes nötige mindestoptimale Datenmenge nur unter unverhältnismäßig hohem Aufwand reproduzierbar, können Daten eine erhebliche Markteintrittsbarriere bzw. eine sogenannte ‚essential facility‘ darstellen. Analog zum direkten, mit der Anzahl der Nutzer assoziierten Netzeffekt können auch Daten eine positive Feedbackschleife auslösen, ermöglichen mehr Daten doch einen besseren Service, der mehr Nutzer anlocken kann, wodurch wiederum mehr Daten gesammelt werden können.

Ziel ist es folglich, die Nutzer möglichst lange auf der eigenen Plattform zu halten, dort möglichst viele Interaktionen zu stimulieren, und die generierten Daten exklusiv zu nutzen (sofern die Plattformen keinen Datenhandel betreiben). Dazu verwenden die Plattformbetreiber mitunter Gestaltungsprinzipien digitaler Oberflächen, die in der Verhaltenspsychologie unter dem Stichwort *Captology* („Computers as Persuasive Technologies“) subsumiert werden können. Sie haben zum Ziel, bestimmte Einstellungen oder Verhalten auszulösen.⁸ Um die Verweildauer und das User-Engagement zu maximieren, implementieren die Plattformen möglichst niedrige Interaktionshürden. Dazu zählen das automatische Abspielen des nächsten empfohlenen Videos auf YouTube oder Netflix, das Vorschlagen von Facebook-Kontakten, die wahrscheinlich zum Freundeskreis gehören, der Einsatz verschiedener Notifications und das möglichst simple Verfassen und Teilen von Inhalten. Auf diese Weise sollen Gewohnheiten, also automatische, durch situationsbedingte Reize ausgelöste Verhaltensweisen etabliert werden, die eine langfristige Bindung an die Plattform fördern.

2.3 Nutzerparadoxien

Die Nutzer allerdings können den Wert der von ihnen generierten personenbezogenen Daten kaum adäquat einschätzen.⁹ Zwar wird in Umfragen regelmäßig deutlich, dass Onliner bezüglich der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet Bedenken mehrheitlich äußern und Wert auf Datensicherheit und -schutz legen, doch erweisen sich

⁸ Weitergehend werden unter dem Begriff „Dark Patterns“ verschiedene Formen von als irreführend bezeichneter Dialogführung oder Benutzeroberflächengestaltung subsumiert. Er umfasst beispielsweise die Implementierung höherer Hürden zu Datenschutzeinstellungen oder bewusst verwirrende Formulierungen und User Interfaces, die den Nutzer dazu verleiten sollen, mehr Informationen zu teilen als beabsichtigt. Vgl. dazu beispielsweise .

⁹ Zur Herausforderung der Bewertung personenbezogener Daten i.A. siehe Abschnitt 2. Spezifischer ist also davon auszugehen, dass die Endnutzer diejenige Partei repräsentieren, die den Wert personenbezogener Daten am wenigsten genau einzuschätzen vermag.

diese Einstellungen nur in geringem Maße als verhaltensrelevant . So halten es nahezu 90 Prozent der Internetnutzer in Deutschland für wichtig, die Inhalte der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBs) zu kennen, die im Falle von Facebook Nutzungsbedingungen, Datenrichtlinie und Cookie-Richtlinie enthalten . Doch 60 Prozent lesen die AGBs gar nicht oder kaum. Lediglich 20 Prozent der Internetnutzer geben an, sich detaillierter mit den AGB auseinanderzusetzen, um anschließend über eine Zustimmung zu entscheiden .

Dieses „Privacy Paradox“ kann auf drei (nicht trennscharfe) Phänomene zurückgeführt werden : Zum einen verfügen die Nutzer lediglich über unvollständige Informationen über die Erhebung und Verwertung ihrer personenbezogenen Daten durch Plattformen, deren Algorithmen eine uneinsehbare „Black Box“ darstellen. Bestimmte Eigenschaften von Dienstleistungen sind den Nutzern vor Abschluss der Transaktion unbekannt . So hat sich die Informationsasymmetrie zwischen Anbietern von Produkten und Dienstleistungen und ihren (potenziellen) Kunden hin zu einer Informationsasymmetrie zwischen Nutzern und Plattformen verlagert. Hatten im prä-digitalen Zeitalter die Anbieter unvollständige Information über ihre Kunden, haben nun Plattformnutzer unzureichende Information (und Kenntnis) über Plattformen .

Zum Zweiten scheuen sich Individuen aufgrund begrenzter Fähigkeit und Motivation meist davor, sich intensiv mit Datenschutzregelungen auseinanderzusetzen. Ihren Überlegungen liegt also eine eingeschränkte Rationalität zugrunde, wie es bei unter Zeitdruck getroffenen Entscheidungen und bei Vorliegen komplexer und unvollständiger Information üblich und für den Nutzer effizienter ist . Daher nehmen sie vielmehr eine heuristische Abwägung zwischen dem wahrgenommenen Nutzen und den wahrgenommenen negativen Konsequenzen der Preisgabe personenbezogener Informationen vor („Privacy Calculus“) . Auch die geschätzten (beispielsweise Such- oder Informations-)Kosten zum Schutz der Privatsphäre fließen in das Kalkül ein .

Drittens führen auch kognitive Verzerrungen dazu, dass Individuen das Ausmaß der Datenerhebung und Privatheitsrisiken unterschätzen, ihre Privacy Literacy, also ihre Kompetenz im Umgang und den Schutz personenbezogener Daten hingegen überschätzen . So erwarten die Nutzer sozialer Medien eine unmittelbare und recht konkrete Gratifikation, während die (Transaktions-) Kosten intransparent und versteckt sind, und sich, wenn überhaupt, erst später zeigen. Daher bewerten sie den Nutzen überproportional hoch, verkennen jedoch die Kosten . Haben die Nutzer das Gefühl, im Besitz ihrer personenbezogenen Informationen zu sein, schätzen sie deren Wert höher ein, als wenn sie den Eindruck haben, (die Kontrolle über) ihre Daten bereits verloren zu haben . Außerdem reagieren Nutzer, die sich an die Plattform gewöhnt haben, analog zu Preissteigerungen weniger sensibel auf Konditionenänderungen, weshalb Plattformbetreiber die Nutzungsbedingungen im Zeitverlauf ausweiten können .

Darüber hinaus empfinden Nutzer mitunter, keine Wahl zu haben, als den Konditionen zuzustimmen oder den Dienst gar nicht nutzen zu können . Mehr noch können die Nutzer je nach Design der Datenschutzeinstellungen auf der Plattform oder aktuell auch mit Einführung der DSGVO einer Illusion der Kontrolle über die Preisgabe personenbezogener Infor-

mationen unterliegen. Da sie sich abgesichert fühlen, stufen die Nutzer die wahrgenommenen Risiken aus der Verwendung dieser Daten mitunter geringer ein und stimmen der Verwendung ihrer Daten eher zu. Diese Form der Risikokompensation ähnelt dem Peltzman-Effekt, wonach Maßnahmen zur Erhöhung der Verkehrssicherheit paradoxerweise ins Gegenteil verkehren können, weil die Individuen sich sicherer fühlen und sich demzufolge riskanter verhalten.

Nun könnte man dem entgegenhalten, dass die Nutzer sich schlichtweg nicht für den Umgang Dritter mit ihren Daten interessieren oder keineswegs unkundig sind, was das Tauschgeschäft Daten gegen Dienstleistung betrifft. Schließlich weicht nur eine Minderheit auf datensparsame (und teilweise dennoch entgeltfreie) Dienste wie die keine personenbezogenen Daten sammelnde Suchmaschine DuckDuckGo aus. Daher könnte man argumentieren, dass die Mehrheit der Internetnutzer „die für die Preisgabe ihrer Daten erbrachte Gegenleistung durchaus für angemessen“ hält. Wissenswert ist in diesem Zusammenhang, inwieweit den Nutzern bewusst ist, dass ihre Daten verarbeitet und für Werbezwecke verwendet werden. Einen Hinweis liefert eine deutschlandweit repräsentative Studie des Deutschen Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI). Demnach ist die Minderheit der Nutzer von E-Mail-Diensten und Messengern der Meinung, dass implizite Daten aufgezeichnet werden. Gleichzeitig geben 60 Prozent an, sich der Konsequenzen der Einwilligung bewusst zu sein (ebd., S. 15). Eine für österreichische Onlinenutzer repräsentative Studie von Rothmann (2018) zeigt, dass nur 37 Prozent der Befragten bewusst ist, sich einverstanden erklärt zu haben, dass ihre Daten gesammelt und verwendet werden können. 43 Prozent geben an, nicht zu wissen, dass sie sich einverstanden erklärt haben, 20 Prozent behaupten, dies nicht getan zu haben. Dies lässt darauf schließen, dass Internetnutzer größtenteils lediglich über unzureichendes, trügerisches Wissen um Logik und Ausmaß der Sammlung personenbezogener Daten verfügen. An dieser Stelle besteht jedoch noch weiterer Forschungsbedarf.

Mag den Nutzern auch bewusst sein, dass personenbezogene Daten erhoben und verwendet werden, so belegen erste Studien doch, dass wiederholte datenschutzrechtliche Verstöße Nutzern mitunter das Gefühl vermitteln, keine Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten zu haben. Im Zuge der daraus erwachsenen Resignation bzw. Privacy Fatigue ergreifen sie weniger oder keine datenschützenden Maßnahmen (mehr), zumal sie keine Alternative zur Zustimmung wahrnehmen und die Einhaltung der AGBs als ohnehin kaum überprüfbar empfinden. Andere vertrauen darauf, dass alles richtig bzw. rechtmäßig ist, was die oben erläuterte Illusion of Control widerspiegelt.

Festzuhalten ist, dass die Nutzer von Plattformen eine relativ geringe „Konditionenelastizität“ aufzuweisen scheinen, da sie infolge von Änderungen der AGB (bzw. des Umfangs der Datenerhebung) kaum auf andere Angebote ausweichen. Gleichzeitig resultiert aus der vorangehend skizzierten Informations- und Machtasymmetrie zwischen Plattformen und ihren Nutzern eine wachsende Schutzwürdigkeit des Konsumenten. Beim Schutz vor datenbezogener Ausbeutung überschneiden sich jedoch Wettbewerbs- und Verbraucherschutz. Nachfolgend soll diskutiert werden, ob und unter welchen Bedingungen Kartellbehörden

sich mit datenschutzrechtlichen Missständen auseinandersetzen dürfen (und sollen). Die Thematik ist auch deshalb relevant, weil sich die Bußgeldhöchstgrenzen im europäischen Kartellrecht und Datenschutzrecht erheblich unterscheiden: So dürfen die (heterogen institutionalisierten) Wettbewerbsbehörden Kartellrechtsverstöße mit bis zu 10 Prozent des Unternehmens-Jahresumsatzes sanktionieren (Art. 23 Abs. 2 der Verordnung [EG] 1/2003), die Datenschutz-Aufsichtsbehörden hingegen Verstöße gegen das Datenschutzrecht mit maximal 4 Prozent (Art. 83 DSGVO). Verletzungen privatrechtlicher Unterlassungsklagen, die beispielsweise seitens der Verbraucherzentrale Bundesverband aufgrund diverser Verstöße gegen Datenschutzrecht erzielt wurden, dürfen lediglich mit einem Ordnungsgeld von maximal 250.000 Euro geahndet werden .

Zunächst gilt es, sich dem Kartellrecht und einer etwaigen Interaktion mit dem Datenschutzrecht zu nähern, um anschließend Bedingungen für die Gültigkeit der Heranziehung datenschutzrechtlicher Wertungen in einem Kartellverfahren zu beleuchten.

3. Verhältnis von Kartell- und Datenschutzrecht

3.1 Grundlagen

Das deutsche (auf das europäische abgestimmte) Kartellrecht wird bei 1.) Kartellabsprachen, 2.) Fusionen und 3.) missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen relevant und richtet sich gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen . Im dritten, hier relevanten Anwendungsfall, unterscheidet § 19 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als Zentralnorm des deutschen Kartell- und Wettbewerbsrechts (nicht abschließend) zwischen typischen Missbrauchstatbeständen, nämlich

1. Behinderungsmissbrauch und Diskriminierung von anderen Unternehmen
2. Ausbeutungs- bzw. Preis- und Konditionenmissbrauch gegenüber der Marktgegenseite
3. Preis- oder Konditionenspaltung gegenüber der Marktgegenseite (als Sonderfall des Ausbeutungsmissbrauchs)
4. Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen (Infrastruktur-) Einrichtung (,essential facility‘) gegenüber anderen Unternehmen
5. Missbrauch von Nachfragemacht .

In Abgrenzung zu von zwei oder mehreren Unternehmen koordinierten Wettbewerbsbeschränkungen beziehen sich Missbrauchstatbestände auf *einseitige* Verhaltensweisen von Unternehmen. Dabei deckt sich das deutsche Recht weitgehend mit dem europäischen Recht (Art. 102 AEUV [Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union]).

3.2 9. GWB-Novelle

Mit der 9. Novelle des GWB vom Juni 2017 wurde das Wettbewerbsrecht an die zunehmende Digitalisierung der Märkte angepasst. So berücksichtigt es seitdem bei der Beurtei-

lung der Marktstellung von Unternehmen ggf. oben aufgeführte plattformökonomische Charakteristika. Demgemäß wurde der Marktbeherrschung definierende § 18 GWB um Absatz 3a ergänzt, wonach „insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken“ bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens neben den bisherigen Faktoren des § 18 Abs. 3 GWB (wie Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen und rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen) auch folgende zu berücksichtigen sind :

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechselaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

Ferner steht die Unentgeltlichkeit der Leistungserbringung der Annahme eines Marktes nunmehr nicht entgegen (§ 18 Abs. 2a GWB), womit die Leitregel „Wo kein Geld da kein Markt“ aufgehoben ist. Zudem hat das BKartA mit der Novelle des GWB neue Kompetenzen erhalten. So kann es „bei begründetem Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen *verbraucherrechtliche* [Herv. d. Verf.] Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen“ (§ 32 e Abs. 5 u. 6 GWB) sogenannte Sektoruntersuchungen durchführen. Damit kann das BKartA von den betreffenden Unternehmen und Vereinigungen Auskünfte verlangen, insbesondere die Unterrichtung über sämtliche Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Eines konkreten Verdachts auf einen Kartellverstoß bedarf es dazu nicht. Nicht zuletzt ermöglichte die Novelle einen Informationsaustausch mit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sowie mit den Landesbeauftragten für Datenschutz, soweit zur Erfüllung der jeweiligen Aufgaben erforderlich (§ 50c Abs. 1 GWB).

Dementsprechend tritt das BKartA nach Ansicht der Monopolkommission mit Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle neben die bislang im Verbraucher- und Datenschutz tätigen Behörden, wobei es einen „branchenübergreifenden Aufgabenbereich“ hat . Während das Wettbewerbsrecht darauf abzielt, das Entstehen, Wachsen und Ausnutzen von Marktmacht sowie wettbewerbsbeeinträchtigende Vereinbarungen zu verhindern, ist das Ziel des Verbraucherschutzes, ein insbesondere auf Informationsdefizite beruhendes Marktversagen zu verhindern .

3.3 Konvergenz von Kartell- und Datenschutzrecht

Wie die Kompetenzerweiterung des BKartA verdeutlicht, ist eine zunehmende politische, aber auch in der Rechtswissenschaft geäußerte Forderung nach Konvergenz und Kohärenz der traditionell als getrennt betrachteten Disziplinen des Kartell- und Datenschutzrechts festzustellen .

Das Datenschutzrecht kann, „zumindest soweit es um die Daten von Verbrauchern geht“ nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG)¹⁰ auch als *Verbraucherschutz* verstanden werden. Gleichzeitig gilt es zu betonen, dass das Datenschutzrecht weit mehr als lediglich Teil des Verbraucherschutzes darstellt, wie die Erwägungsgründe der DSGVO verdeutlichen.

Weiterhin kann das Verbraucherwohl als beider Ziel von Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht aufgefasst werden. Allerdings muss auch an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass das Verbraucherwohl weder das ausschließliche noch das zwingend vorrangige Ziel von Kartell- und Datenschutzrecht ist. Vielmehr streben Kartell- und Datenschutzrecht die „Errichtung und Bewahrung eines funktionierenden Binnenmarktes“ an. Darüber hinaus besteht in der Rechtspolitik des Wettbewerbsrechts Uneinigkeit darin, ob und inwiefern das Kartellrecht andere Zielsetzungen als den Schutz des Wettbewerbs als solchen verfolgt. Hier stehen sich eine ordoliberalen Sichtweise, nach der Kartellrecht sich auf den Schutz des Wettbewerbs begrenzen sollte, sowie eine konsequentialistische Sichtweise, nach der sich Kartellrecht auf den Schutz weiterer Güter über den Wettbewerb hinaus erstreckt, gegenüber.

Nach Kamann ist dem europäischen Kartellrecht eine „doppelte Schutzrichtung“ inne: Zu einem soll es „den Wettbewerb als Institution“ schützen, zum anderen „die Interessen einzelner Marktteilnehmer“. Ziel sei dabei, einen „freien, wirksamen und unverfälschten Wettbewerb zu gewährleisten“. Käseberg geht darüber hinaus und vertritt die Auffassung, dass Wettbewerbspolitik ein „notwendiger, aber nicht hinreichender Verbraucherschutz“ sei und Wettbewerb daher einen komplementären Verbraucherschutz erfordere.

Eine Konvergenz von Datenschutzrecht und Wettbewerbsrecht kann der hier vorliegenden Argumentation folgend also unter der Voraussetzung angenommen werden, dass 1.) das Wettbewerbsrecht auch dem Verbraucherschutz dient und 2.) das Datenschutzrecht auch Verbraucherschutz darstellt.

Demgemäß wurde ein Schutz der Konsumentenwohlfahrt im Zuge des „more economic approach“ 2005 von der damaligen EU-Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes als vorrangiges Ziel des europäischen Wettbewerbsrechts definiert. Der Schutz des Wettbewerbs ist dieser Auffassung nach „nur Mittel zum Zweck“, womit der Ansatz einem eher konsequentialistischen Verständnis folgt. Gleichwohl lässt der „more economic approach“ einen Effizienzeinwand zu. Demnach kann Marktmacht zu rechtfertigen sein, wenn der Marktbe-

10 Nach § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG sind Verbraucherschutzgesetze „insbesondere die Vorschriften, welche die Zulässigkeit regeln a) der *Erhebung personenbezogener Daten* [Herv. d. Verf.] eines Verbrauchers durch einen Unternehmer oder b) der *Verarbeitung oder der Nutzung personenbezogener Daten* [Herv. d. Verf.], die über einen Verbraucher erhoben wurden, durch einen Unternehmer, wenn die Daten zu Zwecken der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, des Betriebes einer Auskunft, des Erstellens von Persönlichkeits- und Nutzungsprofilen, des Adresshandels, des sonstigen Datenhandels oder zu vergleichbaren kommerziellen Zwecken erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.“ Wie in Abschnitt 3.2 erläutert, rechtfertigt ein begründeter Verdacht des BKartAs auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften sogenannte Sektoruntersuchungen.

herrscher beweisen kann, dass die marktbeherrschende Stellung eine aus Marktversagen zurückgehende Ineffizienz im relevanten Markt reduziert, oder schädliche Wirkungen der Marktmacht durch Effizienzsteigerungen auf der Angebots- oder Nachfrageseite überkompensiert werden können .

Unabhängig von politischen oder mitunter wissenschaftlichen Forderungen wurde Wettbewerbsrecht im Kontext personenbezogener Daten in Deutschland, der EU und den USA bislang nur herangezogen, wenn es beispielsweise den Handel von Daten als Ware oder als Quelle für die Entwicklung individueller Nutzerprofile (zwecks Targeting) auf Onlinewerbemärkten betraf – nicht jedoch auf Grundlage datenschutzrechtlicher Wertungen, die Datenschutz als Abwehrrecht von Individuen vor Fremdbestimmung über den Umgang mit personenbezogenen Daten verstehen.

Noch 2006 erklärte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil zum Rechtsstreit *Asnef-Equifax*, in dessen Zuge er sich mit der Frage auseinandersetzte, ob der Austausch von Kreditinformationen über potenzielle Kreditnehmer zwischen Finanzinstituten eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, dass „etwaige Fragen im Zusammenhang mit der Sensibilität personenbezogener Daten, die als solche nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind, nach den einschlägigen Bestimmungen zum Schutz solcher Daten zu beantworten [sind]“ . Gleichmaßen stellte die EU-Kommission bei der Prüfung der Übernahme des Online-Marketing Unternehmens Doubleclick durch Google 2008 heraus, dass die Entscheidung (zugunsten des Zusammenschlusses) „ausschließlich die Bewertung der Vereinbarkeit dieses Vorhabens mit den Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft und insbesondere der Frage, ob der Zusammenschluss mit den Zielen der Fusionskontrollverordnung vereinbar ist“ . Ebenso wies die US-amerikanische Federal Trade Commission (FTC) die Forderung des gemeinnützigen Forschungsinstituts Electronic Privacy Information Center (EPIC), Privacy-Bedenken im kartellrechtlichen Prüfungsverfahren *Google/Doubleclick* betreffend zu berücksichtigen , im Vorjahr zurück. Die Wettbewerbsbehörde begründete ihr Vorgehen damit, dass Privacy nicht-kartellrechtliche Sachverhalte betrifft und die FTC daher nicht zuständig sei. Darüber hinaus könnten aus Privacy-Bedenken erwachsene datenschutzrechtliche Anforderungen an nur ein Unternehmen einen Wettbewerbsnachteil bilden .

Auch beim *Facebook/WhatsApp*-Fusionskontrollverfahren spielten lediglich eventuelle Auswirkungen der Übernahme WhatsApps durch Facebook auf dem Markt für Onlinewerbung eine Rolle, nicht aber datenschutzrechtliche Einwände. So heißt es in der Entscheidung der EU-Kommission: „Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules“ . Gleichwohl erkennt die EU-Kommission in der Sache Datenschutz als Wettbewerbsfaktor an: „In this regard, according to the market investigation, important areas of improvement include: [...] (ii) privacy and security, the importance of which varies from user to user but which are becoming increasingly valued, as shown by the introduction of con-

sumer communications apps specifically addressing privacy and security issues” (Rn. 87).¹¹ In gleicher Weise betonte die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung, den Aufkauf des Jobportals LinkedIn durch Microsoft zuzulassen, Datenschutz als Qualitätsfaktor („The results of the market investigation have indeed revealed that privacy is an important parameter of competition and driver of customer choice in the market for PSN service”, vgl.) – freilich ohne dass dies ihre Entscheidung wesentlich beeinflusste.

Die 2014 geäußerte Aufforderung des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB)¹² zu einer intensiveren Kooperation von Wettbewerbsrecht, Datenschutzrecht und Verbraucherschutz wird von einigen Juristen als eine (politische) Wende in der strikten Trennung von Datenschutz- und Wettbewerbsrecht aufgefasst. Demnach könnte eine mangelnde Interaktion zu einer „eingeschränkten Wirksamkeit der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln und des Anreizes zur Entwicklung von Dienstleistungen zum Schutz der Privatsphäre und Begrenzung der Verbraucherbenachteiligung geführt haben“. Daher regt er ein neues Konzept der Verbraucherbenachteiligung bei der Durchsetzung der Wettbewerbsbestimmungen in der digitalen Wirtschaft an.

Damit einher geht auch der wettbewerbspolitische „Kurs“ der seit 2014 amtierenden EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager, die Fairness als (den „more economic approach“ ablösende?) Grundlage und Antrieb des EU-Wettbewerbsrechts zu verstehen scheint. Darüber hinaus haben Rat, Parlament und die Kommission der EU weitere Vorschläge für Verordnungen zur Förderung von „Fairness“ auf Plattformen entwickelt. Kalimo und Majcher verstehen Fairness sogar als ein (bisher unzureichend ausgeschöpftes) Bindeglied zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht.¹³

In der Umsetzung stellt die Entscheidung des BKartA, bei dem Verfahren gegen Facebooks missbräuchliche Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung datenschutzrechtliche Wertungen heranzuziehen, somit „etwas wirklich Neues“ dar. Um eine etwaige Marktbeherrschung festzustellen, gilt es zunächst, den relevanten Markt zu definieren. Dieses Vorgehen soll im Folgenden umrissen werden.

11 Facebook hatte im Zuge der Fusionskontrolle wider besseres Wissens behauptet, es wäre technisch nicht möglich, die Facebook- und WhatsApp-Benutzerkonten automatisch abzugleichen. Für diese Äußerung unrichtiger bzw. irreführender Angaben belangte die EU-Kommission das Unternehmen 2017 mit einer Geldbuße von 110 Millionen Euro.

12 Der EDSB ist eine unabhängige Kontrollbehörde, die die Datenverarbeitungstätigkeiten der EU-Organe überwacht und die EU-Organe in Datenschutzfragen berät.

13 So stellt Art. 102(a) AEUV klar, dass die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in „directly or indirectly imposing unfair [d. Verf.] purchase or selling prices or other unfair [d. Verf.] trading conditions“ bestehen kann. Art. 8 der EU-Grundrechtecharta [2012] OJ C326/391 sieht vor, dass personenbezogene Daten „must be processed fairly [Herv. d. Verf.] for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law“. Darüber hinaus schreibt Art. 5a DSGVO vor, dass personenbezogene Daten „shall be processed lawfully, fairly [d. Verf.] and in a transparent manner in relation to the data subject ('lawfulness, fairness and transparency)'“.

4. Marktabgrenzung sozialer Netzwerke

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH das Bedarfsmarktkonzept. Demnach sind einem sachlich relevanten Markt alle Produkte und Dienstleistungen zuzuordnen, die aus Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage, aber auch Konsumentengewohnheiten, funktional austauschbar sind. In ähnlicher Weise stellen die Europäische Kommission und der EuGH bei der Abgrenzung des relevanten Markts auf die funktionale Äquivalenz ab.

Bei der räumlichen, auf die sachliche folgende Marktabgrenzung wird neben der funktionalen Austauschbarkeit die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen (beispielsweise hinsichtlich der Infrastruktur, Präferenzen, Sprache und Zahlungsbereitschaft) untersucht. Eine marktbeherrschende Stellung wird bei mindestens 40 Prozent Marktanteil eines Unternehmens im relevanten Markt vermutet (§ 18 Abs. 4 GWB).

In seinem Verfahren gegen Facebook folgt das BKartA einer recht engen Definition sozialer Medien, was den untersuchten Markt verkleinert und eine marktbeherrschende Stellung der dort agierenden Unternehmen wahrscheinlicher macht. Dienste wie Twitter, Instagram, Messenger wie WhatsApp oder Telegram, oder Berufsnetzwerke wie LinkedIn spiegeln den Funktionsumfang Facebooks nicht wider und stünden folglich nicht in einem Substitutionswettbewerb mit Facebook. Zudem seien kleinere Anbieter aufgrund direkter Netzwerkeffekte nicht als funktional äquivalent zu bewerten. Räumlich beschränke sich der Markt auf Deutschland. So kommt das BKartA zu dem Ergebnis, dass Facebook im Bereich sozialer Medien circa 95 Prozent des Marktes der 23 Millionen täglich aktiven Nutzer, und 80 Prozent des Marktes der 32 Millionen monatlich aktiven Nutzer kontrolliert. Folglich ist Facebook keinem wesentlichen Wettbewerber ausgesetzt. Weiterhin argumentiert das BKartA, dass die „Weiterentwicklungen des Dienstes nicht über eine Reaktion auf Substitutionswettbewerb in einzelnen Funktionalitäten hinausgehen“. Zudem sei Facebook in der Lage, „Innovationen von Wettbewerbern erfolgreich abzuwehren“, bspw. durch Aufkäufe oder Imitation von Funktionalitäten der Wettbewerber.

Facebook setzt dem entgegen, dass die Popularität des Angebots nicht mit Marktbeherrschung gleichzusetzen sei, verweist auf die Vielzahl anderer, nicht zum Facebook-Konzern gehörenden Social Media-Angebote wie Snapchat, iMessage, YouTube oder TripAdvisor, und legt den Markt für soziale Medien damit weiter aus. So betont auch Paal, dass hohe Marktanteile von Internetunternehmen aufgrund der starken Marktdynamik und des Innovationsdrucks nicht mit einer Marktbeherrschung gleichzusetzen seien.

Zwar bündelt Facebook tatsächlich mehrere Funktionen, was den relevanten Markt erweitern könnte, doch bekräftigen verschiedene kommunikationswissenschaftliche Studien, dass die bei der Marktabgrenzung berücksichtigten Intermediäre hauptsächlich aus unterschiedlichen (Bündeln von) Hauptmotiven genutzt und (Teil)Funktionalitäten Facebooks als nicht ersetzbar wahrgenommen werden. So werden soziale Netzwerke zur Kommunikation, Information und Unterhaltung genutzt, Instant Messenger vorrangig zur Kommunikation, und Videoportale überwiegend zur Unterhaltung. Zentrales Motiv bei der Nutzung

von Facebook ist das Beziehungsmanagement. Dabei geht es weniger um die Knüpfung neuer als um die als bequem empfundene Pflege und Wiederaufnahme bestehender, peripherer und teils ansonsten nicht erreichbarer Kontakte. Daneben ist Facebook auch als Kanal für lokale und regionale Informationen relevant, die anderweitig schwer zu finden oder gar exklusiver Natur sind. Diese Vielfalt spiegelt die Transformation bzw. „Domestication“ Facebooks von einem primär zur Beziehungspflege genutzten „wild social space“ hin zu einer routiniert aufgerufenen Plattform, die neben der Beziehungspflege auch der Mikro-Koordination, Planung und Archivierung dient, wider.

Dieser empirischen Sachlage entsprechend unterteilen Taddicken und Schmidt Social Media in (soziale) Netzwerkplattformen wie Facebook, Diskussionsplattformen bzw. Internetforen sowie User Generated Content-Plattformen wie YouTube oder Instagram. Etwas differenzierter unterscheiden Schulz und Dankert zwischen Suchmaschinen, Plattformen für User Generated Content, App-Plattformen wie Google Playstore, soziale Netzwerkdienste wie eben Facebook und Micro-Blog-Plattformen wie Twitter. Diese Befunde stützen die vom BKartA vorgenommene Abgrenzung des relevanten sachlichen Marktes.

Fraglich ist jedoch, inwieweit zweiseitige Märkte im Allgemeinen und soziale Netzwerke im Speziellen überhaupt abgegrenzt und Marktanteile gemessen werden können, und ob Marktanteile noch einen validen Indikator für Marktmacht darstellen. So können Onlineplattformen durch ihre im Vergleich zu Offlineunternehmen niedrigeren Distributionskosten, Größenvorteile und damit korrespondierende Netzwerkeffekte recht schnell hohe Marktanteile erlangen. Daher stellt sich die Frage, ob die in § 18 GWB formulierte Vermutung, dass „ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat“, auf Plattformmärkte übertragbar ist, oder ob nicht andere Größenverhältnisse angebracht sind. Darüber hinaus erweist sich eine Marktanteilsbestimmung gemessen an der Zahl der Nutzer als schwierig, weil die Umsätze (meist) nicht direkt über die Nutzer, sondern mittelbar über Werbetreibende generiert werden. Die Nutzer stellen jedoch einen „unzuverlässigen Faktor“ dar, weil ihr „Wert“ bzw. derjenige ihrer hinterlassenen Daten beispielsweise je nach Grad der Aufmerksamkeit gegenüber der geschalteten Werbung unterschiedlich ausfällt und sich die Relevanz der Daten ändern kann. *Daten* implizieren somit nur Marktmacht, wenn sie sich zur Beschränkung des Wettbewerbs eignen, wobei auch die Auslesekompetenz der Plattform zu berücksichtigen ist.

Eine marktbeherrschende Stellung allein rechtfertigt noch kein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden. Außerdem darf das BKartA nur auf Basis des Wettbewerbsrechts aktiv werden. Die Behörde argumentiert nun, dass Facebook seine marktbeherrschende Stellung ausnutze, um die Durchsetzung datenschutzrechtswidriger Konditionen zu erzielen. Damit bezieht sie sich auf § 19 GWB, welcher verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen beschreibt.

5. Missbräuchliche Ausnutzung (der marktbeherrschenden Stellung)

§ 19 GWB gliedert sich im Wesentlichen in die in Abschnitt 3 bereits dargelegten fünf Beispielfälle für missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen (§ 19 Abs. 2 GWB) sowie ein allgemeines, generalklauselartiges Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1 GWB). Das Verbot zielt auf den individuellen Schutz der vom Missbrauch betroffenen Unternehmen und Endverbraucher sowie dem Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung eines Systems freien Wettbewerbs. Verboten ist dabei nicht das Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung als solches, sondern das *missbräuchliche* Ausnutzen (ebd., Rn 3).

5.1 § 19 Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 3 GWB

Ein missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung in Form des im Kontext des Facebook-Verfahrens untersuchten *Konditionenmissbrauchs* liegt vor, wenn die vom Unternehmen geforderten Geschäftsbedingungen zuungunsten der Verbraucher von denjenigen abweichen, „die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) oder die „das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist“ (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB kann demzufolge nur anhand einer Vergleichsmarktanalyse festgestellt werden. Diese geschieht durch den Vergleich des relevanten Markts mit einem hypothetischen oder tatsächlichen Markt. Sind die betreffenden Konditionen dort nicht durchsetzbar, kann davon ausgegangen werden, dass das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt hat. Die Konditionengestaltung könnte in diesem Fall mit einer Preiserhöhung verglichen werden, die Preise oder Konditionen liegen oberhalb dessen, was sich bei wirksamem Wettbewerb einstellen würde. Dabei ist denkbar, dass die Konditionen nicht-kartellrechtlich *zulässig* sind, und dennoch den Tatbestand eines Missbrauchs erfüllen können.

Angesichts der exzessiven Datenerhebung durch Plattformen ist dabei jedoch fraglich, „ob es überhaupt einen hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen annähernd vergleichbaren von Wettbewerb geprägten Markt gibt oder ob nicht eher ein Wettbewerb um den größeren Vorsprung durch Daten, mithin der damit verbundenen Einwilligungen, vorherrscht“.

5.2 § 19 Abs. 1 GWB

Das BKartA indes stellt in seiner Untersuchung nicht auf eine Vergleichsmarktbetrachtung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB, sondern auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB als Auffangtatbestand ab („Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten“). Der Bezug auf die Generalklausel

könnte auch darin begründet sein, dass der Nachweis eines Missbrauchs im Verhältnis zum Vergleichsmarktkonzept tendenziell mit geringeren Anforderungen verknüpft ist. Um den unbestimmten Rechtsbegriff der missbräuchlichen Ausnutzung zu konkretisieren und einen Maßstab für die kartellrechtliche Beurteilung der Angemessenheit der Konditionen anzulegen, zieht das BKartA Wertungen des Gesetzgebers, hier datenschutzrechtliche Wertungen der DSGVO heran. So bilden zwingende Verbraucher- und Datenschutzstandards eine zwingende Qualitätsvorgabe bzw. normative Untergrenze.

Ein Rückgriff auf die Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB ist allerdings nur möglich, wenn kein Tatbestand des § 19 Abs. 2 GWB erfüllt wird, da § 19 Abs. 2 GWB „gegenüber dem allgemeinen Missbrauchstatbestand vorrangig zu prüfende Sonderregelungen enthält“. Insofern sollte hier ein Nachweis seitens des BKartA erfolgen. Auch ist diskutabel, ob das BKartA überhaupt *datenschutzrechtliche* Wertungen im Rahmen der Missbrauchsprüfung nach § 19 Abs. 1 GWB heranziehen darf bzw. sollte. Diesbezüglich rekurriert das BKartA in seinem Verfahren auf zwei BGH-Entscheidungen, die den Konditionenmissbrauch auf der Grundlage der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB entwickelt haben: Die Entscheidungen in Sachen ‚VBL Gegenwert‘ und ‚Pechstein‘.

5.3 Pechstein

In *Pechstein* hat der BGH herausgestellt, dass für die Feststellung von Konditionenmissbrauch eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Habe einer der Vertragspartner ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen, ergo Konditionen, faktisch einseitig setzen kann, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Verfügt der Vertragspartner mit der höheren Verhandlungsmacht in der Folge über grundrechtlich verbürgte Positionen (wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer), „müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern“. Zu jenen staatlichen Regelungen zählen auch zivilrechtliche Generalklauseln wie § 19 GWB. Bei der Auslegung solcher Generalklauseln sind der Rechtsprechung des BGH zufolge die Grundrechtspositionen der Beteiligten in ihrer Wechselwirkung zu beachten.

5.4 VBL-Gegenwert

In *VBL-Gegenwert II* hat der BGH entschieden, dass die Verwendung von nach §§ 307 ff. BGB unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Ausbeutungsmissbrauch im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB bedeutet.¹⁴ Bei der Prüfung dieses Tatbestands sei sie gesetzliche Wertentscheidung, die der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zugrunde liegt, im Rahmen der Generalklausel einzubeziehen. Gleichzeitig hebt der BGH hervor, dass „nicht jede Verwendung einer unwirksamen Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

¹⁴ In ‚VBL Gegenwert I‘ formulierte der BGH noch, dass die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen „durch marktbeherrschende Unternehmen [...] grundsätzlich einen Missbrauch im Sinne von § 19 GWB darstellen [kann, Herv. d. Verf.]“.

durch einen Normadressaten einen Missbrauch von Marktmacht“ repräsentiert . Er liegt „insbesondere vor, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel Ausfluss der Marktmacht oder einer großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist“ . Dies sei der Fall bei der Verwendung von Geschäftsbedingungen, „die eine Kündigung der oder den Austritt aus einer Vertragsbeziehung mit dem Normadressaten unangemessen erschweren“ . Offen bleibt dabei, ob sich der Vorwurf des Konditionenmissbrauchs unmittelbar auf die unangemessene Bindung der Vertragspartner oder auf die mittelbare Wettbewerbsbehinderung bezieht . In diesem Zusammenhang führt Franck (2016) an, dass bereits die Verwendung bestimmter Konditionen *an sich*, unabhängig von den etwaigen (wettbewerbsfeindlichen) Marktwirkungen als missbräuchlich einzustufen ist, solange die Konditionen nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar waren. Denn Verhalten und Marktwirkung fallen hier zusammen .

Das BKartA merkt an, dass eine höchstrichterliche Rechtsprechung, „bei der für die Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines Marktbeherrschers auch grundrechtliche oder andere gesetzliche Wertentscheidungen – hier Datenschutz – berücksichtigt werden können“ nur in Deutschland existiert. In der Rechtsprechung auf europäischer Ebene fehlt eine derartige Verknüpfung zwischen der Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung und missbrauchsverdächtigem Verhalten .

Festzuhalten ist, dass das BKartA seine Entscheidung auf Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung Facebooks (Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB) zurückführt und sich dabei auf zwei Urteile des BGH beruft. Das Tatbestandsmerkmal der missbräuchlichen Ausnutzung legt das BKartA dabei mithilfe der DSGVO aus.

6. Eine Frage der Kausalität

6.1 Grundlagen

Wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des in Abschnitt 5 ausgeführten Missbrauchsverbots in Form des § 19 Abs. 1 GWB auf Basis eines Rechtsverstoßes ist die *Kausalität* zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten des Unternehmens . Die Bedingung eines wettbewerblichen Zusammenhangs soll sicherstellen, dass es nicht zu einer inflationären Anwendung des Kartellrechts kommt und nur marktbeherrschende Unternehmen adressiert werden.

Wesentlich gilt es zwei Formen von Kausalität zu unterscheiden :

1. Eine *strenge Kausalität* liegt vor, wenn ein Unternehmen ausschließlich aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung zu einem bestimmten Verhalten befähigt ist.
2. Eine *normative* oder *Ergebniskausalität* liegt vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten äußert, das zwar grundsätzlich allen Anbietern möglich ist, jedoch aufgrund der marktbeherrschenden Stellung wettbewerbsschädliche Auswirkungen haben kann. Hier muss also nicht zwingend die Verletzung einer außerwettbewerblichen Norm vorliegen.

Dabei wird nochmals deutlich, dass kartellrechtlich nicht die Verletzung des *Datenschutzrechts an sich* von Belang ist. Nach dem Datenschutzrecht unwirksame Bedingungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen implizieren nicht grundsätzlich einen Missbrauch von Marktmacht.

Nach Ansicht der Monopolkommission suggeriert die Rechtsprechung des BGH in Sachen *VBL-Gegenwert II*, obgleich der BGH auf die Generalklausel nach § 19 Abs. 1 GWB zielt, die Erforderlichkeit einer *strengen Verhaltenskausalität*. Schließlich erörtert der BGH, dass ein Missbrauch insbesondere dann vorliege, wenn die Vereinbarung der unwirksamen Klausel „Ausfluss der Marktmacht oder der großen Machtüberlegenheit des Verwenders ist“ (siehe oben). Gleichwohl formuliert der BGH, dass der Konditionenmissbrauch im Sinne von § 19 GWB „insbesondere“ ein Ausfluss von Marktmacht darstellt und schließt damit eine *normative Kausalität* und eine *Ergebniskausalität* nicht aus. So scheint denn die Frage, „ob eine normative Kausalität im Fall des Vorwurfs der Ausbeutung der Kunden als ausreichend angesehen wird, insbesondere im deutschen Recht nicht abschließend geklärt“.

Aufschluss leistet Körper, demzufolge die unangemessenen Konditionen

1. entweder lediglich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens durchsetzbar gewesen sein (Ausbeutung der Marktgegenseite), oder
2. weil sie von einem Unternehmen mit marktbeherrschenden Stellung ausgehen, wettbewerbsschädliche Folgen innehaben (Behinderung der Wettbewerber) müssen.

Im ersten Fall liegt nach Körper eine *strikte* Kausalität vor, die mit einem Vergleichsmarktkonzept zu belegen ist. Eine Behinderung der Wettbewerber stellt eine *Ergebniskausalität* dar und ist auf Grundlage von Wertungen des Gesetzgebers nachweisbar (ebd.). Damit klärt Körper auch die oben aufgeworfene Frage, ob sich der Vorwurf des Konditionenmissbrauchs unmittelbar auf die unangemessene Bindung der Vertragspartner oder auf die mittelbare Wettbewerbsbehinderung bezieht (vgl. S. ■■■X – hier 28). Mindestens eine der beiden Bedingungen müsse für die Legitimität einer kartellrechtlichen Intervention erfüllt sein. Dabei stelle eine normative bzw. Ergebniskausalität nach Körper eine notwendige und bereits hinreichende Bedingung für kartellrechtliche Relevanz dar.

In Einklang mit Körper hebt das BKartA hervor, dass nicht zwingend eine strenge bzw. Verhaltenskausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten Facebooks vorliegen müsse. Allerdings ist es im Gegensatz zu Körper (2016b) der Ansicht, dass ein normativer Zusammenhang auch im Zusammenhang mit dem Datenschutzverstoß (also der Ausbeutung der Marktgegenseite, siehe oben) ausreichend sei. Körper (2016b) hingegen betrachtet eine normative bzw. Ergebniskausalität jedoch nur im Hinblick auf Behinderungswirkungen gegenüber Wettbewerbern als ausreichend.

6.2 Schlussfolgerungen des BKartA

Die Unangemessenheit von Konditionen kann der Logik des BGH folgend also anhand von Wertungen des Zivilrechts oder anhand einer grundrechtlichen Interessenabwägung festge-

stellt werden. Das BKartA argumentiert nun, dass die (auf Grundrechten beruhende) DSGVO ebenfalls Wertentscheidungen darstelle, die den Schutz einer Vertragspartei vor ungerechtfertigten Verarbeitungen seiner personenbezogenen Daten bezwecken. Sie eignen sich daher zur Prüfung eines Konditionenmissbrauchs nach § 19 Abs. 1 GWB, unter der Annahme, dass die ausbedungenen Konditionen einen Ausfluss von Marktmacht darstellen. Da das Datenschutzrecht auch auf zivilrechtlichem Wege durchsetzbar ist, folgert das BKartA, dass die Anwendung des Datenschutzrechts nicht exklusiv den Datenschutzbehörden obliege.

Demgemäß stellt das BKartA nach Lesart der DSGVO eine normative Kausalität fest, da „die Einschränkung der Selbstbestimmung der privaten Nutzer entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden ist“. Weiter erklärt das BKartA, dass „Facebook keine wirksame Rechtfertigung für die Erhebung von Daten aus anderen konzerneigenen Diensten sowie aus Facebook Business Tools und der Verknüpfung der Daten mit den Facebook-Konten hat“. So wird die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung als nicht erforderlich (nach Art. 6 Abs. 1b) DSGVO) erachtet. Im Zuge der Interessensabwägung (nach Art. 6 Abs. 1f) DSGVO) geht das BKartA auf etwaige berechnete wirtschaftliche Interessen Facebooks an der ausbedungenen Datenverarbeitung ein und zieht dabei den Schluss, dass Facebooks Interessen an der Datenverarbeitung die Nutzerinteressen nicht überwiegen.¹⁵ Schließlich hätten die Nutzer keine Wahl, als den weitreichenden Datenverarbeitungskonditionen zuzustimmen oder den Dienst nicht mehr zu nutzen (was „entscheidend mit der marktbeherrschenden Stellung von Facebook verbunden“ sei; vgl. , womit keine wirksame Einwilligung vorliege).¹⁶

Über die unmittelbaren, für die Marktgegenseite unangemessenen und als Ausfluss von Marktmacht gewerteten Konditionen (bzw. Datensammlung und -verarbeitung) hinaus geht das BKartA von einer Behinderungswirkung zulasten der Wettbewerber aus. Denn die bemängelten Konditionen zur Sammlung, Verwertung und Zusammenführung der Daten befähigen die Facebook, „einen einzigartigen Gesamtdatenbestand über jeden einzelnen Nut-

15 Ähnlich äußert auch das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht die Einschätzung, dass die Erstellung eines Profils unter Verwendung externer Datenquellen, hier für Zwecke der Direktwerbung ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der Nutzer implizieren, also die (freiwillige) Einwilligung der Nutzer eingeholt werden muss.

16 Die (datenschutzrechtlich) kritische Datensammlung durch Facebook geht über den vorliegenden Fall hinaus. Beispielsweise werden nach (der nicht bindenden) Einschätzung des EuGH-Generalanwalts im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens am EuGH personenbezogene Daten auf Seiten mit Like-Button erhoben, ohne dass der Seitenbesucher darüber aufgeklärt wird und eine Einwilligung eingeholt würde. Dabei werden auch Daten von Besuchern erfasst und gesendet, die keinen Facebook-Account besitzen. Die IP-Adressen können mit Hilfe der Cookies identifiziert und daraus anonyme Surferprofile angelegt werden. Auf diese kann Facebook zurückgreifen, sollten diese „Schattenprofile“ einen Facebook-Account eröffnen. Im Übrigen können Schattenprofile über Nicht-Mitglieder auch über Daten der Mitglieder, beispielsweise importierte Adressbücher oder Erwähnungen, konstruiert werden.

zer“ anzulegen. Diese *Economies of Aggregation* sicherten Facebook einen Wettbewerbsvorteil und erhöhten die Markteintrittsbarrieren .

Insofern sieht das BKartA beide Bedingungen nach Körber (2016b; vgl. S. ■■■) für eine legitime kartellrechtliche Intervention erfüllt. Es wendet jedoch kein Vergleichsmarktkonzept für den Nachweis des Ausbeutungsmissbrauchs gegenüber der Marktgegenseite an (sondern begründet die Ausbeutung normativ mithilfe der DSGVO), und führt die Behinderung der Wettbewerber lediglich mittelbar auf, um die Ergebniskausalität darzulegen.

6.3 Implikationen

Gilt eine *normative Kausalität* nun als hinreichend für den Nachweis eines Ausbeutungsmissbrauchs (eines marktbeherrschenden Unternehmens), würde dies den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots erheblich erweitern . Einen Kausalzusammenhang durchzuführen stellt jedoch eine besondere Herausforderung dar, da wie verdeutlicht (noch) nur „wenige und zudem ambivalente Vorgaben zum Erfordernis eines Bindeglieds zwischen Marktbeherrschung einerseits und einem unternehmerischen Verhalten (insbesondere der Verwendung rechtswidriger Konditionen) andererseits“ existieren. Ob die ausbedungenen Konditionen Facebooks sich nun als Ausfluss der Marktmacht gestalten, ist schwierig nachzuweisen. Auch die Geschäftsmodelle kleinerer Anbieter basieren mitunter auf datenschutzrechtlich zweifelhaftem Verhalten . Ein Wettbewerb um datenschutzfreundliche Konditionen findet in der Breite nicht statt.

In diesem Zusammenhang müssen nach Ansicht von Franck (2016) auch Marktinformationsversagen, im Konkreten Informationsdefizite der Nutzer hinsichtlich der Qualität der Konditionen , aber auch eine irreführende Benutzeroberflächengestaltung (vgl. Abschnitt 2) als alternative Ursache für die Durchsetzung missbräuchlicher Konditionen ausgeschlossen werden . Andernfalls wäre es auch nicht-marktbeherrschenden Plattformen möglich, derartige Konditionen zu erwirken, es läge also keine Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten vor. Dann handelte es sich eher um eine Frage der AGB-Gestaltung als eine des Ausmaßes der Datenerhebung und -verarbeitung .

Obschon eine Minderheit sich mit den AGBs Facebooks auseinandersetzt und Datenschutzmaßnahmen ergreift (vgl. Abschnitt 2), kann dagegegehalten werden, dass die Nutzer beispielsweise aufgrund von Medienberichten und Werbekampagnen datenschutzfreundlicherer Wettbewerber eine gewisse Vorstellung der hinsichtlich des Datenschutzes geringen Qualität der Nutzungsbedingungen Facebooks haben. Somit ist es plausibel, dass die Akzeptanz datenschutzrechtswidriger Konditionen einen Ausfluss von Marktmacht darstellt . Die bisherige, spärliche Empirie in diesem Kontext deutet darauf hin, dass die deutliche Mehrheit der Nutzer von einem wesentlich geringeren Ausmaß der Datenerhebung und -verarbeitung ausgeht. Lediglich die Einwilligung getätigt zu haben, auf Facebook den echten Namen und die wahre Identität zu verwenden, ist der Hälfte der Befragten in der Studie von Rothmann bewusst . Allerdings wurde die Befragung im Januar 2017 und damit vor

dem Cambridge-Analytica-Datenskandal durchgeführt. Dieser äußerte sich darin, dass Facebook Softwareentwicklern ohne Einverständnis der Nutzer Zugang zu ihren personenbezogenen Daten gewährt hatte .

Außerdem stellen sich die Fragen, ab wann eine Datenextraktion als unangemessen zu bezeichnen , und inwiefern eine aus einem Konditionenmissbrauch resultierende Ausbeutung der Nutzer stattfindet bzw. nachzuweisen ist . Das Empfinden einer Ausbeutung ist unter den Nutzern individuell und hängt unter anderem von der Datenschutzsensibilität und dem wahrgenommenen Nutzen personalisierter Angebote ab.

Festgehalten werden kann hier, dass eine Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten eines Unternehmens die Voraussetzung für die Anwendung des Missbrauchsverbots nach § 19 Abs. 1 GWB bildet. Das BKartA argumentiert, dass eine normative bzw. Ergebniskausalität (in Bezug auf eine Ausbeutung der Marktgegenseite durch Verstoß gegen datenschutzrechtliche Wertungen bzw. in Bezug auf eine Behinderung der Wettbewerber) in diesem Zusammenhang ausreichend sei. Das BKartA formuliert jedoch nicht, dass die unangemessenen Konditionen lediglich infolge der Marktmacht Facebooks durchsetzbar waren.

Die Entscheidung des BKartA stellt einen vorläufigen Höhepunkt einer sich anbahnenden, erwünschten wie kritisierten Konvergenz von Kartell- und Datenschutzrecht dar. Da es nicht unwahrscheinlich ist, dass weitere Entscheidungen dieser Art folgen werden, lohnt es, sich der Chancen und Risiken einer solchen Entwicklung bewusst zu sein, auch um die Angemessenheit derartiger Verfahren beurteilen zu können.

7. Chancen und Risiken einer Konvergenz von Datenschutz- und Wettbewerbsrecht

Kartell- und Verbraucher- bzw. Datenschutzrecht sind zweigeteilter, aber sich ergänzender Natur . Ihre Verschränkung bietet auf der einen Seite die Chance, Missbrauchsfällen digitaler Plattformen wirksam zu begegnen. Auf der anderen Seite offenbaren sich nicht unwesentliche Risiken.

7.1 Chancen

Costa-Cabral und Lynskey zufolge legitimieren die gemeinsamen Merkmale des Datenschutzes und des Wettbewerbsrechts eine Anwendungsverschränkung eher als in anderen Rechtsbereichen . So sind die Grundregeln sowohl des Kartellrechts als auch des Datenschutzes „originär unionsverfassungsrechtlicher Natur“, rekurrieren unmittelbar auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union und haben die Integration des Marktes zum Ziel . Weiterhin fordern Costra-Cabral und Lynskey, dass das Datenschutzrecht u. U. als interner und externer normativer Maßstab für wettbewerbsrechtliche Beurteilungen fungieren sollte, da es zur Identifikation und Lösung von Wettbewerbsproblemen sowie zur

Interpretation und Auslegung des Kartellrechts (wie die Konkretisierung der Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB durch die DSGVO) beitragen könne .

So könnten Datenschutzvorschriften einen normativen Maßstab zur Bewertung von Datenschutzregelungen darstellen, den das Kartellrecht nicht liefern kann, die aber von wettbewerblicher Relevanz sein könnten , beispielsweise bei der Bewertung ausbeuterischen Missbrauchs durch Datennutzungsbedingungen oder der Qualitätsbewertung von Datennutzungsbedingungen als Faktor im Wettbewerb um die Erfassung personenbezogener Daten . Auf diese Weise könnten neue, mit der Plattformökonomie aufkommende Formen wettbewerbswidrigen Verhaltens (wirksam) adressiert werden. Indem Datenschutzüberlegungen beispielsweise in EU-Kommissionsuntersuchungen berücksichtigt werden würden, könnte zudem eine effektivere Durchsetzung des Datenschutzrechts (oder des Ziels der Fairness erzielt werden. Costa-Cabral und Lynskey bewerten eine vom Datenschutz isolierte kartellrechtliche Beurteilung durch die EU-Kommission gar dahingehend, dass „the Commission as a whole may equally fall short of its obligation to ensure the effectiveness of fundamental rights protection“ .

Letztlich könnten kartellrechtliche Behörden sogar adäquatere Institutionen der Regulierung sein, weil sie eher „[Regulierungs-] Exzesse vermeiden“ . Denn „verhaltensökonomische Ansätze bergen nicht selten das Risiko, scheinbar eine weitgehende Regulierung zu rechtfertigen“ . Wenn Wettbewerbsbehörden Datenschutzaspekte nicht berücksichtigen, mahnt Chirita, würden schon bald Forderungen folgen, sie zu entmachten, und stattdessen andere Behörden mit mehr Kompetenzen auszustatten, um sich für Online-Konsumenten einzusetzen und sich mit Plattformbetreibern zu befassen .

7.2 Risiken

Demgegenüber wenden Gegner einer Verschränkung von Kartell- und Datenschutzrecht ein, dass bestehende, spezialisierte Rechtstraditionen ausreichen , andernfalls seien eine Ausuferung des Kartellrechts, „ineffiziente Doppelstrukturen und inhaltlichen Verwerfungen“ zu befürchten.

Zudem bestehe die Gefahr, dass die Integration datenschutzrechtlicher Überlegungen subjektive Elemente in kartellrechtliche Verfahren importiert, und somit Wettbewerber ungleich bis willkürlich behandelt werden. Das könnte bedeuten, dass „the outcome of each [treatment among mergers; Anm. d. Verf.] depending heavily on the identity of the reviewers and their unique perceptions of privacy“ , sodass marktbeherrschende Unternehmen im Vergleich zu nicht-marktbeherrschenden Unternehmen für das gleiche datenschutzrechtliche Vergehen u. U. Bußgelder in Höhe von bis zu 10 statt bis zu 4 Prozent des Umsatzes zahlen müssen. Daneben könnten Wettbewerb, Innovationen oder Effizienzsteigerungen behindert werden und die Transparenz sowie Zuverlässigkeit kartellrechtlicher Verfahren abnehmen . Weiterhin stellt sich die Frage, ob Plattformen zwei Mal für das identische Vergehen belangt werden können, einmal von Datenschutz- und ein andermal von Kartellbehörden . Nicht zuletzt könnten Kartellbehörden instrumentalisiert werden, um politische Forde-

rungen durchzusetzen oder „als Sanktionsanhängsel für Verletzungen des Verbraucherschutzrechts durch marktbeherrschende Unternehmen“ fungieren.

Alternativ schlagen Ohlhausen und Okuliar in diesem Zusammenhang vor, statt den Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellrechts generell zu erweitern, das adäquate rechtliche Vorgehen in drei Schritten zu bestimmen: je nach Art der Schädigung, Ausmaß der Schädigung und möglicher Wirksamkeit des Rechtsmittels. Während das Kartellrecht ökonomische Effizienz und damit ein makroökonomisches Phänomen adressiert, behandelt Datenschutzrecht die Souveränität der individuellen Konsumenten und die Ermöglichung einer informierten Entscheidung .

Dewenter und Lüth wiederum plädieren dafür, Kartellrecht lediglich bei Existenz eines eindeutigen Wettbewerbsbezugs anzuwenden . Dabei sollten Störungen der Vertragsparität durch Ungleichgewicht zwischen Dienstleister und Kunden berücksichtigt werden. Ein derartiges Ungleichgewicht könnte bei Marktmacht auftreten, da weniger Ausweichmöglichkeiten existieren .

8. Resümee

Zweifellos bringen digitale Plattformen viele Errungenschaften mit sich. Sie ermöglichen es auch geografisch dispersen Nutzern, mühelos miteinander in Beziehung zu treten, sich über eine Vielzahl von Themen auf dem Laufenden zu halten und sich in Diskussionen einzubringen. Unbekannten und neuen Organisationen können sie zu mehr Sichtbarkeit verhelfen. Dabei können sich Intermediäre wie Facebook auf Grundrechte wie das Recht nach Art. 10 EMRK und Art. 11 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta, Informationen weiterzugeben, berufen . Werbetreibende wiederum sind mithilfe von Plattformen in der Lage, ihre Ressourcen durch eine spitze Zielgruppenadressierung effizient zu allokkieren. Doch die anfängliche, technioptimistische Euphorie scheint, auch wegen diverser Datenschutzverstöße vor allem durch Facebook, inzwischen einer Ernüchterung gewichen .

So verdeutlichen die in Abschnitt 2 erörterten Plattformcharakteristika, dass diese in Konzentrationstendenzen von Plattformanbietern münden und personenbezogene Daten einen wettbewerbsbeschränkenden Faktor darstellen können. Demgegenüber stehen verschiedene Nutzerparadoxien: Die Mehrheit der Nutzer ist scheinbar nicht willens genug oder fühlt sich nicht in der Lage, Datenschutzmaßnahmen zu ergreifen. Daher kann der Eindruck entstehen, es handle es sich bei einer unangemessenen Datenerhebung und -verarbeitung nicht um ein wettbewerbsrechtliches Phänomen. Denn eine Vielzahl von, auch nicht-marktbeherrschenden Plattformbetreibern sammelt und verwertet „exzessiv“ personenbezogene Daten . Dieser Deutung nach liege vielmehr ein Marktinformationsversagen vor. Das BKartA ist hingegen der Auffassung, dass, eben, *weil* Facebook eine zweifellos marktbeherrschende Stellung einnimmt, der Datenschutzrechtsverstoß kartellrechtlich relevant sein könnte (normative Kausalität). Der Verstoß liege darin begründet, dass Facebook-Nutzer sich der Datenzusammenführung nicht entziehen können. Damit greife Facebook auch in das grundrechtlich geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Auf

diese Weise könne die Plattform ihre Datenaneignung und -verwertung weiter steigern, was sich wiederum als Wettbewerbsvorteil äußere und Wettbewerber behindere. Die entscheidende Frage ist also, wie ein Konditionenmissbrauch im Zusammenhang mit der Datennutzung durch Facebook nachgewiesen wird.

8.1 Folgerungen

Die Entscheidung des BKartAs ist eine erste wesentliche, die die durch das Aufkommen der Plattformökonomie katalysierte Konvergenz von Kartell- und Datenschutzrecht widerspiegelt. Aufgrund der zunehmenden Durchdringung aller Kernbereiche ökonomischen Handelns durch soziale Medien scheint langfristig eine Verschränkung insbesondere der hier thematisierten beiden Rechtsbereiche unausweichlich, um den (digitalen) Binnenmarkt weiterhin unter dem Paradigma der Konsumentenwohlfaht weiterzuentwickeln. Vor diesem Hintergrund haben die vom BKartA geforderten Maßnahmen eine politische Signalwirkung und sind die mindestens erforderlichen. Angesichts wiederholter, teils bewusst in Kauf genommener Verstöße gegen das Verbraucher- bzw. Datenschutzrecht, begleitet von wiederholten, aber letztlich wirkungslosen Entschuldigungen sind wirksame Sanktionsapparate abwehrbereiter Institutionen gegen Facebook zu begrüßen. Fraglich ist aber, ob der Weg der richtige ist, da die hauptsächlich auf einer normativen Kausalität beruhende Interventionsbegründung mit dem unbestimmten Rechtsbegriff des „Ausflusses von Marktmacht“ auf wackeligen Beinen steht. Nur, wenn die Konditionen aufgrund Marktmacht durchsetzbar waren (Ausbeutung der Nutzer; strikte Kausalität) oder ihre Durchsetzung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen Wettbewerb behindert (Behinderung der Wettbewerber; Ergebniskausalität), ist das Kartellrecht anwendbar. Konditionen als Ausdruck der Vertragsimparität allein rechtfertigen keine Anwendung des Kartellrechts.

Zudem könnte man einwenden, mit auf EU-Ebene harmonisiertem Datenschutzrecht wurden hinreichend wirksame Sanktionsinstrumente geschaffen und es bedürfe nicht den Hebel des Kartellrechts, um Datenschutzrecht als solches durchzusetzen. Inhaltliche Anknüpfungspunkte könnten die Erforderlichkeit der Daten und das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO sein. Möglich ist, dass die Datenschutzbehörden den vom BKartA identifizierten Verstoß nicht „schnell und engagiert genug“ verfolgt haben und das BKartA eine Vollzugslücke schließt. Dies spricht für eine bessere personelle Ausstattung der Datenschutzbehörden.

Ein Vergleichsmarktkonzept böte dem BKartA bei aller Schwierigkeit der Durchführung den argumentativen Vorteil, dass in diesem Fall auch datenschutzrechtlich *legale* Datennutzungsbestimmungen aus einer kartellrechtlichen Beurteilung heraus einen Missbrauch von Marktmacht darstellen können, wenn sie wesentlich über jene in einem (hypothetischen oder realen) Vergleichsmarkt hinausgehen. Dies könnte das Argument Facebooks, es liege kein Rechtsbruch vor, da ja sonst die Datenschutzbehörden eingegriffen hätten, widerlegen. Schließlich könnten die Konditionen aus kartellrechtlicher Perspektive einen Rechtsbruch darstellen. Eine instrumentelle Kausalität ist beim Konditionenmiss-

brauch auch nach Franck (2015) geboten. Rothmann (2018) hat eine in Ansätzen korrespondierende Untersuchung durchgeführt, indem er die Studienteilnehmer nicht nur fragte, ob sie in sieben exemplarisch herausgegriffene datenschutzrechtliche Klauseln aus den AGB Facebooks eingewilligt haben, sondern auch, ob sie einwilligen würden, wenn sie die Wahl hätten, Facebook ohne diese Bestimmung zu nutzen. An dieser Stelle könnte die Kommunikationswissenschaft weitere Nachweisinstrumente entwickeln. So könnte mittels (experimenteller) Befragungen festgestellt werden, wie die Nutzer auf bewusst wahrgenommene (hypothetische) Änderungen der Konditionen reagieren würden (bspw. Beibehalten oder Löschen des Nutzeraccounts). Eine solche „Konditionenelastizität“ ist differenziert nach den unterschiedlichen Plattformen zu erfassen. Darüber hinaus könnten Gründe für die Nutzung von bzw. den Verbleib auf bestimmten Plattformen (trotz etwaiger Datenschutzbedenken) ermittelt werden. Auf diese Weise könnte auch die Frage geklärt werden, ob Nutzer überhaupt den Eindruck haben, auf andere Angebote ausweichen zu können, bzw. ob sie eine Notwendigkeit dazu sehen. Eine Aktualisierung bestehender Studien ist spätestens nach dem Cambridge Analytica-Skandal angebracht. Eine dabei zu berücksichtigende methodische Herausforderung ist, dass Selbstauskünfte nicht zwangsläufig das Verhalten widerspiegeln.

Alternativ könnte das BKartA sich stärker auf die nur nebensächlich aufgeführte Begründung, die angeeigneten personenbezogenen Daten stellen eine wettbewerberbehindernde ‚essential facility‘ dar, stützen. Wer über die Daten von Millionen Nutzern (und Nicht-Nutzern, vgl. Fn. 13) verfügt, hat einen bislang unbekanntem Einblick in Konsumentenpräferenzen. In diesem Fall ist eine Ergebniskausalität ausreichend, es müsste keine datenschutzrechtliche Wertung erfolgen, und der Vorwurf, das BKartA mäße sich Kompetenzen an, ließe sich umgehen.

8.2 Ausblick: Facebooks Strategieanpassung

Während Datenschutz- und Kartellbehörden an (der Abwägung und Ausarbeitung) von Regulierungsansätzen arbeiten, schafft Facebook, angesichts der Differenz zwischen Innovations- und Regulierungszyklen nicht überraschend, neue Fakten. Die bedeutendste kommunizierte Strategieanpassung dürfte die für frühestens Ende 2019 geplante technische Zusammenlegung von Facebook, Instagram und WhatsApp und die Stärkung der Privatsphäre sein. Sie soll eine plattformübergreifende, Ende-zu-Ende-verschlüsselte Kommunikation der insgesamt über 2,6 Milliarden Nutzer ermöglichen. Allerdings soll die Interoperabilität lediglich auf das Ökosystem der drei zum Facebook-Konzern gehörenden Dienste beschränkt werden. Die Zusammenführung dürfte die Attraktivität der Dienste (für Nutzer wie Werbetreibende) erheblich erhöhen, da sich Netzwerkeffekte intensivieren und Wechselkosten steigen. Gleichzeitig könnte sie unter den Nutzern eine Illusion der Kontrolle hervorrufen oder verstärken, wäre die Kommunikation doch verschlüsselt.

Mit diesem scheinbaren Rückzug ins Private greift Facebook einen schon längst auf der Plattform beobachtbaren Trend auf. Statt Informationen im (halb)öffentlichen Newsfeed zu

teilen, bevorzugen immer mehr Mitglieder den Austausch über Messenger und Facebook-Gruppen. Kritiker merken an, dass die Metadaten der Nutzer wohl weiterhin gesammelt, zusammengeführt und ausgewertet werden würden, und darüber hinaus zuvor fragmentierte Profilinformatoren zentriert werden könnten. So könnte beispielsweise der vormals anonyme Account eines WhatsApp- oder Instagram-Nutzers einem Facebook-(Klar)Namen zugeordnet werden. Auf diese Weise könnte Facebook seinen Datenbestand weiter anreichern. Zudem brähe Facebooks CEO Mark Zuckerberg damit sein Versprechen, WhatsApp und Facebook weitestgehend unabhängig zu belassen.

Mehr noch läuft die Implementierung einer gemeinsamen technischen Infrastruktur für Facebook, WhatsApp und Instagram der seitens des BKartA angestrebten „inneren Entflechtung“ zuwider und erschwert denkbare zukünftige kartellrechtliche Desintegrations- oder gar Aufspaltungsmaßnahmen. Es erscheint nicht völlig abwegig, dass Facebook diese Strategieveränderung gerade auch deshalb vorantreibt, um kartell- und datenschutzrechtlicher Bedrohungsszenarien zuvorzukommen. Dies sollte Kartell- und Datenschutzbehörden ebenso zur Umsicht mahnen wie die jüngst von Zuckerberg geäußerten vier Ansätze zur Regulierung des Internets, darunter global einheitliche, auf den Prinzipien der DSGVO aufbauende Datenschutzbestimmungen¹⁷. Angesichts dessen, dass das politische Klima für kartellrechtliche Interventionen gegen Plattformen nicht nur in Deutschland (70 Prozent der Bevölkerung ab 16 Jahren sind einer Befragung des Instituts für Demoskopie dafür, dass „die Politik härter gegen Internetkonzerne vorgehen“ sollte), sondern auch in den USA zu bestehen scheint, könnte man derlei Vorschläge Facebooks auch so deuten, dass das Unternehmen datenschutzrechtliche Regulierung bis zu einem gewissen Grad nunmehr befürwortet, weil sie im Gegensatz zu einigen im Raum stehenden kartellrechtlichen Interventionen auch Wettbewerber betrifft. Für die Zukunft ist es also angebracht, dass Kartellbehörden insbesondere bei Fusionen und technischen Integrationen achtsam sein sollten, um keine „Schutzlücke“ aufkommen zu lassen.

Literaturverzeichnis

- Acquisti, Alessandro, Sleeper, M., Wang, Y., Wilson, S., Adjerid, I., Balebako, R., ... Schaub, F. (2017). Nudges for Privacy and Security: Understanding and Assisting Users' Choices Online. *ACM Computing Surveys*, 50(3), 1–41. <https://doi.org/10.1145/3054926>
- Acquisti, Alessandro, Taylor, C. R., & Wagman, L. (2015). The Economics of Privacy. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580411>
- Adjerid, I., Acquisti, A., Brandimarte, L., & Loewenstein, G. (2013, 26.07). *Sleights of Privacy: Framing, Disclosures, and the Limits of Transparency*. 1–17. Abgerufen von https://cups.cs.cmu.edu/soups/2013/proceedings/a9_Adjerd.pdf
- Akerlof, G. A. (1970). The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488. <https://doi.org/10.2307/1879431>

17 Noch 2018 hat Facebook die Daten von 1,5 Milliarden nicht-europäischen Nutzern aus dem Geltungsbereich der neuen EU-DSGVO nach Kalifornien verlegt, worauf diese Nutzer unter US- statt EU-Recht fallen.

- Albers, M. (2006). *Der „more economic approach“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission*. Abgerufen von <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/albers.pdf>
- Bakos, Y., & Brynjolfsson, E. (2000). Bundling and competition on the Internet. *Marketing Science*, 19(1), 63–82.
- Baruh, L., Secinti, E., & Cemalcilar, Z. (2017). Online Privacy Concerns and Privacy Management: A Meta-Analytical Review: Privacy Concerns Meta-Analysis. *Journal of Communication*, 67(1), 26–53. <https://doi.org/10.1111/jcom.12276>
- Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht. (2018). *Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)*. Abgerufen von https://www.datenschutz-bayern.de/dsbk-ent/DSK_96-Werbung.pdf
- Bedjaoui, M., Elouali, N., & Benslimane, S. M. (2018). User Time Spent Between Persuasiveness and Usability of Social Networking Mobile Applications: A Case Study of Facebook and YouTube. *Proceedings of the 16th International Conference on Advances in Mobile Computing and Multimedia – MoMM2018*, 15–24. <https://doi.org/10.1145/3282353.3282362>
- Bösch, C., Erb, B., Kargl, F., Kopp, H., & Pfattheicher. (2016). Tales from the dark side: Privacy dark strategies and privacy dark patterns. *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 4, 237–254. <https://doi.org/10.1515/popets-2016-0038>
- Bostoen, F. (2018). Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation. *Internet Policy Review*. <https://doi.org/10.14763/2018.1.785>
- Bozdag, E. (2013). Bias in algorithmic filtering and personalization. *Ethics and Information Technology*, 15(3), 209–227. <https://doi.org/10.1007/s10676-013-9321-6>
- Brandimarte, L., Acquisti, A., & Loewenstein, G. (2012). Misplaced Confidences: Privacy and the Control Paradox. *Social Psychological and Personality Science*, 4(3), 340–347. <https://doi.org/10.1177/1948550612455931>
- Brinkmann, K. (2018). *Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Facebook-Verfahrens des Bundeskartellamtes*. Baden-Baden: Nomos.
- Brühl, K. von J. (2019, Januar 28). Zuckerberg bricht sein Whatsapp-Versprechen. *sueddeutsche.de*. Abgerufen von <https://www.sueddeutsche.de/digital/facebook-whatsapp-instagram-zuckerberg-fusion-1.4306126>
- Budzinski, O. (2016). *Aktuelle Herausforderungen der Wettbewerbspolitik durch Marktplätze im Internet* (Nr. 103). Abgerufen von Ilmenau University of Technology, Website: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/155328/1/868848212.pdf>
- Budzinski, O., & Grusevaja, M. (2017). *Die Medienökonomik personalisierter Daten und der Facebook-Fall* (Working Paper Nr. 107). Abgerufen von Ilmenau University of Technology, Institute of Economics website: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/168318/1/885568796.pdf>
- Bünder, H. (2019, Februar 7). Soziales Netzwerk: Das Kartellamt schränkt Facebooks Datensammeln ein. *faz.net*. Abgerufen von <https://www.faz.net/1.6028949>
- Bundeskartellamt. (2015). *Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz* [Hintergrundpapier]. Abgerufen von https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2015_Digitale_Oekonomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Bundeskartellamt. (2017). *Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes*. Abgerufen von https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=5

- Bundeskartellamt. (2019a). *Bundeskartellamt untersagt Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen. Hintergrundinformationen zum Facebook -Verfahren des Bundeskartellamtes* [Hintergrundpapier]. Abgerufen von https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=7
- Bundeskartellamt. (2019b). *Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung* (Fallbericht Nr. B6-22/16). Bonn.
- Busemann, K. (2013). Wer nutzt was im Social Web? Ergebnisse der ARD/ZDF-Onlinestudie 2013. *Media Perspektiven*, 7–8, 391–399.
- Cadwalladr, C., & Graham-Harrison, E. (2018, März 17). Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. Abgerufen von <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>
- Chirita, A. D. (2018). The Rise of Big Data and the Loss of Privacy. In M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Hrsg.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (Bd. 28, S. 153–189). https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_7
- Choi, H., Park, J., & Jung, Y. (2018). The role of privacy fatigue in online privacy behavior. *Computers in Human Behavior*, 81, 42–51. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2017.12.001>
- Costa-Cabral, F., & Lynskey, O. (2015). *The internal and external constraints of data protection on competition law in the EU* (Nr. 25). Abgerufen von London School of Economics and Political Science website: http://eprints.lse.ac.uk/64887/1/Lynskey_Internal%20and%20External%20Constraints%20of%20Data%20Protection%20_Author_2015.pdf
- Cunnane, Y., & Shanbhag, N. (2019, Februar 7). Warum wir die Auffassung des Bundeskartellamts nicht teilen. Abgerufen von Facebook Newsroom website: <https://de.newsroom.fb.com/news/2019/02/warum-wir-die-auffassung-des-bundeskartellamts-nicht-teilen/>
- de Oliveira, A. P. C., da Silveira, P. H. B. R., Zárata, L. E., & Nobre, C. N. (2017). Persuasion strategies in mobile systems: a case study of Facebook application. *Proceedings of the XVI Brazilian Symposium on Human Factors in Computing Systems – IHC 2017*, 1–10. <https://doi.org/10.1145/3160504.3160546>
- Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI). (2015). *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) von Kommunikationsdienstleistern* [Internet-repräsentative quantitative Online-Panelbefragung]. Abgerufen von https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2015/10/2015-10-22_DIVSI_AGB-Umfrage_Charts.pdf
- Dewenter, R., & Haucap, J. (2008). *Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten: Fallstudien aus Sicht der „Theorie zweiseitiger Märkte“* (Diskussionspapier Nr. 78). Abgerufen von Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Helmut-Schmidt-Universität (HSU) Website: <http://hdl.handle.net/10419/38737>
- Dewenter, R., & Lüth, H. (2016). *Big Data, Datenschutz und Wettbewerb* (Nr. 2). Abgerufen von Hamburger Forum Medienökonomie Website: <https://www.hsu-hh.de/hfm/wp-content/uploads/sites/598/2017/08/Big-Data-Datenschutz-und-Wettbewerb-1.pdf>
- Dewenter, R., & Lüth, H. (2018). *Datenhandel und Plattformen* [Gutachten im Rahmen des ABIDA-Projekts]. Abgerufen von http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA_Gutachten_Datenplattformen_und_Datenhandel.pdf
- Dewenter, R., & Rösch, J. (2015). *Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte*. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-04736-8>
- die medienanstalten. (2019a). Intermediäre. Abgerufen 21. März 2019, von die medienanstalten website: <https://www.die-medienanstalten.de/themen/intermediaere/>
- die medienanstalten. (2019b). Plattform. Abgerufen 21. März 2019, von die medienanstalten website: <https://www.die-medienanstalten.de/service/glossar/ausdruck/plattform/>

- Die Medienanstalten, Kantar TNS. (2018). *Intermediäre und Meinungsbildung. MedienGewichtungs-Studie2018-I*. Abgerufen von https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Forschung/Intermediaere_und_Meinungsbildung/DLM_Studie_Intermediaere_und_Meinungsbildung.pdf
- Dienlin, T., & Metzger, M. J. (2016). An Extended Privacy Calculus Model for SNSs: Analyzing Self-Disclosure and Self-Withdrawal in a Representative U.S. Sample. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 21(5), 368–383. <https://doi.org/10.1111/jcc4.12163>
- Dietrich, M. (2019, März 11). Will das Kartellamt zur Superbehörde werden? Abgerufen 3. April 2019, von Legal Tribune Online Website: <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/facebook-entscheidung-bundeskartellamt-wettbewerbsrecht-datenschutzverstoss-superbehoerde-zustaendige-it-rechtsbereiche/>
- Dreher, M., & Kulka, M. (2016). *Wettbewerbs- und Kartellrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts* (9., neu bearbeitete Auflage). Heidelberg: C.F. Müller.
- Dreher, M., & Kulka, M. (2018). *Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts* (10. Aufl.). Heidelberg: C.F. Müller.
- Electronic Privacy Information Center. (2007). *Complaint and request for injunction, request for investigation and for other relief*. Abgerufen von https://epic.org/privacy/ftc/google/epic_complaint.pdf
- Engert, A. (2018). Digitale Plattformen. *Archiv für die civilistische Praxis*, 218(2–4), 304. <https://doi.org/10.1628/acp-2018-0013>
- Europäische Kommission. (2016). *Case M.8124 – Microsoft/ LinkedIn. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area*. Brüssel.
- Europäische Kommission. (2017). *Fusionskontrolle: Kommission verhängt gegen Facebook Geldbuße von 110 Mio. EUR wegen irreführender Angaben zur Übernahme von WhatsApp* [Pressemitteilung]. Brüssel.
- Europäische Kommission. (2018). *2018/0112 (COD) – Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten*. Brüssel.
- Europäischer Datenschutzbeauftragter. (2014). *Privatsphäre und Wettbewerbsfähigkeit im Zeitalter von „Big Data“: das Zusammenspiel zwischen Datenschutz, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft* [Vorläufige Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten]. Abgerufen von https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_de.pdf
- European Commission. (2014). *Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp. Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004*. Brüssel.
- European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content & Technology. (2016). *Flash Eurobarometer 443 on ePrivacy*.
- Eyal, N., & Wegberg, J. T. A. (2016). *Hooked wie Sie Produkte erschaffen, die süchtig machen*.
- Federal Trade Commission. (2007). *Statement of Federal Trade Commission concerning Google/DoubleClick* (Nr. FTC File No. 071-0170). Abgerufen von https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googlec-commstmt.pdf
- Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., & Affeldt, P. (2013). *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice* (Nr. 09/2013). Abgerufen von Tilburg University website: <http://www.ssrn.com/abstract=2240850>
- Fogg, B. J., & Daisuke, I. (2008). Online Persuasion in Facebook and Mixi: A Cross-Cultural Comparison. *Persuasive technology: third international conference, PERSUASIVE 2008, Oulu, Finland, June 4-6, 2008: Proceedings*, 35–46.

- Franck, J.-U. (2016). Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmissbrauch durch rechtswidrige Konditionen. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 14(2). <https://doi.org/10.15375/zwer-2016-0205>
- Fuchs, A. & Möschel, W. in Immenga, U., & Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.). (2012). *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1: EU: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* (5. Aufl.). München: Beck.
- Fuchs, A. in Immenga, U., & Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.). (2014). *Wettbewerbsrecht, Band 2. Teil 1: GWB: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht* (5. Aufl.). München: Beck.
- Gebicka, A., & Heinemann, A. (2014). Social media competition law. *World competition*, 37(2), 149–172.
- Gerichtshof der Europäischen Union. (2018). *Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-40/17* [Pressemitteilung]. Abgerufen von <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-12/cp180206de.pdf>
- Gillespie, T. (2010). The politics of ‘platforms’. *New Media & Society*, 12(3), 347–364. <https://doi.org/10.1177/1461444809342738>
- Graef, I. (2018). Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets. In M. Bakhom, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, & G. Surblytė-Namavičienė (Hrsg.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law* (Bd. 28, S. 121–151). https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6
- Hagen, L. M., Wieland, M., & In der Au, A.-M. (2017). Algorithmischer Strukturwandel der Öffentlichkeit. *MedienJournal*, 41(2), 127–143. <https://doi.org/10.24989/medienjournal.v41i2.1476>
- Hagendorff, T. (2018). Übersene Probleme des Konzepts der Privacy Literacy. In A. Roßnagel, M. Friedewald, & M. Hansen (Hrsg.), *Die Fortentwicklung des Datenschutzes* (S. 99–120). https://doi.org/10.1007/978-3-658-23727-1_6
- Hagiu, A., & Wright, J. (2015). Multi-sided platforms. *International Journal of Industrial Organization*, 43, 162–174. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.03.003>
- Hasebrink, U., Schulz, W., Dreyer, S., Kirsch, A.-K., Loosen, W., Puschmann, C., ... Schröder, H.-D. (2017). *Zur Entwicklung der Medien in Deutschland zwischen 2013 und 2016. Wissenschaftliches Gutachten zum Medien- und Kommunikationsbericht der Bundesregierung*. Abgerufen von Hans-Bredow-Institut für Medienforschung an der Universität Hamburg Website: https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/BKM/2017/2017-06-27-medienbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1
- Heiderhoff, B. (2016). *Europäisches Privatrecht* (4., völlig neu bearbeitete Auflage). Heidelberg: C.F. Müller.
- Hellwig, M. (2006). *Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?: zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik* (Nr. 20). Bonn: Max Planck Institute for Research on Collective Goods.
- Hermstrüwer, Y. (2016). *Informationelle Selbstgefährdung: zur rechtsfunktionalen, spieltheoretischen und empirischen Rationalität der datenschutzrechtlichen Einwilligung und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hern, A. (2018, April 19). Facebook moves 1.5bn users out of reach of new European privacy law. *The Guardian*. Abgerufen von <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/19/facebook-moves-15bn-users-out-of-reach-of-new-european-privacy-law>
- Hoffmann, C. P., Lutz, C., & Ranzini, G. (2016). Privacy cynicism: A new approach to the privacy paradox. *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 10(4). <https://doi.org/10.5817/CP2016-4-7>
- Isaac, M. (2019, Januar 25). Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram and Facebook Messenger. *The New York Times*. Abgerufen von <https://www.nytimes.com/2019/01/25/technology/facebook-instagram-whatsapp-messenger.html>

- Jones, T. (2010, April 29). Facebook's „Evil Interfaces“. Abgerufen 13. Februar 2019, von Electronic Frontier Foundation website: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/facebooks-evil-interfaces>
- Kabelanlagen., KZR 2/1 (Bundesgerichtshof 24. Januar 2017).
- Kadar, M. (2015). European Union competition law in the digital era. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 4, 342.
- Kahneman, D. (2016). *Schnelles Denken, langsames Denken*. München: Penguin Verlag.
- Kalimo, H., & Majcher, K. (2017). The Concept of Fairness: Linking EU Competition and Data Protection Law in the Digital Marketplace. *European Law Review*, 2, 210–233.
- Kamann, H.-G. (2017). Kartellrecht und Datenschutzrecht – Verhältnis einer „Hass-Liebe“? In U. Immenga & T. Körber (Hrsg.), *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie* (S. 59–80). <https://doi.org/10.5771/9783845279183-59>
- Käseberg, T. (2013). Verbraucherschutz als Teil der Marktordnung. *Wirtschaftsdienst*, 93(1), 33–38. <https://doi.org/10.1007/s10273-013-1475-7>
- Keith, M. J., Maynes, C., Lowry, P. B., & Babb, J. (2014). Privacy fatigue: The effect of privacy control complexity on consumer electronic information disclosure. *Paper Presented at the Thirty Fifth International Conference on Information Systems (ICIS 2014), Auckland*. Gehalten auf der Thirty Fifth International Conference on Information Systems (ICIS 2014), Auckland. <https://doi.org/10.13140/2.1.3164.6403>
- Knebel, S. V. (2018). *Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten: Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke* (1. Auflage). Baden-Baden: Nomos.
- Kolo, C. (2017). Die Ökonomie sozialer Medien. In J.-H. Schmidt & M. Taddicken (Hrsg.), *Handbuch Soziale Medien* (S. 295–320). https://doi.org/10.1007/978-3-658-03765-9_17
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften. (2008). *Sache COMP/M.4731 – Google/DoubleClick* [Entscheidung der Kommission vom 11.3.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen]. Abgerufen von http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_de.pdf
- Körber, T. (2016a). „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 7, 301–310.
- Körber, T. (2016b). „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 2. *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 8, 348–359.
- Körber, T. (2017). Ist Wissen Marktmacht? – Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht. In U. Immenga & T. Körber (Hrsg.), *Daten und Wettbewerb in der digitalen Ökonomie* (S. 81–122). <https://doi.org/10.5771/9783845279183-81>
- Krasnova, H., Spiekermann, S., Koroleva, K., & Hildebrand, T. (2010). Online Social Networks: Why We Disclose. *Journal of Information Technology*, 25(2), 109–125. <https://doi.org/10.1057/jit.2010.6>
- Kroes, N. (2005). Tackling exclusionary practices to avoid exploitation of market power: Some preliminary thoughts on the policy review of article 82. *Fordham International Law Journal*, 29(4), 593–600.
- Kuhn, J., & Austin, B. W. (2019). Die Flitterwochen sind vorüber. *sueddeutsche.de*. Abgerufen von <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/sxsw-elizabeth-warren-facebook-google-amazon-1.4362534>
- Lambrecht, A., & Tucker, C. (2015). Can Big Data Protect a Firm from Competition? *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2705530>
- Langen, E., & Bunte, H.-J. (Hrsg.). (2018). *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht* (13. Aufl.). Köln: Luchterhand Verlag.
- Lettl, T. (2017). *Kartellrecht* (4., neu bearbeitete Auflage). München: C.H. Beck.

- Lischka, K., & Stöcker, C. (2017). *Digitale Öffentlichkeit. Wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen*. Abgerufen von https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSI/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale_Oeffentlichkeit_final.pdf
- Malik, M. M., & Pfeffer, J. (2016). Identifying Platform Effects in Social Media Data. *Proceedings of the Tenth International AAAI Conference on Web and Social Media (ICWSM 2016)*, 241–249.
- Martin, K. (2013). Transaction costs, privacy, and trust: The laudable goals and ultimate failure of notice and choice to respect privacy online. *First Monday*, 18(12). Abgerufen von <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/4838/3802#author>
- Mauelshagen, I. (2018). *Online-Inhalte, Internet-Suchmaschinen und Vergütungsansprüche: Die kartellrechtlichen Grenzen des Leistungsschutzrechts für Presseverleger*. Abgerufen von <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=5519765>
- Moloney, M., & Poti, V. (2013). A Behavioral Perspective on the Privacy Calculus Model. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2310535>
- Monopolkommission. (2015). *Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte* (Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB Nr. Sondergutachten 68). Bonn.
- Monopolkommission. (2018). *Wettbewerb 2018 XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB* (1. Aufl.). Baden-Baden: Nomos.
- Napoli, P. M. (2014). On Automation in Media Industries: Integrating Algorithmic Media Production into Media Industries Scholarship. *Media Industries Journal*, 1(1). <https://doi.org/10.3998/mij.15031809.0001.107>
- O. V. (2019). Allensbach-Umfrage. *Frankfurter Allgemeine Woche*, Nr. 17.
- Obar, J. A., & Oeldorf-Hirsch, A. (2018). The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services. *Information, Communication & Society*, 1–20. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2018.1486870>
- Ohlhausen, M. K., & Okuliar, A. (2015). Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust Law Journal*, 80(1), 121–156.
- Oster, J. (2015). Communication, defamation and liability of intermediaries. *Legal Studies*, 35(2), 348–368. <https://doi.org/10.1111/lest.12064>
- Oster, J. (2017). *European and international media law*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.
- Paal, B. P. (2015). Internetsuchmaschinen im Kartellrecht. *GRUR Int.*, 11, 997–1005.
- Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press.
- Pechstein/International Skating Union. KZR 6/15 (Bundesgerichtshof 7. Juni 2016).
- Peltzman, S. (1975). The Effects of Automobile Safety Regulation. *Journal of Political Economy*, 83(4), 677–726.
- Podszun, R. (2019, Februar 7). Facebook-Entscheidung des Kartellamts: “Treffer ins Herz des Geschäftsmodells”. *meedia*. Abgerufen von https://meedia.de/2019/02/07/facebook-entscheidung-des-kartellamts-treffer-ins-herz-des-geschaeftsmodells/?fbclid=IwAR15vxnHlIRUxh3tOpk5pkAL8hcZM1FjChbDKuyM0p5zixbpReX_gai35Tg
- Rochet, J.-C., & Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 990–1029. <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>
- Rothmann, R. (2018). Ungewollte Einwilligung? Die Rechtswirklichkeit der datenschutzrechtlichen Willenserklärung im Fall von Facebook. In A. Roßnagel, M. Friedewald, & M. Hansen (Hrsg.), *Die Fortentwicklung des Datenschutzes* (S. 59–75). https://doi.org/10.1007/978-3-658-23727-1_4
- Sache C-238/05 – Sache Asnef-Equifax. (EuGH (Dritte Kammer) 23. November 2006).
- Sarikakis, K., & Winter, L. (2017). Social Media Users’ Legal Consciousness About Privacy. *Social Media + Society*, 3(1), 205630511769532. <https://doi.org/10.1177/2056305117695325>

- Schermer, B. W., Custers, B., & van der Hof, S. (2014). The crisis of consent: how stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection. *Ethics and Information Technology*. <https://doi.org/10.1007/s10676-014-9343-8>
- Schmalensee, R., & Evans, D. S. (2007). Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *Competition Policy International*, 3(1), 151–179.
- Schmidt, J.-H., Merten, L., Hasebrink, U., Petrich, I., & Rolfs, A. (2017). *Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung*. Hamburg: Hans-Bredow-Institut für Medienforschung.
- Schmidt, J.-H., & Taddicken, M. (2017). Soziale Medien: Funktionen, Praktiken, Formationen. In J.-H. Schmidt & M. Taddicken (Hrsg.), *Handbuch Soziale Medien* (S. 23–37). https://doi.org/10.1007/978-3-658-03765-9_2
- Schmidtchen, D. (2004). *Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“* (Nr. No. 2004-11). Abgerufen von Universität des Saarlandes, Lehrstuhl für Nationalökonomie, insbes. Wirtschaftspolitik, Managerial Economics website: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23071/1/2004-11_moreeconomic.pdf
- Schulz, W., & Dankert, K. (2016). *Die Macht der Informationsintermediäre Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen*. Bonn: Friedrich-Ebert-Stiftung Politische Akademie Medienpolitik.
- Schweitzer, H., Haucap, J., Kerber, W., & Welker, R. (2018a). *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen* (1. Auflage). Baden-Baden: Nomos.
- Schweitzer, H., Haucap, J., Kerber, W., & Welker, R. (2018b). *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen* [Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) Projekt Nr. 66/17]. Abgerufen von https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15
- Shapiro, C., & Varian, H. R. (1999). *Information rules: a strategic guide to the network economy*. Boston, Mass: Harvard Business School Press.
- Simon, H. A. (1959). Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science. *The American Economic Review*, 49(3), 253–283.
- Smicek, N. (2017). The challenges of platform capitalism. Understanding the logic of a new business model. *Juncture*, 23(4), 254–257.
- Staatskanzlei Rheinland-Pfalz. (2018). Erläuterungen zur Novellierung des Rundfunkbegriffs und der Zulassungsvorschriften. Abgerufen 8. Februar 2019, von rlp.de website: <https://www.rlp.de/de/landesregierung/staatskanzlei/medienpolitik/beteiligungsverfahren-medienstaatsvertrag/rundfunkbegriff/>
- Stark, B., Magin, M., & Jürgens, P. (2017). *Ganz meine Meinung? Informationsintermediäre und Meinungsbildung – eine Mehrmethodenstudie am Beispiel von Facebook*. Düsseldorf: Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM).
- Stark, B., Magin, M., & Jürgens, P. (2018). Politische Meinungsbildung im Netz: Die Rolle der Informationsintermediäre. *UFITA (Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft)*, 82(1), 103–130.
- Sujon, Z., Viney, L., & Toker-Turnalar, E. (2018). Domesticating Facebook: The Shift From Compulsive Connection to Personal Service Platform. *Social Media + Society*, 4(4), 2056305118803895. <https://doi.org/10.1177/2056305118803895>
- Swart, J., Peters, C., & Broersma, M. (2018). Sharing and Discussing News in Private Social Media Groups: The social function of news and current affairs in location-based, work-oriented and leisure-focused communities. *Digital Journalism*, 1–19. <https://doi.org/10.1080/21670811.2018.1465351>
- Taddicken, M., & Schmidt, J.-H. (2017). Entwicklung und Verbreitung sozialer Medien. In J.-H. Schmidt & M. Taddicken (Hrsg.), *Handbuch Soziale Medien* (S. 3–22). https://doi.org/10.1007/978-3-658-03765-9_1

- Telle, S. (2016). Konditionenmissbrauch durch Ausplünderung von Plattform-Nutzerdaten. *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 62, 814–820.
- VBL-Gegenwert. 199, 1 BGHZ (Bundesgerichtshof 2013).
- VBL-Gegenwert II. KZR 47/14 (Bundesgerichtshof 24. Januar 2017).
- Volmar, M. N., & Helmdach, K. O. (2018). Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation. *European Competition Journal*, 14(2–3), 195–215. <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>
- Volmar, M. N., & Kranz, J. (2018). Einführung ins Kartellrecht unter Berücksichtigung der 9. GWB-Novelle. *Juristische Schulung*, 58(1), 14–17.
- Webster, J. G. (2010). User information regimes: How social media shape patterns of consumption. *Northwestern University Law Review*, 104(2), 593–612.
- Wiedmann, D., & Jäger, T. (2016). Bundeskartellamt gegen Facebook: Marktmachtmissbrauch durch Datenschutzverstöße? *Kommunikation & Recht*, 4, 217–220.
- Wolf, M. in Bornkamm, J., Montag, F., & Säcker, F. J. (Hrsg.). (2015). *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), §§ 1-96, 130, 131* (2. Aufl.). München: C.H. Beck.
- Wolfangel, E. (2018, Mai 22). Wie Facebook versucht, die neuen Datenschutzregeln auszuhebeln. *sueddeutsche.de*. Abgerufen von <https://www.sueddeutsche.de/digital/dsgvo-wie-facebook-versucht-die-neuen-datenschutzregeln-auszuhebeln-1.3988334>
- Zerdick, A., Picot, A., Schrape, K., Artopé, A., Goldhammer, K., Lange, U., ... Silverstone, R. (1999). *Die Internet-Ökonomie*. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-97744-2>
- Zuckerberg, M. (2019a, März 6). A Privacy-Focused Vision for Social Networking. Abgerufen 3. April 2019, von facebook.com website: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-privacy-focused-vision-for-social-networking/10156700570096634/>
- Zuckerberg, M. (2019b, März 30). Four Ideas to Regulate the Internet. Abgerufen 3. April 2019, von Facebook Newsroom website: <https://newsroom.fb.com/news/2019/03/four-ideas-regulate-internet/>

Indexierung des Rundfunkbeitrags und Stabilität der deutschen Rundfunkfinanzierung. Ansätze einer europarechtlichen Risikoanalyse

*Dr. Jörg Ukrow, LL.M.Eur. **

<p>I. Einleitung 274</p> <p>II. Der unionsrechtliche Rahmen der Beurteilung der Rechtskonformität einer Vollindexierung der Fortschreibung des Rundfunkbeitrags 277</p> <p>III. Zur Bedeutung der primärrechtlichen Wettbewerbsordnung der EU 279</p> <p>1. Zur Einordnung des Rundfunkbeitrags als Beihilfe i.S. des Unionsrechts 279</p> <p>2. Zur Bedeutung der Sonderregeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse 282</p> <p> a) Einführung 282</p> <p> b) Die Altmark-Trans-Judikatur des EuGH 286</p> <p>IV. Zur Bedeutung der kulturpolitischen Querschnittsklausel 289</p> <p>V. Zur Bedeutung des Amsterdamer Protokolls über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk 294</p> <p>VI. Zur Bedeutung der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk 295</p> <p>1. Einführung 295</p>	<p>2. Die Kriterien der Mitteilung, die Überlegungen zur Fortentwicklung des Auftrages und der Übergang zu einer Vollindexierung der Finanzierung 296</p> <p> a) Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags 297</p> <p> b) Betrauung und Kontrolle 300</p> <p> c) Wahl des Systems zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks 302</p> <p> d) Transparenzanforderungen bei der Prüfung der staatlichen Beihilfe 303</p> <p> e) Nettokostenprinzip und Überkompensierung 303</p> <p> f) Finanzaufsichtsmechanismen 306</p> <p>VII. Der Beihilfekompromiss aus 2007 306</p> <p>1. Einleitung 306</p> <p>2. Beihilfecharakter 307</p> <p>3. Bestehende Beihilfe 307</p> <p>4. Vereinbarkeit der Finanzierungsregelung mit dem Gemeinsamen Markt 309</p> <p> a) Definition 309</p> <p> b) Beauftragung und Kontrolle 311</p> <p> c) Verhältnismäßigkeit 312</p> <p>VIII Zur Bedeutung der jüngeren . Judikatur des EuGH 314</p>
--	--

* Der Verf. ist stv. Direktor der Landesmedienanstalt Saarland (LMS) und geschäftsführendes Vorstandsmitglied des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR). Kontakt: ukrow@lmsaar.de. Der Beitrag gibt ausschließlich persönliche Auffassungen des Verfassers wieder.

1. Zum Verhältnis von Art. 107 Abs. 1, Art. 106 AEUV und Amsterdamer Protokoll	314	IX. Ein kurzer Ausblick	318
2. Zur Unionsrechtskonformität des deutschen Rundfunkbei- tragssystems der Finanzie- rung des öffentlich-rechtli- chen Rundfunks	316		

Abstract

Ein Übergang zu einem umfassend indexgestützten Modell der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der in verschiedenen Ausformungen auch unter dem Oberbegriff „Vollindexierung“ diskutiert wird, steht trotz hieran geäußelter rechtlicher und politischer Kritik weiterhin auf der medienpolitischen Tagesordnung. Die Reserven gegenüber einem solchen Ansatz, der je nach Ausformung mit einer „Entpolitisierung“ und/oder einer Rücknahme bisheriger Kontrollmöglichkeiten der KEF verbunden wäre, sind im Länderkreis allerdings auch noch nicht abschließend ausgeräumt. Der Schwebezustand in Bezug auf die zukünftige Ausgestaltung der Finanzverfassung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dauert damit an.

Die Zurückhaltung gegenüber einem Wechsel zu einer umfassenden Indexierung des Rundfunkbeitrags wird im bisherigen medienpolitischen und -rechtlichen Diskurs im Wesentlichen verfassungsrechtlich begründet. Der Beitrag¹ beleuchtet das juristische Risikopotential einer solchen „Vollindexierung“ unter unionsrechtlichem Blickwinkel. Dabei geht es nicht um eine abschließende Klärung, sondern um eine Beschreibung von Gefährdungslagen, mit denen sich die deutschen Länder – als die für eine auch unionsrechtskonforme positive Ordnung des Rundfunks Verantwortlichen – bei einer Fortentwicklung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks befassen müssen.*

Der Beitrag beleuchtet hierzu zunächst das Zusammenspiel zwischen der Wettbewerbsordnung der EU und ihrer Gewährleistung kultur- und medienpolitischer Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten sowie der Anerkennung der besonderen demokratischen und gesellschaftlichen Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Bestimmungen zur Daseinsvorsorge, der Querschnittsklausel des Art. 167 Abs. 4 AEUV und dem sog. Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Er stellt sodann die Konkretisierung dieses Zusammenspiels in der allgemein geltenden Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission aus 2009 und dem auf die deutsche Rundfunkordnung bezogenen sog. Beihilfekommiss aus 2007 dar und analysiert Orientierungspunkte, die diesen Sekundärrechtsakten mit Blick auf eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung einer „Vollindexierung“ entnom-

1 Der Beitrag knüpft an ein Aktuelles Stichwort des EMR „Indexierung auf dem Index des Unionsrechts?“ (<https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2019/04/EMR-Aktuelles-Stichwort-Indexierung.pdf>) an.

men werden können. Abschließend wird auch die bisherige Judikatur der Gerichte der EU auf Ansatzpunkte für eine solche Ausgestaltung hin untersucht.

Mangels gefestigter europarechtlicher Praxis verdichtet sich keines der Risiken zu einem apriorischen „No go“ für den Umstieg zu einer System einer umfassenden Indexierung der Entwicklung der Beitragshöhe. Es bleibt politischer Entscheidung i.S. einer medienrechtspolitischen und finanzverfassungsrechtlichen Entwicklungsprognose überlassen, ob der behauptete Nutzen einer solchen „Vollindexierung“ als höher eingestuft wird, als die (nicht nur europa-) rechtlichen Risiken. Der Beitrag zeigt im Ergebnis Leitplanken auf, wie die unionsrechtlichen Risiken bei einem Übergang zu einer umfassenden Indexierung im System der Beitragsfinanzierung minimiert werden können und weist auch auf rechtspolitische Handlungsoptionen hin, die sich nicht zuletzt im Zuge der Neukonstituierung von EU-Organen im Nachgang zu den Wahlen zum Europäische Parlament im Mai diesen Jahres eröffnen.

I. Einleitung

Die Ministerpräsidentenkonferenz hat sich in ihrer Sitzung am 21. März 2019 erneut mit Auftrag und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks befasst und dabei folgenden Beschluss gefasst:

- „Es soll eine Profilschärfung des Auftrags vorgenommen werden. Danach soll in allen Bereichen künftig das öffentlich-rechtliche Profil der Angebote, das nicht marktwirtschaftlichen Anreizen folgt, sondern zu einer inhaltlichen Vielfalt beiträgt, die allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann, als Gegengewicht zu den Angeboten der privaten Rundfunkanbieter stärker zum Ausdruck kommen. Die Beauftragung öffentlich-rechtlicher Angebote soll unter Beachtung der Erfordernisse des EU-Beihilfekompromisses flexibilisiert werden.
- Die Anstalten sollen gebeten werden, eine gemeinsame Plattformstrategie zu entwickeln.
- Als Ausdruck einer stärkeren Eigenverantwortlichkeit soll die Zuweisung eines Budgets eine weitergehende gegenseitige Deckungsfähigkeit von Aufwandspositionen und eine periodenübergreifende, konkret zweckgebundene Rücklagenbildung ermöglichen.
- Es soll geprüft werden, ob ab dem 1. Januar 2023 der Rundfunkbeitrag mittels eines Index angepasst werden soll. Der Grundwert der indexbasierten Anpassung könnte sich an dem zuvor auf der Basis des von der KEF für die Beitragsperiode ab 2021 ermittelten Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unter Berücksichtigung weiterer, von den Anstalten vorgeschlagener und von der KEF geprüfter Einsparungen durch die Besonderheiten der Systemumstellung orientieren.

- Auch im Rahmen eines reformierten Finanzierungssystems müssen die besonderen Belange der kleineren und mittleren Anstalten berücksichtigt werden².

Damit steht ein Übergang zu einem umfassend indexgestützten Modell der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der in verschiedenen Ausformungen auch unter dem Oberbegriff „Vollindexierung“ diskutiert wird, trotz hieran geäußerter rechtlicher³ und politischer Kritik⁴ weiterhin auf der medienpolitischen Tagesordnung. Die Reserven gegenüber einem solchen Ansatz, der je nach Ausformung mit einer „Entpolitisierung“ und/oder einer Rücknahme bisheriger Kontrollmöglichkeiten der KEF verbunden wäre, sind im Länderkreis allerdings, wie der erteilte Prüfauftrag belegt, auch noch nicht abschließend ausgeräumt. Der Schwebezustand in Bezug auf die zukünftige Ausgestaltung der Finanzverfassung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dauert damit an.

Die Zurückhaltung gegenüber einem Wechsel zu einer umfassenden Indexierung des Rundfunkbeitrags wird im bisherigen medienpolitischen und -rechtlichen Diskurs im Wesentlichen verfassungsrechtlich begründet. Die folgenden Ausführungen sollen einen weiteren Beitrag⁵ dazu leisten, das juristische Risikopotential einer solchen „Vollindexierung“ unter unionsrechtlichem Blickwinkel zu beleuchten.⁶ Dabei geht es nicht um eine abschließende Klärung, sondern um eine Beschreibung von Gefährdungslagen, mit denen sich die deutschen Länder – als die für eine auch unionsrechtskonforme positive Ordnung des Rundfunks Verantwortlichen – bei einer Fortentwicklung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks befassen müssen.

Diese Analyse kann und muss aufbauen auf der bisherigen europarechtlichen Einordnung der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland. Sie weist aber bereits deshalb hierüber hinaus, weil umfänglich indexierungsbasierte Formen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den bisherigen Finanzierungsmethoden öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten der EU zwar – in unterschiedlicher Ausformung im Detail⁷ – bekannt sind (namentlich auch im Vereinigten Königreich, dessen

2 Zitiert in Dokumentation „Auftrag und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“, Medienkorrespondenz 7/2019, S. 12.

3 Vgl. zuletzt die Gutachten von Cornils (2019) und Hirschle (2019).

4 Vgl. aus dem Kreis der Chefs der Staats- und Senatskanzleien z.B. Hoff (2017), Lennartz (2019), Mielke (2019), Robra (2018).

5 Vgl. zu unionsrechtlichen Aspekten auch Cornils (2019), S. 28 ff.

6 Unter unionsrechtlichem Blickwinkel unbeachtlich ist dabei, auf welchen Index sich eine solche „Vollindexierung“ stützen würde – ob auf den seitens des Statistischen Bundesamtes monatlich veröffentlichten Verbraucherpreisindex oder den nicht warenkorbgebundenen BIP-Deflator. In Frage käme zwar auch ein dritter, bislang noch nicht genutzter Index. Dessen Entwicklung dürfte allerdings den Übergang zu einer Vollindexierung zusätzlich hinausschieben und wäre mit nicht unerheblichen Mehrkosten verbunden. Probleme einer rundfunkrechtsspezifischen Methodik der Datenermittlung haben sich im Übrigen bereits im Zusammenhang mit der Geschichte des § 27 RStV gezeigt.

7 Vgl. hierzu Künzler, Puppis, Schweizer & Studer (2013), S. 10 f. (für Belgien), S. 16 (für Finnland), S. 17 f. (für Frankreich), S. 21 (für Irland) und S. 27 (für die Niederlande); Perten, (2014), S. 166 ff.

Austritt aus der EU immer noch bevorsteht),⁸ allerdings weder in der Aufsichtspraxis der Europäischen Kommission noch in der juristischen Kontrolle durch die Gerichte der EU (Europäischen Gerichtshof und Gericht der EU bzw. dessen Vorläufer, das Gericht Erster Instanz der EG) eine vertiefte Würdigung auf die Unionsrechtskonformität erfahren haben.⁹

Dies birgt Chancen wie Risiken in gleicher Weise: Die Chancen liegen nicht zuletzt in einer Vorreiterrolle Deutschlands bei erhöhter Planungssicherheit¹⁰ und verringerter Möglichkeit von politischer Einflussnahme¹¹ – beides Instrumente der finanziellen Absicherung eines staatsunabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Dies ist in rechtsvergleichender Perspektive auch deshalb besonders bedeutsam, weil eine solche Absicherung jüngst Gegenstand kritischer Reflexion mit Blick auf Rechtsentwicklungen in Staaten war, die bislang als *safe harbours* für einen funktionsfähigen und regulatorisch gestützten freien öffentlich-rechtlichen Rundfunk galten.¹²

Die Risiken prägen die nachfolgenden Ausführungen. Mangels gefestigter europarechtlicher Praxis verdichtet sich allerdings – dies kann als wesentliches Ergebnis vorweggenommen werden – keines der Risiken zu einem apriorischen „*No go*“ für den Umstieg zu einer System einer umfassenden Indexierung der Entwicklung der Beitragshöhe.

Es bleibt politischer Entscheidung i.S. einer medienrechtspolitischen und finanzverfassungsrechtlichen Entwicklungsprognose überlassen, ob der behauptete Nutzen einer solchen „Vollindexierung“ als höher eingestuft wird, als die (nicht nur europa-) rechtlichen Risiken.¹³ Die nachfolgenden Ausführungen zeigen Leitplanken auf, wie die unionsrechtlichen Risiken bei einem Übergang zu einer umfassenden Indexierung im System der Bei-

8 Zu den Auswirkungen des Brexit im audiovisuellen Bereich vgl. z.B. Burggraf & Wiesner (2019), Cole, Ukrow & Etteldorf (2018).

9 Insofern ist die unionsrechtliche Debatte weniger durch höchstrichterliche Rechtsprechung (mit-) bestimmt als die verfassungsrechtliche Debatte, in der eine Entscheidung des BVerfG deutliche Offenheit für einen Systemwechsel signalisiert: Dieses hatte 2007 ausgeführt: „Wie das Verfahren der Gebührenfestsetzung im Rahmen dieser grundrechtlichen Vorgaben im Einzelnen ausgestaltet wird, ist Sache gesetzgeberischer Entscheidung. So spricht etwa aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts gegen die Verwendung indexgestützter Berechnungsmethoden zur Berücksichtigung der allgemeinen und der rundfunkspezifischen Kostenentwicklung. Auch einer weiterreichenden Umstrukturierung des Verfahrens im Sinne einer Vollindexierung... stehen von Verfassungs wegen grundsätzlich keine Hindernisse entgegen, zumal ein derartiges Vorgehen in besonderem Maße geeignet ist, das Gebührenfestsetzungsverfahren gegen sachfremde Einflüsse abzusichern“, BVerfGE 119, 181 (224). Kritisch hierzu Cornils (2019), S. 8 ff.; Hain, JZ 2008, 128 (133).

10 Vgl. zu dieser Zweckrichtung der Indexierung als „Instrument einer vorausschauenden Finanzplanung“ Cornils (2019), S. 5; Vesting, DVBl. 1991, 857 (858).

11 Vgl. zu dieser Zweckrichtung Knothe & Schwalba, ZUM 1999, 459 (467).

12 Vgl. Council of Europe (2019), S. 28 ff.

13 Schon vor diesem Hintergrund fortdauernder medienrechtspolitischer Gestaltungsmacht und – spielräume nicht nur zum „wie“, sondern bereits zum „ob“ eines Systemwechsels verzichtet dieser Beitrag auf staatsvertragliche Novellierungsvorschläge für den Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag unter Einbindung einer „Vollindexierung“ des Rundfunkbeitrags.

tragsfinanzierung minimiert werden können und weisen auch auf rechtspolitische Handlungsoptionen hin, die sich nicht zuletzt im Zuge der Neukonstituierung von EU-Organen im Nachgang zu den Wahlen zum Europäische Parlament im Mai diesen Jahres eröffnen.

II. Der unionsrechtliche Rahmen der Beurteilung der Rechtskonformität einer Vollindexierung der Fortschreibung des Rundfunkbeitrags

Die Beurteilung, ob eine umfassend indexgestützte Methode der Anpassung des Rundfunkbeitrages¹⁴ zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (im Folgenden: „Vollindexierung“) mit dem Unionsrecht in Einklang steht, hat vom primärrechtlichen Normmaterial auszugehen. Hierzu zählen namentlich

- die Vorgaben des AEUV zur Wettbewerbsverfassung der EU,¹⁵ namentlich die Bestimmungen zur Beihilfenaufsicht, dort insbesondere auch Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV,¹⁶ sowie die Bestimmungen zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse,¹⁷
- die kulturpolitische Querschnittsklausel des Art. 167 Abs. 4 AEUV,¹⁸ die auch für die Art und Weise der Kontrollausübung seitens der EU-Organen gegenüber und mit Blick auf öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten bedeutsam ist, sowie
- das sog. Amsterdamer Protokoll zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk.¹⁹

Auf der Grundlage und in Ausformung dieser primärrechtlichen Regelungen hat die Europäische Kommission als Hüterin der Verträge eine Reihe von Rechtsakten sekundären Unionsrechts im Bereich der Beihilfenaufsicht erlassen, die auch für die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland bedeutsam sind oder diesen sogar ausschließlich im Blick haben. Zu beachten sind insoweit:

- die Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union,²⁰
- die Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen

14 Zum Systemwechsel vom Gebühren- zum Beitragsmodell vgl. ausführlich z.B. Wagner (2011).

15 Vgl. hierzu in medienbezogener Perspektive Jungheim (2012), S. 249 ff.

16 Vgl. hierzu z.B. Germelmann (2013), S. 421 ff.; Kruse, EWS 1996, 113 (115); Müller (2014), S. 412 ff.

17 Vgl. hierzu z.B. Jung (2018), S. 28 ff.; Melcher (2016), S. 49 ff.; Müller (2014), S. 452 ff.

18 Vgl. hierzu z.B. Frenz (2007), Rn. 4093 ff.; Ress/Ukrow, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (Hrsg.) (2018), Art. 167 AEUV Rn. 148 ff.

19 Vgl. hierzu z.B. Knodel (2018), S. 46 ff.; Stulz-Herrnstadt (2004), S. 266 ff.

20 ABl. EU 2015 Nr. L 248/9.

Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen,²¹

- der Beschluss der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind,²²
- die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse,²³
- die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk aus 2009²⁴ und
- die Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007,²⁵ der sog. Beihilfekompromiss.²⁶

Der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen,²⁷ kommt demgegenüber mit Blick auf den Grenzwert von 500.000 Euro für eine Einordnung einer Beihilfe als geringfügig von vornherein keine Bedeutung zu, da dieser Grenzwert bei dem Aufkommen aus dem Rundfunkbeitrag erheblich überschritten wird.²⁸ Und der Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)²⁹ gilt nach einer ausdrücklichen Festlegung in diesem Regelwerk nicht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.³⁰ Für diesen verweist der Rahmen vielmehr auf die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk.

Neben dem primären und sekundären Unionsrecht kommt schließlich der Judikatur der europäischen Gerichte – EuGH und EuG – zentrale Steuerungswirkung im Spannungsfeld

21 ABl. EU 2006 Nr. L 318/17.

22 ABl. EU 2012 Nr. L 7/3.

23 ABl. EU 2012 Nr. C 8/4.

24 ABl. EU 2009 Nr. C 257/1.

25 Europäische Kommission (2007), Tz. 216.

26 Vergleichbare Entscheidungen der Kommission zu Finanzierungssystemen für Rundfunkveranstalter mit public service-Auftrag gibt es für zahlreiche EU-Mitgliedstaaten; vgl. überblicksartig Oster (2017), S. 509 ff.

27 ABl. EU 2012 Nr. L 114/8.

28 Die Erträge aus der Rundfunkgebühr beliefen sich in 2016, dem letzten im aktuellsten Finanzbericht der ARD erfassten Jahr, auf 5.571 Mio. Euro; vgl. ARD (2018), S. 81. Beim ZDF beliefen sich diese Erträge auf 1.884 Mio. Euro; vgl. ZDF (2018).

29 ABl. EU 2012 Nr. C 8/15.

30 A.a.O., Tz. 8 Satz 2.

von unionaler Wettbewerbsordnung und nationaler Rundfunkfinanzordnung zu. Auch wenn diese Judikatur rechtliche Bindungswirkung jeweils nur im konkreten Einzelfall entfaltet, sind Rechtsprechungslinien von EuG und EuGH dennoch auch über die Klärung von Rechtsfragen in einem konkreten Einzelfall und die damit verbundene Bindungswirkung *inter partes* hinaus als Auslegungsinstrumente *erga omnes* bedeutsam.³¹ Beachtung verdient damit fortdauernd nicht nur die jüngste Entscheidung des EuGH zum Systemwechsel auf eine Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland,³² sondern insbesondere auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Altmark Trans*.³³

III. Zur Bedeutung der primärrechtlichen Wettbewerbsordnung der EU

1. Zur Einordnung des Rundfunkbeitrags als Beihilfe i.S. des Unionsrechts

Die Beihilfeneigenschaft ist Voraussetzung dafür, dass eine Maßnahme wie z.B. die Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks dem Aufsichtsregime des Art. 107 AEUV unterliegt. Fehlt diese Eigenschaft, so besteht keine Pflicht des Staates zur Notifikation an die Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV, kein Genehmigungsvorbehalt und kein Durchführungsverbot i.S. des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV. Erst bei Vorliegen des Beihilfecharakters einer staatlichen Maßnahme bedarf es einer Prüfung dieser Maßnahme darauf, ob sie mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, im Rahmen eines beihilfeaufsichtsrechtlichen Verfahrens.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verlangt die Qualifizierung als mit dem Binnenmarkt unvereinbare „Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, dass alle vier in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.³⁴ In Bezug auf die erste Voraussetzung der unmittelbaren oder mittelbaren Gewährung des Vorteils aus staatlichen Mitteln entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass auch Maßnahmen, bei denen keine staatlichen Mittel übertragen werden, unter den Begriff der „Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen können; durch den Begriff der Maßnahme „aus staatlichen Mitteln“

31 Zu einer Bindungswirkung *erga omnes* vgl. Gaitanides, in: von der Groeben, Schwarze & Hatje (Hrsg.) (2015), Art. 267 AEUV Rn. 90 ff.; Wusterhausen (2016), S. 57 ff.

32 EuGH, Rs. C-492/17 [2018] Rittinger u.a.

33 EuGH, Rs. C-280/00 [2003] *Altmark Trans* und Regierungspräsidium Magdeburg.

34 Vgl. EuGH, Rs. C-280/00 [2003] *Altmark Trans* und Regierungspräsidium Magdeburg [75]; Rs. C-206/06 [2008] *Essent Netwerk Noord* u.a. [63-64]; Rs. C-262/12 [2013] *Vent De Colère* u.a. [15] (jeweils m.w.N.).

sollen nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Vorteile, sondern auch Vorteile einbezogen werden, die durch von ihm zur Durchführung der Beihilferegelung errichtete oder damit beauftragte öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.³⁵ Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst dabei sämtliche Geldmittel, die die öffentlichen Stellen tatsächlich zur Unterstützung der Unternehmen verwenden können, ohne dass es darauf ankommt, dass diese Mittel dauerhaft zum Vermögen des Staates gehören. Auch wenn die der fraglichen Maßnahme entsprechenden Beträge nicht auf Dauer dem Staat gehören, genügt folglich der Umstand, dass sie ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen, damit sie als „staatliche Mittel“ qualifiziert werden können.³⁶

An der Beurteilung, ob eine Beihilfeeigenschaft besteht, sind – vorbehaltlich des „letzten Wortes“, das die Gerichte der EU haben – die Regierung des jeweiligen Mitgliedstaates (bzw. im Falle einer Länderzuständigkeit für die betreffende Maßnahme in Deutschland nach den Maßgaben des Art. 23 GG und des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union (EUZBLG) vom 12. März 1993³⁷ – die Regierungen der deutschen Länder), die staatlichen Gerichte des jeweilige Mitgliedstaates und die Europäische Kommission beteiligt. Von der Beurteilung durch die Regierung hängt ab, ob eine Notifikation an die Kommission erfolgt. In Zweifelsfällen ist eine vorsorgliche Notifikation möglich,³⁸ um einen Beschluss der Kommission gemäß Art. 4 Abs. 2 der Verfahrensordnung³⁹ einzufordern, dass die Maßnahme keine Beihilfe ist.

Die deutschen Länder stehen im Zuge eines etwaigen Übergangs zu einer „Vollindexierung“ vor der Entscheidung, ob sie diesen Weg der prophylaktischen Einordnung i.S. einer Risikovorsorge beschreiten oder in Anknüpfung an ihre bisherige Haltung, dass es sich bei der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht um eine Beihilfe handelt, oder auf der Grundlage einer Position, dass es sich hierbei zumindest um eine bisherige Beihilfe handelt, deren Charakter durch den Umstieg zu einer „Vollindexierung“ nicht gewandelt wird, von einer Notifikation absehen. Ein solcher Verzicht auf eine Notifikation birgt namentlich Risiken, die aus einer Verletzung des Durchführungsverbotes nach Art. 108 Abs. 3

35 Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-379/98 [2001] PreussenElektra [58]; Rs. C-482/99 [2002] Frankreich/Kommission [36]; Rs. C-677/11 [2013] Doux Élevage und Coopérative agricole UKL-ARREE [26, 34]; Rs. C-262/12 [2013] Vent De Colère u.a. [19-20]; Rs. C-657/15 P [2017] Viasat Broadcasting UK/TV 2/Danmark [35-45].

36 Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-482/99 [2002] Frankreich/Kommission [37]; Rs. C-206/06 [2008] Essent Netwerk Noord u.a. [70]; Rs. C-677/11 [2013] Doux Élevage und Coopérative agricole UKL-ARREE [35]; Rs. C-262/12 [2013] Vent De Colère u.a. [21]; Rs. C-657/15 P [2017] Viasat Broadcasting UK/TV 2/Danmark [38-39].

37 BGBl. 1993 I S. 313, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. September 2009 (BGBl. I S. 3031).

38 Vgl. Götz, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: Januar 2019, H.III Rn. 48.

39 Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU 2015 Nr. L 248/9.

Satz 3 AEUV entstehen können. Die Risiken einer Beurteilung, die sich später bei der Europäischen Kommission und den Gerichten der EU nicht durchsetzen wird, betreffen nicht nur die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Eine solche Divergenz in der Beurteilung kann auch das auf Kooperation gerichtete Verhältnis⁴⁰ zwischen dem bislang die funktions- und bedarfsgerechte Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zuverlässig sichernden Bundesverfassungsgericht⁴¹ und den auch die Wettbewerbsordnung der EU stützenden Gerichten der EU belasten. Auch vor diesem Hintergrund ist seitens der deutschen Länder eine sorgfältige Abwägung geboten.⁴²

Deutschland hat – auch im Zusammenhang mit dem sog. Beihilfekompromiss aus 2007⁴³ – stets den Beihilfecharakter des deutschen Systems der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus Mitteln der Rundfunkgebühr bestritten.

Die Kommission hat demgegenüber die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in ständiger Entscheidungspraxis – nach einer Praxis der Ablehnung der Beihilfequalität von mitgliedstaatlicher Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten bis in die 1990er Jahre hinein⁴⁴ – seit Beginn der 2000er Jahre „im Normalfall“ als eine Beihilfe zugunsten der öffentlichen Rundfunkveranstalter eingeordnet, allerdings auf die Notwendigkeit der Prüfung im Einzelfall verwiesen.⁴⁵ Hieran hat sich auch im Übergang von der Gebühren- zur Beitragsfinanzierung nichts geändert.⁴⁶

Nach der Bestätigung dieses Ansatzes in der Judikatur des EuGH spricht nichts dafür, dass sich an der Einordnung der Rundfunkbeitragsfinanzierung als Beihilfe durch Kommission und Gerichte der EU bei einem Übergang zu einer „Vollindexierung“ etwas ändern wird: Für die Europäische Kommission sind die Einnahmen aus Rundfunkgebühren oder -beiträgen staatliche Mittel, weil sie ihre Grundlage in staatlichen Hoheitsakten haben und unter staatlicher Kontrolle stehen. Die Rechtsprechung der Gerichte der EU stützt diese Einordnung.⁴⁷

Streitig könnte bei dem Übergang zu einer umfassend indexgestützten Methode erneut und verstärkt werden, ob die öffentliche Finanzierung auch danach einen Ausgleich der zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gemachten Aufwendungen darstellt und deshalb (auch bei diesem Übergang) die beitragsgestützte Finanzierung keine vorteilverschaffende Begünstigung darstellt. Insoweit dürfte den sog. *Altmark-Trans*-Kriterien, die

40 Vgl. BVerfGE 89, 155 (175) (st. Rspr.); hierzu sowie z.B. Hirsch, NJW 1996, 2457 (2462); Nunner (2009), S. 159 ff.; Schliesky (2004), S. 378 ff.

41 Vgl. hierzu z.B. Hahn (2010), S. 21 ff.; Hoffmann (2016), S. 49 ff.

42 Vgl. hierzu auch Götz, in: Dausen & Ludwigs (Hrsg.) (2019), H.III Rn. 48.

43 Vgl. hierzu Abschnitt VII sowie Europäische Kommission (2007), Tz. 81 ff.

44 Vgl. hierzu Frenz (2007), Rn. 485.

45 Vgl. Kommission der EG (2001), Tz. 17. Für Deutschland vgl. Europäische Kommission (2007), Tz. 141 ff.

46 Vgl. den Hinweis in den Schlussanträgen des Generalanwalts Campos Sánchez-Bordona in der Rs. C-492/17 [2018] Rittinger u.a., Tz. 41 f.

47 Vgl. Europäische Kommission (2007), Tz. 142 ff. m.w.N.

zunächst in der Judikatur des EuGH⁴⁸ entwickelt wurden und sodann in den die beihilfeaufsichtsrechtliche Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission leitenden Rechtsakten aufgegriffen wurden,⁴⁹ besondere Bedeutung zukommen.

Beihilfeaufsicht findet (auch) im Bereich der Kontrolle der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks allerdings nicht zwingend über ein Anmelde- und Genehmigungsverfahren statt. Ein solches Verfahren gilt nach der Systematik des AEUV nur bei neuen Beihilfen. In Bezug auf bestehende Beihilferegulungen sieht Art. 108 Abs. 1 AEUV dagegen ein auf Kooperation aufbauendes Verfahren vor: Hier „überprüft (die Kommission) fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die in diesen bestehenden Beihilferegulungen. Sie schlägt ihnen die zweckdienlichen Maßnahmen vor, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarkts erfordern“. Ob es sich bei einer Vollindexierung der Rundfunkbeitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks noch um eine solche bestehende Beihilfe handelt, ist – wie im Einzelnen noch ausgeführt wird⁵⁰ – schon an sich nicht unionsrechtlich zweifelsfrei prognostizierbar; die diesbezüglichen Risikofaktoren wachsen im Übrigen in dem Maße, in dem dieser Systemwechsel mit Änderungen in der Auftragsdefinition in Richtung auf eine größere definitorische Eigenbefähigung und -verantwortung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks selbst verbunden sind. Denn solche Änderungen beeinträchtigen das System der effizienten Eigen- und Fremdkontrolle der Zweckhaftigkeit einer Beihilfe als Ausprägung des unionsrechtlichen Transparenzgebotes.

2. Zur Bedeutung der Sonderregeln für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

a) Einführung

Art. 106 Abs. 2 AEUV enthält zwar keine generelle Bereichsausnahme für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) von den Wettbewerbsregeln des AEUV und damit auch nicht von der unionalen Beihilfenaufsicht. Die Regelung nimmt die DAWI allerdings von der Anwendung des Beihilfeaufsichtsregimes der EU aus, soweit die Anwendung die Erfüllung der den Unternehmen „übertragenen besonderen Aufgabe“ rechtlich oder tatsächlich verhindern würde.⁵¹ Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen unionaler Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatlicher Souveränität in der Betrauung von Unternehmen mit DAWI ist eine fortdauernde Kompetenz- und Machtfrage zwischen der EU und

48 EuGH, Rs. C-280/00, [2003] Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg.

49 Vgl. hierzu Abschnitt II.

50 Vgl. hierzu Abschnitt VII.3.

51 Vgl. Jung, in: Calliess & Ruffert (2016), Art. 106 AEUV Rn. 56 ff.; Khan, in: Geiger, Khan & Kotzur (2017), Art. 106 AEUV Rn. 8 ff.; Klotz, in: von der Groeben, Schwarze & Hatje (2015), Art. 106 AEUV Rn. 56 ff.; Koenig & Paul, in: Streinz (2018), Art. 106 AEUV Rn. 36 ff.; Mestmäcker & Schweitzer (2014), S. 970 ff.

ihren Mitgliedstaaten.⁵² Das Austarieren zwischen diesen beiden Polen kann nicht zuletzt in Zeiten personeller Umbrüche bei den EU-Organen Kommission und Parlament immer wieder aufs Neue evaluiert und auch unter Berücksichtigung allgemeiner integrationspolitischer Erwägungen angepasst werden.

In einer über mehrere Jahrzehnte aufgebauten positiven Bewertung, in dem die Dienstleistungen der Daseinsvorsorge seitens der Europäischen Kommission als „Schlüsselement des europäischen Gesellschaftsmodells“,⁵³ als „unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells“⁵⁴ und als „eine der Grundsäulen..., auf denen das europäische Gesellschaftsmodell gründet“,⁵⁵ anerkannt wurden, wurde der „Stellenwert, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen“, in Art. 14 Satz 1 AEUV primärrechtlich anerkannt⁵⁶ und auf dieser Grundlage zugleich die Verpflichtung für EU wie Mitgliedstaaten verankert, „im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge (zu tragen), dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können“. Diese Grundsätze und Bedingungen werden nach Art. 14 Satz 2 AEUV vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen festgelegt – „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“.

Im „Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse“ zum AEUV,⁵⁷ das im Range dem AEUV gleichsteht, wird in dessen Art. 1 diese mitgliedstaatliche Gestaltungsmacht sogar selbst zum „Grundwert“ der EU erklärt: Zu den „gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ i.S. des Art. 14 AEUV zählen danach insbesondere „die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind; die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können, (so-

52 Vgl. auch Götz, in: Dausen & Ludwigs (2019), H.III Rn. 15; Storr, in: Birnstiel, Bungenberg & Heinrich Kap. I Rn. 243 f.; von Komorowski, EuR 2015, 310 (322 ff.).

53 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ (2001/C 17/04), ABI. 2001 C 17/4.

54 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., Rn. 2.

55 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM [2004] 374 endg., S. 4.

56 Vgl. hierzu Krajewski (2011), S. 178 ff.

57 ABI. EU 2008 Nr. 115/308.

wie) ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“.⁵⁸

Vor diesem Hintergrund ist zwar im Ansatz unstrittig, dass die Mitgliedstaaten nach ihrem Ermessen darüber befinden, welche Dienstleistungen sie als solche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse organisieren. Das Gericht 1. Instanz der EG hat 2008 auf diese Zuständigkeit der Mitgliedstaaten sowie darauf hingewiesen, dass das Unionsrecht keine präzise und vollständige Definition des Begriffes aufweist. Es hat allerdings zugleich eine unionale Kontrollkompetenz anerkannt, die allerdings ihrerseits im Lichte des primärrechtlichen Normenmaterials begrenzt ist: „die Kontrolle, zu der die Gemeinschaftsorgane in Bezug auf die Ausübung des mitgliedstaatlichen Ermessens bei der Bestimmung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse befugt sind, (ist) auf die Suche nach einem offenkundigen Beurteilungsfehler beschränkt“.⁵⁹ Dieser von den Unionsorganen beanspruchte Kontroll- und Korrekturvorbehalt hat in der Vergangenheit bereits zu einer Begrenzung der Ermessensausübung der Mitgliedstaaten außerhalb des Rundfunksektors geführt.⁶⁰

Innerhalb des Bereichs der Daseinsvorsorge kommt wiederum dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk seit seinem Bestehen in vielerlei Hinsicht eine besondere Bedeutung zu. Sie resultiert auch völker-,⁶¹ europarats-⁶² und unionsrechtlich anerkannt⁶³ insbesondere aus der Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für die Information und Meinungsbildung,

58 Nach Artikel 2 des Protokolls berühren die Bestimmungen von EUV und AUV zudem „in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren“.

59 EuG, Rs. T-289/03 [2008] *BUPA* [169].

60 Besondere Aufmerksamkeit hat in Deutschland insoweit das Verfahren in Sachen Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg gefunden: Hier verweigerte die Europäische Kommission dem Zweckverband die Anerkennung, bei der ihm übertragenen Beseitigung von Falltieren und Schlachtabfall gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen wahrzunehmen (Beschluss v. 25. April 2012 über die staatliche Beihilfe SA. 25051, ABl. 2012 L 236/1, Tz. 156 ff.). Das Gericht der EU ist mit Urteil vom 16. Juli 2014 (Rs. T-309/12, *Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Kommission*) dieser Einschätzung nicht entgegengetreten.

61 Vgl. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. h) des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, das mit dem Beschluss 2006/515/EG des Rates vom 18.5.2006 (ABl. EU 2006 Nr. L 201/15) für die EU angenommen wurde. Zur Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Lichte dieses Übereinkommens vgl. Lutzhöft (2012), S. 291 f.; Sucker (2018), S. 88 f.

62 Vgl. u.a. die Empfehlung CM/Rec(2007)3 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend den Auftrag der öffentlich-rechtlichen Medien in der Informationsgesellschaft, angenommen am 31. Januar 2007 beim 985. Treffen der Ständigen Vertreter. Vgl. im Übrigen – auch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Cappello (2015), S. 11 ff.

63 Die Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks für das soziale, demokratische und kulturelle Leben in der EU wurde auch in der Entschliebung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 25. Januar 1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (ABl. EG 1999 Nr. C 30/1) bekräftigt.

die Werte-Vermittlung und damit das Funktionieren der demokratischen Gesellschaft: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk „ist mit keiner öffentlichen Dienstleistung in irgendeinem anderen Wirtschaftszweig zu vergleichen. Keine andere Dienstleistung erreicht so weite Kreise der Bevölkerung, versorgt sie zugleich mit so vielen Informationen und Inhalten und verbreitet und beeinflusst dadurch sowohl die Ansichten Einzelner als auch die öffentliche Meinung. Darüber hinaus wird der Rundfunk im Allgemeinen als sehr zuverlässige Informationsquelle wahrgenommen und stellt für einen beträchtlichen Teil der Bevölkerung die Hauptinformationsquelle dar. Er bereichert damit die öffentliche Diskussion und trägt letztendlich zu einer angemessenen Beteiligung aller Bürger am öffentlichen Leben bei.“

Diese Einordnung in der aktuell geltenden Rundfunkmitteilung der Europäischen Kommission aus 2009⁶⁴ ist ungeachtet der Wandlungen im Bereich ökonomischer, technischer, mediennutzungsbezogener Rahmenbedingungen der Tätigkeiten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks und der wachsenden Einflussnahme neuer Medienakteure wie Plattformen und Intermediäre auf den demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozess fortdauernd im Kern zutreffend.⁶⁵

Da allerdings im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung auch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die herkömmlichen Übertragungswege und die traditionellen Hörfunk- und Fernseh-Dienste schon seit längerem nicht mehr ausschließlich betreiben und z.B. durch umfangreiche Auftritte auch im Medium Internet Präsenz zeigen, und da auch privatrechtlich organisierte Medien zumindest nach der Rechtsordnung einzelner Länder sogar ausdrücklich eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen haben,⁶⁶ stellt sich immer mehr (auch) für den EU-Mitgliedstaat Deutschland die Frage, wie weit der von den nach der deutschen Verfassungsordnung länderspezifisch zu definierende Auftrag der Rundfunkanstalten geht und gehen darf. Daran anknüpfend steht auch die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fortdauernd auch im Blick auf ihren Daseinsvorsorge-Bezug auf dem beihilfeaufsichtsrechtlichen Prüfstand.⁶⁷

64 Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2009/C 257/01), ABl. EU 2009, Nr. C 257/1, Tz. 9 f.

65 Dies hat auch das BVerfG in seinem jüngsten Rundfunkbeitrags-Urteil hervorgehoben: Es anerkannte nicht nur inzident, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als „Demokratieabgabe“ der gesamten Gesellschaft nutzt und in besonderem Maße die Grundlagen der Informationsgesellschaft fördert und einen wichtigen Beitrag zur Integration und Teilhabe an demokratischen, kulturellen und wirtschaftlichen Prozessen leistet. Es betonte zugleich – auch im Blick auf die genannten Wandlungen – die individuelle Vorteilhaftigkeit der Möglichkeit, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu nutzen, als Grundlage der abgabenrechtlichen Verfassungskonformität des Rundfunkbeitrags; vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 – [75-80].

66 Vgl. Badura (1996), S. 8.

67 Vgl. Frenz (2007), Rn. 484.

b) *Die Altmark-Trans-Judikatur des EuGH*

Vor dem aufgezeigten unionsverfassungsrechtlichen Hintergrund wurde ein Streit über die Frage ausgetragen, wie öffentliche Finanzhilfen zum Ausgleich der Kosten der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen der Unternehmen beihilferechtlich zu beurteilen sind: als Gegenleistung für die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen und somit nicht als Beihilfe („Tatbestandslösung“) oder als notifikationspflichtige Beihilfe, über deren Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt die Kommission in Anwendung der Kriterien des Art. 106 Abs. 2 AEUV zu entscheiden hätte („Rechtfertigungsmodell“).⁶⁸

Der EuGH entschied sich im Urteil *Altmark Trans*⁶⁹ 2003 für die Herausnahme der Ausgleichsleistungen aus dem Beihilfebegriff, allerdings unter strengen Voraussetzungen, den folgenden sog. vier „*Altmark Trans*-Kriterien“:⁷⁰

1. **Betraugung:** Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
2. **Transparenz:** Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt.
3. **Erforderlichkeit:** Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
4. **Effizienz:** Wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, so ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

⁶⁸ Vgl. Götz, in: Dausen/Ludwigs (2019), H.III Rn. 17; Gundel, RIW 2002, 222 (225 ff.); Nettesheim, EWS 2002, 253 (258 ff.) jeweils m.w.N.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-280/00, [2003] *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg* (im Anschluss an EuGH, Rs. C-53/00, [2001] *Ferring*).

⁷⁰ Vgl. hierzu z.B. Arhold, in: Montag & Säcker (2011), Art. 107 AEUV Rn. 222 ff.; Mestmäcker & Schweitzer, in: Immenga & Mestmäcker (2016), S. 82 ff.; dies. (2014), S. 999 ff.; Wernicke, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (2018), Art. 106 AEUV Rn. 110 ff.

Die Europäische Kommission hat diese Kriterien aufgegriffen⁷¹ und die Gerichte der EU wenden sie in ständiger Rechtsprechung an.⁷² Dabei befasste sich das EuG in einer Entscheidung zum dänischen System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zwar nicht inhaltlich mit den Ausführungen in dem Beschluss der Kommission zu den Indexierungsaspekten des dänischen Finanzierungssystems. Dieser Teil des Beschlusses wird vom EuG lediglich wegen eines aus Sicht des Gerichts fehlerhaften Verständnisses des Verhältnisses der vier *Altmark-Trans*-Kriterien zueinander als rechtsfehlerhaft eingestuft.⁷³ Soweit sich die *Altmark*-Voraussetzungen auf eines der vier Merkmale des Begriffs der staatlichen Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV bezögen, und zwar auf den Vorteil für den Begünstigten, bestehe das gemeinsame Ziel aller *Altmark*-Voraussetzungen darin, zu prüfen, ob der Ausgleich, der einem Unternehmen für die Durchführung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags gewährt wird, einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Doch auch wenn alle *Altmark*-Voraussetzungen durch dieses gemeinsame Ziel miteinander verbunden seien, komme jeder von ihnen eine eigenständige und von den anderen Voraussetzungen unabhängige Funktion zu.

Die zweite *Altmark*-Voraussetzung beinhalte drei Anforderungen, denen die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs genügen müssten, damit gewährleistet sei, dass die Berechnung zuverlässig ist und von der Kommission überprüft werden kann. Keineswegs gehe aus dem Urteil *Altmark* hervor, dass nach der dort aufgestellten zweiten Voraussetzung die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs so formuliert werden müssen, dass die Höhe der Ausgaben des Ausgleichsempfängers beeinflusst oder kontrolliert werden kann.

Eine Auslegung der zweiten *Altmark*-Voraussetzung dahingehend, dass die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs nicht nur objektiv und im Voraus im Rahmen eines transparenten Verfahrens festzulegen sind, sondern darüber hinaus auch die Effizienz der Durchführung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gewährleisten müssen, sei mit dem Wortlaut der zweiten *Altmark*-Voraussetzung nicht vereinbar und führe zu einer Vermengung der vorliegend untersuchten Voraussetzung mit der vierten *Altmark*-Voraussetzung.

Aus dieser Entscheidung folgt zwar einerseits inzident, dass der EuG Methoden einer Indexierung im System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht per se als beihilfeaufsichtsrechtlich bedenklich einstuft. Ebenso wenig stuft er allerdings auch die kritische Haltung der Europäischen Kommission gegenüber solche Indexierungsansätzen

71 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ABl. EU 2012 Nr. C 8/4, Tz. 420.

72 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-451/03 [2006] *Servizi Ausilian Dottori Commercialisti* [62, 64, 66-67]; Rs. C-206/06 [2007] *Essent Networks Noord u.a.* [81-85]; Rs. C-140/09, [2010] *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, [36-40]; Rs. C 399/08 P, [2010] *Kommission/Deutsche Post*, [39-43]; EuG, Rs. T-366/13, [2017] *SNCM*, [44-48]; Rs. T-202/10 RENV II u. T-203/10 [2018] RENV II u. *Stichting Woonlinie u.a.*, [73-82].

73 EuG, Rs. T-674/11 [2015] *TV2/Danmark/Kommission* [94-106].

als per se rechtsfehlerhaft ein. Für die Frage, ob eine solche kritische Kommissions-Haltung in der Beihilfeaufsichtspraxis einer gerichtlichen Überprüfung standhält, kommt es darauf an, an welcher Stelle des *Altmark-Trans*-Prüfungsschemas sie eingebunden wird. Einer Einbindung einer kritischen Haltung der Europäischen Kommission zu Indexierungsansätzen im Rahmen des dritten und/oder vierten *Altmark-Trans*-Kriteriums steht die Entscheidung des EuG nicht entgegen.

In der Entscheidung anerkannte das EuG zudem zwar, dass die Anwendung des vierten *Altmark-Trans*-Kriteriums, des Effizienz-Kriteriums, praktische Schwierigkeiten bereiten könne, wenn das Unternehmen, dem die Durchführung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags übertragen worden sei, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgewählt wurde – wie dies auch in Deutschland der Fall ist: Der Begriff eines „gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmens“ gehe zwangsläufig mit einem weiten Ermessensspielraum der Stelle, die ihn anwende, einher. Zudem falle es schwer, zwei Unternehmen, von denen eines staatlich und mit einem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut ist, während das andere privat und nicht durch einen solchen Auftrag gebunden ist, miteinander zu vergleichen, weil u. a. das Unternehmen, das mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut ist, bestimmten Qualitätsanforderungen unterliege. Wenn kein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der den öffentlich-rechtlichen Auftrag zu den geringsten Kosten durchführen kann, stattgefunden habe, sei allerdings – so der EuG – dennoch der zu gewährende Ausgleich durch Bezugnahme auf ein durchschnittliches, gut geführtes und mit den erforderlichen Mitteln angemessen ausgestattetes Unternehmen festzulegen. Die Suche nach einem solchen Unternehmen diene dazu, die Höhe des Ausgleichs, der für die Durchführung des öffentlich-rechtlichen Auftrags als erforderlich angesehen wird, zu optimieren und zu vermeiden, dass die höheren Kosten eines ineffizienten Unternehmens als Bezugsgröße in die Berechnung der Höhe des Ausgleichs einfließen. Werde nämlich keine Optimierung der Höhe des Ausgleichs vorgenommen, könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringe, der das Unternehmen, dem er gewährt werde, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstige.

Um dem vierten Kriterium zu genügen, reiche es nicht aus, dass der Mitgliedstaat erkläre, angesichts der Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Auftrags sei es nicht möglich, auf dem Markt ein Unternehmen zu finden, das dem Ausgleichsempfänger vergleichbar sei, und sich anschließend um den Nachweis bemüht, dass der Begünstigte selbst ein „gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen“ im Sinne dieser Voraussetzung ist. Jedenfalls sei im Bereich des Rundfunks auch unter Berücksichtigung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten ein großer Teil der Ausgaben privater Rundfunkunternehmen und öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Wesentlichen ähnlich und vergleichbar. Sowohl private als auch öffentliche Rundfunkbetreiber hätten nämlich die Kosten geistiger Eigentumsrechte, Produktions- und Koproduktionskosten, Ausgaben für den Einkauf von Waren und Dienstleistungen in Verbindung mit der Entwicklung von Produkten und Projekten sowie Personalkosten zu tragen. Außer-

dem unterscheidet sich ein Teil des Programms und der Produktion öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nicht wesentlich vom Angebot der privaten Unternehmen, so dass ein Kostenvergleich zumindest in einem gewissen Umfang möglich sei. In diesem Umfang muss der Kostenvergleich dann auch erfolgen.⁷⁴

Da es sich bei dem Kostenvergleich um eine fortdauernde Angelegenheit handelt, die nicht mit dem Moment der Auftragsbestimmung und –vergabe abgeschlossen ist, kommt diesem Kostenvergleich auch bei einem Vollindexierungsmodell besondere Bedeutung zu.

Auch die Aufhebung der Entscheidung des EuG im Rechtsmittelverfahren,⁷⁵ die wegen dessen zu engem Verständnis des Beihilfe-Begriffs des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfolgte, hindert die Europäische Kommission nicht an einer fortdauernd kritischen Haltung zu Ansätzen einer Vollindexierung im System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Die Rechtsprechung der Gerichte der EU lässt im Ergebnis noch Raum für die Anwendung der Beihilfenaufsicht in Fällen, in denen nicht sämtliche vier *Altmark-Trans*-Kriterien für Ausgleichsleistungen, die aus dem Beihilfebegriff herausfallen, erfüllt sind.⁷⁶

IV. Zur Bedeutung der kulturpolitischen Querschnittsklausel

Die kulturpolitische Querschnittsklausel in Art. 167 Abs. 4 AEUV ist zwar auch mit Blick auf das kulturelle Substrat der Medien bedeutsam. Dies klingt in der Bezugnahme auf den „audiovisuellen Bereich“ in Art. 167 Abs. 2 AEUV unmittelbar an. Art. 167 Abs. 4 AEUV kommt indessen in der bisherigen Beihilfenaufsichtspraxis der Europäischen Kommission wie auch der diesbezüglichen Judikatur der Gerichte der EU nur eine marginale Bedeutung zu. Die Norm wird zwar in der Aufsichts- und Spruchpraxis erwähnt, in ihrer juristischen Steuerungsfunktion allerdings kaum über transparente Abwägungsprozesse effektiert.

Dies befremdet deshalb, weil die Regelung ungeachtet ihrer feststellenden Formulierung „trägt ... Rechnung“ für die Organe der EU die rechtlich bindende, nicht lediglich politisch-appellative Verpflichtung enthält, bei allen ihren Tätigkeiten im Rahmen des AEUV, d.h. auch bei der Beihilfenaufsicht im Blick auf Finanzierungssysteme für öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter, kulturelle Aspekte zu berücksichtigen.⁷⁷ Dieses Gebot der Rücksichtnahme ist ein spezifischer Ausdruck des in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatzes der Unionstreue, die eine schonende, die widerstreitenden Interessen möglichst optimal ausgleichende Interpretation der Kompetenztitel verlangt.⁷⁸ Zielkonflikte zwischen der

74 EuG Rs. T-674/11 [2015] TV 2/Danmark/Kommission [114-119].

75 EuGH, Rs. C-657/15 P [2017] *Viasat Broadcasting UK/TV2/Danmark* [35-56].

76 Vgl. Götz, in: Dausen & Ludwigs (2019), H.III Rn. 17.

77 Vgl. Bellucci, ELJ 2010, 211 (212 f.); Psychogiopoulou (2008), S. 56 ff.; Schwartz, AfP 1993, 409 (417); Wemmer (1996), S. 117; a.A. Berggreen-Merkel (1995), S. 19 f.; Lane, CMLR 1993, 939 (978).

78 Vgl. Eberle (1993), S. 948 f.; Lichtenegger (2014), S. 356 ff.

Wahrung und Förderung der Kultur, auch im audiovisuellen Bereich, und dem Ziel der Wahrung der Wettbewerbsordnung innerhalb der EU sind zwar bei der unionalen Beihilfeaufsicht gegenüber öffentlich-rechtlicher Rundfunkfinanzierung weder a priori im Zweifel für⁷⁹ noch stets im Zweifel gegen die kulturbezogene Finanzierungssouveränität der Mitgliedstaaten zu lösen.⁸⁰ Indessen wird den Mitgliedstaaten über Art. 167 Abs. 4 AEUV ein kultur- und insoweit auch medienpolitischer „Freiraum“ zugestanden, den die Organe der EU unangetastet lassen müssen und auf den sie daher nicht durch Rechtsetzung, Rechtsanwendung oder Rechtsprechung beschränkend einwirken dürfen. Demzufolge können Maßnahmen nationaler Medienpolitik selbst dann bei europarechtsdogmatischer Betrachtung in bestimmten Fällen zulässig sein, wenn sie an sich im Widerspruch zu Einzelbestimmungen des AEUV, wie z.B. dessen Beihilfeaufsichtsregime, stehen oder zu stehen scheinen.⁸¹

Der Querschnittsklausel kommt danach – ebenso wie (a) den in Art. 2 EUV verankerten Grundwerten der Demokratie und des Pluralismus⁸² und (b) dem in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV normierten Gebot der Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV⁸³ – Bedeutung bei der Wahrnehmung der Kontrollbefugnisse der Unionsorgane gegenüber mitgliedstaatlichem Verhalten zu.⁸⁴ Und diese auslegungsleitende Bedeutung des Art. 167 Abs. 4 AEUV bei der Wahrnehmung von Kontrollkompetenzen erkennt die Kommission nicht zuletzt auch bei der Prüfung der Unionsrechtskonformität der Finanzierung öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten im Ausgangspunkt auch an.⁸⁵ Nicht nur im Bereich der rundfunkfinanzierungsbezogenen Beihilfeaufsicht fehlt es bei der wettbewerbsrechtlichen Kontrolltätigkeit indessen an einem nachvollziehbaren Subsumptionsprozess.⁸⁶

79 So im Ansatz mit Bezug auf einen Vorrang der Vorbehaltsrechte der Mitgliedstaaten der EU in Bezug auf die Kultur gegenüber den wirtschaftlichen Geboten des Binnenmarktes Rabe (2006), S. 177; Schwarze, ZUM 2003, 15 (21 f.).

80 Vgl. Ress & Ukrow, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (2018), Art. 167 AEUV Rn. 154.

81 Vgl. Ress (1991), S. 51.

82 Vgl. zu diesen Grundwerten und ihrer Anwendungsrelevanz z.B. Korte (2016), S. 167 ff.; Müller (2014), S. 153 ff.

83 Vgl. hierzu z.B. Jungheim (2012), S. 195; Wendel (2011), S. 572 ff.

84 Vgl. hierzu z.B. auch Entschließung des Rates v. 12.2.2001 zu den einzelstaatlichen Beihilfen für die Filmwirtschaft und den audiovisuellen Sektor, ABI. C 73, 3, Tz. 1.

Bedeutsam ist insoweit insbesondere die Demokratie- und Vielfaltsrelevanz von Auftrag und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

85 Vgl. Kommission der EG (2001), Tz. 26.

86 So hat die Europäische Kommission zwar auch in ihrer CISAC-Entscheidung v. 16.7.2008 (COMP/C 2/38.698, Rn. 93 ff.) bei der Darstellung des rechtlichen und politischen Kontext ihrer Untersagungsverfügung auf die Querschnittsklausel hingewiesen. Diese Aufsichtsmaßnahme bezog sich auf einen Mustervertrag für Gegenseitigkeitsvereinbarungen der CISAC, der Dachorganisation der Verwertungsgesellschaften, soweit dieser Mustervertrag Beschränkungen der Mitgliedschaft und territoriale Beschränkungen enthielt. Eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Bedeutung der Querschnittsklausel, namentlich in Form einer Subsumption der Tatbestandsmerk-

Auch in der bisherigen Judikatur des EuGH ist die souveränitätsschonende Funktion der Klausel nicht (nachvollziehbar) rezipiert: Wo sich der EuGH bislang (sehr vereinzelt) mit der Querschnittsklausel befasste, geschah dies vielmehr in einer das Tätigwerden der EU absichernden Weise: So kann nach dessen Judikatur Art. 167 AEUV z.B. nicht als unionsrechtlicher Rechtfertigungsgrund für nationale Maßnahmen auf dem Gebiet der Kultur, die den innergemeinschaftlichen Handel behindern können, geltend gemacht werden.⁸⁷

Das Unionsrecht ist mithin zwar „im Lichte des Art. 167 Abs. 4 AEUV“ auszulegen. Ob die Organe der EU allerdings dieser Auslegungsmaxime genügen, lässt sich auf Basis der bisherigen Rechtsanwendung nicht angemessen beurteilen. Ein bloßes Zitat einer Norm ersetzt nicht deren Operationalisierung. Dass Kommission oder Gerichte der EU in einen entsprechenden Abwägungsprozess eintreten, ist den Entscheidungen dieser Organe bislang nicht zu entnehmen. Die kulturpolitische Querschnittsklausel teilt insoweit das Schicksal des Subsidiaritätsprinzips: Ein mitgliedstaatliche Souveränität schonendes Instrument des Unionsrechts fristet ein Schattendasein. In Bezug auf die kulturpolitische Querschnittsklausel fehlt es zudem bislang an einer verfahrensrechtlichen Absicherung, wie sie für das Subsidiaritätsprinzip durch die Subsidiaritätsrüge nach Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007⁸⁸ eingeführt worden ist.

Vor diesem Hintergrund spricht bereits im Lichte der bisherigen Praxis wenig dafür, dass die kulturpolitische Querschnittsklausel einer beihilfeaufsichtsrechtlichen Kontrolle des Übergangs zu einer Vollindexierung der Fortentwicklung der Höhe des Rundfunkbeitrages merkliche Grenzen setzen wird. Aber jenseits dieser praktischen Erfahrungswerte lassen auch rechtsdogmatische Erwägungen die aufsichtsbegrenzende Wirkung der Klausel beschränkt erscheinen.

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Grundsatz des Art. 167 Abs. 4 AEUV eine Ausnahme gegenüber den allgemeinen Regeln des AEUV darstellt und daher restriktiv auszulegen ist. Dementsprechend sind nationale kulturelle, einschließlich medien- und insbesondere rundfunkfinanzierungsrechtlicher Sonderregeln nur insoweit vom Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen ausgenommen, als ihr Zweck dies erfordert.⁸⁹ Aus diesem Grund ist eine Voraussetzung für die souveränitätsschonende Wirkung des Art. 167 Abs. 4 AEUV, dass mit einer nationalen Regelung ein ausschließlich kulturpolitischer Zweck verfolgt wird.⁹⁰

male der Klausel in Bezug auf die konkreten kartellrechtlichen Fragestellungen findet allerdings nicht statt; vgl. hierzu auch Breuer (2013), S. 412 ff.

87 EuGH, Rs. C-531/07 [2009] Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft [33]. Vgl. zur bisher geringen praktischen Relevanz der Querschnittsklausel in der Rechtsprechung bereits zuvor von Danwitz, NJW 2005, 529 (533).

88 ABl. EU 2007Nr. C 306 S. 150.

89 Vgl. de Witte (1995), 229 (255 ff.); Ress & Ukrow, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (2018), Art. 167 AEUV Rn. 154.

90 Vgl. Ress & Ukrow, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (2018), Art. 167 AEUV Rn. 154.

Ob das Interesse an einer lediglich moderaten, wenn auch nachhaltig moderaten Erhöhung der den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Verfügung stehenden Mitteln eine solche ausschließlich kulturpolitische Zwecksetzung darstellt, erscheint ebenso offen wie die Einordnung des Interesses an einer „Entpolitisierung“⁹¹ i.S. der Vermeidung regelmäßiger parlamentarischer und gesellschaftlicher Debatten über eine Erhöhung des Rundfunkbeitrages im Lichte dieses Ausschließlichkeitskriteriums.

Denn Kultur lebt ebenso wie Demokratie von Offenheit, von Diskurs und Transparenz. Hintergrund für populistische Bewegungen in Europa, die vielfach auch öffentlich-rechtliche Medien ins Zentrum ihrer Kritik nehmen, ist vielfach auch der Vorwurf einer Verzerrung demokratischer Prozesse und kultureller Autonomie.

Hintergrund dafür ist auch eine Ablehnung des kulturellen Leitbildes des Art. 167 AEUV in seiner spezifischen Verbindung von Wahrung kulturellen Erbes und Förderung von und Offenheit für kulturelle Vielfalt. In den allgemeinen Programmgrundsätzen des RStV und der parallelen Regelungen für die ARD-Anstalten und das ZDF findet dieses Kulturkonzept der Toleranz und Verständigungsbereitschaft ein spezifisch medienrechtliches Pendant. Verständigungsbereitschaft kann indessen weder national noch europäisch und international als immerwährend vorausgesetzt werden; vielmehr bedarf sie der steten Bestätigung und Bekräftigung in einem fortdauernden gesellschaftlichen und politischen Diskurs. Da der seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges zwar nie vollständig unumstrittene, aber doch die Entwicklung maßgeblich prägende Konsens zu den Werten einer westlichen, freien und demokratischen Welt zunehmend transatlantisch in Frage gestellt wird, bedarf es auch medial einer kritischen Reflexion der politischen, ökonomischen, sozialen und kulturellen Veränderungs- und Erosionsprozesse, die die Kritik an den Werten des Art. 2 EUV und deren praktischer Relevanz und Beachtung wachsen lassen. ARD und ZDF können insoweit aber nur dann glaubwürdiges Medium einer solchen kulturellen Debatte sein, wenn sie auch in ihrer Rolle als Faktor und Gegenstand dieser Debatte anerkannt werden. Ein Bemühen, Aufgabe und Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als Grundlage ihres Finanzgewährleistungsanspruchs aus dem gesellschaftlichen und politischen Diskurs auszugrenzen, hieße an dieser Stelle, die kulturelle Dimension des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in ihrer demokratisch-partizipativen Ausformung nicht zu stärken, sondern zu schwächen.

Die Anerkennung der demokratischen und gesellschaftlichen Relevanz des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Amsterdamer Protokoll,⁹² die dieses kulturell-demokratische Verständnis aufgreift, spricht bei einer Risikobewertung tendenziell gegen eine kulturpoliti-

91 Vgl. hierzu Cornils (2019), S. 4f.; Hoffmann-Riem 1991), S. 201; Nickel, ZUM 2006, 737 (738 ff.).

92 Vgl. hierzu Abschnitt V.

Der europarechtliche Begriff des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist im Übrigen autonom zu interpretieren, wobei mitgliedstaatliches Begriffsverständnis dieses allerdings mitbestimmen kann. Europarechtlich werden vom Begriff nicht per se ausschließlich Veranstalter in öffentlich-rechtlicher Organisationsform erfasst; auch privatrechtlich verfasste Anbieter, die öffentliche Zuschüsse

sche Absicherung eines „Entpolitisierungs“-Interesses in Bezug auf Aufgaben, Funktion und damit verbundene Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.

Voraussetzung für die Wirkung der Querschnittsklausel in Richtung auf kultur- und medienpolitische Freiräume eines Mitgliedstaates ist zudem, dass dieser Freiraum i.S. einer kultur- und medienordnungsrechtlichen Kohärenz genutzt wird: Dies setzt „das konzeptionelle Aufeinander-Bezogen-Sein von Rechtssätzen und Realakten“ kultur- und medienrechtlich agierender Mitgliedstaaten voraus.⁹³ Auch wenn der EuGH die Anforderung einer „kohärenten und systematischen“ Regelung besonders im Glückspielrecht entwickelt hat,⁹⁴ ist die rechtsdogmatische Bedeutung des Kohärenzkriteriums i.S. eines Gebots der Wertungskohärenz dennoch nicht auf den Glücksspielbereich begrenzt.⁹⁵ Diesem Kriterium kommt vielmehr Auslegungsrelevanz in allen Bereichen zu, in denen aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten weite Beurteilungsspielräume bei den Mitgliedstaaten verbleiben – wie dies bei Aufgaben, Struktur und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ungeachtet der Harmonisierungswirkung der AVMD-Richtlinie im audiovisuellen Bereich weiterhin der Fall ist. Die kultur- und medienrechtliche Kohärenz fordert die Stringenz und Stimmigkeit verschiedener kultur- und medienrechtlicher Maßnahmen zueinander sowie das Fehlen von Widersprüchen zwischen diesen Maßnahmen gemessen an einem gemeinsamen kultur- und medienrechtlichen Ziel. Das medienrechtliche (Schutz-)Ziel als Prüfungsmaßstab des medienrechtlichen Kohärenzgebotes wird durch den Mitgliedstaat selbst bestimmt; an diesem Ziel muss sich der Mitgliedstaat dann allerdings in seinem staatlichen Verhalten von exekutiver, legislativer und judikativer Gewalt auch messen lassen.⁹⁶ Ob das Ziel einer funktionsgerechten Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Übergang zu einer „Vollindexierung“ kohärenzkonform in Deckung zu bringen ist, erscheint zumindest dann nicht per se gesichert, wenn dieser Übergang

- den demokratischen Diskurs über diese Finanzausstattung weniger als Chance denn als Gefahr wahrzunehmen und
- verfahrensrechtliche Instrumente, die die Bedarfsgerechtigkeit absichern, in ihrer Bedeutung zu minimieren

scheint.

für die Erfüllung besonderer Aufträge erhalten, können als sog. public service broadcasters eingestuft werden; vgl. dazu Cole/Oster (2017), S. 27.

93 Schorkopf, in: Grabitz, Hilf & Nettesheim (2018), Art. 7 AEUV Rn. 11.

94 Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-243/01, [2003] Gambelli [67] Slg. 2003, I-13031 Rn. 67 ff.; Rs. C-338/04 [2007] Placanica [53]; Rs. C-169/07 [2009] Hartlauer [55] Vgl. hierzu z.B. Hartmann, EuZW 2014, 814 (815 f.); Lippert, EuR 2012, 90 (95); Michl, ZfWG 2016, 110 (111); Streinz, ZfWG 2013, 305 (306 ff.).

95 Vgl. Dieterich (2014), S. 741 ff.; Schuster (2017), S. 79 ff.

96 Vgl. Frenz, EuR 2012, 344 (348 f.).

V. Zur Bedeutung des Amsterdamer Protokolls über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Mit (durch den Vertrag von Amsterdam eingefügten und durch den Vertrag von Lissabon redaktionell angepassten) Protokoll über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten⁹⁷ wird der besonderen Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten Rechnung getragen, was im Erwägungsgrund des Protokolls zum Ausdruck kommt: Die Regelung erfolgt „(i)n der Erwägung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk in den Mitgliedstaaten unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft sowie mit dem Erfordernis verknüpft ist, den Pluralismus in den Medien zu wahren“.

Auf der Grundlage und im Rahmen dieser Funktion berühren die Bestimmungen der Verträge, d.h. des EUV und des AEUV, nach dem Art. 51 EUV primärrechtlich die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts mitbestimmenden Protokoll „nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu finanzieren, sofern die Finanzierung der Rundfunkanstalten dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, wie er von den Mitgliedstaaten den Anstalten übertragen, festgelegt und ausgestaltet wird, dient“.

Mit Blick auf die Frage, was von der Auftragsdefinition mit Blick auf den vorgenannten Erwägungsgrund des Protokolls erfasst sein muss, verfügen die Mitgliedstaaten über eine Einschätzungsprärogative.⁹⁸ Allerdings erfasst dieser Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten nur das „wie“ des Inhalts, nicht das „ob“ der Existenz einer Auftragsgestaltung. Bei dieser Auftragsgestaltung muss es sich im Kern zudem um eine hoheitlich geformte Ausgestaltung handeln; eine Auftragsdefinition, die dem öffentlich-rechtliche Rundfunk selbst umfassend oder im Schwerpunkt überlassen bliebe, wäre tatbestandlich nicht vom Amsterdamer Protokoll erfasst.

Außerdem dürfen die Handels- und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, wobei den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen ist. Es stellt eine dem Rücksichtnahmegebot entsprechende Einschränkung der beihilfeaufsichtlichen Kontrolle dar, dass diese Schrankensetzung die Finanzierung des Auftrags, nicht die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als solche betrifft.⁹⁹

Auch das gemeinsame Interesse i.S. dieses Protokolls ist bei der unionsrechtlichen Kontrolle der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten nicht nur aus den im Protokoll angesprochenen Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags, sondern auch aus Art. 167 Abs. 1 (Erhaltung der nationalen Kulturen der Mitgliedstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt und Hervorhe-

97 Vgl. zum Protokoll z.B. Ferreau (2017), S. 28 ff.; Jungheim (2012), S. 201 ff.; Stulz-Herrnstadt (2004), S. 280 ff.

98 Vgl. Ferreau (2017), S. 29; Schladebach & Simantiras, EuR 2011, 784 (788).

99 Vgl. zu dieser Begrenzung Ferreau (2017), S. 29.

bung des gemeinsamen kulturellen Erbes) sowie Art. 167 Abs. 4 AEUV zu definieren. Denn der öffentlich-rechtliche Rundfunk hat, wie auch die Europäische Kommission anerkennt,¹⁰⁰ eine wichtige Rolle bei der Förderung der kulturellen Vielfalt jedes Mitgliedstaates zu spielen, indem er nicht zuletzt Bildung und Erziehung gewidmete Programme anbietet, die Öffentlichkeit auf zuverlässige und in quantitativ bedeutsamer Weise informiert, die Meinungsvielfalt sichert und (jenseits einer Gebührenfinanzierung) ohne zusätzliches Entgelt qualitativ hochwertige Unterhaltung anbietet.

VI. Zur Bedeutung der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk

1. Einführung

Die Mitteilung der Europäischen Kommission aus 2009 über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk¹⁰¹ prägt seither die Ausübung der Beihilfenaufsicht über die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Sie widmet sich der Beihilfeneigenschaft der Finanzierung, der Art der Beihilfe (bestehende oder neue Beihilfe) und der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt.

Die Mitteilung geht von der Vermutung einer Beihilfequalität der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks aus. Es geht mithin aus Sicht der Kommission bei ihrer Aufsichtstätigkeit weniger um das „Ob“ des Bestehens als um das „Wie“ der Ausgestaltung der Beihilfe. Dieses Vorverständnis prägt auch die Aufsichtspraxis der Kommission: Sie ist bisher noch in keinem der von ihr geprüften Fälle zu dem Ergebnis gelangt ist, dass alle vier sog. *Altmark-Trans*-Voraussetzungen für das Verneinen einer Beihilfe-Eigenschaft erfüllt waren.¹⁰² Dies verengt zwar das Kontrollprogramm der Kommission in einer unionsrechtlich bedenklichen Weise, indessen hat diese Verengung bislang noch keine durchgreifende judikative Kritik erfahren. Allerdings hat der EuG im Fall TV 2/Danmark die Ausführungen der Kommission zu den *Altmark-Trans* Kriterien als unzureichend angesehen und eine Verletzung der Prüfpflicht der Kommission angenommen.¹⁰³

Vor diesem Hintergrund mögen Bemühungen, die Beihilfequalität der Beitragsfinanzierung als solche im Zusammenhang mit einem Wechsel zu einem System der Vollindexierung in Frage zu stellen, zwar rechtsdogmatisch erwägenswert sein, dürften indessen rechts-

100 Vgl. Europäische Kommission (2007), Tz. 11. Vgl. zur Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch die Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten v. 25.1.1999 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl. 1999 Nr. C 30/1; hierzu Ferreau (2017), S. 30 ff.

101 ABl. EU 2009 Nr. C 257/1.

102 Bartosch (2016), S. 340.

103 EuG, Rs. T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 [2008] TV 2/Danmark/Kommission [155-168, 178-233].

praktisch im Hinblick auf die gefestigte Aufsichtspraxis der Europäischen Kommission ohne hinreichende Aussicht auf Erfolg sein.

Die Art der Beihilfe (bestehende oder neue Beihilfe) hat Bedeutung für das Beihilfeaufsichtsverfahren. Denn für bestehende Beihilfen erfolgt die Überprüfung nicht – wie bei neuen Beihilfen – in einem Genehmigungsverfahren, sondern in einem kooperativen mit dem Ziel einer einvernehmlichen Regelung.¹⁰⁴ Die Frage, ob ein Übergang zu einer Vollindexierung Bestandsschutz genießt, ist mithin von zumindest prozeduraler Bedeutung. Die Stellung des Mitgliedsstaates bei der Wahrung seiner rundfunkordnungsrechtlichen Prärogative vor Ingerenz der Kommission ist im Bereich der bestehenden Beihilfen deutlich stärker ausgeprägt.

Die Kommission erkennt in der Mitteilung¹⁰⁵ an, dass die Finanzierungsregelungen, die derzeit in den meisten Mitgliedstaaten bestehen, bereits „vor langer Zeit“ eingeführt wurden, und zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die Finanzierungsregelungen nach einer genaueren Einzelfallprüfung als bestehende Beihilfen i.S. des Art. 108 Abs. 1 AEUV eingeordnet werden können. Voraussetzung für eine fortdauernde Anerkennung als bestehende Beihilfe ist im Falle von nachfolgenden Änderungen in der Finanzierung, dass die späteren Änderungen die ursprüngliche Regelung nicht in ihrem Kern betreffen, sondern eher formaler und verwaltungstechnischer Art sind; im Falle wesentlicher Änderungen kommt es darauf an, ob sie für sich getrennt beurteilt werden können oder die Finanzierungsregelung insgesamt zu einer neuen Beihilfe machen.¹⁰⁶

Der Schwerpunkt der Mitteilung liegt auf den Ausführungen zur Vereinbarkeit einer Beihilfe in Form der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Unionsrecht. Die Kommission erwartet von den Mitgliedstaaten, dass sie sich in Bezug auf die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrages, Betrauung und Kontrolle, Transparenz, Vermeidung von Überkompensierung, Verhältnismäßigkeit und Marktverhalten an den von ihr aufgestellten Kriterien ausrichten.¹⁰⁷ Der betreffende Katalog orientiert sich an den *Altmark-Trans*-Kriterien, greift Anknüpfungspunkte des Regimes der Beihilfeaufsicht in Art. 106 Abs. 2 AEUV auf und trägt dabei dem Amsterdamer Protokoll Rechnung.

2. Die Kriterien der Mitteilung, die Überlegungen zur Fortentwicklung des Auftrages und der Übergang zu einer Vollindexierung der Finanzierung

In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH klargestellt, dass eine Maßnahme nur dann unter die Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV fällt, wenn alle nachstehend genannten Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁰⁸

104 Götz, in: Dausen & Ludwigs (2019), H.III Rn. 147.

105 ABl. EU 2009 Nr. C 257/1, Tz. 25.

106 A.a.O., Tz. 29 ff.

107 Vgl. Bartosch (2016), S. 340 ff.

108 Vgl. hierzu Europäische Kommission (2009), Tz. 37.

1. Die betreffende Dienstleistung muss eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und von dem Mitgliedstaat klar als solche definiert worden sein (Definition).
2. Das betreffende Unternehmen muss von dem Mitgliedstaat ausdrücklich mit der Erbringung dieser Dienstleistung betraut worden sein (Betrauung).
3. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEUV (in diesem Fall des Beihilfenverbots) muss die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben verhindern und die Freistellung von diesen Vorschriften darf die Entwicklung des Handels nicht in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der EU zuwiderläuft (Verhältnismäßigkeit).

a) *Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags*

Im Hinblick auf die Erfüllung des Definitionserfordernisses für die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV ist eine förmliche Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich, die „so genau wie möglich“ erfolgen sollte. „Aus der Definition sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit des betrauten Anbieters in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen will oder nicht“.¹⁰⁹

Diese Kriterien der Förmlichkeit und Transparenz könnten dahin verstanden werden, dass die in der Ministerpräsidentenkonferenz im März 2019 beschlossene Flexibilisierung der Beauftragung öffentlich-rechtlicher Angebote unionsrechtlich bedenklich ist. Dem stehen aber bereits zwei parallele Zielrichtungen der Reform entgegen:

- Die vorgesehene „Profilschärfung des Auftrags“, nach der „in allen Bereichen künftig das öffentlich-rechtliche Profil der Angebote, das nicht marktwirtschaftlichen Anreizen folgt, sondern zu einer inhaltlichen Vielfalt beiträgt, die allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann, als Gegengewicht zu den Angeboten der privaten Rundfunkanbieter stärker zum Ausdruck kommen (soll)“, wäre mit einer Definition des Auftrags verbunden, die die öffentlich-rechtliche besondere Qualität der Angebote stärkt und damit unter wettbewerbsrechtlicher Betrachtung die spezifische Daseinsvorsorgequalität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zusätzlich fördern würde.
- Die Beauftragung öffentlich-rechtlicher Angebote soll zudem nach dem MPK-Beschluss „unter Beachtung der Erfordernisse des EU-Beihilfekompromisses“ flexibilisiert werden. Damit ist eine maßgebliche Berücksichtigung auch der Rundfunk-Mitteilung aus 2009 in der Fortentwicklung der Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags politisch vorgegeben.

Angesichts der Besonderheiten des Rundfunksektors und der Notwendigkeit zum Schutz der redaktionellen Unabhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten erscheint es zudem nach der Judikatur des Gerichts Erster Instanz unter Berücksichtigung der Ausle-

109 Europäische Kommission (2009), Tz. 45.

gungsbestimmungen des Amsterdamer Protokolls im Allgemeinen legitim, eine qualitative Auftragsbestimmung als von Art. 106 Abs. 2 AEUV gedeckt anzusehen, der zufolge die betreffende Rundfunkanstalt mit der Aufgabe betraut wird, ein großes Programmspektrum (auch in Gestalt eines „Vollprogramms“)¹¹⁰ und ein ausgewogenes und abwechslungsreiches Programm zu bieten.¹¹¹

Die Auftragsdefinition muss nicht in Abgrenzung zum Angebot des privaten Rundfunks erfolgen und die Beihilfeaufsicht ist daher nicht darauf angelegt, einen Vergleich der Programme des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit denen der privaten Rundfunkveranstalter vorzunehmen. Denn „die Definition der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks mittels einer vergleichenden Programmanalyse vom Programmumfang der kommerziellen Fernsehanstalten abhängen zu lassen, würde dazu führen, dass den Mitgliedstaaten ihre Befugnis genommen würde, die gemeinwirtschaftliche Dienstleistung zu definieren. Die Definition der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hinge nämlich letztlich von den kommerziellen Anstalten und ihren Entscheidungen, bestimmte Programme auszustrahlen oder nicht, ab“.¹¹²

Eine solche, auch im Lichte der Judikatur breite Definition wird, worauf die Kommission in ihrer Rundfunkmitteilung 2009 hingewiesen hat, „im Allgemeinen als mit dem Ziel, die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse einer bestimmten Gesellschaft zu befriedigen und den Pluralismus, einschließlich der kulturellen und sprachlichen Vielfalt, zu wahren, im Einklang stehend erachtet“. Wie das Gericht erster Instanz festgestellt habe, „beruht die Rechtfertigung eines derart weit gefassten öffentlich-rechtlichen Auftrags auf den qualitativen Anforderungen, die an die Dienstleistungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gestellt werden“.¹¹³

Folgt man diesem Ansatz auch noch zehn Jahre später, wofür namentlich die fortdauernde Orientierung der Europäischen Kommission an dieser Rundfunkmitteilung spricht, sind im Ausgangspunkt keine überzeugenden Gründe gegen eine flexiblere und damit offenere und ggf. weitere Definition des Auftrags von ARD und ZDF erkennbar, wenn diese –

110 EuG, Rs. T-442/03 [2008] SIC/Kommission [201].

111 A.a.O., Tz. 47 unter Bezugnahme auf EuG, Rs. T-442/03 [2008] SIC/Kommission [201] TV, Slg. 2008, II-1161 Rn. 201; verb. Rs.en T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, „TV 2“, Slg. 2008 II-2935 Rn. 122 ff.

112 EuG, verb. Rs.en T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 [2008] TV 2/Danmark [121-122].

113 Diese qualitativen Kriterien sind nach Auffassung des Gerichts erster Instanz „nämlich in der nationalen audiovisuellen Landschaft die Rechtfertigung für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks“. Es gibt aus Sicht des Gerichts „keinen Grund dafür, dass eine weit definierte Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Bereich des Rundfunks, für die von der Einhaltung dieser qualitativen Anforderungen abgesehen wird zugunsten eines Verhaltens eines kommerziellen Betreibers, das in einer speziell darauf ausgerichteten Programmgestaltung besteht, ein aus der Sicht der Werbeträger optimales Publikum zu gewinnen, vom Staat weiterhin zu denselben Bedingungen finanziert wird, wie wenn die qualitativen Voraussetzungen eingehalten würden“ (EuG, Rs. T-442/03 [2008] SIC/Kommission [211]).

wie vorgesehen – mit einer Schärfung der qualitativen Anforderungen im Rahmen der vorgesehenen Profilschärfung verbunden wäre, die das öffentlich-rechtliche Profil der Angebote stärkt, indem sie zu einer inhaltlichen Vielfalt beiträgt, die allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann. Dies kann z.B. auch über eine Stärkung des öffentlich-rechtlichen Profils im Bereich der Unterhaltung erfolgen.

Bei der Auftragsdefinition verdient im Hinblick auf die fortdauernde Kontrollkompetenz der Europäischen Kommission in Bezug auf „offensichtliche Fehler“ dieser Definition Beachtung, dass die Rundfunkmitteilung 2009 von einem solchen Fehler ausging, wenn die Definition „Tätigkeiten umfasst, bei denen realistischerweise nicht davon auszugehen ist, dass sie – mit den Worten des Protokolls von Amsterdam – der Befriedigung der „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse jeder Gesellschaft“ dienen“.¹¹⁴ Dem könnte bei der geplanten Flexibilisierung des Auftrags fortdauernd durch einen negativen Katalog solcher Tätigkeiten, die ARD und ZDF nicht gestattet sind, Rechnung getragen werden – ein Katalog, wie er sich aktuell bereits sowohl in Bezug auf das Jugendangebot von ARD und ZDF in der Anlage zu § 11g Abs. 5 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages als auch (seit Inkrafttreten des 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrages am 1. Mai 2019 in geänderter Fassung) mit Blick auf Telemedienangebote in § 11d Abs. 5 und 7 RStV sowie der Anlage zu § 11d Abs. 5 Satz 4 RStV findet.

Zudem empfiehlt es sich nicht nur aus verfassungs-, sondern auch aus unionsrechtlicher Sicht, bei der Auftragsdefinition – sei es im Normtext, sei es in der Begründung des Textes, auf die besonderen Eigenschaften des öffentlich-rechtlichen Rundfunks einzugehen, die aus Sicht des BVerfG in seinem Rundfunkbeitragsurteil den Rundfunkbeitrag nicht nur als „Demokratieabgabe“ qualifizieren lassen, sondern auch dessen individuelle Vorteilhaftigkeit begründen: Indem der öffentlich-rechtliche Rundfunk jedenfalls im Wesentlichen öffentlich finanziert sei, werde er dazu befähigt, wirtschaftlich unter anderen Entscheidungsbedingungen zu handeln. Auf dieser Basis könne und solle er durch eigene Impulse und Perspektiven zur Angebotsvielfalt beitragen und unabhängig von Einschaltquoten und Werbeaufträgen ein Programm anbieten, das den verfassungsrechtlichen Anforderungen gegenständlicher und meinungsmäßiger Vielfalt entspricht. Zugleich könnten so im Nebeneinander von privatem und öffentlich-rechtlichem Rundfunk verschiedene Entscheidungsrationaltäten aufeinander einwirken. Diese Wirkungsmöglichkeiten gewännen zusätzliches Gewicht dadurch, dass die neuen Technologien eine Vergrößerung und Ausdifferenzierung des Angebots und der Verbreitungsformen und -wege gebracht sowie neuartige programmbezogene Dienstleistungen ermöglicht hätten. Allein der Umstand eines verbreiterten Angebots privaten Rundfunks und einer Anbietervielfalt führe für sich noch nicht zu Qualität und Vielfalt im Rundfunk. Die Digitalisierung der Medien und insbesondere die Netz- und Plattformökonomie des Internet einschließlich der sozialen Netzwerke begünstigten – im Gegenteil – Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten. Seien Angebote zum größten Teil werbefinanziert, förderten sie

114 Europäische Kommission (2009), Tz. 48.

den publizistischen Wettbewerb nicht unbedingt; auch im Internet könnten die für die Werbewirtschaft interessanten größeren Reichweiten nur mit den massenattraktiven Programmen erreicht werden. Hinzu komme die Gefahr, dass – auch mit Hilfe von Algorithmen – Inhalte gezielt auf Interessen und Neigungen der Nutzerinnen und Nutzer zugeschnitten werden, was wiederum zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führe. Solche Angebote seien nicht auf Meinungsvielfalt gerichtet, sondern würden durch einseitige Interessen oder die wirtschaftliche Rationalität eines Geschäftsmodells bestimmt, nämlich die Verweildauer der Nutzer auf den Seiten möglichst zu maximieren und dadurch den Wert der Plattform für die Kunden zu erhöhen. Zudem träten verstärkt nicht-publizistische Anbieter ohne journalistische Zwischenaufbereitung auf. Dies alles führe zu schwieriger werdender Trennbarkeit zwischen Fakten und Meinung, Inhalt und Werbung sowie zu neuen Unsicherheiten hinsichtlich Glaubwürdigkeit von Quellen und Wertungen.¹¹⁵ „Angesichts dieser Entwicklung wächst die Bedeutung der dem beitragsfinanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Aufgabe, durch authentische, sorgfältig recherchierte Informationen, die Fakten und Meinungen auseinanderhalten, die Wirklichkeit nicht verzerrt darzustellen und das Sensationelle nicht in den Vordergrund zu rücken, vielmehr ein vielfaltssicherndes und Orientierungshilfe bietendes Gegengewicht zu bilden“.¹¹⁶

b) Betrauung und Kontrolle

Damit die Ausnahmeregelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV Anwendung finden kann, sollten die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach der Rundfunkmitteilung „z. B. durch einen Rechtsakt, einen Vertrag oder eine bindende Aufgabenbeschreibung“ „förmlich“ mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag betraut werden.¹¹⁷

Damit stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, der Förmlichkeit des Betrauungsaktes zu genügen. Eine Versteinerung dahingehend, dass nur bislang genutzte Instrumente für eine Anpassung des Auftrages zur Verfügung stehen, existiert nicht.

Der Betrauungsakt muss allerdings „eine genaue Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die Voraussetzungen für die Gewährung des Ausgleichs sowie Bestimmungen zur Vermeidung von Überkompensierung und zur Rückzahlung entsprechender Beträge“ enthalten.¹¹⁸

Nicht zuletzt mit Blick auf das Modellen einer umfassenden Indexierung der Anpassung der Höhe des Rundfunkbeitrags inhärente Risiko einer Überkompensierung verdienen diese Vorgaben der Rundfunkmitteilung für den Betrauungsakt bei den weiteren medienpo-

115 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 – [75-80].

116 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 – [80] unter Bezugnahme auf Brinkmann, ZUM 2013, 193 (195, 198); Dörr, Holznagel & Picot, ZUM 2016, 920 (936 f., 940 f.); Drexler, ZUM 2017, 529 (530 ff.); Langbauer & Ripel, MMR 2015, 572 (573); Milker, ZUM 2017, 216 (221).

117 Europäische Kommission (2009), Tz. 50.

118 A.a.O., Tz. 51.

litischen Erörterungen besondere Beachtung. Das Risiko der Überkompensierung steht allerdings auch im Lichte der Rundfunkmitteilung einer Einführung einer „Vollindexierung“ nicht bereits im Ansatz entgegen, solange die aufgezeigten Absicherungen zur Vermeidung von Überkompensierung sowie zur Rückzahlung entsprechender Beträge in einen entsprechenden Systemwechsel eingebunden werden. Diesen Vorgaben kann nicht zuletzt durch eine fortdauernde Berücksichtigung der KEF als Anwalt von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in einem Systemwechsel Rechnung getragen werden.¹¹⁹

In der Rundfunkmitteilung wird im Übrigen nicht nur ein förmlicher Betrauungsakt, sondern auch gefordert, dass die öffentlich-rechtliche Dienstleistung tatsächlich so erbracht wird, wie dies im Betrauungsakt vorgesehen ist. Daher sei es „wünschenswert“, dass eine geeignete Behörde oder benannte Stelle die Einhaltung der Vereinbarung transparent und wirksam kontrolliert.¹²⁰ Im Hinblick auf die Qualitätsstandards kann dies nach der bisherigen Aufgabenstellung der KEF diese zumindest dort nicht sein, wo es um solche Standards inhaltlicher Art – nicht zuletzt i.S. der geplanten programmlichen Profilschärfung – geht.

Ob die binnenpluralen Kontrollgremien bei den ARD-Anstalten und beim ZDF diese Kontrollaufgabe effektiv wahrnehmen können und wahrnehmen, wird zwar in der Literatur kontrovers diskutiert.¹²¹ In der Rechtsprechung des BVerfG, namentlich dessen ZDF-Urteil aus 2014, ist diese Kontrollbefähigung und -willigkeit indessen zumindest inzident anerkannt.¹²² Von dessen spezifisch öffentlichem Funktionsauftrag ausgehend „ist seine Organisation als öffentlich-rechtliche Anstalt mit einer binnenpluralistischen Struktur, bei welcher der Einfluss der in Betracht kommenden Kräfte unter maßgeblicher Einbeziehung der Zivilgesellschaft intern im Rahmen von Kollegialorganen vermittelt wird, weiterhin verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden... Sie überlässt nicht allein einem Intendanten die Leitung der Geschäfte, sondern bindet diesen in eine umfassende Aufsicht durch plural zusammengesetzte Gremien ein und unterwirft ihn damit einer Kontrolle.“ Wird ein solches binnenpluralistisches Modell gewählt, um die Vielfaltssicherung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu gewährleisten, ist freilich auch die nähere Ausgestaltung der Organisation an diesem Funktionsauftrag zu orientieren. „Hierfür bedarf es insbesondere einer sachgerechten, der gesellschaftlichen Vielfalt Rechnung tragenden Bestimmung und Gewichtung der in den Gremien berücksichtigten Kräfte sowie der Sicherstellung eines effektiven Einflusses auf die Wahrnehmung des Rundfunkauftrags durch diejenigen Organe, in denen diese vertreten sind.“ „Die Bildung der Aufsichtsgremien aus vorwiegend verbandlich orga-

119 Eine Frage, die bei einem Wechsel zu einem System der „Vollindexierung“ zu klären ist, ist, welche Auswirkungen es hat, wenn die KEF eine Überkompensierung moniert. Sofern in einem solchen Fall eine Korrektur-Kompetenz einer dritten Seite, namentlich der Landesparlamente, bestehen sollte, wäre eine „Entpolitisierung“ des Verfahrens erkennbar nicht mehr gegeben.

120 Europäische Kommission (2009), Tz. 53.

121 Vgl. einerseits z.B. Ritlewski (2009), S. 274 ff., andererseits z.B. Elixmann (2016), S. 140; zur Diskussionslage fortdauernd relevant Lilienthal (2009).

122 Zu den folgenden Zitaten BVerfGE 136, 9 (30 ff.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 12, 205 (261 ff.); 83, 238 (333).

nisierten gesellschaftlichen Gruppen hat nicht den Sinn, diesen die Programmgestaltung zu übertragen oder sie gar zum Träger des Grundrechts der Rundfunkfreiheit zu machen. Die Aufsichtsgremien sind vielmehr Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit. Sie sollen die für die Programmgestaltung maßgeblichen Personen und Gremien darauf kontrollieren, dass alle bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Kräfte, deren Vielfalt durch ein gruppenplural zusammengesetztes Gremium auch bei ausgewogener Besetzung nie vollständig oder repräsentativ abgebildet werden kann, im Gesamtprogramm angemessen zu Wort kommen können.“

Auch mit Blick auf das sich entwickelnde Kooperationsverhältnis zwischen EuGH und BVerfG¹²³ spricht wenig dafür, dass die Gerichte der EU insoweit durchgreifende Bedenken anmelden werden. Dagegen spricht insbesondere auch, dass sich das BVerfG selbst in seiner ZDF-Entscheidung u.a. auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte stützt, dessen Judikatur ihrerseits diejenige des EuGH im grundrechtssensiblen Bereich mitbestimmt.¹²⁴ Aus Sicht des BVerfG¹²⁵ „entsprechen (die aufgezeigten Erfordernisse) den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention. Nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verpflichtet Art. 10 EMRK die Konventionsstaaten, durch gesetzliche Ausgestaltung die Vielfalt im Rundfunk zu gewährleisten und diese Pflicht insbesondere nicht dadurch zu unterwandern, dass eine gewichtige ökonomische oder politische Gruppe oder der Staat eine dominante Position über eine Rundfunkanstalt oder innerhalb einer Rundfunkanstalt einnehmen kann und hierdurch Druck auf die Veranstalter ausüben kann“.¹²⁶

c) Wahl des Systems zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

In der Rundfunkmitteilung betont die Kommission unter Bezugnahme auf das Amsterdamer Protokoll, dass sie „keine grundsätzlichen Einwände gegen die Wahl einer Mischfinanzierung anstelle einer Einzelfinanzierung“ habe.¹²⁷

Eine Kombination von Mitteln aus dem Rundfunkbeitragsaufkommen und Einnahmen aus kommerziellen Tätigkeiten und Tätigkeiten aufgrund des öffentlich-rechtlichen Auf-

123 Vgl. BVerfGE 89, 155 (175) (st. Rspr.).

Die Erschaffung eines wirklichen Kooperationsverhältnisses zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten hat zwar ihren Ausgangspunkt nicht zuletzt auch in diesen Überlegungen des BVerfG. Allerdings hat der EuGH jüngst im Ringen um das "Letztentscheidungsrecht" eine gewisse Offenheit erkennen lassen, mitgliedstaatliche Strukturprinzipien wie den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit bei der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts zu beachten; vgl. EuGH, Rs. C-42/17 [2018] M.A.S. u. M.B. [41-62].

124 Vgl. hierzu z.B. Engel (2015), S. 71 ff.; Haratsch, ZaöRV 2006, 927 (933 f.).

125 BVerfGE 136, 9 (36 f.).

126 Das BVerfG stützt sich insoweit auf EGMR, Manole and Others v. Moldova, no. 13936/02, §§ 95-102; EGMR (GK), Centro Europa 7 S.r.l. u.a. v. Italien, Urteil vom 7. Juni 2012, Nr. 38433/09, NVwZ-RR 2014, S. 48 (52 f.), §§ 129 ff.

127 Vgl. Europäische Kommission (2009), Tz. 58.

trags wie z.B. dem Verkauf von Sendezeit für Werbung ist mithin unionsrechtlich nicht bereits als solche Bedenken ausgesetzt. Der Finanzierungstyp für ARD und ZDF als solcher bliebe vom Wechsel hin zu einem System der „Vollindexierung“ im Übrigen unberührt. Ein sukzessiver Verzicht auf werbliche Ko-Finanzierung bzw. Ko-Finanzierung aus Mitteln kommerzieller Kommunikation, wozu außer dem ARD und ZDF ohnedies nach Maßgabe des § 18 RStV untersagten Teleshopping neben Werbung (in den zeitlichen Grenzen des § 16 Abs. 1 bis 3 RStV für Fernsehen und des § 16 Abs. 5 RStV für Hörfunk) auch Sponsoring (in den zeitlichen Grenzen des § 16 Abs. 6 RStV) zählt, könnte in einer Gesamtschau die beihilfeaufsichtsrechtliche Prüfung zu Gunsten der deutschen Länder beeinflussen – zwingend ist dieser Konnex allerdings nicht.

d) Transparenzanforderungen bei der Prüfung der staatlichen Beihilfe

Die spezifischen Transparenzanforderungen nach der Rundfunkmitteilung in Bezug auf eine klare und angemessene Trennung zwischen öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten und sonstigen Tätigkeiten einschließlich klar getrennter Buchführung¹²⁸ werden durch einen Übergang zu einer umfassend indexgestützten Entwicklung der Höhe des Rundfunkbeitrags nicht zwingend beeinträchtigt. Die in den §§ 16a ff. RStV und den ergänzenden landesmedienrechtlichen Regelungen insoweit enthaltenen Absicherungen bedürfen bei diesem Übergang nicht systemimmanent einer Korrektur.

e) Nettokostenprinzip und Überkompensierung

Da eine Überkompensierung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nicht erforderlich ist, stellt eine Überkompensierung nach der Rundfunkmitteilung grundsätzlich eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe dar, die zurückzuzahlen ist.¹²⁹

Um der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu genügen, darf der Betrag der öffentlichen Ausgleichszahlung „grundsätzlich die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch unter Berücksichtigung anderer direkter oder indirekter Einnahmen aus diesem Auftrag nicht übersteigen“.¹³⁰

Zulässig ist damit unionsrechtlich durchaus eine Unterschreitung: Während eine solche Unterschreitung des zur Auftrags Erfüllung gebotenen Beihilfeniveaus verfassungsrechtlich durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf das Gebot einer funktions- und bedarfsgerechten Finanzausstattung begegnen würde,¹³¹ gibt es unionsrechtlich weder einen Anspruch

128 A.a.O., Tz. 60 ff.

129 A.a.O., Tz. 70.

130 Daher werden nach der Rundfunkmitteilung (a.a.O., Tz. 71) bei der Berechnung der Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen die Nettogewinne aus allen kommerziellen Tätigkeiten berücksichtigt, die mit den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten in Verbindung stehen.

131 Vgl. Hoffmann-Riem (1991), S. 23.

auf Beihilfe noch auf Daseinsvorsorge-Absicherung: Mit dem Übergang zu einer Vollindexierung verbundene Zielsetzungen der Kostendämpfung, Begrenzung, realen Reduzierung oder gar (im Falle eines zumindest theoretisch denkbaren negativen Index) juristischen Absenkung der Höhe des Rundfunkbeitrages¹³² sind aus unionsrechtlicher Perspektive nicht per se rechtswidrig. „Programmneutralität“ und „Programmakkessorietät“¹³³ sind verfassungsrechtliche Vorgaben für die Rechtskonformität der Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks i.S. eines verfassungsrechtlichen Unterschreitungsgebotes, nicht zugleich auch unmittelbar oder inzident unionsrechtliche Vorgaben für die Rechtskonformität der Rundfunkfinanzverfassung unter beihilfeaufsichtlicher Prüfperspektive i.S. eines parallelen unionsrechtlichen Unterschreitungsgebotes.

Allerdings muss sich jede Reform der Rundfunkfinanzierung am doppelten Prüfungsmaßstab des Unions- wie des Verfassungsrechts messen lassen. Eine unionsrechtliche Unbedenklichkeit ist verfassungsrechtlich insoweit ohne Präjudizwirkung. Dies gilt in gleicher Weise auch umgekehrt: Während der Finanzbedarf des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch eine gesetzliche resp. staatsvertragliche Ausdehnung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Anstalten über das Funktionserforderliche hinaus ggf. verfassungsfest ausgedehnt werden kann,¹³⁴ begegnen solche Ausdehnungen unionsrechtlich erheblichen Bedenken mit Blick auf das Wettbewerbsregime des AEUV: Auch wenn die unionsrechtlich gebotene Auftragsdefinition nicht dergestalt vorstrukturiert ist, dass sie den Rahmen des verfassungsrechtlich i.S. der Funktionserforderlichkeit gesetzten Rahmen nicht überschreiten darf, so gewinnt die Kompetenz zur beihilfeaufsichtlichen Missbrauchskontrolle umso stärker an Gewicht, je diffuser und entgrenzter die Auftragsdefinition erfolgt.

Generelle Präjudizwirkungen jeweiliger Kontrollentscheidungen sind der Zuordnung von unionaler Wettbewerbs- und verfassungsgestützter Rundfunkfinanzordnung mithin wechselseitig fremd. Aus einer offenen und grenzenlosen innerstaatlichen Gestaltung der Definition des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erwächst kein Anspruch auf beihilfeaufsichtliche Freizeichnung einer finanziellen Unterstützung (und damit einhergehend eine Entgrenzung des Beitragsaufkommens zur Finanzierung der Erfüllung eines entsprechenden Auftrags). Von daher gibt es bei in erheblichem Umfang finanzwirksamen Änderungen des Auftrags ein Risiko, dass die Europäische Kommission (und ihr folgend auch die Gerichte der EU) das Kriterium der Überkompensierung vom Anknüpfungspunkt der Auftragsdefinition löst. Mögliche Spannungen zwischen gesetzlicher Auftragsdefinition, Programmgestaltungsfreiheit der öffentlich-rechtlichen Anstalten und der Verpflichtung zu Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bedürfen deshalb in einem etwaigen Übergang zu einer „Vollindexierung“ nicht nur aus verfassungs-,¹³⁵ sondern auch aus unionsrechtlichen

132 Zu solchen Zielen vgl. Cornils (2019), S. 5 unter Hinweis auf die Debatte im Vereinigten Königreich; zu letzterer Nickel, ZUM 2006, 737 (739).

133 BVerfGE 90, 60 (94).

134 Vgl. Cornils (2019), S. 18.

135 Vgl. a.a.O., S. 24 f.

Gründen der Verankerung einer periodischen Evaluierung fortdauernder Rechtskonformität des Systems der Rundfunkfinanzierung und einer Korrekturoption im Falle evidenter Verletzung des Gebotes der Angemessenheit von Auftragsdefinition und -erfüllung.

Zwar dürfen Unternehmen, die für die Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags einen Ausgleich erhalten, „in der Regel einen angemessenen Gewinn erzielen“.¹³⁶ Im Rundfunksektor wird der öffentlich-rechtliche Auftrag allerdings aus Sicht der Kommission meist von Rundfunkanstalten erfüllt, die nicht gewinnorientiert sind bzw. keine Kapitalrendite erzielen müssen und die keine Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags ausführen. Nach Auffassung der Kommission ist es in einer solchen Situation nicht angemessen, in den Ausgleich für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ein Gewinnelement einzubeziehen. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten dürfen jedoch selbstverständlich mit kommerziellen Tätigkeiten außerhalb des öffentlich-rechtlichen Auftrags Gewinne erzielen.¹³⁷

Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten dürfen aus Sicht der Kommission¹³⁸ zudem über die Nettokosten der öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen hinausgehende jährliche Überkompensierungen (in Form von „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“) in dem Maße einbehalten, wie dies für die Sicherung der Finanzierung ihrer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist. Die Kommission ist im Allgemeinen der Auffassung, dass es als erforderlich angesehen werden kann, einen Betrag von bis zu 10 % der im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben einzubehalten, um Kosten- und Einnahmenschwankungen auffangen zu können. Darüber hinausgehende Überkompensierungen sind in der Regel ohne unangemessene Verzögerung zurückzufordern.

„Nur in hinreichend begründeten Ausnahmefällen darf öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gestattet werden, Beträge einzubehalten, die 10 % der im Rahmen ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags veranschlagten jährlichen Ausgaben übersteigen. Dies ist nur dann zulässig, wenn diese Überkompensierung vorab verbindlich für einen bestimmten Zweck vorgemerkt wird, bei dem es sich um eine nicht wiederkehrende, erhebliche Ausgabe handeln muss, die für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlich ist“.¹³⁹

Im Hinblick auf den engen Ausnahmecharakter dieser Öffnungsklausel, auf die erkennbar nicht generell, sondern nur in einem konkreten Einzelfall Bezug genommen werden kann, würde eine verallgemeinernde Nutzung dieser Öffnung mit erheblichen unionsrechtlichen Risiken behaftet sein. Es empfiehlt sich daher – ungeachtet der seitens der Kommission im (zeitlich vorgelagerten) Beihilfekompromiss aufgezeigten Bereitschaft zu einer grö-

136 Dieser Gewinn besteht in einem Eigenkapitalrenditesatz, der sich aus den von dem Unternehmen getragenen bzw. nicht getragenen Risiken ergibt; vgl. Europäische Kommission (2009), Tz. 72 ff.

137 A.a.O., Fn. 47.

138 A.a.O., Tz. 73.

139 A.a.O., Tz. 74.

Bere Flexibilität¹⁴⁰ – im Falle eines Übergangs zu einer „Vollindexierung“ die genannte 10 % -Schranke einer etwaigen Überkompensierung, wie sie dem neuen Modell als Risiko inhärent wäre, strikt zu beachten.¹⁴¹

f) Finanzaufsichtsmechanismen

Die Mitgliedstaaten haben nach der Rundfunkmitteilung zudem geeignete Mechanismen einzurichten, um sicherzustellen, dass es grundsätzlich nicht zu einer Überkompensierung kommt. Sie haben hierzu eine regelmäßige und wirksame Aufsicht über die Verwendung der öffentlichen Finanzmittel zu gewährleisten, um Überkompensierung und Quersubventionierung auszuschließen sowie Höhe und Verwendung der „Rücklagen für öffentlich-rechtliche Dienstleistungen“ zu kontrollieren.¹⁴²

Damit erfährt die KEF in ihrer jetzigen Zusammen- und Aufgabensetzung zwar keine unionsrechtliche Absicherung – Änderungen im KEF-Verfahren sind im Übergang zu einem Vollindexierungsmodell durch die Rundfunkmitteilung mithin weder verfassungs-¹⁴³ noch unionsrechtlich gänzlich ausgeschlossen. Eine unionsrechtliche Versteinerung von konkreten mitgliedstaatlichen Aufsichts- und Kontrollstrukturen wäre mit der grundsätzlichen unionsrechtlichen Beachtung der mitgliedstaatlichen Souveränität im Bereich der Verwaltungsorganisation¹⁴⁴ kaum in Deckung zu bringen. Allerdings ist zugleich evident, dass das bisherige KEF-Verfahren in besonderer Weise den Anforderungen der Rundfunkmitteilung an den gebotenen Finanzaufsichtsmechanismus Rechnung trägt. Klar ist zudem, dass ein ersatzloser Verzicht auf das KEF-Verfahren mit den Vorgaben der Rundfunkmitteilung nicht vereinbar wäre und eine staatsvertragliche Reform insoweit mit dem hohen Risiko des Scheiterns vor unionalen Kontrollgremien belasten würde.

VII. Der Beihilfekompromiss aus 2007

1. Einleitung

Die Kommission hat die frühere Gebührenfinanzierung von ARD und ZDF mit Entscheidung vom 24. April 2007 als bestehende Beihilfe anerkannt.¹⁴⁵ Dieser sog. Beihilfekom-

¹⁴⁰ Vgl. hierzu Abschnitt VII.4.c).

¹⁴¹ Zudem sind nach der Rundfunkmitteilung die Bedingungen, zu denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten die Überkompensierungen verwenden dürfen, festzulegen, wobei eine Verwendung nur für die Finanzierung öffentlich-rechtlicher Tätigkeiten in Betracht kommt. verwendet werden. Eine Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten ist nicht gerechtfertigt und stellt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar. Vgl. Europäische Kommission (2009), Tz. 75 f.

¹⁴² Vgl. a.a.O., Tz. 77.

¹⁴³ Vgl. Cornils (2019), S. 26 f.

¹⁴⁴ Vgl. z.B. Frenz (2010), Rn. 1740 ff.

¹⁴⁵ Europäische Kommission (2007), Tz. 216.

promiss bildete den Abschluss eines von der Kommission am 3. März 2005 eingeleiteten Verfahrens zur Überprüfung der Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als bestehender Beihilfen.

Der Beihilfekompromiss dürfte Referenzdokument für eine Überprüfung eines Übergangs zu einer umfassend indexgestützten Entwicklung der Höhe des Rundfunkbeitrags in Deutschland durch die Kommission bleiben. Hieran dürfte auch der zwischenzeitlich bereits erfolgte Umstieg von einer Gebühren- zu einer Beitragsfinanzierung nichts ändern. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden wesentliche Elemente der Entscheidung der Kommission auf ihre voraussichtliche Bewertung einer „Vollindexierung“ untersucht werden.

2. Beihilfecharakter

Die Kommission hat in ihrer Entscheidung 2007 die Auffassung vertreten, „dass es sich bei der Finanzierungsgarantie (einschließlich der uneingeschränkten staatlichen Garantie aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern um Anstalten handelt) und der Gebührenfinanzierung um eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag handelt“.¹⁴⁶

Es spricht nichts dafür, dass der Übergang zu einer „Vollindexierung“ eine Umkehr zu einer Verneinung des Beihilfecharakters des entsprechend modifizierten Systems der Beitragsfinanzierung für ARD und ZDF seitens der Kommission auslösen wird.

3. Bestehende Beihilfe

Nach Auffassung der Kommission konnten „sowohl die Finanzierungsgarantie als auch die Gebührenfinanzierung von ARD und ZDF in ihrer jetzigen Form und ihrem jetzigen Umfang als bestehende Beihilfe angesehen werden“.¹⁴⁷ Die Kommission berücksichtige bei dieser Einordnung zunächst,¹⁴⁸ dass die Finanzierungsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags eingeführt wurde. Sie erachtete sodann mehrere zwischenzeitliche Änderungen als unbeachtlich im Hinblick auf die Einordnung als „bestehende“ Beihilfe, da diese Änderungen „weder von der ursprünglichen Finanzierungsregelung abtrennbar (seien), noch... sie deren wesentlichen Charakter (berührten)“.¹⁴⁹

Besondere Bedeutung im Hinblick auf eine Risikoprognose kommt der Einordnung des 1997 eingeführten „KEF-Verfahrens“ durch die Kommission zu. Dieses habe „eine Änderung der Methodik und des Verfahrens zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (betroffen). Die KEF als solche bestand bereits zuvor, hatte

146 A.a.O., Tz. 191.

147 A.a.O., Tz. 216.

148 A.a.O., Tz. 200 f.

149 A.a.O., Tz. 202.

jedoch nur beratende Funktion. Durch die neuen Rahmenbedingungen wurde ihre Unabhängigkeit gestärkt. Da das Verfahren zur Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten integraler Bestandteil der Finanzierungsregelung ist, können die betreffenden Änderungen nicht von der ursprünglichen Finanzierungsregelung getrennt werden. Im Einklang mit der bisherigen Praxis der Kommission können diese Änderungen daher als Änderungen administrativer und technischer Art angesehen werden, die den wesentlichen Charakter der Finanzierungsregelung nicht berühren.¹⁵⁰

Es erscheint im Lichte dieser Ausführungen zur sog. KEF-Klausel fraglich, ob auch ein Übergang zu einer umfassend indexgestützten Methode der Ermittlung der Höhe des Rundfunkbeitrags seitens der Kommission als bloße „Änderung administrativer und technischer Art“ angesehen werden wird, die „den wesentlichen Charakter“ der Finanzierungsregelung nicht berührt.

Denn erstens ist ein Ansatz einer solchen „Vollindexierung“ dem bisherigen deutschen Rundfunkfinanzierungssystem fremd. Zwar kennt dieses die Einbindung von einzelnen Indizes in die Prüfverfahren der KEF. Ob dies aus Sicht der Kommission allerdings ausreicht, um einen umfassenden Indexierungsansatz als bloße Weiterentwicklung dieser Ansätze zu verstehen, erscheint offen: Für eine solche Einordnung könnte sprechen, dass die KEF mit dem „Indexgestützten und integrierten Prüf- und Berechnungsverfahren (IIVF)“ ein Methodenheft für eine objektivierte und transparente Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten entwickelt hat. Schon die prominente Einbindung des Faktors „Index“ in den Namen dieses Systems verdeutlicht, dass bereits derzeit, d.h. bei einer bestehenden Beihilfe, „viel mit – allerdings differenzierten – Indizes gearbeitet wird. Etwa 80 % des Aufwands sind indexiert. Nicht indexiert sind im Wesentlichen die Altersversorgung, die Programmverbreitung, die Investitionen, die Entwicklungsprojekte und die anrechenbaren Eigenmittel“.¹⁵¹ Gegen eine Einordnung als „bestehende Beihilfe“ ungeachtet des IIVF-Ansatzes der KEF könnte allerdings sprechen, dass eine „Vollindexierung“ beim derzeitigen Planungsstand offenbar zum einen von differenzierten Indizes in Richtung auf einen einheitlichen Index Abschied nehmen will und zum anderen auf das Gesamtsystem der Finanzierung – d.h. Aufwand und Ertrag – in vollem Umfang, d.h. zu 100 %, Anwendung finden soll.

Zudem ist zweitens nach dem derzeitigen Beratungsstand noch nicht sicher, ob die Rolle der KEF (oder eines vergleichbaren Kontrollgremiums) im Zuge des Übergangs zu einer umfassend indexgestützten Methode der zukünftigen Ermittlung der Höhe des Rundfunkbeitrags gestärkt wird. Eine Rückkehr zu einer lediglich beratenden Funktion der KEF wäre zwar eine Rückkehr zu einem status quo ante – allerdings zu einem status quo ante, der zu einer Zeit bestand, als das Unionsrecht selbst noch keine Regelungen zur funktionsgerechten Kontrolle der Wahrung der Vorgaben an Einrichtungen der Daseinsvorsorge kannte.

Besonderes Risikopotential weist im Lichte der Ausführungen zu „bestehenden Beihilfen“ in der Entscheidung aus 2007 zudem eine etwaige Verknüpfung einer Flexibilisierung

150 A.a.O., Tz. 205.

151 Hirschle (2019), S. 5.

des öffentlich-rechtlichen Auftrags mit einer Rücknahme in der Kontrolldichte bei der Finanzierung eines solchen weniger als bislang im Vorhinein gesetzlich fixierten Auftragsrahmens auf. Wenig spricht dafür, dass es sich bei einer solchen doppelten und kombinierten Flexibilisierung um bloße Änderungen administrativer und technischer Art handeln würde. Erhöhungen des Rundfunkbeitrags dürften zumindest bei einer solchen Kombination kaum noch als bloße „Konsequenz eines gestiegenen Finanzbedarfs der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der Erfüllung ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags“¹⁵² eingeordnet werden. Denn der Auftrag wäre zum einen deutlich weniger als bislang staatlich vorstrukturiert und Erhöhungen des Rundfunkbeitrags wären nicht Ergebnis eines nachweislich gestiegenen Finanzbedarfs von ARD und ZDF, sondern von Steigerungen der Kosten bei Faktoren, die beim Index aufgegriffen werden.

4. Vereinbarkeit der Finanzierungsregelung mit dem Gemeinsamen Markt

Die Vereinbarkeit der deutschen Finanzierungsregelung mit dem Gemeinsamen Markt hat die Kommission 2007 nach Art. 86 Abs. 2 EGV (nunmehr: Art. 106 Abs. 2 AUV), dem Amsterdamer Protokoll sowie der damaligen Rundfunkmitteilung bewertet.¹⁵³ Dieses Normenmaterial dürfte die Europäische Kommission auch einer Bewertung eines umfassend indexgestützten Beihilfesystems zugrunde legen.

a) Definition

Die Kommission verweist insoweit¹⁵⁴ auf die Vorgaben der damaligen Rundfunkmitteilung, die sich insoweit mit deren Neufassung 2009 nicht entscheidungsrelevant verändert haben. Die Definition des öffentlich-rechtlichen Auftrags fällt danach in die Zuständigkeit der nach der deutschen Verfassungsordnung hierfür zuständigen Länder; die Rolle der Kommission beschränkt sich auf eine Überprüfung auf offensichtliche Fehler, wobei ein solcher namentlich dann vorliegt, wenn dieser Auftrag auch Tätigkeiten umfasst, die nicht i.S. des Amsterdamer Protokolls den „demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen jeder Gesellschaft“ entsprechen. Eine „breit gefasste“ Definition ist zwar unionsrechtlich unbedenklich und kann auch neuartige Dienste umfassen, die keine „Programme“ im traditionellen Sinne sind, sofern diese auch unter Berücksichtigung der Entwicklung und Diversifizierung der Tätigkeiten im digitalen Zeitalter – denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft dienen.

Allerdings „muss die Definition der Mitgliedstaaten hinreichend präzise und klar sein“. Aus dieser Definition „sollte unmissverständlich hervorgehen, ob der Mitgliedstaat eine bestimmte Tätigkeit der jeweiligen Anstalt in den öffentlich-rechtlichen Auftrag aufnehmen

152 Europäische Kommission (2007), Tz. 206.

153 A.a.O., Tz. 217.

154 A.a.O., Tz. 220 ff.

will oder nicht“.¹⁵⁵ Ob diese Präzision und Klarheit in der Definition des Auftrags bei einer geplanten Flexibilisierung noch erreichbar ist, kann beim derzeitigen Beratungsstand ungeachtet der geplanten Profilschärfung – dahin, dass „in allen Bereichen künftig das öffentlich-rechtliche Profil der Angebote, das nicht marktwirtschaftlichen Anreizen folgt, sondern zu einer inhaltlichen Vielfalt beiträgt, die allein über den freien Markt nicht gewährleistet werden kann, als Gegengewicht zu den Angeboten der privaten Rundfunkanbieter stärker zum Ausdruck kommen soll“ – noch nicht abschließend eingeschätzt werden. Ein Risiko-Merkposten ist auf jeden Fall gegeben.

Dafür, dass dieses Risiko kein unbeachtliches ist, spricht die damalige Haltung der Kommission zur Auftragsdefinition hinsichtlich der digitalen Zusatzkanäle und hinsichtlich der neuen Mediendienste, bei denen die Kommission eine hinreichende Klarheit der Definition jeweils verneinte. Im Blick auf die geplante Flexibilisierung verdienen dabei als Risikofaktor namentlich folgende Passagen in der Entscheidung zu den neuen Mediendiensten Beachtung:

„Die Kommission vertritt... die Auffassung, dass eine allgemeine Ermächtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur Erbringung nur unscharf definierter neuen Mediendienste und die daraus resultierende mangelnde Vorhersehbarkeit des Umfangs solcher Dienste für Dritte die Gefahr birgt, dass andere Marktteilnehmer davon abgehalten werden, solche neuen Mediendienste zu entwickeln und anzubieten. Eine klare Auftragsdefinition ist auch wichtig, um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen der Erbringung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der Schaffung gleicher Rahmenbedingungen für öffentliche und private Betreiber herzustellen und damit sicherzustellen, dass die Finanzierung neuer Mediendienste nicht dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“¹⁵⁶

„Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass der erforderliche Programmbezug der neuen Mediendienste („programmbezogene“ und „programmbegleitende“ „Mediendienste“ bzw. „Telemedien“ im Rahmen des neuen Rundfunkstaatsvertrags) angemessen ist, um zu ermitteln, inwieweit neue Medienangebote, die über die bloße Verbreitung ähnlicher oder identischer Inhalte über verschiedene Plattformen hinausgehen, denselben demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen dienen wie Fernsehprogramme im herkömmlichen Sinne.

Diesbezüglich stellt die Kommission fest, dass es keine allgemein anwendbaren Kriterien für die Bestimmung der Art des Programmbezugs gibt, anhand deren eindeutig ermittelt werden könnte, inwieweit die in Frage stehenden Online-Tätigkeiten dieser Vorgabe gerecht werden. Diesbezüglich erklärten die deutschen Behörden zwar, dass ein Programmbezug gegeben sei, wenn auf das Programmangebot unmittelbar Bezug genommen werde, wenn auf für Fernsehprogramme genutzte Quellen und Materialien zurückgegriffen und wenn die Fernsehprogramme thematisch und inhaltlich die Programmaufgaben unterstüt-

155 A.a.O., Tz. 223.

156 A.a.O., Tz. 230.

zen, vertiefen und begleiten. *Allerdings sind diese Umstände nicht verbindlich festgelegt, so dass keine angemessene Kontrolle gewährleistet ist.*¹⁵⁷ In diesem Zusammenhang stellt die Kommission auch fest, dass die KEF wiederholt erklärt hat, dass sie nicht in der Lage gewesen sei zu beurteilen, ob die Online-Angebote von ARD und ZDF tatsächlich programmbezogen und programmbegleitend waren.¹⁵⁸

Je weniger der flexibilisierte Auftrag¹⁵⁹ mithin verbindlich festgelegt ist und hierdurch eine angemessene Kontrolle der Einhaltung seiner Grenzen ermöglicht, um so höher ist das Risiko, dass das Kriterium der Auftragsdefinition zur Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV aus Sicht der Kommission nicht erfüllt ist. Das Risiko erhöht sich zusätzlich, wenn die KEF oder ein in vergleichbarer Weise zur Kontrolle berufenes unabhängiges Gremium gegenüber der Kommission oder in sonstiger Weise Defizite in der Kontrollfähigkeit auf der Grundlage des materiellen und/oder prozeduralen Rundfunkrechts betont.

b) *Beauftragung und Kontrolle*

Auch im Hinblick auf die erforderliche Beauftragung besteht im Lichte der geplanten Flexibilisierung ein Risikopotential, dessen sich die Länder bei der Fortentwicklung des Rahmens bewusst sein müssen, in dem sich eine etwaige zukünftige vollindexierte Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bewegt. Denn hier enthalten voraussichtlich folgende Bedenken der Kommission¹⁶⁰ fortdauernd prüfungsrelevante Ansätze:

- Die Kommission ist der Auffassung, „dass eine bloße Ermächtigung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt zur Erbringung von Tätigkeiten, deren Umfang nicht hinreichend präzise bestimmt ist, nicht als ausreichende Beauftragung angesehen werden kann. Diese den Anstalten eingeräumte allgemein gehaltene Möglichkeit müsste näher ausgestaltet werden, und die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt müsste eigens mit der Erbringung der so konkretisierten Dienste beauftragt werden.
- Insbesondere kann aus Sicht der Kommission eine eingehendere Beschreibung von geplanten Angeboten in „Selbstverpflichtungen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ... nicht als förmliche Rechtshandlung zur Übertragung des öffentlichen Auftrags angesehen werden, da sie von den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten selbst verfasst wurde“. Ein bloßer staatsvertraglicher Hinweis auf Schwerpunkte der Angebote in den Bereichen Information, Bildung und Kultur ist aus Sicht der Kommission nicht ausreichend präzise.

157 Hervorhebung d. Verfassers.

158 Europäische Kommission (2007), Tz. 234 f.

159 Die geplante Profilschärfung stellt im Übrigen erkennbar keinen „offensichtlichen Fehler“ bei der Auftragsdefinition dar; weitergehende Einschätzungen sind derzeit mangels Kenntnis der Auftragsdefinition nicht möglich.

160 Europäische Kommission (2007), Tz. 247 ff.

- Die Kommission vertritt die Auffassung, dass die Staatsferne eine Ausweitung des Auftrags der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ohne klare Bestimmung der neuen Angebote durch die Länder nicht rechtfertigen kann. „Die Kommission hält es nicht für akzeptabel, dass es im Rahmen der derzeitigen Finanzierungsregelung ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten einschließlich ihrer internen Aufsichtsgremien überlassen bleibt, den Umfang ihrer Tätigkeiten festzulegen. Die Frage der Beauftragung ist von der Frage der redaktionellen Unabhängigkeit zu trennen, die durch das Erfordernis der Beauftragung nicht in Frage gestellt wird. Es obliegt in der Tat den Rundfunkanstalten, im Rahmen des öffentlichen Auftrags auf der Grundlage publizistischer Kriterien über den Inhalt der einzelnen Programme und der neuen Medienangebote zu entscheiden.“

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Flexibilisierung der Beauftragung, die zugleich die Erfordernisse des Beihilfenkompromisses beachtet, außerordentlich ambitioniert. Eine Flexibilisierung, die in Bezug auf zusätzliche Möglichkeiten inhaltlicher Präsentation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Form neuer Angebote auf einen Akt der Billigung entsprechender Angebotskonzepte seitens des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durch die Länder verzichten würde, wäre mit einem hohen Risiko des beihilfeaufsichtlichen Einschreitens der Kommission verbunden. Gleiches gilt für einen Flexibilisierungsansatz, der ausschließlich auf Selbstverpflichtung seitens der ARD-Anstalten, des ZDF und/oder des Deutschlandradio in Bezug auf die geplante Schärfung des öffentlich-rechtlichen Profils setzen würde, sofern dieses mit einem Abbau bisheriger staatsvertraglicher Auftragsklauseln in den §§ 11 ff. RStV verbunden wäre.

Die Kommission betonte im Übrigen in ihrer Entscheidung aus 2007, dass die bestehenden Kontrollmechanismen in Bezug auf die Wahrung des Auftrags – neben interner Kontrolle durch die Gremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine externe Kontrolle, die zum einen durch die Länderparlamente auf der Grundlage der Berichte über die finanzielle Lage der Rundfunkanstalten und zum anderen durch die Länder in Ausübung ihrer Rechtsaufsicht wahrgenommen wird – „nur dann wirklich wirksam funktionieren, wenn der öffentliche Auftrag hinreichend klar und genau bestimmt ist“.¹⁶¹

c) Verhältnismäßigkeit

Im Hinblick auf das Prüfkriterium der Verhältnismäßigkeit bei der Frage der Anwendbarkeit des Art. 106 Abs. 2 AEUV berücksichtigte die Kommission in ihrer Entscheidung folgende Gesichtspunkte: „(1) getrennte Buchführung, (2) Kontrolle der Beschränkung der staatlichen Finanzierung auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags und (3) Prüfung möglicher Wettbewerbsverfälschungen, die nicht durch die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags bedingt sind“.¹⁶²

¹⁶¹ Europäische Kommission (2007), Tz. 258.

¹⁶² A.a.O., Tz. 263.

Während ein Übergang zu einer Vollindexierung voraussichtlich keine Auswirkungen auf den Umfang getrennter Buchführung haben dürfte, wie er in Umsetzung des Beihilfekompromisses¹⁶³ durch § 16a Abs. 1 Satz 4, 5 RStV festgelegt wurde, und auch die klare und ausdrückliche Verpflichtung der Rundfunkanstalten zu marktconformen Verhalten in § 16a Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 RStV sowie die diesbezüglichen Kontrollrechte der KEF und der Rechnungshöfe nach § 16d RStV beim Übergang fortbestehen dürften,¹⁶⁴ birgt ein solcher Übergang deutliches Risikopotential in Bezug auf die Beschränkung der Ausgleichsleistungen auf die Nettokosten des öffentlichen Auftrags. Dieses besteht namentlich in Bezug auf die geforderte Ex-post-Kontrolle einer möglichen Überkompensation. Hierzu hatte die Kommission 2007 ausgeführt:¹⁶⁵

„Entsprechend ihrer bisherigen Entscheidungspraxis ist die Kommission der Auffassung, dass die relevanten Rechtsakte eindeutige Bestimmungen dahingehend enthalten sollten, dass die jährlich bereitgestellten öffentlichen Finanzmittel auf die Nettokosten für die Erbringung des öffentlichen Auftrags in einem jeden Haushaltsjahr zu begrenzen sind, sowie angemessene Kontrollmechanismen vorsehen sollten, die gewährleisten, dass die Rundfunkanstalten nur die zur Deckung der Kosten des öffentlichen Auftrags erforderlichen Finanzmittel erhalten. Die Kontrollmechanismen müssen sicherstellen, dass in der Regel eventuelle Überschüsse den Rundfunkanstalten nicht zur freien Verfügung stehen. Sofern die Ermittlung des Finanzbedarfs sowie die Gewährung des Ausgleichs jährlich erfolgen, sind eventuell am Jahresende verbuchte Überschüsse zurückzufordern oder von den Zahlungen für das folgende Haushaltsjahr abzuziehen. Die Kommission hat jedoch eine Marge von 10 % zugelassen, um die Rundfunkanstalten in die Lage zu versetzen, auf Mehrkosten bzw. Mindereinnahmen zu reagieren. Andererseits können eventuell am Jahresende verbuchte Überschüsse unter bestimmten Voraussetzungen dann bei den Rundfunkanstalten verbleiben und auf das nächste Haushaltsjahr übertragen werden, wenn die Finanzierungsregelung Zuwendungen für einen längeren Zeitraum festlegt. In beiden Fällen müssen jedoch die am Ende eines bestimmten Zeitraums verbuchten Überschüsse der Rundfunkanstalt endgültig entzogen werden.“

Offen – und insoweit risikogeneigt – ist beim derzeitigen Stand der Diskussion über eine „Vollindexierung“ insbesondere, welches Schicksal § 1 Abs. 4 und § 3 Abs. 2 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag haben werden, die in Umsetzung des Beihilfekompromisses¹⁶⁶ vorsehen, dass

- „(falls) die Gesamterträge der in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, des ZDF oder des Deutschlandradios die Gesamtaufwendungen für die Erfüllung ihres Auftrages (übersteigen),... diese Beträge verzinslich anzulegen und bei zehn vom

163 A.a.O., Tz. 375 f.

164 Vgl. zu den entsprechenden Zusagen Deutschlands im Beihilfekompromiss a.a.O., Tz. 389 ff.

165 A.a.O., Tz. 281.

166 A.a.O., Tz. 384.

Hundert der jährlichen Beitragseinnahmen übersteigende Beträge als Rücklage zu bilden (sind)“;

- „(die KEF) bei der Prüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs ... sämtliche Erträge der Rundfunkanstalten (berücksichtigt). Die Gesamterträge der Rundfunkanstalten aus Beiträgen und weiteren direkten oder indirekten Einnahmen sollen die zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags notwendigen Ausgaben und Aufwendungen decken. Überschüsse am Ende der Beitragsperiode werden vom Finanzbedarf für die folgende Beitragsperiode abgezogen. Die Übertragung von Defiziten ist nicht zulässig.“

Die Kommission hatte 2007¹⁶⁷ anerkannt,

„dass ein System, das auf der Ermittlung des Finanzbedarfs der öffentlichen Rundfunkanstalten über einen Zeitraum von vier Jahren und der entsprechenden Bestimmung der Höhe der Gebühren durch ein unabhängiges Gremium beruht, dazu führen kann, dass einzelne Jahresabschlüsse eine Überkompensierung aufweisen. Übersteigen die Gebühreneinkünfte die Kosten des öffentlichen Auftrags am Ende eines Haushaltsjahres, müsste der Überschuss der Rundfunkanstalt nicht entzogen werden, sofern dieser dem Geldbetrag entspricht, der für andere Zwecke bestimmt war, deren Kosten planmäßig erst zu einem späteren Zeitpunkt des maßgeblichen Zeitraums anfallen werden. Unter bestimmten Umständen kann es gerechtfertigt sein, dass eine solche systembedingte Überkompensierung 10 % der jährlichen Finanzmittel übersteigt. Vor dem Hintergrund, dass der in anderen Fällen zugestandene „Puffer“ von 10 % es den öffentlichen Rundfunkanbietern ermöglichen sollte, auf unvorhergesehene Mehrkosten und Mindereinnahmen zu reagieren, ist diese Obergrenze dann nicht unbedingt anwendbar, wenn wie im Falle Deutschlands der Überschuss in einem Haushaltsjahr das Ergebnis bereits vorhersehbarer Ereignisse bzw. Projekte ist, deren Finanzbedarf von einer unabhängigen Kontrollinstanz (in diesem Falle der KEF) ermittelt wurde.“

Ob dieses Anerkenntnis einer systembedingt 10 % der jährlichen Finanzmittel übersteigenden Überkompensation seitens der Kommission auch dann noch besteht, wenn die Überkompensation Ergebnis einer Vollindexierung und damit einer Auflösung der engen Verbindung von Auftragsdefinition und aufgabengerechter Finanzausstattung ist und wenn zugleich die Einwirkungsmöglichkeiten einer unabhängigen Kontrollinstanz wie der KEF zurückgenommen werden, erscheint äußerst fraglich.

VIII. Zur Bedeutung der jüngeren Judikatur des EuGH

1. Zum Verhältnis von Art. 107 Abs. 1, Art. 106 AEUV und Amsterdamer Protokoll

Der EuGH hat sich 2017¹⁶⁸ grundlegend mit dem Verhältnis von Art. 107 Abs. 1 zu Art. 106 Abs. 2 AEUV unter Berücksichtigung des Amsterdamer Protokolls auseinandergesetzt.

¹⁶⁷ A.a.O., Tz. 385.

¹⁶⁸ EuGH, Rs. C-660/15 P [2017] Viasat Broadcasting UK/Kommission [22-37].

setzt und dabei – aufbauend auf früherer Judikatur – festgehalten, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt, soweit diese Maßnahme als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugutekommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen. Es müssen insoweit die vier Altmark-Trans-Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine solche Maßnahme nicht als staatliche Beihilfe eingestuft wird. In dem Fall, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt wären, würde mit der fraglichen staatlichen Maßnahme dem Unternehmen, dem sie zugutekommt, ein selektiver Vorteil gewährt, und wenn außerdem die übrigen in Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgestellten Kriterien erfüllt wären, würde diese Maßnahme eine grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbare Beihilfe darstellen.

Bereits der Wortlaut von Art. 106 Abs. 2 AEUV zeige, dass Ausnahmen von den Vertragsvorschriften nur zulässig seien, wenn sie für die Erfüllung der einem Unternehmen, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, übertragenen besonderen Aufgabe erforderlich seien. Es genügt hierzu aus Sicht des EuGH, dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

Die Kommission hat bei der Prüfung einer Maßnahme nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht zu prüfen, ob die in der Altmark-Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen, insbesondere die zweite und die vierte Voraussetzung, eingehalten sind. Die Kontrolle, ob die in dieser Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen eingehalten sind, ist vorgelagert, d.h., sie erfolgt bei der Prüfung, ob die fraglichen Maßnahmen als staatliche Beihilfen einzustufen sind. Diese Frage geht nämlich der gegebenenfalls durchzuführenden Überprüfung voraus, ob eine unvereinbare Beihilfe gleichwohl für die Erfüllung der Aufgabe, die dem durch die fragliche Maßnahme Begünstigten übertragen wurde, nach Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich ist. Die in der Altmark-Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen sind dagegen nicht mehr heranzuziehen, wenn die Kommission, nachdem sie festgestellt hat, dass eine Maßnahme als Beihilfe einzustufen ist, insbesondere, weil das begünstigte Unternehmen nicht den Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das so angemessen ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, zu bestehen vermag, prüft, ob diese Beihilfe nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden kann. Diese Schlussfolgerung wird durch den Wortlaut des Protokolls Nr. 29 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten gestützt

Aus Sicht des EuGH kann zudem Art. 106 Abs. 2 AEUV, da er durch das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse und in dem vorliegend in Rede stehenden Bereich durch das Protokoll Nr. 29 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten näher erläutert wird, nicht isoliert allein im Hinblick auf ihren Wortlaut ohne

Berücksichtigung der in diesen Protokollen vorgenommenen Klarstellungen ausgelegt werden.

2. Zur Unionsrechtskonformität des deutschen Rundfunkbeitragsystems der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Der EuGH hat jüngst¹⁶⁹ den Übergang von der Gebühren- zur Beitragsfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland¹⁷⁰ als beihilfeaufsichtsrechtlich unbedenklich eingestuft; einen Bedarf zur Unterrichtung der EU-Kommission über diesen Systemwechsel in der Finanzierung auf der Grundlage des Art. 108 Abs. 3 AEUV sah der EuGH nicht.¹⁷¹ Zur Begründung führte er insbesondere aus, dass

- es unstreitig sei, dass der Übergang zu einem Rundfunkbeitragsystem nicht das Ziel der Finanzierungsregelung für den deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunk geändert hat, da der Rundfunkbeitrag weiterhin, wie die Rundfunkgebühr, an deren Stelle er getreten ist, der Finanzierung der öffentlichen Dienstleistung Rundfunk dient;¹⁷²
- es ebenfalls unstreitig ist, dass der Kreis, der von dieser Regelung Begünstigten identisch ist mit dem der früheren Beihilfeempfänger;
- aus Sicht des EuGH nichts dafür spricht, dass der Wechsel zum Rundfunkbeitragsystem mit einer Änderung des öffentlichen Auftrags an die öffentlich-rechtlichen Sender oder der Tätigkeiten dieser Sender, die mit dem Rundfunkbeitrag subventioniert werden können, verbunden gewesen wäre.

Schließlich stellt der EuGH fest, dass der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag den Entstehungsgrund für die öffentlich-rechtlich auferlegte Belastung geändert hat. Allerdings zielte diese Änderung zum einen im Wesentlichen darauf ab, die Voraussetzungen für die Erhebung des Rundfunkbeitrags vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklung in Bezug auf den Empfang der Programme der öffentlich-rechtlichen Sender zu vereinfachen. Hierbei handelt es sich aus Sicht des EuGH offenbar um einen legitimen Zweck des Systemwechsels ohne unmittelbar hieraus sich ergebende Unterrichtungspflichten nach Art. 108 Abs. 3 AEUV. Zum anderen hat aus Sicht Verfahrensbeteiligter, der der EuGH nicht entgegentritt, die Ersetzung der Rundfunkgebühr durch den Rundfunkbeitrag zu keiner wesentlichen Er-

169 EuGH Rs. C-492/17 [2018] Rittinger u.a. [53-67].

170 Vgl. zu diesem Übergang auch Wagner (2011), S. 234 ff.

171 An dieser Rechtsprechungslinie dürfte sich in dem nunmehr durch das BVerwG eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren nichts ändern. Dieses betrifft nicht die Beitragsfinanzierung als solche, sondern Fragen der Abwicklung der Beitragspflicht. Vgl. hierzu die Pressemitteilung Nr. 23/2019 des BVerwG vom 28. März 2019, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/pm/2019/23>.

172 Insoweit betont der EuGH konsequenterweise auf der Grundlage des unionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs die Qualität von öffentlich-rechtlichem Rundfunk als Dienstleistung, während Ausgangspunkt der grundrechtlichen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Rundfunkbeitrags-Urteil vom 18.7.2018 (ECLI:DE:BVerfG:2018:rs20180718.1bvr167516) der individuelle Nutzen dieser Dienstleistung war; vgl. zu dieser Entscheidung Ukrow (2018), S. 2 ff.

höhung der Vergütung geführt, die die öffentlich-rechtlichen Sender erhalten, um die Kosten zu decken, die mit der Erfüllung ihres öffentlichen Auftrags verbunden sind.

Mit dieser Haltung hat der EuGH in der in Deutschland zuvor bestehenden Kontroverse zur Vereinbarkeit der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit dem Beihilfeaufsichtsregime der EU im Allgemeinen und zur beihilferechtlichen Relevanz des Systemwechsels von der Gebühren- zur Beitragsfinanzierung im Besonderen klar Stellung bezogen.¹⁷³ Eine über diesen Systemwechsel hinausreichende Bedeutung auch für eine zukünftige beihilferechtliche Unbedenklichkeit eines Wechsels zu einer Vollindexierung lässt sich der Entscheidung des EuGH indessen nicht abschließend entnehmen:

- Zwar würde auch mit einem solchen Wechsel das Ziel der Finanzierungsregelung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Deutschland nicht beihilfeaufsichtsrechtlich relevant geändert, da der Rundfunkbeitrag weiterhin der Finanzierung der öffentlichen Dienstleistung Rundfunk dienen würde. Nebenziele des Übergangs zur Vollindexierung wie die Vermeidung von kontroversen Debatten über das Erfordernis einer etwaigen Erhöhung des Rundfunkbeitrags im Lichte des bisherigen Beitragsfestsetzungsverfahrens oder eine größere Beitragsstabilität auf der Zeitachse wären insoweit ohne Bedeutung.
- Ferner wäre auch bei einem Übergang zur Vollindexierung der Kreis, der von dieser Regelung begünstigten Rundfunkanstalten identisch mit dem der bisherigen Beihilfeempfänger. Hieran würde sich auf den ersten Blick auch nichts ändern, wenn im Gefolge dieses Systemwandels kleinere und mittlere Rundfunkanstalten oder die Landesmedienanstalten, die durch die jüngste Rundfunkbeitragsentscheidung des BVerfG verfassungsdogmatisch als Teil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks eingeordnet wurde,¹⁷⁴ oder einzelne von diesen, nicht mehr bedarfsgerecht finanziert würden. Denn das Beihilfeaufsichtsrecht der EU enthält grundsätzlich keine unionsrechtliche Pflicht zu mitgliedstaatlicher Beihilfegewährung. Allerdings könnte eine entsprechende Unterfinanzierung in einer ggf. auch beihilfeaufsichtsrechtlich bedeutsamen Weise die Kohärenz der Finanzierung der Gesamtveranstaltung öffentlich-rechtlicher Rundfunk in Frage stellen.
- Jenseits dieser beihilfeaufsichtsrechtlichen Fragestellungen an der Schnittstelle von unionsrechtlichem Kohärenzgebot und verfassungsrechtlichem bündischem Solidaritätsgebot erweist sich allerdings als nennenswerter Risikofaktor bei einem Umstieg zur Vollindexierung, dass sich diese Überlegung in ein medienpolitisches Gesamtreformprojekt einfügt, das auch die Frage der Auftragsdefinition unter dem Blickwinkel der Beitragsstabilität im Blick hat. Während der Wechsel zum Rundfunkbeitragsystem wie gesehen auch deshalb beihilfeaufsichtsrechtlich unbedenklich war, weil er nicht mit einer Änderung des öffentlichen Auftrags an die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder der Tätigkeiten dieser Anstalten, die mit dem Rundfunkbeitrag subventioniert werden kön-

173 Vgl. zu dieser Kontroverse z.B. Bartosch (2016), S. 340 ff.; Gundel, ZUM 2008, 758 (759 ff.); Krone (2010), S. 59 ff.; Smith (2010).

174 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2018 – 1 BvR 1675/16 – Rn. 83 f.; zu dieser Einordnung vgl. auch Ukrow (2018), S. 8 f.

nen, verbunden gewesen war, kann ein solcher Zusammenhang im Blick auf den sich aus dem Protokoll der jüngsten Ministerpräsidentenkonferenz ergebenden Diskussionsstand im Länderkreis nicht ausgeschlossen werden. Die zeitliche Verkopplung von Auftrags- und Finanzierungsdiskussion erweist sich damit nicht nur als verfassungs-, sondern auch als unionsrechtlicher Risikofaktor. Ihm könnte durch eine hinreichend weite terminliche Entzerrung der beiden Reformdiskussionen zu Auftrag und Finanzierung Rechnung getragen werden.

Risiken bestehen dabei im Übrigen nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in prozeduraler Hinsicht. Denn die Entscheidung des EuGH legt nahe, dass für den Fall einer Änderung des öffentlich-rechtlichen Auftrags eine neuerliche Prüfung der Europarechtskonformität des Beitragssystems durch die Kommission auf der Grundlage einer Unterrichtung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV angezeigt ist. Ein solches prozedurales Risiko, dass im Hinblick auf einen Übergang von der Einordnung der Rundfunkfinanzierung als beihilferechtlicher Besitzstand zu einer Einordnung als neue Beihilfe verbunden wäre, besteht im Übrigen auch mit Blick auf eine weitere Passage des Urteils des EuGH: Aus Sicht des EuGH war im Vorabentscheidungsverfahren „nicht dargetan worden, dass das Rundfunkbeitragsgesetz eine wesentliche Änderung der Regelung zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland mit sich gebracht hätte, die es erforderlich machte, die Kommission gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV von seinem Erlass zu unterrichten“.¹⁷⁵ Ob auch einem Übergang zu einer „Vollindexierung“, bei der keine hinreichenden Absicherungen gegen eine Finanzierung vorhanden sind, die das Funktionserforderliche nennenswert überschreitet, als nicht „wesentliche“ Änderung i.S. dieses Urteils eingestuft werden kann, erscheint fraglich.

IX. Ein kurzer Ausblick

Die aufgezeigten unionsrechtlichen Risiken könnten, gerade im Jahr einer Neuwahl des Europäischen Parlaments und einer Neukonstituierung der Europäischen Kommission Grund sein, die Tragweite des Subsidiaritätsprinzips neu zu entdecken sowie das Verhältnis zwischen europäischem Wettbewerbsrecht und nationalem Rundfunkfinanzierungsrecht neu zu justieren.

So sinnvoll es ist, dass sich die Europäische Kommission als Hüter transatlantischer Wettbewerbsoffenheit gerade auch im Verhältnis zu den „GAFA“ (Google, Apple, Facebook, Amazon) als neuen, die internationale Kommunikationsordnung zunehmend zumindest potentiell vielfaltsverengend gestaltenden Medienakteuren annimmt, so wenig sinnhaft erscheint eine mitgliedstaatliche Souveränitätsrechte belastende unionsrechtliche Kontrolle einer mitgliedstaatlichen Medienregulierung, die für die Gewährleistung eines freien, integrationsförderlichen Diskurses schlechthin konstituierend ist. Dass sich die Europäische Kommission den GAFAs regulatorisch zuwendet, ist nicht zuletzt deshalb sinnvoll, weil die für die Vielfaltssicherung innerstaatlich berufenen Akteure insoweit jenseits einer Risiko-

¹⁷⁵ EuGH Rs. C-492/17 [2018] Rittinger u.a. [66].

analyse (noch?) nicht zu effektiven Schutzvorkehrungen in einem globalisierten und digitalisierten Rundfunksystem verständigen konnten – und weil ein Nebeneinander mitgliedstaatlicher Regulierungsansätze insoweit als Einstieg in eine Regulierungsdiskussion hilfreich, aber nicht abschließend zielführend sein kann.

Die sinnvollen innerstaatlichen Debatten zur Zukunft des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Auftrag und Finanzierung in Anbetracht neuer gesellschaftlicher, publizistischer, technologischer und kommunikationsbezogener Herausforderungen sollten demgegenüber fokussierter als bislang auf der hierfür verfassungsrechtlich bestimmten Ebene in Deutschland derjenigen der Länder -geführt werden – dort allerdings stärker als bislang auch interparlamentarisch. Ein Modell, dass Staatsverträge der Länder ohne hinreichende Rückkopplung in die Parlamente hinein abgeschlossen werden, gefährdet mit der damit verbundenen Transparenzschwäche die demokratische Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Die insoweit gebotene Debatte droht dabei durch ein extensives Verständnis wettbewerbsrechtlicher Aufsicht seitens der Organe der EU – auch in einer über den Rundfunkfinanzierungsanlass hinausreichenden Weise – nicht begünstigt, sondern belastet zu werden.

Der neue Kommissionspräsident – oder eine Präsidentin – wird durch das neu gewählte Europäische Parlament gewählt.¹⁷⁶ Die EU-Mitgliedstaaten schlagen zwar die weiteren Mitglieder der Europäischen Kommission vor; diese Kommissare – einschließlich derjenigen, die für Medien und für Beihilfeaufsicht politisch federführend sind – bedürfen aber einer Bestätigung durch das Europäische Parlament. Kein Kommissar, keine Kommissarin kann gegen den mehrheitlichen Willen des Europäischen Parlaments Mitglied der EU-Kommission werden. Kandidatinnen und Kandidaten müssen sich in einer Anhörung den Fragen der Europaabgeordneten stellen. Niemand hindert deutsche Abgeordnete daran, bei solchen Fragen zumindest inzident für eine stärkere Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Souveränitätsrechte an der Schnittstelle von Beihilfeaufsicht und Finanzregulierung für einen unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu werben.

Literatur

- ARD (2018), Bericht über die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Landesrundfunkanstalten. Abgerufen von <http://www.ard.de/download/1015988/Bericht.pdf>
- Badura, P. (1996), Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks, „Funktion“ des Rundfunks und „öffentliche Aufgabe“ der Rundfunkveranstalter, in: Merten, D. u.a. (Hrsg.), *Der Verwaltungsstaat im Wandel*. Festschrift für Franz Knöpfle, 1-9
- Bartosch, A. (2016), *EU-Beihilfenrecht*, 2. Auflage
- Bellucci, L. (2010), National Support for Film Production in the EU, *European Law Journal* 16 (2), 211-232
- Berggreen-Merkel, I. (1995), Die rechtlichen Aspekte der Kulturpolitik nach dem Maastrichter Vertrag
- Birnstiel, A., Bungenberg, M. & Heinrich, H. (Hrsg.) (2013), *Europäisches Beihilfenrecht*

176 Der Kandidat/Die Kandidatin wird zuvor vom Europäischen Rat gemäß Art. 17 Abs. 7 EUV vorgeschlagen, wobei dieser das Ergebnis der Parlamentswahlen berücksichtigen muss, hieran aber nicht rechtlich gebunden ist.

- Breuer, L. (2013), Das EU-Kartellrecht im Kraftfeld der Unionsziele.
- Brinkmann, T. (2013), Zur Aktualität des Vielfaltgebots in den Massenmedien, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 57 (3), 193-201
- Burggraf, J. & Wiesner, J. (2019), Der Brexit aus Sicht der europäischen Medienregulierung, *Media Perspektiven*, 50 (2), 34-43
- Calliess, C. & Ruffert, M. (Hrsg.) (2016), *EUV/AEUV*, 5. Auflage
- Cappello, M. (Hrsg.) (2015), *Online-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Medien: Auftrag und Finanzierung*, IRIS Spezial 2015-1
- Cole, M., Oster., J. (2017), Zur Frage der Beteiligung privater Rundfunkveranstalter in Deutschland an einer staatlich veranlassten Finanzierung. Abgerufen von https://www.prosiebensat1.com/uploads/2017/07/03/P7S1_RundfunkfinanzierungBeitrag_Gutachten.pdf
- Cole, M., Ukrow, J. & Etteldorf, C. (2018), *Audiovisual Sector and Brexit: the Regulatory Environment*, Abgerufen von: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/629177/IPOL_STU\(2018\)629177_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/629177/IPOL_STU(2018)629177_EN.pdf)
- Cornils, M. (2019), *Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen einer Vollindexierung des Rundfunkbeitrags*. Abgerufen von: https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/Gutachten-Indexierung-Endfassung_Publikation.docx.pdf
- Council of Europe (2019), *Democracy at Risk: Threats and Attacks against Media Freedom in Europe. Annual Report 2019 by the Partner Organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists*. Abgerufen von <https://rm.coe.int/annual-report-2018-democracy-in-danger-threats-and-attacks-media-freed/1680926453>
- Dausen, M. & Ludwigs, M. (Hrsg.) (2019), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*
- de Witte, B. (1995), *The Cultural Dimension of Community Law*, in: *Academy of European Law* (Hrsg.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV/1, 229-299
- Dieterich, P. (2014), *Systemgerechtigkeit und Kohärenz*
- Dörr, D., Holznagel, B. & Picot, A. (2016), *Legitimation und Auftrag des öffentlich-rechtlichen Fernsehens in Zeiten der Cloud*, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 60 (11), 920-947
- Drexl, J. (2017), *Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen*, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 61 (7), 529-543
- Eberle, C.-E. (1993), *Das Fernsehen im Zugriff des europäischen Rechts*, in: *Becker, B. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Thieme*, 939-961
- Elixmann, J. (2016), *Rundfunkanstalten im Internet*
- Engel, D. (2015), *Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK*
- Europäische Kommission (2007), *Entscheidung vom 24.4.2007 – Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex-CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Deutschland. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland (K [2007] 1761 endg.)*. Abgerufen von: <https://www.ard.de/download/74354/index.pdf>
- Europäische Kommission (2009), *Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk*, *ABl. EU* 2009 Nr. C 257/1
- Ferreau, J. (2017), *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und ökonomischer Wettbewerb*
- Frenz, W. (2007), *Handbuch Europarecht. Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht*
- Frenz, W. (2010), *Handbuch Europarecht. Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz*
- Frenz, W. (2012), *Kohärente und systematische nationale Normgebung – nicht nur im Glücksspielrecht*, *Europarecht* 47 (3), 344-354
- Geiger, R., Khan, D.-E. & Kotzur, M. (2017), *EUV/AEUV*, 6. Auflage
- Germelmann, C. (2013), *Kultur und staatliches Handeln*
- Grabitz, E., Hilf, M. & Nettesheim, M. (Hrsg.) (2018), *Das Recht der Europäischen Union*
- Gundel, J. (2002), *Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 48 (3), 222-230

- Gundel, J. (2008), Nationale Rundfunkfinanzierung, Art. 86 EGV und das EG-Beihilfenrecht: Die Position der Gemeinschaftsgerichte, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 52 (10), S. 758–765
- Hahn, C. (2010), Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks
- Hain, K.-E. (2008), Die zweite Gebührenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – Kontinuität in den Zeiten der Konvergenz, *JuristenZeitung* 63 (3), 128-135
- Haratsch, A. (2006), Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 66 (4), 927-947
- Hartmann, B. (2014), Kohärenz im Glücksspielrecht: vertikal – horizontal – intersektoral, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 25 (21), 814-819
- Hirsch, G. (1996), Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation, *Neue Juristische Wochenschrift* 49 (38), 2457-2466
- Hirschle, T. (2019), Kurzgutachten zur Indexierung des Rundfunkbeitrags. Abgerufen von: https://www.vau.net/system/files/documents/kurzgutachten_zur_indexierung_des_rundfunkbeitrags.pdf
- Hoff, B.-I. (2017), Das gute Öffentliche – das öffentliche Gut. Abgerufen von: <https://www.medienpolitik.net/2017/09/rundfunk-das-gute-oeffentliche-das-oeffentliche-gut/>
- Hoffmann, A. (2016), Der Rundfunkbeitrag
- Hoffmann-Riem, W. (1991), Indexierung der Rundfunkgebühr in einem Experimentaldesign? in: ders. (Hrsg.), *Die Indexierung der Rundfunkgebühr*, 199-211
- Immenga, U. & Mestmäcker, E.-J. (2014), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage
- Immenga, U. & Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.) (2016), *Wettbewerbsrecht*. Band 3: Beihilfen und Sonderbereiche, 5. Auflage
- Jung, M. (2018), Die Europäisierung des Gemeinwohls am Beispiel des Art. 106 Abs. 2 AEUV
- Jungheim, S. (2012), Medienordnung und Wettbewerbsrecht im Zeitalter der Digitalisierung und Globalisierung
- Knodel, A. (2018), *Medien und Europa*
- Knothe, M. & Schwalba, M. (1999), Gebührenperiodenübergreifende Rücklagen als Finanzierungsbasis für Entwicklungsvorhaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 43 (6), 459-471
- Kommission der EG (2001), Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (2001/C 320/04), *ABl. EG* 2001 Nr. C 320/5
- Korte, S. (2016), *Standortfaktor Öffentliches Recht*
- Krajewski, M. (2011), *Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen*
- Krone, D. (2010), *Gebührenfinanzierter Rundfunk und Beihilferecht*
- Kruse, E. (1996), Das gemeinschaftsrechtliche Beihilfenverbot und die für „Kultur“ und „kulturelles Erbe“ bestehende Befreiungsmöglichkeit, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 4 (4), 113-119
- Künzler, M., Puppis, M., Schweizer, C. & Studer, S. (2013), *Regulierungs-Monitoring 2012/2013. Monitoring-Report «Finanzierung des öffentlichen Rundfunks»*. Abgerufen von: https://www.researchgate.net/publication/280703329_Monitoring_Report_Finanzierung_des_offentlichen_Rundfunks
- Lane, R. (1993), New Community Competences under the Maastricht Treaty, *Common Market Law Review* 30 (5), 939-979
- Langbauer, M. & Ripel, S. (2015), Der öffentlich-rechtliche Rundfunk – ein Auslaufmodell?, *Multimedia und Recht*, 18 (9), 572-576
- Lennartz, J. (2019), KEF-Anmeldung ist die wesentliche Weichenstellung. Abgerufen von: <https://www.medienpolitik.net/2019/03/kef-anmeldung-ist-die-wesentliche-weichenstellung/>
- Lichtenegger, M. (2014), *Verwertungsgesellschaften, Kartellverbot und Neue Medien*
- Lilienthal, V. (Hrsg.) (2009), *Professionalisierung der Medienaufsicht. Neue Aufgaben für Rundfunkräte*

- Lippert, A. (2012), Das Kohärenzerfordernis des EuGH, *Europarecht* 47 (1), 90-99
- Lutzhöft, N. (2012), Eine objektiv-rechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in der Europäischen Union?
- Melcher, M. (2016), Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Privatrecht
- Mestmäcker, E.-J. & Schweitzer, H. (2014), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage
- Michl, W. (2016), Das Kohärenzkriterium in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht*, 11 (2), 110-115
- Mielke, J. (2019), Indexierung nur zusammen mit Flexibilisierung denken. Abgerufen von: <https://www.medienpolitik.net/2019/03/indexierung-nur-zusammen-mit-flexibilisierung-denken/>
- Milker, J. (2017), »Social-Bots« im Meinungskampf, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 61 (3), 216-222
- Montag, F. & Säcker, F. (Hrsg.) (2011), *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) – Band 3: Beihilfen- und Vergaberecht*
- Müller, T. (2014), Wettbewerb und Unionsverfassung
- Nettesheim, M. (2002), Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 13 (6), 253-263
- Nickel, B. (2006), Indexierung der Rundfunkgebühr, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 50 (10), 737-746
- Nunner, M. (2009), Kooperation internationaler Gerichte
- Oster, J. (2017), *European and International Media Law*
- Perten, V. (2014), Rundfunkfinanzierung in Europa
- Psychogiopoulou, E. (2008), Integration of Cultural Considerations in EU Law and Policies
- Rabe, H.-J. (2006), Grenzen gemeinschaftsweiter Lizenzierung durch das Territorialitätsprinzip des Internationalen Urheberrechts, in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), *Wahrnehmungsrecht in Polen, Deutschland und Europa*, 174-192
- Ress, G. (1991), Kultur und Europäischer Binnenmarkt
- Ress, G. (1995), Die Zulässigkeit von Kulturbeihilfen in der Europäischen Union, in: Randelzhofer, E. u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, 595-629
- Ritlewski, K. (2009), Pluralismus als Strukturprinzip im Rundfunk, 2009
- Robra, R. (2018), Keine Entpolitisierung der Rundfunkgesetzgebung. Abgerufen von: <https://www.medienpolitik.net/2018/09/rundfunk-keine-entpolitisierung-der-rundfunkgesetzgebung/>
- Schladebach, M. & Simantiras, N. (2011), Grundfragen des unionalen Rundfunkrechts, *Europarecht* 46 (6) 784-807
- Schliesky, U. (2004), Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt
- Schuster, U. (2017), Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union
- Schwartz, I. (1993), Subsidiarität und EG-Kompetenzen. Der neue Titel „Kultur“. *Medienvielfalt und Binnenmarkt*, *Archiv für Presserecht* 25, 409-421
- Schwarze, J. (2003), Urheberrechte und deren Verwaltung im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, 47 (1), 15-26
- Smith, A. (2010), Das System der deutschen Rundfunkgebühr
- Streinz, R. (2013), Das Kohärenzgebot in der Rechtsprechung des EuGH als Vorgabe für das nationale Glücksspielrecht und seine Folgen für Deutschland, *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht*, 8 (5), 305-313
- Streinz, R. (Hrsg.) (2018), *EUV/AEUV*, 3. Auflage
- Stulz-Herrnstadt, M. (2004), Nationale Rundfunkfinanzierung und europäische Beihilfenaufsicht im Lichte des Amsterdamer Rundfunkprotokolls
- Sucker, F. (2018), Der Schutz und die Förderung kultureller Vielfalt im Welthandelsrecht

- Ukrow, J. (2018), Rundfunkbeitrag, Rechtsprechungsstabilität und neue Herausforderungen für die Vielfaltssicherung. Abgerufen von <https://emr-sb.de/wp-content/uploads/2018/07/EMR-Aktuelles-Stichwort-BVerfG-RF-Beitrag-180718.pdf>
- Vesting, T. (1991), Indexierung der Rundfunkgebühr – Möglichkeiten, Chancen, Risiken, Deutsches Verwaltungsblatt 106, 857-859
- von Danwitz, T. (2005), Die Kultur in der Verfassungsordnung der Europäischen Union, Neue Juristische Wochenschrift 58 (9), 529-536
- von Komorowski, A. (2015), Der allgemeine Daseinsvorsorgevorbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV, Europarecht, 50 (3), 310-329
- von der Groeben, H., Schwarze, J. & Hatje, A. (Hrsg.) (2015), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage
- Wagner, E. (2011), Abkehr von der geräteabhängigen Rundfunkgebühr
- Wemmer, B. (1996), Die neuen Kulturklauseln des EG-Vertrages
- Wendel, M. (2011), Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht.
- Wusterhausen, U. (2016), Die Wirkungen der Urteile des EuGH in der Zeit
- ZDF (2018), Jahresabschluss 2016. Abgerufen von <https://www.zdf.de/zdfunternehmen/jahrbuch-2017-finanzen-jahresabschluss-102.html>

REZENSIONEN

Enrico Bonadio and Nicola Lucchi (eds.)

Non-Conventional Copyright

Do New and Atypical Works Deserve Protection?

Edward Elgar (2018), 520 pp., ISBN 978-1-78643-406-7.

The scope of protection of copyright is notoriously vague. Most jurisdictions use the concept of “originality” which is a notion that in itself leaves sufficient, if not too much room for interpretation. Whereas in the US originality requires independent creation plus a modicum of creativity, the European Court of Justice has developed the standard of “an author’s own intellectual creation”. The application of such standards by themselves, or with reference to a close-list system such as that offered by the CDPA in the UK does not provide for much legal certainty. Instead, it incentivizes creators to seek copyright protection for all sorts of creations of the mind. In most cases it is difficult to deny copyright protection right away, and indeed it can make up for a particularly interesting intellectual exercise (that is mainly for scholars with an aptness for copyright, of course) to ponder the limits of copyright protection and the rationales thereof. This is precisely what an excellently curated group of copyright scholars assembled by Enrico Bonadio and Nicola Lucchi have done in “Non-Conventional Copyright”. By asking the subtitled question “Do New and Atypical Works Deserve Protection?” the editors opened a debate which they build on a wild (in the positive sense) selection of case studies that spans multiple jurisdictions.

The book is structured into four parts which, respectively, examine different categories of intellectual creations (I.) in the realm of art, (II.) in music and culture, (III.) in industry and culture, and (IV.) in relation to their illegality and immorality. The book concludes with a brief look on the economic perspective on non-conventional copyright.

The introduction maps the analytical framework by describing hurdles over which non-tradition works tend to stumble. The sometimes rigid requirements for copyright protection can exclude certain types of subject matter from copyright protection. Aside from closed-list systems which only grant protection to types of creations that fall within specific categories and the general requirement of originality the editors highlight and illustrate the restrictive effect of the fixation requirement in some jurisdictions, the exclusion of some subject matter due to its inherent functionality, problems in relation to authorship and concerns of public interest with regard to the protection of immoral or offensive subject matter.

The following chapters then analyse specific types of subject matter, most of them from an international and comparative perspective. Often, the authors suggest that a specific type of creation does not deserve protection under copyright law, but instead could or should be protected by some other protection regime or should be regarded through extra-legal insti-

tutions. The individual contributions do not exhaust themselves in a thorough legal analysis under the standards of national and international copyright law rules but provide critical reflection on the purpose of copyright protection in the light of the interests of authors and “users” of creations of all sorts.

It is, of course, impossible to describe all the chapters in detail, or even to engage critically with all of the main arguments. Instead, the following paragraphs will merely highlight, based on an entirely subjective selection of the reviewer, some of the contributions to showcase the variety of topics covered and give an overview of the criticisms and solutions offered. The book encourages to browse and compare within and across the four main chapters. In this way a reader will discover horizontal challenges posed by new and atypical works and will, hopefully, be inspired by the thoughtful reflections and suggestions by the authors.

Some contributions deal more with “traditional” types of atypical works, such as conceptual art and street art. Shane Burke and Enrico Bonadio, respectively, address the systematic problems faced by works that are either difficult to categorize in a conservative understanding of copyright law, such as that reflected in Article 2(1) of the Berne Convention; or which come into conflict with the (property) interests of others, for example when street art “vandalizes” the pristine walls of buildings. In the latter example the medium on which the potential work of art is fixed constitutes a problem, one that is shared with tattoos, which are fixated on human skin and treated by Yolanda M King in her chapter.

Trevor M. Gates provides an interesting case-study of infringement and enforcement challenges faced by authors of comedic material. Besides a more efficient registration and thus enforcement mechanisms he suggests the introduction of a licensing hub for comedic material that could create a just balance between the interest of authors of such material and the use of ideas and expressions by other users. He also raises an interesting point that such a hub could raise awareness for copyright in specific industries and make comedians more sensitive to the restraints but also the benefits of copyright protection.

Péter Mezei makes an argument against copyright protection for sports moves. Not only would protection be difficult to implement, but it would also severely restrict athletes in the exercise of their sport at professional and amateur levels. Instead, Mézei argues that an “extra legal ‘professional honoring’ method” would be a more reasonable option to reward athletes for their innovative development of a discipline.

A variety of topics in the domains of industry and science are dressed in Chapter III. Quite recent discussions on a press publishers’ right and the protection of smells (fragrances in particular) are picked up by Stavroula Karapapa and Charles Cronin. Both tend to reject protection for the subject matters they discuss, albeit for different reasons. Karapapa sees the necessity for other enforcement mechanisms to grant press publishers a fair share in the exploitation of their works, whereas Cronin finds the economic value of fragrances not in the intellectual effort required to concoct them but in the material used to mix and create them.

The last three “legal” contributions address the intersection between public policy and morality and copyright law. The contributors in this highly interesting section address illegal works (Eldar Haber), pornography (the editors) and works of Nazi leaders (Marc Mimler). The first two of these contributions refuse to categorically reject the exclusion of these subject matters from copyright protection and rather suggest that copyright should remain neutral, to a certain extent. This means, however, that copyright should be used to protect third parties when no other legal mechanisms are available. A similar argument is then made by Mimler who argues that copyright, as a fundamentally economic right, is ill-suited to battle hate speech and other legal mechanisms should be used to control and, if necessary, suppress extreme expression.

This edited volume provides a rich collection of material that invites to further discussion and reflection. This is in fact the intention that the editors reveal in their introduction, in which they express the hope that the volume will further inspire academic debate. The book could not be timelier and the arguments made by the various authors will continue to be relevant even in the near and distant future. In this regard “Non-Conventional Copyright” is not only highly entertaining to read and valuable resource to resort back to. Moreover, it provides, as a compilation, a balanced view on the arguments for and against copyright protection.

Bernd Justin Jütte
Assistant Professor, University of Nottingham
Senior Researcher, Faculty of Law, Vytautas Magnus University

Reinold Schmücker/Eberhard Ortland (Mitherausgeber)

Recht und Ethik des Kopierens

in: Jan C. Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik – Annual Review of Law and Ethics, Band 26 (2018), S. 3-264

Am Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) – dem „Institute for Advanced Study“ der Universität Bielefeld – fand sich in den Jahren 2015 und 2016 eine Forschungsgruppe zusammen, um an einer „Ethik des Kopierens“ zu arbeiten. Unter Leitung von Reinold Schmücker (Philosophie, Münster), Thomas Dreier (Karlsruhe) und Pavel Zahradka (Soziologie, Olomouc) gingen die beteiligten Wissenschaftler – darunter auch der Rezensent – Grundfragen einer Ethik des Kopierens nach und entwickelten konkrete Vorschläge zur Unterscheidung legitimer und illegitimer Kopierpraktiken. Das anzuzeigende Jahrbuch enthält 15 englischsprachige Beiträge, die aus diesem Forschungszusammenhang hervorgegangen sind. Ein weiterer Sammelband wurde bereits 2016 von Darren Hudson Hick und Reinold Schmücker unter dem Titel „The Aesthetics and Ethics of Copying“ herausgegeben.

Mit der Frage nach der Legitimität von Imitations- und Kopierpraktiken wird eine Perspektive auf den vom Urheberrecht betroffenen Lebenssachverhalt gewählt, die von herkömmlichen Betrachtungen des Urheberrechts grundlegend abweicht. Denn das Augenmerk gilt nicht mehr dem „geistigen Eigentum“ des Berechtigten, sondern dem ethischen und juristischen Status der vom Urheberrecht regulierten Nutzungshandlungen. Die Frage lautet nicht, warum und inwieweit es Ausschließlichkeitsrechte an Werken und anderen Schutzgegenständen geben soll, sondern warum das Kopieren und die sonstige Nutzung von Artefakten unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt werden sollen. Die Wahl dieser Betrachtungsweise basiert auf der Überzeugung, dass das Kopieren von Artefakten und das Nachahmen von Verhaltensweisen aus dem menschlichen Leben nicht wegzudenken und zugleich unerlässlich für individuelle und gesellschaftliche Lernprozesse, kulturelle Entwicklung und erfolgreiches Wirtschaften sind. Das war schon immer so (grundlegend Gabriel Tarde, *Die Gesetze der Nachahmung*, 1890/2009), ist aber durch die dezentralen Nutzungsmöglichkeiten, die mit der Digitalisierung und dem Internet einhergehen, wieder in das Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. Seit den 1990er Jahren wird unter verschiedenen Begrifflichkeiten (Gemeinfreiheit/Public Domain, Gemeinschaftsgüter/Commons, Zugangsrechte, inklusive Rechte) versucht, der anthropologischen Konstante des Kopierens einen angemessenen Platz in der (Rechts-)Theorie einzuräumen und sich nicht mit der überkommenen Feststellung zu begnügen, es bestünden für den betreffenden Bereich eben keine ausschließlichen Rechte, und es gehe lediglich um eine Frage der Beweislast für den Schutz oder Nicht-Schutz (so indes in seinem Beitrag Dreier, a.a.O., S. 48 f.). Die Publikation mit der größten Nähe zum Bielefelder Projekt ist das zeitgleich 2015 bei Harvard University Press erschienene Buch des kanadischen Urheberrechtlers und Rechtstheoretikers Abraham Drassinower, das den Titel trägt: „What’s Wrong with Copying?“.

So wichtig diese Perspektiverweiterungen sind, um in der Gesamtschau eine angemessene Balance zwischen Exklusivität und Zugang zu erreichen, so schwierig ist es, den ausgesprochen amorphen Bereich legitimer Kopier- und Imitationspraktiken zu erfassen – man denke nur an die unterschiedlichen Regelungszwecke der Schranken des Urheberrechts. Sinnvoll ist daher der Eingangsbeitrag von Martin Hoffmann (Philosophie, Münster), der aus methodologischer Warte fragt, ob eine Ethik des Kopierens überhaupt einen ausreichend abgegrenzten Gegenstandsbereich betrifft, um als eigenständige Bereichsethik gelten zu können. Hoffmann bejaht dies, obgleich die folgenden Aufsätze erkennen lassen, in welch disparaten Kontexten Kopier- und Nachahmungsvorgänge zu beobachten sind. So erörtert Andreas Bruns (Philosophie, Leeds) das Phänomen der „Aneignung“ fremder Kulturpraktiken, und Eberhard Ortland (Philosophie, Münster) geht in beeindruckend detailgenauen, rechtsvergleichend informativen Ausführungen der moralischen Berechtigung von Zensur- und Überwachungsmaßnahmen nach. Vier weitere Beiträge beschäftigen sich aus kulturwissenschaftlicher und -historischer Sicht mit der Tatsache, dass in Museen keineswegs nur „Originale“ zu bestaunen sind, sondern zu einem nicht unerheblichen Teil auch erkannte oder nicht erkannte Fälschungen, sog. Multiples, fotografische Abzüge, Repliken und andere Substitute des Originals sowie zunehmend auch digitale Surrogate ausgestellt werden (Antonia Putzger; Susan J. Douglas; Grischka Petri; Johannes Grave). Im engeren Sinne urheberrechtlichen Fragestellungen gewidmet sind die Beiträge von Dreier und Schmücker zur Übernahme von Teilen eines geschützten Inhalts; zum Zugang zu wissenschaftlicher Information (Amrei Bahr, Philosophie, Düsseldorf); zu technischen Zugangsbeschränkungen durch Algorithmen (Aram Sinnreich, Kommunikationswissenschaft, Washington D.C.); zum Geoblocking (Zahrádka); sowie zur (Un-)Zulässigkeit des Sekundärmarkts für „gebrauchte“ digitale Güter (Wybo Houkes, Philosophie, Eindhoven).

In ihrem abschließenden Beitrag formulieren Martin Hoffmann und Reinold Schmücker ein Grundprinzip einer wohlbegründeten Kopierethik im Kontext des Urheberrechts. Demnach sind urheberrechtliche Verbote nur insoweit legitim, als sie eine faire und objektive Balance der Interessen von Autoren, Verwertern, Nutzern und der Allgemeinheit herstellen. Dieses Prinzip erschöpft sich nur auf den ersten Blick in einer Wiederholung der abstrakten Aufforderung, die kollidierenden Interessen in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Denn erstens wird die urheberrechtliche Ausschließlichkeit als begründungsbedürftige Ausnahme konzipiert, und zweitens wird ihre Legitimität davon abhängig gemacht, dass die Interessen der Nichteigentümer bereits bei der Rechtfertigung der urheberrechtlichen Befugnisse und nicht erst im Rahmen der Schranken und sonstigen Grenzen der Rechte berücksichtigt werden. Beide Anforderungen gehen über die traditionelle Theoretisierung des Urheberrechts, die sich auf dessen Status als *privates Eigentum* kapriziert, deutlich hinaus. Würde ihnen stets Genüge getan, würde dies die Legitimität und damit auch die öffentliche Akzeptanz des Urheberrechts im digitalen Zeitalter erheblich verbessern. Wer hieran interessiert ist,

kann auf eine Ethik des Kopierens und damit auch die Lektüre dieses Jahrbuchs nicht verzichten.

Prof. Dr. Alexander Peukert,
Goethe-Universität Frankfurt am Main

Felix M. Michl

Die limitierte Auflage. Rechtsfragen zeitgenössischer Fotokunst

Heidelberg University Publishing, 2016, 359 Seiten, ISBN 978-3-946054-23-8, 25,90 €

Die Fotografie als Form der Gegenwartskunst hat sich spätestens seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts ihren Platz im Kunstmarkt, aber auch im Ausstellungs- und Sammlungsbetrieb der Museen und Privatsammlungen erobert.

Mittlerweile stehen die aufgerufenen und erzielten Millionenpreise im den Kunstmarkt bestimmenden Auktionsgeschäft den Preisen für Werke in den traditionellen Medien in nichts mehr nach.

Voraussetzung für diese Marktfähigkeit, die nur wenig mit der urheberrechtlichen Qualität des einzelnen Lichtbildwerks oder des Lichtbildes zu tun haben muss, ist ein allgemein akzeptiertes System der Bewertung des einzelnen Objekts. Die Schwierigkeit liegt darin, dass mit zunehmendem Fortschritt der Reproduktionstechnik die Definition und Begrenzung einer Auflage und die für den Markt wichtige Unterscheidbarkeit und damit Identifizierbarkeit einzelner Exemplare immer schwieriger wird. Der Markt hilft sich einerseits bei älteren Werken mit der Mystifizierung der Werke – Stichwort ist der schwammige Begriff des »Vintage Print« – und andererseits mit einer Auflagensystematisierung, die durch Begrenzung und Identifizierung des einzelnen Exemplars die Marktfähigkeit herstellen soll.

Michls Arbeit, entstanden unter den Fittichen des Heidelberger Kunst-Urheberrechtsgurus Erik Jayme, konzentriert sich auf den zweiten, die unmittelbare Gegenwartsfotografie betreffenden Aspekt, dessen Bandbreite einschließlich der Konsequenzen unlauteren Umgangs mit den einzelnen Kriterien bisher weitgehend unerforscht bzw. unter dem weiten Mantel des diskreten Marktgeschehens verborgen war. Mit anderen Worten, er versucht, Licht in die Szene zu bringen, und verfolgt damit ein wichtiges Anliegen. Seine Heidelberger Dissertation hat deshalb auch in den praktischen Konsequenzen sicher große Bedeutung und liegt deshalb auch in einer marktfähigen Publikation vor.

Die Arbeit besticht zunächst mit einer umfang- und detailreichen Analyse des Entstehens und Funktionierens des Marktes für Lichtbildwerke, insbesondere im Hinblick auf die eingangs erwähnte Unterscheidung zweier Abschnitte: die Verbreitung unlimitierter – und kaum in Lichtbilder und Lichtbildwerke unterschiedener – Fotografien bis etwa zum Jahr 1970 und das folgende Zeitalter der Auflagenfotografie. Im ersten Zeitabschnitt übten die Akteure ihre Arbeit vor allem unter dokumentarischen und handwerklichen Aspekten aus – man denke an August Sander in Deutschland mit seinen Fotografien bestimmter Berufstätiger oder an die amerikanische Fotografie des »New Deal«, in der z. B. Dorothea Lange als

aufrüttelnde Dokumentationen menschlichen Elends gedachte Fotografien anfertigte. Beide Arbeiten werden heute weltweit als ikonische Kunstwerke gehandelt.

Besonders unter dem Einfluss des Düsseldorfer Fotografenpaares Becher entstand im zweiten Zeitabschnitt ausgehend von der dokumentarischen Fotografie an der Düsseldorfer Kunstakademie die heute als »Düsseldorfer Schule« weltbekannte Fotokunst in Auflage, die nur noch wenige thematische Bezüge zu den Vorgängern aufweist und völlig anders, und zwar im Kunstkontext, geschaffen, ausgestellt, besprochen und vermarktet wird.

Ausgehend von dieser Entwicklung entfaltet Michl systematisch die Bedeutung der Auflagenlimitierung als wichtiges Kriterium für die Entwicklung des Originalbegriffs in dieser zeitgenössischen Fotokunst. Die Schwierigkeit, dies legt er dar, liegt darin, dass das deutsche Rechtssystem durchaus je nach Rechtsbereich unterschiedliche Kriterien anwendet, sodass der zolltechnische Originalbegriff sich ebenso vom urheberrechtlichen unterscheiden kann, wie die Definition des Künstlers nach dem Urheberrecht sich durchaus anders darstellt als nach den Kriterien des Künstlersozialversicherungsrechts. Ausgehend von der Feststellung, dass es keine unstrittigen Kriterien gibt, schlägt er einen eigenen Originalbegriff vor. Dabei geht er von der jüngsten, allerdings im Ablauf seriösen wissenschaftlichen Kriterien nicht genügenden Definition des Originals im Gesetzgebungsverfahren zur Folgerechtsrichtlinie der EU aus und fasst die ungeschriebenen Kriterien des Marktes damit zusammen. Nach seiner Ansicht soll es sich beim Original der Fotokunst in Auflage um eine rezipierbare Erstverkörperung des Werks handeln, deren konkreter Abzug vom Künstler autorisiert ist und deren Auflage limitiert ist.

Dieser Vorschlag überzeugt, zumal er schon jetzt in der Praxis mehr oder weniger Anwendung findet: Die Frage ist nur, wer einer derartigen Definition Autorität verleiht. Der Gesetzgeber wird, wenn er sich dieser Aufgabe überhaupt annimmt, wie bei der Folgerechtsrichtlinie nur umsetzen, was sich im Markt bewährt hat. Das ist aber nur schwer eindeutig festzustellen. Die Marktteilnehmer haben nämlich durchaus unterschiedliche Interessen. Dies kann man schon daran erkennen, dass die den Markt bestimmenden Berufsorganisationen des Kunsthandels sich bisher noch nicht einmal auf eine allgemein anerkannte Definition dessen verständigen konnten, was den unbedarften Käufern als »Originalgrafik« angeboten, manchmal auch nur angedreht werden soll.

Fraglich ist darüber hinaus, ob sich die der Studie zugrunde liegende eindeutige Abgrenzung bzw. Begrenzung der »Kunstfotografie« in limitierter Auflage im Sinne der Untersuchung überhaupt auf lange Sicht halten lässt. Berücksichtigt werden müssen nämlich nicht nur die rapide Entwicklung der Reproduktionstechnik, sondern auch die neuen Formen der Rezeption von Fotografien, die die eingangs erwähnte klare Unterscheidung unterlaufen und z. B. Reportagefotos und selbst den Schnappschüssen Privater, verbreitet in den sozialen Medien, eine eigene, juristisch kaum fassbare, aber ausstellungs- und marktfähige Qualität verschaffen. Gar nicht zu reden von den neuen Verbreitungsformen im digitalen Kontext, die juristisch noch nicht gefasst sind, wie dem Framing, mit denen alle vereinbarten Kriterien unterlaufen werden. In diesem Kontext wirkt der jüngst erfolgte Klärungsversuch des BGH in seiner »Reiss-Engelhorn«-Entscheidung wie ein Rückgriff auf Kriterien

der urheber- und nutzungsrechtlichen Steinzeit. Er betrifft zwar nicht direkt die hier erörterte Materie, wirft aber ein bezeichnendes Licht auf die besondere Komplexität der Materie Fotografie im digitalen Zeitalter.

Ausgehend von seinem Vorschlag einer Definition des behandelten Gegenstands der Auflagenfotografie widmet der Autor das nächste Kapitel folgerichtig den Vertragsbeziehungen zwischen dem Fotografen als Schöpfer des Originals und dem Erwerber. Er entwirft die Grundzüge eines »Limitierungsvertrags«, mit dem die Auflagenlimitierung zivilrechtliche Verbindlichkeit zwischen den Parteien schaffen soll. Die Facetten eines solchen Vertrags werden sehr ausführlich und profunde entwickelt und in ihren Konsequenzen für beide Seiten dargestellt. Michl verzichtet allerdings auf die Erarbeitung eines Vertragsmusters, wohl aus gutem Grund. Wer, wie Michl, die Vorgänge im Kunstmarkt kennt, weiß, dass in weiten Bereichen schon die Dokumentation der Gegenstände von Kommissionsgeschäften zu Problemen führt. Sein Vorschlag ist sinnvoll und sollte geradezu Voraussetzung von Geschäften mit Originalfotos sein, wird dies sicherlich in seriösen Galerien auch werden. Dennoch sind Zweifel an der flächendeckenden praktischen Durchsetzbarkeit angebracht. Diese dürfen aber einer wissenschaftlichen Analyse des Marktgeschehens und des Versuchs, mit den Mitteln des juristischen Handwerks dort für Klarheit zu sorgen, wo dies geboten erscheint, nicht im Wege stehen.

Michl erkennt durchaus die daraus folgenden Probleme der Praxis. Dies hindert ihn nicht, konsequent den nächsten Schritt zu gehen und die Folgen des Abschlusses des vorgeschlagenen Vertrags zu analysieren. Deshalb legt er folgerichtig im letzten Kapitel die kaufrechtlichen Ansprüche von Käufern gegen Fotokünstler oder deren Galeristen aufgrund unrichtiger Limitierungsangaben dar. Denn die technische Entwicklung bietet den Urhebern ungezählte Möglichkeiten, einmal geschaffene Originale in streng limitierter Auflage in anderen Formaten und Auflagen erneut unter die Kundschaft zu bringen. Dies erfolgt sicherlich in der Regel nicht mit dem Ziel der Schädigung des ersten Vertragspartners, sondern in Nutzung künstlerischer Schaffensfreiheit ohne Berücksichtigung möglicher juristischer Konsequenzen und stellt eine beklagenswerte Ausnahme dar. Dennoch entstehen gerade hier zahlreiche Konflikte, speziell im Markt mit Fotokunst. In Kenntnis dieser Fakten entwickelt Michl ausführlich und mit großem praktischen Nutzen für Marktteilnehmer die einschlägigen Aspekte des Kaufrechts. Er erörtert z. B. Aspekte der Sachmängelhaftung wegen falscher Auflagenangabe sowie die Möglichkeiten, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, wobei er auch die, allerdings angesichts der im Markt geübten Diskretion auch im Falle unlauteren Handelns spärliche, Rechtsprechung auswertet.

Die Arbeit schließt folgerichtig mit einem Formulierungsvorschlag für ein Echtheitszertifikat, auszufertigen für den Fall des Verkaufs eines Werks der Auflagenfotografie, welches das Werk auch im Falle von Weiterverkäufen begleiten soll.

Insgesamt ist Michls Werk ein überaus wertvoller Ansatz, das immer noch juristisch wenig aufgearbeitete Gebiet des wirtschaftlichen Umgangs mit Fotokunst wissenschaftlich, aber mit dem Blick des an der Materie unmittelbar als Sammler oder aufmerksamer und lustvoller Ausstellungsbesucher und damit als Mann der Praxis transparenter zu machen. Er

erschießt es nicht nur für Fachkollegen, sondern auch für die Beteiligten am Markt plausibel, deckt Lücken in der Rechtspraxis auf und unterbreitet sinnvolle Lösungsvorschläge. Rechtswissenschaftler und -anwender werden es mit großem Gewinn lesen, aber auch Marktteilnehmern ist die Lektüre dringend zu empfehlen.

Professor Dr. Gerhard Pfennig, Bonn

334

ZEITSCHRIFTENLESE

UFITA Zeitschriftenlese